

نظريته

الكافة الشرعية

دراسة تحليلية مقارنة مزودة بالملاحظات

في

الفقه الإسلامي المقارن بالقانون

القاضي / شائف علي محمد الشيباني
ماجستير في الشريعة الإسلامية
والقانون الخاص
مساعد رئيس هيئة التفتيش القضائي (سابقاً)
رئيس دائرة التدريب والتأهيل بمكتب النائب العام

قَالَ اللَّهُ يُبَالِغُ : ((فَمَنْ أَعْتَصَمَ عَلَيَّ فَاَعْتَصَمُوا عَلَيَّ كَمَا

مَا أَعْتَصَمْتُ عَلَيَّ وَابْتَدَأُوا إِلَيَّ وَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ

((”أ”

عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ :

قَالَ : رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ :

((مِنْ شَرِّ سَيْفِهِ نَمْرٌ وَضَعَهُ فِي النَّاسِ فَصَامَهُ

لَمَّا رَأَى^٢

١ - البقرة ١٩٤

٢ - هذا الحديث ورد في أحكام القرآن للجصاص وفي سنن النسائي عن ابن الزبير نفس المتن ورواية أخرى عنه من رفع سيفه ثم وضعه فدمه هدر قال الألباني صحيح موقوف وفي المستدرک علی الصحیحین للحاکم الجزء الثاني قتال أهل البغي قال الذهبي هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه والمراد بقوله ثم وضعه أي وضعه في موضع يريد به القتل. وفي رواية أخرى عن عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من حمل علينا السلاح فليس منا قال الشيخ الألباني : صحيح

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله القائل والله ما في السماوات وما في الأرض ليجزي الذين أَسَاءوا بما عملوا
ويجزي الذين أحسنوا بالحسنى^(١). والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه
ومن أتبعهم بإحسان إلى يوم الدين .

المقدمة :

مما لا شك فيه أن الدفاع الشرعي لا يمثل منحه قانونيه بقدر ما يمثل إقرارا بفطرة
فطر الله الإنسان عليها وهذه الفطرة ليست خاصة بالإنسان فحسب بل هي فطرة الله في
سائر الكائنات الحية التي زودها الله تعالى بغرائز لا إرادية لدرء الأخطار عن نفسها ،
ونظرا لأن دور الإنسان في الحياة أكبر وتتنوع أدواره فكانت الأخطار التي تحيط به
أكثر وتتعدد تبعا لذلك ، فقد كفلت الشرائع السماوية والقوانين للإنسان حقه في الدفاع
الشرعي إذا واجه خطرا حالا من جريمة على نفسه أو عرضه أو ماله أو نفس الغير
أو عرضه أو ماله. وتتفق الإنسانية جمعاء على مواجهة هذا الخطر وعلى ضرورة أن
يبذل الفرد في سبيل تحقيق ذلك أقصى ما في وسعه من جهد ومما يلزم لدفعه
وبالوسيلة المناسبة .

وتعتبر الشريعة الإسلامية الرائدة في وضع المبادئ العامة التي تكفل للإنسان حقه في
العيش بأمان وحقه في التنقل وممارسة أعماله في حرية لا يعكر صفوها شر . وإن
حصل شيء من ذلك وجبت نصرته و الدولة هي المسئولة الأولى عن ذلك ثم إخوانه
المسلمين الذين من حوله فان لم يكن شيء من ذلك لاستحالة تحقق تواجد الدولة في

١ - النجم الآية ٣١

كل مكان لفرض حمايتها على كل الأفراد. تعين على كل من وجد نفسه في مواجهة خطر غير مشروع ولا محيص منه أن يحمي حقه في العيش بأمان وبعيدا عن الأخطار وهو ما يعرف بدفع الصائل ولما كانت الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات (م/٣ من الدستور) فإن المشرع اليمني يراعي دائماً في تشريعاته هذا الأساس لذلك فإن هذه الدراسة ستعنى بعمل مقارنة لحالة الدفاع الشرعي في القوانين الوضعية ومنها القانون اليمني مع أحكام الشريعة الإسلامية الغراء وهي عبارة عن دراسة مقارنة تحليلية ومزودة بتطبيقات قضائية واسعة مستمد من العون من الله تعالى .

تقسيم خطة البحث :

تنقسم خطة البحث إلى خمسة فصول على النحو التالي :

الفصل الأول : ماهية الدفاع الشرعي الخاص .

الفصل الثاني : مسوغات الدفاع الشرعي .

الفصل الثالث : أركان الدفاع الشرعي .

الفصل الرابع : عوارض الدفاع الشرعي .

الفصل الخامس : أحكام الدفاع الشرعي .

ونرجو أن ينال هذا الجهد رضاء الله وينفع به وهو من وراء القصد .

الفصل الأول

ماهية الدفاع الشرعي الخاص

وسنتكلم عن هذا الفصل في مبحثين الأول عن تعريفه والثاني للفرقة بين الدفاع الشرعي وبين غيره من الأمور التي قد تشتبه به أو تختلط معه في المعنى أو الأثر .

المبحث الأول

تعريف الدفاع الشرعي الخاص

(١) يصطلح الفقهاء على تسمية الدفاع الشرعي الخاص (بدفع الصائل)، وعلى تسمية المعتدي (صائلا)، والمعتدى عليه (مصولاً عليه)^(١) والصائل في اللغة من صال يصل صولا، ومنه المصاولة والصيال، بمعنى القتال أو الوثوب - ويقال: رب قول أشد من صول - (والمصول) بالهمزة البعير إذا صار يقتل الناس ويعدو عليهم، فهو جمل (صول) ^(٢) .

(٢) نلاحظ أن المقصود من لفظ (الدفاع) تميزه عن غيره من الأفعال التي يقصد بها العقاب أو الانتقام . وأن لفظ (الشرعي) إنما قصد به موافقته لحكم الشرع وما يستلزم من شروط لإضفاء المشروعية . وأن لفظ (خاص) المقصود به تميزه عن

^١ - التشريع الجنائي الإسلامي للمرحوم القاضي عبد القادر عوده ج١ ص ٤٧٣
^٢ - مختار الصحاح للإمام محمد الرازي طبعة لبنان ١٩٨٦ ص ١٥٦ .

الدفاع الشرعي العام الذي يطلق عليه اصطلاحا الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر^(١).

(٣) أما من حيث التعريف الشامل للدفاع الشرعي الخاص الذي يدخل فيه بيان أركانه والشروط اللازمة لقيامه فقد وقفت على عدد من التعريفات في الفقه الحديث اختلفت بسبب اختلاف وجهة النظر **في** تكييفه بين الواجب والحق^(٢).

وقد عرفه القاضي عبد القادر عوده بأنه ((واجب الإنسان في حماية نفسه ونفس غيره وحقه في حماية ماله ومال غيره من كل اعتداء حال غير مشروع بالقوة اللازمة لدفع هذا الاعتداء))^(٣) وعرفه الدكتور عبد الحميد الشواربي : بأنه ((استعمال القوة اللازمة لصد خطر حال غير مشروع يهدد بالإيذاء حقا يحميه القانون))^(٤).

تكييف الدفاع الشرعي الخاص :

اتفق الفقهاء على اعتبار الدفاع الشرعي الخاص عن العرض واجبا ولكنهم يختلفون في الدفاع عن النفس بين الإيجاب والحق . فالدفاع عن النفس واجب عند ظاهر الأحناف وغالب الشافعية والمالكية أما الحنابلة فلم في الدفاع عن النفس تفصيل حيث يرونه جائزا حال الفتنة وواجب مع عدم الفتنة ويستدلون على جوازه حال الفتنة بحديث الرسول ﷺ في الفتنة ((اجلس في بيتك فان خفت أن يبهرك شعاع السيف فغط وجهك)) وفي لفظ (فكن عبد الله المقتول ولا تكن عبد الله القاتل) وفي لفظ (كن

^١ - المرحوم عبد القادر عودة المرجع السابق ص ٤٣ .

^٢ - الواجب في الفقه الإسلامي هو الذي يذم تاركه أما صاحب الحق فلا يعتبر آثما بالفعل أو الترك .

^٣ - المرجع السابق للمرحوم عبد القادر عوده ص ٤٧٣ وما بعدها .

^٤ - الدفاع الشرعي في ضوء القضاء والفقه ط ١٩٨٦ ص ٢٥ .

كخير ابني آدم) ولأن عثمان رضي الله عنه لم يدفع عن نفسه وترك القتال مع
إمكانه^(١) وكذا خلافهم حول الدفاع عن المال حيث يرى أغلب الفقهاء الجواز في حين
يذهب البعض إلى الوجوب فيما فيه روح أو كان مالا للغير في يد الموصول عليه -
كمال المحجور عليه أو الوقف أو مالا مودعا أو كان مالا للمدافع ولكن تعلق به حق
للغير كرهن أو إجارة^(٢) .

وكذلك جرى الاختلاف في القوانين الوضعية حتى أن بعض القوانين عبرت عن
الدفاع الشرعي بالضرورة والبعض الآخر لاحظ أن القول بأنه ((حق)) يقتضي أن
يتضمن ((واجبا)) وأن القول بأنه ((واجب)) يقتضي أن يتضمن ((حقا)) ففضلت
استعمال لفظ ((حالة)) الدفاع الشرعي تأسيسا على أنه في التعبير الدقيق (رخصه)
وهو ما أتبعه القانون اليمني في تعريفه للدفاع الشرعي الخاص في المادة ٢٧ جرائم
وعقوبات التي تنص على أنه ((تقوم حالة الدفاع الشرعي إذا واجه المدافع خطرا حالا
من جريمة على نفسه أو عرضه أو ماله أو نفس الغير أ و عرضه أو ماله وكان من
المتعذر عليه الالتجاء إلى السلطات العامة لاتقاء هذا الخطر في الوقت المناسب -
ويجوز للمدافع عندئذ أن يدفع الخطر بما يلزم لردّه وبالوسيلة المناسبة)) .

وفي المادة ٣٠٧ مدني نص على أنه ((من أحدث ضررا وهو في حالة دفاع شرعي
عن نفسه أو عرضه أو ماله أو عن نفس الغير أو عرضه أو ماله كان غير مسئول عن

^١ - المعني مع الشرح الكبير ج ١٠ ص ٣٥٣، ٣١٨ والتشريع الجنائي للمرحوم عبد القادر عوده ص ٤٧٥ .
^٢ - المرجع السابق للمرحوم عبد القادر عوده ص ٤٧٣ وما بعدها .

تعويض هذا الضرر على أن لا يجاوز القدر الضروري فإذا جاوز القدر الضروري الزم بتعويض تراعي فيه مقتضيات العدالة ((^١)

إذا فالدفاع الشرعي في القانون اليمني يعتبر ((حالة)) يصدق عليه في التعبير الدقيق أنه (رخصة) وهو ما درجت عليه أغلب القوانين العربية^(٢) .

المبحث الثاني

مضمون حالة الدفاع الشرعي

لإبراز حالة الدفاع الشرعي الخاص نعد إلى بيان تمييزه عما قد يشتبه به من حيث المعنى أو الأثر وذلك على النحو الآتي :

١- الدفاع الشرعي الخاص والدفاع الاجتماعي :

يقصد بالدفاع الشرعي الاجتماعي (السياسة الجنائية الرامية إلى كف شر الجريمة والمجرم عن المجتمع)^(٢).

والدفاع الاجتماعي كما ورد في برنامج الحد الأدنى بالجمعية الدولية للدفاع الاجتماعي في عام ١٩٥٤ م يهدف إلى حماية المجتمع ضد المجرمين وحماية أفراد من خطر الوقوع في الجريمة وإلى إن يسود في جميع نواحي التنظيم الاجتماعي احترام

^١ - القرار الجمهوري رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٢ بشأن القانون المدني.

^٢ - أشار الدكتور علي جريشه في كتابه - أركان الشرعية الإسلامية الجزء الثالث الطبعة الأولى ١٩٧٩م إلى القوانين التي استعملت لفظ حالة ((الدفاع الشرعي)) ومنها القانون المدني المصري رقم ١٦٦ وقانون الجزاء الكويتي م/٣٣ أما القوانين التي استعملت لفظ ((ضرورة)) - القانون الليبي م/٧٢ والقانون المغربي م/٨٢،٨١ ولنا فيما نقلناه عن الدكتور / عبد الحكم فوده امتناع المساءلة الجنائية ط ٩٧م ص-١٠٧-١١٦ استخدام القانون المصري في العقوبات لفظ حق الدفاع الشرعي المواد ٢٤٦-٢٥٠. واستخدم القانون المدني الأردني لفظ حالة الدفاع الشرعي م ٢٦٢ ومثله مشروع القانون المدني العربي الموحد م / ٢٦٧ أنظر في ذلك / مصطفى أحمد الزرقاء - الفعل الضار والضمان فيه ص-١٧٧، ٢٢٣.

الشخصية الإنسانية وهو من الواجبات الأساسية التي تقع على عاتق المجتمع يمارسه عبر وسائل مختلفة سواء قبل وقوع الجريمة أو بعد ارتكابها ويعتبر القانون الجنائي أحد الوسائل التي يمكن أن يستخدمها المجتمع للإقلال من تلك الظاهرة (١) .

ويلتقي الدفاع الشرعي الخاص بالدفاع الاجتماعي الشرعي من حيث المعنى أن كلاً منهما دفاع مشروع غير أنهما يفترقان فيما يتعلق بشرط حلول الخطر فالدفاع الشرعي الخاص لا يكون إلا لمواجهة خطر حال من الجريمة في حين أن الدفاع الاجتماعي الشرعي قد يكون قبل وقوع الجريمة أو بعد ارتكابها وبوسائله المختلفة وتأخذ فكرة الدفاع الاجتماعي العام قبضه من مبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الثابت في الفقه الإسلامي والمقرر بحماية دعوى الحسبة وهو ما تقصر القوانين الوضعية عن الوصول إليه .

٢- الدفاع الشرعي الخاص والدفاع الشرعي العام :

يقصد بالدفاع الشرعي العام اصطلاحاً الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ويتفق الدفاع الشرعي الخاص مع الدفاع الشرعي العام من حيث أن كلاً منهما دفاع مشروع في مواجهة عدوان حال غير مشروع غير أنهما يختلفان من حيث وصف محل الاعتداء فبينما يكون موضوع الدفاع الشرعي الخاص ذو خطر يمس سلامة الإنسان أو عرضه أو ماله نجد أن موضوع الدفاع الشرعي العام عدوان ذو خطر عام يمس النظام العام والسكينة العامة للمجتمع وأن المعتدي في الدفاع الشرعي الخاص هو الإنسان في حين أن المنكر هو ما يراد دفعه في الدفاع الشرعي العام.

١ - د/ أحمد فتحي بهنس - موقف الشريعة الإسلامية من نظرية الدفاع الاجتماعي ص-١٠، ٩٧ .

وقد يختلط موضوع الدفاع الشرعي الخاص بموضوع الدفاع الشرعي العام ومثالة ' الدفاع في مواجهة جرائم الاعتداء على المال العام فالخطر في هذه الجرائم يمس حقوق المجتمع باعتبار أن المال عام مشترك بين أفرادة .

بيد أنه يبقى التمييز بعد ذلك بينهما في مصدر الخطر المراد دفعة هل هو الإنسان أم المنكر وفي المثال المذكور نجد أن الصائل هو الإنسان وبالتالي فإن الدفاع في هذه المسألة يعتبر من قبيل الدفاع الشرعي الخاص .

وهنا مثال آخر لضبط معيارا لتفرقه بين الدفاعيين هو : إذا هجم رجل على امرأة يريد اغتصابها فإنه يدافع عنها باعتباره صائلا فهنا دفاع شرعي خاص أما إذا أتاها برضاها ففعلهما يدافع باعتباره منكرا(١) فالصائل هو المعيار المنضبط للتفريق بين نوعي الدفاع الشرعي العام والخاص .

٣- الدفاع الشرعي الخاص والإكراه .

يقوم كل من الدفاع الشرعي الخاص والإكراه من حيث أن كلاً منهما يقوم على معنى واحد هو الإلجاء إلى الفعل غير أن كلاً منهما يختلف عن الآخر من حيث الأثر ، فالأثر الذي يترتب على توافر شروط الدفاع والتزام قيوده هو أباحه الفعل - أما الأثر الذي يترتب على الإكراه هو ارتفاع العقاب لأن الفعل الذي أتاها المكره مجرماً - والذي ارتفع هو العقاب فالأول ينتفي معه الركن الشرعي للجريمة والثاني ينتفي معه القصد الجنائي .

١- يراجع الأحكام السلطانية لأبي يعلى الفراء ص ٢٨٧ وما بعدها - التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عودة ص ٥١١ د- محمد فرحات - التشريع الجنائي الإسلامي ط ٨٤ ص ٥٩-٦١ د/ على جريشه المرجع السابق ص ٦٧ د/ عبد الحميد الشواربي - المرجع السابق ص ٢٠ .

٤- الدفاع الشرعي الخاص والضرورة .

يتفق كل من الدفاع الشرعي الخاص والضرورة من حيث أن كلاً منهما يقوم على معنى واحد هو الإلجاء إلى الفعل فكما أن المضطر ملجأ إلى تناول طعام أو شراب محرم لينقذ نفسه من الهلاك فإن المصول عليه ملجأ كذلك إلى ارتكاب فعل معين ليدفع به عدوان الصائل و لكن دفع الصائل يختلف عن الضرورة في الخطر إذ في حالة الضرورة يرجع الخطر إلى ظروف طبيعية ليس للإنسان تدخل مباشر في حدوثها وفي حالة الدفاع الشرعي يرجع الخطر إلى إنسان معتد أثيم^(١) وكذلك يقع الاختلاف بينهما من حيث الأثر فهو في الضرورة يرفع العقاب لأن الفعل الذي أتاه المضطر مجرماً والذي أرتفع هو العقاب وبالتالي فإن الضرورة مانع من المسؤولية الجنائية يتعلق بالفاعل باعتبار أن إرادته لم تكن حرة حين اللجوء إلى الفعل المجرم فترتفع عنه المسؤولية الجنائية دون المسؤولية المدنية في حين أن أثر الدفاع الشرعي الخاص يتعلق بالفعل فيخرجه من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة وتتفي معه المسؤولية الجنائية والمدنية ولا شيء عليه .

^١ - تخلط بعض التشريعات بين الضرورة والدفاع الشرعي وعلاوة على ما أوضحناه من اختلاف نذكر فيما يلي شروط الضرورة ليقارنها المطلع بعد ذلك مع أركان وشروط الدفاع الشرعي الخاص وهي أي أركان الضرورة أربعة : المضطر - الخطر - محل الخطر - الفعل الذي يدفع به الخطر ويشترط في المضطر - ١- أن يكون غير ملزم شرعاً بتحمل الخطر ، ٢- أن لا يكون قد أسهم بإرادته في إحداث الأخطار أما شروط الخطر فهي ١- أن يكون جسيماً . ٢- أن يكون حالاً . ومحل الخطر النفس أو المال ويشترط للفعل الذي يدفع به الخطر اللزوم والتناسب^٢ ومن حيث التكيف المتعلق بفعل المضطر فقد اختلف الفقه الإسلامي فيه بين الواجب والحق . فإن المالكيين يقولون بالوجوب أما الحنابلة فيقولون بالإباحة و الأحناف يفرقون بين ما هو حق لله فهو واجب وما هو حق للعباد فهو مباح . و بشأن الضمان فإن جمهور الفقهاء يرون وجوب الضمان في حين أن المالكيين يرون عدم الضمان تأسيساً على قاعدتهم أن الواجب لا يؤخذ له عوض أما الأحناف فإن القاعدة لديهم أن الإباحة لا تنافي الضمان وعند الشافعية أن الضرر لا يزل بضرر وعند الحنابلة أنه من أتلف شيئاً لدفع أذاه له لم يضمنه وأن أتلفه لدفع أذاه به ضمنه ويرى الظاهرية الضمان إن وجد المال حال الاضطرار و لا شيء بعد ذلك إن لم يوجد المال حال الاضطرار نقلنا ما تقدم عن الدكتور يوسف قاسم - نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي ط ١٩٨١م ص٩١ وما بعدها

٥- الدفاع الشرعي الخاص وقتال الفئة الباغية (١) :

يتفق الدفاع الشرعي الخاص وقتال الفئة الباغية من حيث المعنى والأثر وحلول الخطر

فقتال الفئة الباغية متفق مع حالة الدفاع الشرعي الخاص بأن كل منها دفاع مشروع وأن الأثر الذي يترتب على توافر شروطهما هو إباحة الفعل ويشترط في الخطر أن يكون حالاً وغير مشروع.

بيد أن الباعث لعدوان الباغي يقوم لتحقيق أغراض سياسية إما لعزل رئيس الدولة أو الهيئة التنفيذية وإما الامتناع عن الطاعة . وتكتفي الشريعة الإسلامية في حالة قتال الفئة الباغية بإباحة دماء البغاة وإباحة أموالهم بالقدر الذي يقتضيه ردعهم والتغلب عليهم فإذا ظهرت الدولة عليهم والقوا السلاح – عصمت دماؤهم وأموالهم (٢) .

والأصل في مقاتلة الفئة الباغية قوله تعالى : ((فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفي إلى أمر الله)) (٣) .

^١ - الفئة الباغية كما يعرفها الفقهاء ((هم القوم الذين يخرجون على الإمام بتأويل سانغ ولهم منعة وشوكة)) ونقيض مصطلح البغاة في الفقه الإسلامي ((أهل العدل)) وهم الذين لم يخرجوا عن الإمام ويستعين بهم الإمام على نصرته لمقاتلة الفئة الباغية

^٢ - وقد يثير البعض التساؤل عن القتال في سبيل الله بمعناه العام أين يلتقي مع الدفاع الشرعي الخاص والأصل فيه قوله تعالى ((وقاتلوا في سبيل الله)) البقرة الآية ٢٤٤ .

قال ابن العربي في كتابه أحكام القرآن قال : قوم من علماننا : هذه الآية مجملة ، بل هي عامة وقال مالك : سبيل الله كثيرة – قال القاضي : ما من سبيل الله تعالى إلا يقاتل عليها وفيها أولها وأعظمها دين الإسلام ، قال سببانه وتعالى : ((قل هذه سبيلي أدعو إلى الله على بصيرة)) يوسف الآية ١٠٨ وزاد ﷺ تماماً فقال : من قاتل لتكون كلمة الله العلى فهو في سبيل الله)) وبعد هذا فليس شيء من الشريعة إلا يجوز القتال عليه وعنه ، فقد صح العموم وظهر تأكيد الخصوص ومن ذلك الدفاع الشرعي الخاص فهو في سبيل الله لقوله عليه الصلاة والسلام ((من قتل دون ماله فهو شهيد)) .

^٣ - الحجرات الآية ٩ .

وقوله تعالى ((الذين إذا أصابهم البغي هم ينتصرون))^(١) وقوله ﷺ (إن المؤمنين يتعاونون على الفتن) ثم ما جرى في عصر الخلافة الراشدة من قتال بين الإمام علي كرم الله وجهه والخارجين عنه.

الفصل الثاني

مسوغات الدفاع الشرعي الخاص

وستتكم عن هذا الفصل في مبحثين أولهما عن المسوغات والثاني عن أصول الدفاع الشرعي

المبحث الأول

المسوغات

أولاً : المسوغات في الفقه الوضعي :-

إن للدفاع الشرعي الخاص مسوغات ونقصد بها علة حكمه وقد أرجعها البعض إلى الإكراه الناشئ عن الاعتداء والبعض الآخر يرجعها إلى الضرورة .
وذهب رأي إلى القول بأن الدفاع هو إقرار لحكم القانون .
ورأي آخر يرجعها إلى مقابلة الشر بالشر .

^١ - الشورى الآية ٤٠ .

ويكتفي بعض الفقهاء في تعليل الإباحة بالقول بأنه لا مصلحة للمجتمع في عقاب المدافع .

ويرجح الدكتور/ عبد الحميد الشواربي القول بأن علة الإباحة تتمثل بصون حق المعتدى عليه إذ أن التجاء المعتدي إلى العدوان قد هبط بالقيمة الاجتماعية لحقه^(١) .

ثانياً : المسوغات في الفقه الإسلامي :

بحث فقهاء الشريعة الإسلامية في مسوغات إباحة الدفاع الشرعي الخاص المعروف ((بدفع الصائل)) وفيما يلي سوف نبين بعض تلك المسوغات :

- مقابلة الاعتداء بالاعتداء :

هذا المسوغ يدل عليه قوله تعالى ((فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم))^(٢) وفي بيان معناه جاء في كتاب أحكام القرآن لابن العربي (إنما سمي الفعل الثاني اعتداء وهو مفعول بحق حملاً للثاني على الأول على عادة العرب وعلى هذا جاء قوله تعالى ((وجزاء سيئة سيئة مثلها))^(٣)) ويبين ذلك بن العربي بقوله : إن الثاني كالأول في المعنى واللفظ لأن معنى الاعتداء في اللغة مجاوزة الحد وكلا المعنيين موجود في الأول والثاني وإنما اختلف المتعلق من الأمر والنهي فالأول منهي عنه والثاني مأمور به، وتعلق الأمر والنهي لا يغير الحقائق ولا يقلب المعاني بل أنه يكسب ما تعلق به الأمر وصف الطاعة والحسن ويكسب ما تعلق به النهي وصف المعصية والقبح وكلا الفعلين يسوئ الواقع به أحدهما حقاً والآخر باطل .

^١ - يراجع فيما تقدم الدفاع الشرعي في ضوء القضاء والفقه ص ٢٠ . ويراجع أيضاً د/ حسني الجندي شرح قانون العقوبات اليمني القسم العام ج ١ ط ١٩٩١م ص ٢٦٢ - ٢٦٥ .

^٢ - البقرة الآية ١٩٤ .

^٣ - الشورى الآية ٤٠ .

ولنا أن لفظ الاعتداء الثاني قد يحمل على معنى (المعونة)^(١) لقوله عليه الصلاة
السلام

((إن المؤمنين يتعاونون على الفتن)) .

أما لفظ (الشر) فإنه دائماً ضد الخير ولا يحتل معنى آخر في اللغة كما أنه لا يمكن أن
يتعلق الأمر به فيوصف بالطاعة والحسن مع وصفه أنه ضد الخير لعدم إمكانية الجمع
بين الأضداد وبالتالي فإن المسوغ الذي يراه الفقهاء في القانون الوضعي وهو مقابلة
الشر بالشر . لا يمكن القبول به.

- إهدار العصمة :

وفي بيان هذه العلة يقول الإمام محمد أبو زهرة : (.... أما الحالة الثانية وهي التي
يكون القتل بحق لأجل الدفاع عن حق شخصي للقاتل بأن يكون القتل دفاعاً عن النفس
أو دفاعاً عن المال أو دفاعاً عن العرض أو يكون ثمة إزالة لعضو من الأعضاء بسبب
الدفاع عن الستر الذي يجب أن يكون عليه البيت أنه أتفق الفقهاء أن المعتدي أهدر
دمه باعتدائه^(٢) .

^١ - يشتق في اللغة من التعدي ومعناه مجاوزة الشيء . (العدوى) ومعناها طلبك إلى وال ليعديك على من ظلمك أي ينتقم منه
يقال :

(استعديت) الأمر على فلان (فأعداني) أي استعدت به عليه فأعداني والاسم منه (العدوى) وهي المعونة راجع كتاب مختار
الصالح للرازي ص ١٧٦ .

^٢ - العقوبة (دار الفكر العربي) ص ٤٤٠ .

ولقوله عليه الصلاة والسلام فيما رواه أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من شرع سيفه ثم وضعه^(١) فدما هدر .

٣- شبهة القصاص :

وإلى هذا المسوغ ذهب الجصاص في كتابه أحكام القرآن فقال : ((إن دفع القاتل عن نفسه بالقتل يشبه القصاص وله أثر القصاص من منع المعتدين أن يقتلوا الأنفس بغير حق .

قال تعالى : ((ولكم في القصاص حياة))^(٢) فأخبر أنه في إيجابه القصاص حياة لنا لأن القاصد لغيره بالقتل متى علم أنه يقتص منه كف عن قتله .

٤- القياس على قتال الفئة الباغية :-

وإلى هذا ذهب أيضاً الجصاص فقال : ((إن الله أمر بقتال الفئة الباغية ولابغي أشد من قصد إنسان بالقتل بغير استحقاق فاقتضت الآية قتل من قصد غيره ...)) .

وإلى هذا المعنى ذهب صاحب المغني حيث جاء في كتابه المغني ((أنه إذا قتل الموصول عليه فهو شهيد كالعادل إذا قتله الباغي ...)) وقال لأنه قتل لدفع ظالم^(٣) .

وقد بينا ما يميز الدفاع الشرعي الخاص عن الفئة الباغية وما يختلط معه من أمور كثيرة يصح معها استخدام هذا القياس .

ومما تقدم يتضح لي أن المسوغ لإباحة فعل الدفاع الشرعي الخاص هو أن للحق ذاته حقوق على الناس وأهمها واجب النصره - ألا ترى أن الله تعالى أرسل رسوله في كل

١- المراد من كلمة ثم وضعه أي وضعه في موضع يريد به القتل .

٢- البقرة الآية ١٧٩ .

٣- المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة الحنبلي ج ١٠ ص ٣٥٢ .

زمان ومكان فلما أرسلهم ؟ إن لم يكن أرسلهم إلى الناس إلا في سبيل نصره الحق وإزهاق الباطل.

قال الله تعالى ((وقل جاء الحق وزهق الباطل إن الباطل كان زهوقاً))^(١) ومن حق الأفراد العيش بأمان وبعيداً عن المخاطر التي تعكر عليهم صفو حياتهم والسلطة العامة لا تستطيع - عملاً - فرض حمايتها على كل الأفراد ، لا بتقصير منها وإنما لاستحالة تحقيق ذلك عملياً - فكان لكل فرد حين يتعذر عليه الاتصال بالسلطة أن يدفع ما يواجه من خطر حال من جريمة ضد النفس أو العرض أو المال انطلاقاً من واجب النصره الذي يمتد أيضاً لنصرة الغير من أي اعتداء غير مشروع ضد نفسه أو عرضه أو ماله . لأن الامتناع عن نصرته إعانة على الإثم والعدوان . وترك للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر .

المبحث الثاني

أصول مشروعية الدفاع الشرعي الخاص

(دفع الصائل)

مما تقدم في حديثنا عن المسوغات صار الآن من اليسير فهم أصول الدفاع الشرعي والتي نجدها في كتاب الله تعالى ثم في سنة النبي صلى الله عليه وسلم ثم الإجماع وكتب الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه .

وسوف نبين في هذا المبحث أهم تلك النصوص ونترك بيان بقية النصوص الأخرى عن طريق الاستدلال بها في المسائل الأخرى المتعلقة بالدفاع الشرعي ،

١- الإسراء الآية ٨١ .

أولاً : الأصل العام في كتاب الله تعالى :

قال الله تعالى : ((الشهر الحرام بالشهر الحرام والحرمات قصاص فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم و اتقوا الله وأعلموا أن الله مع المتقين)) (١) .
فالآية تفيد العموم في إيجاب الدفاع في مواجهة أي عدوان يشكل خطراً غير مشروع سواءً تعلق بمكونات الإنسان المادية كالاغتداء على نفسه أو سلامة جسمه أم بمكوناته المعنوية مثل : الاعتداء على الحرية ، ومنه القبض والحبس دون وجه حق والاعتداء على الحرية الشخصية ومنه التصنت وإفشاء الأسرار وتتبع العورات ؛ وأخذ العرض ومنه القذف والسب وأيضا الاعتداء على الأموال ...

وعموماً جميع أنواع العدوان غير المشروع الذي يشكل خطراً على كل ما له حرمة ويجب المحافظة عليه واحترامه ينطبق عليه قوله تعالى: ((فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم)) .

ثانياً : السنة :

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ((من شرع سيفه ثم وضعه فدمه هدر)) . وقد روى عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم في أخبار مستفيضة ((من قتل دون نفسه فهو شهيد ، ومن قتل دون أهله فهو شهيد ، ومن قتل دون ماله فهو شهيد)) (٢) .

١- البقرة الآية ١٩٤ . (الحرمات) : كل ما يجب المحافظة عليه واحترامه .
٢- أحكام القرآن للجصاص ج١ ص٤٠١ أشار إلى ذلك الأمام محمد أبو زهرة المرجع السابق ص٤١٤ ولنا يراجع .
سنن أبي داود ج٤ ص٢٤٦ ، نيل الأوطار للشوكاني ج٥ ص٣٤٦ المغني لابن قدامة الحنبلي ج١٠ ص٣٥٢ ولفظ الحديث في المغني (من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد) . والحديث مروى عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما .

وما رواه يعلي بن أميه عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : كان لي أجير فقاتل أنساناً فعض أحدهما يد الأخر فانتزع العضوض يده من فم العاض فانتزع إحدى ثنيتيه ، فأتى النبي فأهدر ثنيتيه وقال : (أفيدع يده في فيك تقضمها قضم الفحل) (١) .

وما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال : (لو أن أمراءً أطلع عليك بغير إذن فخذ فتة بحصاة ففقت عينه لم يكن عليك جناح) وقوله صلى الله عليه وآله وسلم ((أنصر أخاك ظالماً أو مظلوماً)) وقوله صلى الله عليه وآله وسلم (أن المؤمنين يتعاونون على الفتن) .

والحقيقة أن أصول الدفاع الشرعي الخاص في السنة كثيرة وسوف نتطرق إلى بعضها في بقية مسائل البحث .

ويكفي أن يعرف الباحث أو المطلع أنها قد شملت كل الحرمات التي يتعين المحافظة عليها واحترامها وأن الاستدلال بها يفيد مشروعية الدفاع الشرعي و إهدار عصمة المعتدي (الصائل) .

الإجماع :

كثيرة هي الوقائع التي حصلت في عصر الخلافة الراشدة وتوافرت فيها شروط الدفاع الشرعي الخاص (دفع الصائل) ويمكن القول أن مؤداها تحقق شرط الإجماع وهناك نوع آخر من الوقائع حصل فيها بعض الاختلاف .

أما النوع الأول :

١- صحيح مسلم شرح النووي ج ١١ ص ١٥٩ .

ما رواه الزهري عن القاسم بن محمد بن عبيد بن عمير إن رجلاً أضاف ناساً من هذيل فأراد أحدهم امرأة على نفسها فرمته بحجر فقتلته فقال عمر رضي الله عنه والله لا يؤدي أبداً^(١).

وكذلك كان قضاء علي رضي الله عنه في امرأة تزوجت فلما كان ليلة زفافها أدخلت صديقها الحجة سراً - فجاء الزوج فدخل الحجة فوثب عليه الصديق فاقتتلا ، فقتل الزوج الصديق ، وقتلت المرأة الزوج - فقضى علي رضي الله عنه وكرم الله وجهه - بقتل المرأة - ولم يعتبرها مدافعة عن نفسها أو عن غيرها في حين جعل فعل الزوج مشروعاً لذلك لم يهدر دمه^(٢) .

أما النوع الثاني :

منه - موقف الخليفة عثمان بن عفان رضي الله عنه من المتمردين الذين قصدوا قتله فلم يقاتلهم مع الإمكان - وهذا لا ينقض الإجماع على مشروعية الدفاع وإنما هو دليل على أن الدفاع عن النفس في حال الفتنة رخصة وقد أوضحنا هذا سابقاً فيما رجحه الحنابلة - وكذلك موقف الإمام علي بن أبي طالب رضي الله عنه من قتال الفئدة الباغية التي كان يقودها معاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهما فقد خرج عنه بعض الصحابة مثل عبد الله بن عمر ، وأسامة بن زيد رضي الله عنهم أجمعين وهذا أيضاً لا ينقض الإجماع لأن تأخر البعض عن القتال مع علي رضي الله عنه إنما كان سببه على الأغلب الخوف من الوقوع في الفتنة فلا تسلم سيوفهم من قتل مسلم معصوم الدم وكذلك كان

^١ - راجع التشريع الجنائي الإسلامي - المرحوم عبد القادر عودة ج١ ص ٤٨٠ ويراجع أيضاً المغني ج١٠ ص ٣٥٢ .
^٢ - المرجع السابق / عبد القادر عودة ص ٤٨٠ .

موقف الإمام علي رضي الله عنه من قتال الخوارج الذين أثاروا في الأرض الفساد
وأهلكوا الحرث والنسل .

وقد سار التابعون وأئمة المذاهب بعد ذلك على هذا النهج فزخرت كتبهم النفيسة بهذا
الشأن^(١) .

^١ - راجع المعني مع الشرح الكبير ج ١٠ ص ٣٥١ ، شرح الأزهار ج ٤ ص ٤٣٥ ، التبصرة لأبن فرحون المالكي ج ٢ ص ٣٥٦ ،
نهاية المحتاج للرملي ج ٨ ص ٢٤ ، البحر الزخار للمرتضى : ج ٦ ص ٢٦٨ ، القواعد لأبن رجب الحنبلي ص ٣٧ ومن الكتب
الحديثة . العقوبة للإمام محمد أبو زهره ص ٤٤٠ - التشريع الجنائي الإسلامي للقاضي عبد القادر عوده ج ١ ص ٤٨٠ - وغيرها
كثير .
وراجع أيضاً الأم للشافعي ج ٦ ص ٢٨ ، المهذب ج ٢ ص ٢٤١ ، حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥٢٤ ، تحفة المحتاج ج ٥ ،
مواهب الجليل ج ٦ - تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٩٦ - وسوف نشير إلى هذا المرجع في مواضعها .

الفصل الثالث

أركان الدفاع الشرعي (١)

((دفع الصائل))

ويعيننا في استخلاص هذه الأركان المادة (٢٧) جرائم وعقوبات، إذ تنص بأنه ((تقوم حالة الدفاع الشرعي إذا واجه المدافع خطراً حالاً من جريمة على نفسه أو عرضه أو ماله أو نفس الغير أو عرضه أو ماله وكان من المتعذر عليه الالتجاء إلى السلطات العامة لاتقاء هذا الخطر في الوقت المناسب ويجوز للمدافع عند ذلك أن يدفع الخطر بما يلزم لردّه وبالوسيلة المناسبة))

يستفاد من النص السابق أن للدفاع الشرعي أربعة أركان هي:-

الركن الأول : وجود اعتداء (خطر).

ولا يكفي وجود اعتداء بل يتعين أن تتوافر فيه الشروط التالية:-

- أن يكون حالاً .

- وأن يكون ذلك الخطر مجرماً فلا يكفي وفقاً لمذهب القانون اليمني وصف الخطر بأنه

غير مشروع(٢) .

الركن الثاني : (محل الاعتداء) . ومحل الاعتداء هو ذلك المحل الذي يقع عليه الخطر

ويتمثل بالآتي:

١- يتعرض الفقه الوضعي لشروط الدفاع الشرعي دون التعرض لأركانه وهي شروط أربعة يرجع منها اثنين وهما المتعلقان بالركن الأول إلى فعل العدوان ويرجع الاثنان الآخرين إلى فعل الدفاع وهما المتعلقان بالركن الثالث . راجع في ذلك د/ عبد الحميد الشواربي - المرجع السابق ، عبد الحكم فوده - المرجع السابق ص ١٠٧ ، د/ علي الشرفي النظرية العامة للجريمة الجزء الأول ص ٢١٧ ، ٢٤٠ ، القاضي / عبد القادر عوده - المرجع السابق ج ١ ص ٤٧٨ .

٢- ويطلق البعض عليه خطر غير مشروع وهناك فرق بين المصطلحين وهناك خلافات فقهية في هذه المسألة سوف نبينها لاحقاً لأهمية ما يترتب عليها من أحكام .

- نفس المدافع أو عرضه أو ماله .

- نفس الغير أو عرضه أو ماله .

ويشترط فيه أن يكون هذا المحل محميا وفقا للقانون.

الركن الثالث : فعل الدفاع ، عبر عنه المشرع اليمني ب(الوسيلة اللازمة لرد الاعتداء

، ولكي يكون فعل الدفاع مشروعاً يشترط فيه ما يلي :-

- اللزوم .

- والتناسب .

الركن الرابع : (الشخص الذي له دفع العدوان)، وهو:-

- المعتدى عليه وهو صاحب المصلحة المحمية المعتدى عليها .

- الغير وهو الذي يساهم مع المعتدى عليه في الدفاع عن نفسه أو عرضه أو ماله .

وسوف نبين هذه الأركان والشروط في المباحث التالية :

المبحث الأول

وجود اعتداء (خطر)

يشترط لكي يقال أن هنالك اعتداء أن يكون حالاً وأن يكون غير مشروع ، وسوف نبين

ذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

أن يكون الاعتداء حالاً

ويعني الحلول أن الاعتداء قد بدأ فعلاً ولكنه لم ينته أو أنه لم يقع ولكن يغلب على ظن المدافع أنه على وشك الوقوع أما كونه قد وقع ولكن لم ينته يدخل تحت هذا المعنى الشروع في الفعل^(١) ويسمى الشروع في الفقه الإسلامي الجريمة غير التامة لتمييزه عن الجريمة التامة.

كما يدخل تحت هذا المعنى الجريمة المتتابعة الأفعال ، حيث يتحقق الخطر الحال بالنسبة لأفعال المتتابع التي لم تتحقق بعد كالسرقة على دفعات وضرب الشخص عدة ضربات^(٢) .

وأيضاً يدخل تحت هذا المعنى الجرائم غير المؤقتة وهي : التي تتكون من فعل أو امتناع قابل للتجدد أو الاستمرار فيستغرق وقوعها كل الوقت الذي تتجدد فيه الجريمة أو تستمر ولا تعتبر الجريمة منتهية إلا بانتهاء حالة التجدد أو الاستمرار .

ومن الجرائم المتجددة حبس شخص دون وجه حق ، والامتناع عن إخراج الزكاة والامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه والامتناع عن أداء الدين مع القدرة عليه وحمل سلاح بغير ترخيص أو امتناع الأم عن إرضاع طفلها ، وامتناع القابلة عن ربط السرار

ومن الجرائم المستمرة - حفر بئر في الطريق أو إقامة بناء في ملك الغير أو خارج عن خط التنظيم^(٣) وينبغي في هذا المقام أن نميز بين استمرار الجريمة واستمرار نتيجتها كأثر للجريمة فالسرقة تتم بأخذ الشيء خفية فهي جريمة مؤقتة ، وبقاء

المسروقات بعد ذلك تحت يد السارق ليس استمراراً للسرقة ، وإنما هو استمرار

^١ - راجع المادة (١٨) جرائم وعقوبات . المتعلقة بتعريف الشروع .

^٢ - د/ حسني الجندي المرجع السابق ص ٢٧٥ ، ٢٧٧ .

^٣ - راجع / القاضي عبد القادر عودة ج ١ ص ٩٦ ، ٣٤٢ . وهو الذي قسم الجرائم غير مؤقتة إلى مستمرة ومتجددة ، على اعتبار أن المتجددة هي التي تجدد بفعل الفاعل نفسه أما المستمرة فهي التي تتجدد تلقائياً بحسب طبيعة الفعل .

لنتيجتها ، وكذلك الحال في السكر كنتيجة لشرب الخمرة . وأخذ العرض والشرف ولاعتبار في جرائم الزنا إنما هو أثر من آثار جريمة الزنا ونتيجة لها وتكون الجريمة مؤقتة ومنتهية بالرغم من استمرار نتائجها إلا أن لجريمة الزنا حكم آخر يميزها عن غيرها من الجرائم المؤقتة من حيث جواز فعل الدفاع الشرعي(١) وكذلك إذا تتبع المجني عليه السارق الذي يحمل المسروقات معه . فإن للمجني عليه حق الدفاع حتى يسترد المسروقات .

وأما كون الاعتداء على وشك الوقوع فهو أمر اعتباري يقوم على ظن المدافع بأنه إذا لم يدفع هذه الخطر القادم سوف يقع بالفعل .

ومثال ذلك إذا هدد شخص آخر بالقتل ثم أخرج مسدساً وأخذ يعبئه بالطلقات فالمعتدى عليه يكون له الدفاع على الرغم من الاعتداء لم يبدأ بعد ، إذ أن الخطر على وشك الوقوع(٢) .

وذلك أن الدفاع يستهدف وقاية حق يحميه القانون من خطر يتعذر معه اللجوء إلى السلطات العامة لاتقاء هذا الخطر في الوقت المناسب وقد يكون الخطر حقيقي مثل رفع اليد بالسلاح تاهباً لاستعماله في الاعتداء ومع ذلك فقد يكون وهمياً بأن يتصور الشخص أن هناك خطراً على وشك الوقوع به بينما هذا الخطر غير قائم في الواقع وإنما يتخوف منه . وفق ما عبر عنه المشرع اليمني في المادة (٢٨) جرائم

١- الطرق الحكمية لابن القيم الجوزية ص ٢٨ - ٢٩ - ويراجع أيضاً - الإمام محمد أبو زهرة المرجع السابق ص ٤٤٤ -

٢- يخرج من أوصاف حلول الاعتداء الخطر المستقبلي الذي يمكن اتقائه عن طريق اللجوء إلى السلطات العامة وبالتالي فلا محل للتدرع بالدفاع الشرعي لمواجهة الخطر المستقبلي . كالتهديد إذا كان الجاني لن ينفذ ما هدد به في الحال (راجع د/ علي الشرفي - المرجع السابق ص ٢١٩ . بالإضافة إلى المراجع السابقة .

وعقوبات بقوله : ((لا يبيح الدفاع الشرعي القتل العمد إلا إذا قصد به فعل يتخوف منه وقوع جريمة على أنه يتعين أن يكون لهذا التخوف أسباب معقولة)) .

وقد يكون الاعتداء إيجابياً - بيد أن هناك من يذهب إلى وجوده بالامتناع كامتناع الأم عن إرضاع طفلها - فيباح فعل الدفاع لحملها على إرضاعه^(١) وقد يكون الاعتداء بحسب الفرض العادي - عمدياً - ومع ذلك إذا توافرت مقتضيات الدفاع لرد فعل اعتداء غير عمدي ، كخطأ الطبيب بحقن المريض بمادة سامة بدلاً من الدواء فمن حق المريض أو الغير الذي يلاحظه أن يمنعه بالقوة كما أنه ليس للاعتداء حد مقرر ، فيصح أن يكون الاعتداء شديداً ويصح أن يكون بسيطاً وبساطة الاعتداء لا تمنع من الدفاع ولكنها تقيد المدافع بأن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة لدفعه^(٢) .

وفي معنى حلول الخطر روي عن النبي ﷺ أنه جاء إليه رجل يقول له : (يا رسول الله الرجل يأتييني يريد مالي ، قال عليه الصلاة والسلام : ذكره الله ، قال : فإن لم يذكر الله قال : فاستعن عليه من حولك من المسلمين ، قال : فإن لم يكن حولي منهم أحد ، قال : فاستعن عليه السلطان ، قال فإن نأى عني السلطان ، قال : قاتل دون مالك ، حتى تمنع مالك ، أو تكون شهيداً في الآخرة)^(٣) .

وفي الحديث أحكام أخرى سوف يأتي ذكرها في موضعها إن شاء الله تعالى .
وجاء في شرح الأزهار (لو أن رجلاً تهدد رجلاً فخاف منه الإيقاع به فوثب عليه فقتله لم يسقط عنه القود بذلك التهديد فقط إلا أن يكون قد أقدم عليه فقتله مدافعة سقط القود

١- راجع د/ عبد الحميد الشواربي المرجع السابق ص ٤١-٤٢ .

٢- راجع القاضي / عبد القادر عودة المرجع السابق ص ٤٧٩ .

٣- نقلت الحديث عن الإمام محمد أبو زهره - المرجع السابق ص ٤٤٨ .

أو غلب في ظنه أنه إذ لم يقتله قتله ولا محييص له عنه جاز له قتله ولو لم يكن قد أقدم عليه^(١) .

الفرع الثاني

أن يكون الاعتداء غير مشروع

أشرنا في بيان حكم قول الله تعالى ((فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم)) .

أن الاعتداء الأول تعلق به النهي فأكسبه وصف المعصية والقبح وبالتالي فإن شروط الاعتداء الذي يقوم فعل الدفاع في مواجهته ينبغي أن يتعلق أمر الشارع فيه بالنهي حتى يكتسب وصف المعصية والقبح .

وهو ما أخذ به القانون في نص المادة (٢٧) التي قضت بأن يكون الخطر ناشئاً عن (جريمة) ، وبالتالي إذا كان الفعل الذي يواجه الشخص مشروعاً فلا يجوز له أو لغيره أن يقاومه .

فالاعتداء الذي يتعلق أمر الشارع به على سبيل الطلب يكسبه وصف الطاعة والحسن وبالتالي لا محل للتذرع بالدفاع الشرعي لمواجهته . ومن ثم لا يجوز للشارع أو من يقصد غيره بالقتل أو الزنا أو بغير ذلك من الجرائم أن يقاوم فعل الدفاع في مواجهته لأن فعل الدفاع وإن كان اعتداءً إلا أنه قد تعلق أمر الشارع به على سبيل الطلب فأكسبه صفة الطاعة والحسن .

^١ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٤٠٧ .

وكذلك الحال لا يجوز له مقاومة رجال السلطة العامة وأموري الضبط القضائي في حدود مهامهم المخولة لهم قانوناً لأن هؤلاء يقومون بأعمالهم وفقاً لسلطة خولت لهم لتحقيق المصلحة العامة واعتبرها القانون فيما قضت به المادة (٢٦) من أسباب الإباحة . مع مراعاة عدم التجاوز أو الإساءة إلى سلطتهم ؛ ولا يجوز للمريض مقاومة الطبيب لأن مهنة الطب مطلوبة شرعاً وهذا الطلب أكسب الطبيب حقاً في إجراء عمليات جراحية للمريض تعد في غير أحوال الطب جريمة ؛ ولا يجوز للصغير أن يقاوم أباه فيما وقع عليه في حدود التأديب أو التلميذ فيما وقع عليه من معلمه في حدود التأديب أو الزوجة فيما وقع عليها من زوجها في حدود التأديب لأن التأديب لهؤلاء قد تعلق به أمر الشارع فأكسبه صفة الطاعة والحسن أي أخرجه من دائرة التأثيم إلى دائرة الإباحة .

ومن ذلك مثلاً قوله تعالى ((واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً))^(١) .

وعموماً كل واجب أو جائز شرعاً^(٢) لا يجوز التذرع في مواجهته بالدفاع الشرعي ، وكل محذور شرعاً كان للمدافع أن يدفعه بالقوة اللازمة .

وتطبيقاً لهذه القاعدة يمكن القول بقيام حالة الدفاع الشرعي كلما كان الفعل الذي يواجهه المدافع غير مشروع وهو رأي مالك والشافعي واحمد وليس من الضروري في

^١ - النساء الآية ٣٤ .
^٢ - ومن القواعد الشرعية أن الجواز الشرعي ينافي الضمان . انظر المادة (٩١) - شرح المجلة سليم رستم باز ص ٥٢ .

رأي هؤلاء الفقهاء أن يكون الصائل مسئولاً جنائياً عن فعله فيصح أن يكون الصائل مجنوناً أو طفلاً.

وكذلك فعل الحيوان الصائل وجملته أن الإنسان إذا صالت عليه بهيمة فلم يمكنه دفعها إلا بقتلها جاز له قتلها إجماعاً وليس عليه ضمانها إذا كانت لغيره وبهذا قال مالك والشافعي وإسحاق، والهادوية، وقال أبو حنيفة وأصحابه عليه ضمانها لأنه أتلف مال غيره لإحياء نفسه فكان عليه ضمانها كالمضطر إلى طعام غيره إذا أكله، وكذلك قال الأحناف في غير المكلف من الأدميين كالصبي والمجنون يجوز قتله وضمانه لأنه لا يملك إباحة نفسه ولذلك لو أرتد لم يقتل وخرج عنهم أبو يوسف من أصحاب الإمام أبي حنيفة حيث يرى أن يكون المصول عليه مسئولاً عن قيمة الحيوان فقط لأن فعل الصبي والمجنون جريمة ولكن رفع عنهما العقاب لانعدام الإدراك أما فعل الحيوان الأعجم فليس جريمة^(١).

وماذا بشأن المضطر إلى طعام غيره؟

وجملته أن المضطر إذا لم يكن معه طعام يطعمه ولا مال يشتري به طعاماً ولم يوجد من يعطيه بغير ثمن عاجل، فامتنع من معه الطعام الذي يفيض عن حاجته أن يعطيه ما يدفع غائلة الجوع فإن للجائع أن يقاتله حتى يأخذ منه ما يكفيه. وإذا لم يعطه

^١ - المعنى مع الشرح الكبير ج ١٠ ص ٣٥٠، شرح الأزهار للمرتضى ح ٤ ص ٤٣٥، القاضي / عبد القادر عودة - المرجع السابق ص ٤٧٩.

واضطر إلى قتاله فإن قتل صاحب الطعام ذهب دمه هدرًا وأن قتل طالب القوت يقتل مظلوماً فيصح طلب **القوقد** أو الدية على حسب أقوال الفقهاء^(١) .

بيد أن الحكم يختلف فيما إذا اضطر الجائع أو العاطش إلى قتل نفس لإنقاذ نفسه ، فقتل النفس محرم في كل الظروف ومهما كانت الأوضاع ، ولو كان في قتلها نجاته عدد كبير من الناس وبالتالي فإن المضطر في هذه المسألة يعتبر صائلاً - يجوز مقاتلته فإن قتل قدمه هدر .

الإكراه بغير حق :

يعني الإكراه إجبار واحد بالإخافة على أن يعمل عملاً بغير حق لأن الإكراه بحق لا يعدم الاختيار شرعاً مثل : إجبار المدين على بيع ماله بحكم قضائي فهو إكراه بحق ويشترط في الإكراه أن يكون ملجئ وهو الذي يكون بالضرب الشديد المؤدي إلى إتلاف النفس أو قطع العضو ويسمى الإكراه المادي ويصح أن يكون معنوياً وهو ما كان التهديد والوعيد منتظر الوقوع بشرط أن يكون الإكراه حالاً وأن يكون المكره قادراً على تحقيق وعيده فإذا تحققت شروط الإكراه الملجئ فإنه لا مسئولية على المكره ويكون فاعل

^١ - المالكية والظاهرية يرون القصاص على الممتنع ما دام القتل مقصوداً فلا عبره بطريقته لأن العبرة بالمقاصد لا بالوسائل وبالغايات لا بطرائقها ، وتقول الإباضية بعقوبة العمد البديلة . أما الحنابلة والإمامية فإنهم يتفقون في الجملة مع مذهب المالكية والظاهرية الإباضية في أن الممتنع عن الإنقاذ يكون مسئولاً جنائياً إلا أنهم يشترطون أن يطلب المضطر إنقاذه أو استخلاصه فإن لم يطلب ذلك فلا مسئولية على أحد ويوجبون في حالة المسئولية الجنائية الدية فقط غير أن احمد يوجب الدية في مال الجاني

والأصل فيما تقدم مذهب عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقد روي بن حزم من طريق أبي بكر بن شيبه عن حفص بن غياث عن الحسن ((أن رجلاً استسقى على باب قوم فأبو أن يسقوه فأدركه العطش فمات فضمنهم عمر بن الخطاب ديته)) المحلى ح ١٠ ص ٥٥٢ .

أما مذهب الحنفية والشافعية فإنهم يقررون أن إغاثة المضطر واجبة شرعاً وأن الامتناع عن الإغاثة معصية لله تعالى لأنها إخلال بواجب شرعي غير أن فعله لا يستوجب قصاصاً ولا دية غير أن الشافعية يرون مسئولية الجاني بالترك إذا حبس الشخص في مكان ومنع عنه الطعام أو الشراب فإن الحابس يعد قاتلاً ويكون مستحقاً لعقاب القاتلين .

(المهذب ح ٢ ص ٢٦٦ - حاشية بن عابدين ح ٦ ص ٤٤١ - ددر الحكام شرح غرر الأحكام ح ١ ص ٣٠٩) .
راجع في هذه الحاشية - الإمام محمد أبو زهره - المرجع السابق ص ٤٦٤ ، د/ يوسف قاسم - نظرية الضرورة ط ١٩٨١ م ص ٣٧٤ وما بعدها .

الإكراه مسئولاً عن الجريمة فيما عدا الإكراه على القتل أو قطع طرف أو التعذيب فلا ترفع المسؤولية عن ذلك عن المكره ومن أكرهه^(١) .

بيد أن ارتفاع المسؤولية الجنائية عن المكره في الأحوال دون القتل والتعذيب لا يعني إباحة الفعل له بل يظل الفعل غير مشروع وبالتالي لم يلحقه الجواز الشرعي وإنما أنعدم رضائه بالفعل وفسد اختياره فرفع عنه العقاب بسبب ذلك ، وحيث أن فعله مع الإكراه لا يزال محضوراً فإنه يكون للمعتدى عليه عندئذ أن يدفع الخطر بما يلزم لردّه وبالوسيلة المناسبة.

هياج العواطف :

وجملة ذلك حال كون الزوج فاجاً زوجته أو إحدى أصوله أو فروعه أو أخواته متلبسة بالزنا وهم بقتلها هي ومن يزني بها .

فالأصل في الشريعة الإسلامية أنه لا عبرة لهياج العواطف إلا من حيث تخفيف العقاب على نحو يتفق معها القانون الوضعي ويظل في الشريعة الإسلامية الخلاف بين المذاهب في المسألة السابقة المتعلقة بالزنا فلا عقاب على قاتل الزاني في حالة التلبس - عند مالك وأبي حنيفة واحمد وحجتهم قضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقوله للرجل الذي قتل زوجته مع شريكها حال - تلبسهما بجريمة الزنا ((إن عادوا فعد)) وأهدر دم القتل .

^١ - أختلف الفقهاء في عقوبة المكره في حالة القتل ، فمالك واحمد يرون القصاص وفي مذهب الشافعي رأبان أرجحهما يرى القصاص والثاني يرى أصحابه أن تكون العقوبة الدية على اعتبار أن الإكراه شبه تدرأ القصاص وفي مذهب أبي حنيفة اختلاف على العقوبة فزفر يرى القصاص وأبو حنيفة ومحمد يريان الاكتفاء بتعزير المكره وأبو يوسف يرى الدية على المكره (نقلنا ما تقدم هنا عن القاضي عبد القادر عوده المرجع السابق ص ٥٦٨) ، وجاء في شرح الأزهار للمرتضى أنه لا يسقط القود لكون القاتل مكرهاً حيث بقى للمكره فعل وإلا فالقواد على المكره وفقاً ح ٤ ص ٤٠٧ راجع أيضاً شرح المجلة لسليم رستم ((المواد ٩٤٨ ، ٩٤٩ ، ٩٥٠ ، ١٠٠٣ - ١٠٠٧)) ص ٤٦٣ وما بعدها .

وعلى هذا الحكم بني عدم جواز فعل الدفاع الشرعي في مواجهة الزوج وهو قضاء الإمام علي بن أبي طالب رضي الله عنه في المرأة التي قتلت زوجها حين فاجأها مع صديقها متلبسين بجريمة الزنا فوثب إليه الصديق فقتله الزوج وقتلت المرأة زوجها - فقاضى علي رضي الله عنه بقتل المرأة ولم يعتبرها مدافعة عن نفسها أو عن غيرها . ويتفق القانون مع الشريعة الإسلامية في اعتبار أفعال الصغير والمجنون والمكره الجنائية غير مشروعة . وأن الذي يرتفع عنهم العقاب فيما عدا القتل والتعذيب فلا ترفع المسؤولية فيهما عن المكره ومن أكرهه وتبين ذلك المواد (٣١ ، ٣٣ ، ٣٥ ، ٣٦) جرائم وعقوبات .

وكذلك الحال يتفق القانون مع الشريعة الإسلامية بشأن قتل الزوج زوجته أو من يزني بها حال تلبسها بالزنا ، ويسري ذات الحكم على من فاجأ إحدى أصوله أو فروعه أو أخواته متلبسة بجريمة الزنا غير أن القانون يعاقب الجاني بعقوبة تعزيرية هي الحبس الذي لا يزيد على سنة أو بالغرامة حال كون الجاني قد افتأت على حق السلطة العامة في القضاء بالعقاب . وتبين ذلك المادة (٢٣٢) جرائم وعقوبات .

ولنا أن العذر المتمثل بهياج العواطف أكسب فعل الزوج أو من في حكمه جوازاً شرعياً غير أن فعل الزوج لم يتصف بالمشروعية لتعلق أمر الشارع به بالإيجاب أو الجواز وإنما ذلكم هو العذر الشرعي المتمثل بهياج العواطف ، وإذا شئتم قلتم أن فعل الزوجة مع صديقها يعتبر منكراً يجب دفعه وفقاً لقاعدة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر (الدفاع الشرعي العام) وهذا القول صحيحاً ويكسب فعل الزوج أو من في حكمه صفة

المشروعية عن طريق أمر الشارع بيد أن الشارع قد حدد للزوج وسيلة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في هذه الحالة وهي إثباتها بأربعة شهود فإن لم يجد فعن طريق اللعان . ولكن الزوج قد يتجاوز هذه الوسائل إلى القتل المباشر ثم لا يكون أمامه إلا ذلك العذر سبباً لعدم مسئوليته مع إقرار الولي في صحة الواقعة أما إذا قتل رجلاً وادعى أنه وجده مع امرأته فأنكر وليه فالقول قول الولي لما روي عن علي رضي الله عنه أنه سئل عن رجل دخل بيته فإذا مع امرأته رجل فقتلها وقتله قال: على إن جاء بأربعة شهداء وإلا فليعط برمته . ولأن الأصل عدم ما يدعيه فلا يسقط حكم القتل بمجرد الدعوى واختلفت الرواية في البينة فروى أنها أربعة شهداء لخبر علي ولما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن سعداً قال : يا رسول الله أرأيت أن وجدت مع امرأتي رجلاً أمهله حتى آتي بأربعة شهداء ؟ فقال النبي ﷺ ((نعم)) وروي أنه يكفي شاهدان لأن البينة تشهد على وجوده على المرأة وهذا يثبت بشاهدين لرفع القصاص عنه . وهذا الافتراض إنما يكون مع عدم إقرار الولي بصحة الواقعة أما أن أقرها الولي فالحكم كما قضى به عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

كما أن هذا الفرض يصح مع كون المرأة مطاوعة على الزنا فإن كانت مكرهة فعليه القصاص(١) .

١- يراجع المغنى مع الشرح الكبير المرجع السابق ص ٣٥٣ ، الإمام محمد أبو زهرة المرجع السابق ص ٤٤٤ .

المبحث الثاني

محل الاعتداء

يعني محل الاعتداء في الشريعة الإسلامية عموماً بأنه ((الحرمات)) لقوله تعالى (الحرمات قصاص) والحرمات هي : كل ما يجب المحافظة عليه واحترامه^(١) وعلى وجه الخصوص يتحدد محل الاعتداء بالأنفس والأغراض والأموال فهي معصومة إلا بحقها ، والعصمة تعني الحرمة .

بيد أن القصاص لا يكون إلا بعد تحقق الاعتداء وانتهائه ولا يكون إلا بعد القضاء به بحكم يوجبه . أما حال كون الاعتداء في مرحلة الشروع أو كان قد تحقق غير أنه لا يزال مستمراً لم ينته أو غلب على ظن المدافع أنه سيقع عليه ولا محيص منه إلا بالدفاع فإن للمدافع عندئذ دفع الخطر بالقوة اللازمة . ويتفق القضاء والفقهاء الوضعي مع الشريعة الإسلامية في اعتبار محل الاعتداء كل حق يحميه القانون^(٢) .

وهذه الحقوق على عمومها ترجع في القانون إلى ثلاثة أشياء هي : النفس ، العرض ، المال . في حين يرجعها علماء الأصول إلى خمسة أشياء هي : الدين ، النفس ، العقل ، النسل ، المال . وهي ما تسمى بالضروريات الخمس^(٣) بيد أن الدفاع عن الدين

^١ - راجع أحكام القرآن لابن عربي ج ١ ص ١١٢ ، وتفسير كلمات القرآن - إعداد د/ محمد حسن الحمصي .
^٢ - د/ محمد نجيب حسني شرح قانون العقوبات - القسم العام ٨٢م دار النهضة - القاهرة ص ١٨٠ عن / عبد الفتاح مراد - التصرف في التحقيقات ص ٣٨٢ ، وراجع أيضاً د/ عبد الحكم فوده - المرجع السابق ص ١٠٧ ، عبد الحميد الشواربي - المرجع السابق ص ٢٥ .
^٣ - القاضي / عبد القادر عوده - المرجع السابق ص ٢٠٠ .

واجب كل المسلمين فأساسه الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ((الدفاع الشرعي العام)) فيخرج بذلك عن موضوع الدفاع الشرعي الخاص .

وفي الفقه الوضعي يدخل العقل والعرض ضمن مكونات الشخص المادية أو المعنوية ويعتبر الاعتداء عليها اعتداءً على النفس وبهذا التفسير يضيق محل الاعتداء لفظاً ويتحدد فقط بالنفس والمال وبه أخذ القانون المصري (م/٢٤٦) حيث أغفل النص الدفاع عن العرض لفظاً وهو محل نقد^(١) غير أنه باق حكماً بدليل وروده بعد ذلك ضمن الحالات المبيحة للقتل .

ولكننا سوف نجاري حكم المادتين (٢٧ ، ٢٨) جرائم وعقوبات ومنهما يتبين أن محل الاعتداء يتحدد بالنفس والعرض والمال ودخول المساكن ليلاً . ويعبر الإمام محمد أبو زهره

عن المحل الأخير بالستر الذي يجب أن يكون عليه البيت^(٢) وهو أشمل من حيث المعنى والأثر بيد أن دخول المساكن ليلاً الوارد بلفظ القانون ورد بذلك الوصف بقصد ترتيب أثر خاص عليه هو إباحة قتل المعتدي إن تعين القتل كوسيلة لازمة لذلك . وفيما عدا ذلك من جرائم انتهاك حرمة المساكن يقوم معها الدفاع بيد أنها لا تبرر القتل .

هذا هو محل الاعتداء أما وصف الاعتداء فقد سبق بيانه بأنه يجب أن يكون حالاً وأن يكون غير مشروع . وبالتالي إذا لم يتحقق شرط التجريم فلا مجال للعقوبة بقيام حالة

^١ - راجع د/ حسني الجندي المرجع السابق ص ٢٦١ .

^٢ - الإمام محمد أبو زهره - العقوبة ص ٤٤٠ .

الدفاع الشرعي في مواجهته وفيما يلي سوف نشير إلى بعض الجرائم التي تقع على النفس أو العرض أو المال وفقاً لما ورد في القانون .

أولاً : جرائم الاعتداء على النفس :

يهدد الاعتداء على النفس الشخص إما بمكوناته المادية ، مثل : قصد إزهاق روحه أو الإجهاض أو إيذاء الجسم وإما بمكوناته المعنوية مثل : الاعتداء على الحرية الشخصية كالحجز على الحرية والتفتيش غير القانوني والرق والخطف وانتهاك حرمة المساكن والاعتداء على حرمة الحياة الخاصة مثل التنصت وإفشاء الأسرار ويدخل ضمن جرائم الاعتداء على النفس إعطائه مواد ضارة أو مسكرة أو مخدره وعموماً جميع الجرائم التي حمى المشرع بمقتضاها الفرد كقيمة اجتماعية إنسانية^(١) .

ثانياً جرائم الاعتداء على العرض :

يهدد الاعتداء على العرض الشخص أما بما يظال جسمه مثل : قصد الزنا أو اللواط أو السحاق أو هتك العرض وأما بما ينال من شرفه واعتباره كالقذف والسب والأفعال المخلة بالحياء المنافية للآداب العامة .

ثالثاً : جرائم الاعتداء على الأموال :

^١ - د/ عبد الحميد الشواربي - المرجع السابق ص ٢٥ ويراجع القرار الجمهوري بقانون بشأن الجرائم والعقوبات - الفرع الثالث من الفصل الأول الباب الرابع والمواد (١٧١ ، ١٧٢) من الفصل الثاني وكذا الباب العاشر والباب الحادي عشر والباب الثاني عشر . ويراجع أيضاً الجرائم ذات الخطر العام المنصوص عليها في الباب الثاني والباب الثالث وجرائم الاعتداء على الأموال العامة المنصوص عليها في الفصل الأول للثبوت من قيام حالة الدفاع الشرعي الخاص في مواجهتها إذا توافرت الشروط الأخرى وفقاً للمعيار الذي ضبطنا به التميز بين الدفاع الشرعي العام والدفاع الشرعي الخاص ومن قبيل هذا ، يرى الدكتور حسني الجندي (المرجع السابق ص ٢٨١) : أن يشتمل الدفاع الشرعي عن الحقوق المتعلقة بالدولة أيضاً مثال ذلك الدفاع الشرعي ضد أعمال التجسس الذي لا يمكن درؤه بالالتجاء إلى السلطات العامة كتسليم سر من أسرار الدولة إلى العدو .

ويقصد بالاعتداء على الأموال سواءً كانت منقولة أو عقارية وكل ما يتقوم بالمال .
ومنها - الاعتداء بقصد السرقة والحراية والابتزاز وإتلاف واختلاس المحجوزات وقتل
الحيوانات والاعتداء على حرمة ملك الغير .

وقد أشرنا من قبل أن الدفاع في مواجهة العدوان على المال العام يعتبر من قبيل الدفاع
الشرعي الخاص وغلبنا هذا الرأي لأن المعتدي هو الإنسان وهو ما يميزه عن الدفاع
الشرعي العام الذي يكون فيه المعتدي هو المنكر اللازم دفعه .

المبحث الثالث

الوسيلة اللازمة لرد الاعتداء

(فعل الدفاع)

الفعل الذي يكون للمدافع أن يدفع به الخطر هو الفعل اللازم لرد الخطر عن نفسه أو
عرضه أو ماله أو نفس الغير أو عرضه أو ماله .

ويشترط لهذا الفعل شرطان هما اللزوم ، والتناسب . وهما شرطان مرتبطان ببعضهما
ذلك أن الفعل الذي يدفع به الخطر هو الوسيلة الوحيدة لرد الاعتداء أي أنه من

المتعذر عليه اللجوء إلى وسيلة أخرى غيرها ، كالجؤ إلى السلطات العامة لاتقاء هذا
الخطر وهذا هو معنى اللزوم وبالقدر الذي يدفع به الخطر وهذا هو معنى التناسب .

الفرع الأول

اللزوم

هذا الشرط تفرضه القواعد العامة في الفقه الإسلامي ويستفاد أيضاً من نص المادة (٢٧) جرائم وعقوبات التي جاء فيها ((وكان من المتعذر عليه الالتجاء إلى السلطات العامة لاتقاء هذا الخطر في الوقت المناسب)) وبالتالي فإذا أمكن دفع الصائل بوسيلة أخرى غير الدفاع وجب استعمالها كالصراخ والاستغاثة والاحتماء برجال السلطة العامة فإذا أهمل المجني عليه هذه الوسيلة ودفع الاعتداء فهو معتد واختلف الفقهاء في الهروب كوسيلة لدفع الاعتداء وفرق البعض بينما إذا كان الهرب مشيناً أو غير مشين وفيما يلي بيان الأدلة على اللزوم .

روي عن النبي ﷺ ، أنه جاء إليه رجل يقول له يا رسول الله ((الرجل يأتيني يريد مالي ، قال عليه الصلاة والسلام : نكره الله ، قال : فإن لم يذكر الله قال : فاستعن عليه من حولك من المسلمين ، قال : فإن لم يكن حولي منهم أحد ، قال : فاستعن عليه السلطان ، قال فإن نأى عني السلطان ، قال : قاتل دون مالك ، حتى تمنع مالك، أو تكون شهيداً في الآخرة))^(١) .

وجاء في شرح الأزهار ((لو أن رجلاً تهدد رجلاً فخاف منه الإيقاع به فوثب عليه فقتله لم يسقط عنه القواد بذلك التهديد فقط إلا أن يكون قد أقدم عليه فقتله مدافعة سقط القواد أو غلب في ظنه أنه إذ لم يقتله قتلته ولا محيص له عنه جاز له قتله ولو لم يكن قد أقدم عليه وجاء في حاشيته بياناً للمسألة الأولى - ((ولا يدافع بالقتل حيث يمكن الهرب إذا هو أخف كما لا يخشأن أن كفى اللين وقيل له ذلك لأنه ليس بمتعد

^١ - العقوبة للإمام أبو زهره ص ٤٤٨ وما بعدها .

بالدفع)) ويلاحظ في هذه المسألة اشتراط الهرب كوسيلة لازمة إن كان الهرب ممكناً لقوله إذا هو أخف^(١) .

وفي مسألة أخرى جاء في حاشية الأزهار ((ولو كان من مسلم حيث لا يندفع إلا بقتله وجب في المدافعة تقديم الأخف فيدفع أولاً بالصياح على الصائل من بهيمة أو آدمي ولو بالاستغاثة بالغير وبالهرب إذا كان ينجيه))^(٢) .

وجاء في المغني في مسألة من دخل منزل غيره بسلاح وبغير إذنه ، قال : ((فأما إن لم يمكنه دفعه إلا بالقتل أو خاف أن يبدره بالقتل إن لم يقتله فله ضربه بما يقتله أو يقطع طرفه وما أتلّف منه فهو هدر لأنه تُلّف لدفع شره فلم يضمنه كالباعي ولأنه اضطر صاحب الدار إلى قتله فصار كالقاتل لنفسه وإن قتل صاحب الدار فهو شهيد لما روى عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه قال : ((من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد)) رواه الخلال بإسناده^(٣) .

ويستفاد مما تقدم أن اللجوء إلى فعل الدفاع ينبغي أن يكون لازماً وبمعنى آخر أن المدافع ملجأ إلى الدفاع عن نفسه أو ماله وأن اختلاف الفقهاء بشأن الهرب أساسه حكمهم في الهرب هل يصلح وسيلة من وسائل الدفاع فمن رأى ذلك فقد أوجب الهرب على الموصول عليه لأن الهرب هو الوسيلة المناسبة لدفع الاعتداء والموصول عليه مكلف بدفع الاعتداء بأيسر ما يمكن^(٤) ومن رأى أن الهرب لا يصلح وسيلة من وسائل الدفاع فإنه لا يلزم الموصول عليه بالهرب ، ويجعل له أن يثبت ويدافع إذا لم

١- شرح الإزهار ج ٤ ص ٤٠٧ ويشير إلى ورود المسألة في بحر الزخار . يخشن - المراد بهذا اللفظ - العنف .

٢- شرح الأزهار للمرئضي ح ٤ ص ٣٥ .

٣- المغني مع الشرح لابن قدامه الحنبلي ح ١٠ ص ٣٥٢ .

٤- نفس المراجع السابقة .

يكن إلا الهرب أو الدفاع^(١) و فرق بعض الفقهاء بين ما إذا كان الهرب مشيناً أو غير مشين وجعلوه لازماً إذا لم يكن مشيناً - كالهرب من الحيوان أو الصبي أو المجنون أو الأب ... الخ وغير لازم إذا كان مشيناً^(٢) .

الفرع الثاني

التناسب

يعني التناسب وفقاً لنص المادة (٢٧) جرائم وعقوبات ، دفع الخطر بما يلزم لردّه وبالوسيلة المناسبة . ويعني بحسب اصطلاح الفقهاء عليه دفع الاعتداء بأيسر ما يندفع به.

ويأتي التكلم عن التناسب بعد التثبت أولاً من فعل الدفاع في ما إذا كان لازماً لرد الخطر الذي يهدد النفس أو العرض أو المال . لأنه إذا لم يكن فعل الدفاع لازماً فإنه لا يكون هناك دفاع بل تعد . لذلك لا بد أن يكون فعل الدفاع لازماً ويتضح ذلك من خلال التحقق من وسائله وهي كما وردت في الحديث النبوي الذي روى عنه عليه الصلاة والسلام في الرجل الذي سأله عن دفع من يريد ماله . ومن خلال أقوال الفقهاء التذكير بالله

^١ - الأم للشافعي ح ٦ ص ٢٨ .
^٢ - تحفة المحتاج ح ٤ ص ١٢٦ عن القاضي عبد القادر عوده - المرجع السابق ص ٤٨٣ .

تعالى ، الاستغاثة بعمامة الناس عن طريق الاستعانة بهم أو الصراخ ، الاستعانة بالسلطات العامة ، الهرب عند القائلين به إذا كان ممكناً . ونحو ذلك ثم يكون الدفاع بأيسر ما يندفع به الخطر وهو التناسب ويتضح التناسب من خلال تحقق وسائله حيث يجب في المدافعة تقديم الأخر فالأخف فيكون الدفع بالضرب باليد ثم بالسوط ثم بالعصا ثم بالسلاح فإن عدل إلى رتبة وهو يمكنه الدفع بدونها ضمن حتى لو ضربه ضربة وهو صائل ثم ضربه أخرى وقد أندفع - فالثانية مضمونة فإن مات بها فنصف الدية وإن قطع يده بالثانية أقتص منه فإن كان يندفع بالعصا وليس عنده إلا سلاح قاتل بطبيعته فله الدفع به للضرورة ولا ضمان فإن التحم القتال بينهما سقط الترتيب بخروج الأمر عن الضبط^(١) .

وقال ابن قدامة الحنبلي ((أنه إن أمكن إزالة العدوان بغير القتل فلم يجز القتل كما لو غصب منه شيئاً فأمكنه أخذه بغير القتل .

وقال في مسألة من دخل منزل غيره بغير إذنه فلصاحب الدار أمره بالخروج من منزله سواء كان معه سلاح أو لم يكن لأنه متعد بدخول ملك غيره فكان لصاحب الدار مطالبته بترك التعدي كما لو غصب منه شيئاً فإن خرج بالأمر لم يكن له ضربه لأن المقصود إخراجة ، فإن لم يخرج بالأمر فله ضربه بأسهل ما يعلم أنه يندفع به لأن المقصود دفعه فإذا أندفع بقليل فلا حاجة إلى أكثر منه فإن علم أنه يخرج بالعصا لم يكن له ضربه بالحديد لأن الحديد آلة قاتلة بخلاف العصا وإن ذهب مولياً لم يكن له قتله ولا إتباعه كأهل البغي وأن ضربه ضربة عطلته لم يكن له أن يثني عليه لأنه كفى شره ،

^١ - راجع شرح الأزهار للمرتضى والمنتزح المختار لأبي الحسن بن مفتاح حاشية شرح الأزهار ص ٤٣٥-٤٣٦ .

وإن ضربه فقطع يمينه فولى مدبراً فضربه فقطع رجله فقطع الرجل مضمون عليه
 بالقصاص أو الدية لأنه في حال لا يجوز له ضربه وقطع اليد غير مضمون ، فإن مات
 من سراية القطع فعليه نصف الدية كما لو مات من جراحة اثنين ، وإن عاد إليه بعد
 قطع رجله فقطع يده الأخرى فاليدان غير مضمونتين ، وإن مات فعليه ثلث الدية كما
 لو مات من جراحة ثلاث أنفس فقياس المذهب أن يضمن نصف الدية لأن الجرحين
 قطع رجل واحد فكان حكمهما واحد كما لو جرح رجل مائة جرح وجرحه آخر جرحاً
 واحد ومات كانت ديته بينهما نصفين ولا تقسم الدية على عدد الجراحات كذا ههنا ،
 فأما أن لم يمكنه دفعه إلا بالقتل أو خاف أن يبدره بالقتل إن لم يقتله فله ضربة بما
 يقتله أو يقطع طرفه وما أتلف منه فهو هدر لأنه تلف لدفع شره فلم يضمنه كالبಾಗಿ
 ولأنه اضطر صاحب الدار إلى قتله ، فصار كالقاتل لنفسه وإن قتل صاحب الدار فهو
 شهيد لما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص رض الله عنهما عن النبي صلى الله
 عليه وآله وسلم أنه قال : ((من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد)) رواه
 الخلال بإسناده ولأنه قتل لدفع ظالم فكان شهيداً كالعادل إذا قتله البಾಗಿ^(١) .
 ولنا أن ما يستفاد من الحديث أن الأمر بالقتال وليس بالقتل كالأمر بقتال الفئة الباغية
 في قوله تعالى ((فقاتلوا التي تبغي حتى تفي إلى أمر الله))^(٢) .
 والقتال لا يعني القتل ولكن قد يكون القتل نتيجة للقتال .

^١ - المغنى مع الشرح الكبير لابن قدامة ج ١٠ ص ٣٥١ - ٣٥٢ ، المهذب ج ٢ ص ٢٤١ . وراجع أيضاً القاضي / عبد القادر
 عوده نفس المرجع السابق ص ٤٨٣-٤٨٦ .
^٢ - سورة الحجرات الآية (٩) .

أخرج الشيخان عن أنس أن النبي ﷺ (ركب حماراً وانطلق إلى عبد الله بن أبي فقال إليك عني فقد أداني نتن حمارك ، فقال رجل من الأنصار : والله لحماره أطيّب ريحاً منك فغضب لعبد الله رجل من قومه ، وغضب لكل واحد منهما أصحابه ، فكان بينهما ضرب بالحديد والأيدي والنعال ، فنزلت فيهم (وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما)) (١) .

معيار ضبط التناسب :

إذا كان انتفاء شرط اللزوم ينفي وجود الدفاع الشرعي من أساسه فإن انتفاء التناسب لا ينفية بل يترتب على عدم توافره تجاوز لحدود حق الدفاع الشرعي ويقوم فعل الدفاع الشرعي مهما كان جسامة الاعتداء شديداً أو بسيطاً بيد أن المدافع يتقيد بأن يدفع الاعتداء بأيسر ما يمكن أن يندفع به فما هو معيار ضبط التناسب ؟

الحقيقة أنه لا يوجد معيار ثابت وحاسم لتحديد معنى التناسب بين فعل الدفاع والاعتداء وقد لاحظتم أن للمدافع أن يستخدم سلاحاً قاتلاً لدفع الخطر الذي يمكن دفعه بالعصا حال كونه ليس عنده وسيلة أخرى أقل جسامة للضرورة ولا ضمان عليه ولاحظتم أن مجرد التهديد وإن بث الرعب في نفس المهدد لا يصلح مبرراً لقتل المعتدي وأنه أن فعل ذلك يقاد به بيد أن القتل أن كان ناتجاً عن المدافعة سقط القواد أو غلب على ظنه أنه إذا لم يقتله قتلته ولا محيص له عنه جاز له قتلته ولو لم يكن قد أقدم عليه .

١- راجع أسباب النزول للسيوطي والنيسابوري- سورة الحجرات الآية (٩) .

إذاً فالمقياس الصحيح لضبط التناسب هو ظن المدافع المبني على أسباب معقولة ولا يقاس بالضرر الحقيقي الذي وقع أو الضرر الذي كان ينتوي الصائل أن يحدثه^(١) .

ويقول آخرون أن المعيار الصحيح للتناسب بين فعل الدفاع وفعل الاعتداء ليس بالتساوي بين الضرر الممنوع وبين الضرر الذي وقع دفعاً له ولا بالتطابق أو التماثل بين الوسيلة المستعملة درءاً للخطر وبين التي كانت ستستعمل وإنما في وسعه أن يستخدمها فمتى استخدم الوسيلة الوحيدة التي كانت تحت تصرفه أو ثبت أن الوسيلة المستخدمة كانت في ظروف استخدامها أنسب الوسائل لرد الاعتداء أمكن القول بوجود التناسب بالمعنى الذي يريده القانون وهو معيار موضوعي ونسبي قوامه الشخصي العادي الذي لو وجد في مكان المدافع لاستخدم الوسيلة ذاتها وتصرف بها على النحو المتفق مع المؤلف والخبرة . وينبغي عدم تجاهل الظروف الأخرى المحيطة بوقت ارتكاب الفعل كالحالة النفسية والمكان والزمان الذين تعرض فيهما المدافع للاعتداء وفيما إذا كان المعتدي ذكراً أو أنثى عجوزاً أو شاباً فرداً أو جماعة لياً أو نهاراً ونحو ذلك^(٢) .

تطبيقات :

- ١- لو عض أحدهما يد الآخر ولم يكن العضوض تخليص يده إلا بعضة فله عضه .
- وقيل يخلص العضوض يده بأسهل ما يمكن فإن أمكنه فك لحييه بيده الأخرى فعل فإن

١- المراجع السابقة .
٢- د/ عبد الحميد أشورابي - المرجع السابق ص ٥٧-٦٠ ، القاضي عبد الفتاح مراد - التصرف في التحقيق الجنائي ص ٣٢٨ .

لم يمكنه لكمه في فكه فإن لم يمكنه جذب يده من فيه فإن لم يخلص فله أن يعصر خصيته وإن لم يمكنه فله إن يبيع بطنه وإن أتى على نفسه . وقيل أن هذا الترتيب لم يصح للحديث الذي رواه يعلي بن أميه وقد تقدم فإن النبي ﷺ لم يستفصل ولأنه لم يلزمه ترك يده في فم العاض حتى يتحايل بهذه الأشياء المذكورة ولأن جذب يده مجرد تخليص ليده وما حصل من سقوط الأسنان حصل ضرورة للتخلص الجائز - ولكم فكه جنابة غير التخليص وربما تضمنت التخليص وربما أتلفت الأسنان التي لم يحصل العض بها وكانت البداية بجذب يده أولى ، وينبغي أنه متى أمكنه جذب يده فعدل إلى لكم فمه فأتلف سناً ضمنه لإمكان التخلص بما هو أولى .

وروي أن غلاماً أخذ قمعاً من أقماع الزياتين فأدخله بين فخذي رجل ونفخ فيه فذعر الرجل من ذلك وخبط برجله فوق على الغلام فكسر بعض أسنانه فاختموا إلى شريح فقال شريح لا أعقل الكلب الهزار^(١) .

٢- من أطلع في بيت إنسان من ثقب أو شق باب ونحوه فرماه صاحب البيت بحصاه أو طعنه بعود فقلع عينه لم يضمنها ، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يضمنها لأنه لو دخل منزله ونظر فيه أو نال من امرأته ما دون الفرج لم يجز قلع عينه فمجرد النظر أولى .

والصحيح أن في هذه المسألة حديث رواه أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : ((لو أن امرأً أطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاه ففقت عينه لم يكن عليك جناح)) وعن سهل بن سعد أن رجلاً أطلع في جحر من باب النبي صلى الله عليه وآله وسلم

١- المغنى - المرجع السابق ص ٣٥٤ - ٣٥٥ .

الصلاة والسلام ورسول الله عليه الصلاة والسلام يحك رأسه بمدرى في يده فقال رسول الله ﷺ ((لو علمت أنك تنظرني لطمت أو لطعت بها في عينك)) متفق عليه .
وقيل بأنه يدفعه بأسهل ما يمكنه دفعه به فيقول له أولاً انصرف فإن لم يفعل أشار إليه يوهمه أنه يحذفه فإن لم ينصرف فله حذفه حينئذ وإتباع السنة أولى أما إن ترك الاطلاع ومضى لم يجز رمية لأن النبي عليه الصلاة والسلام لم يطعن الذي اطلع ثم انصرف^(١) .

٣- لا شيء في راقى نخله مات بالرؤية^(٢) مثاله أن يرقى رجل نخله ليسرق من ثمرها فأشرف عليه مالكا ففزع فسقط فهلك لم يضمنه المالك إذ لا فعل منه يوجب الضمان (غالباً) أما إذا لبس المالك لباساً منكراً مفزَعاً لقصد إفزاعه بصورته ثم يشرف عليه فيهلك لسبب الفزع من تلك الصورة فإن المالك حينئذ يضمنه - من ماله وقيل على العاقلة ، ولو هلك بالرؤية لأنه سبب الهلاك بسبب متعدى فيه . أو مات بالزجر فلا شيء فيه أن لم ينزجر بدونه فلو أن رجلاً أدرك رجلاً قد على نخلة ليسرق من ثمرها فزجره فسقط السارق ومات لم يلزمه شيء - وقيل^(٣) المراد إذا كان سقوطه لا من صحته بل أراد أن ينزل فسقط وكذا لو سقط لفشله وأما إذا كان سقوطه لأجل الصيحة فإن لم يندفع إلا بها فلا شيء عليه وإن كان يندفع بدونها ضمنه . وقيل^(٤) إلا إن قصد

١- المغنى . نفس المرجع السابق ص ٣٥٥ .

٢- رؤية العائن وهو الذي يرى غيره فيعجبه فتلف لأجل رؤيته . وقيل يضمن لأنه مباشر قاله - الفقيه علي بن يحيى من فقهاء المذهب ، وقال الأمير الحسين صاحب الشفاء - لا يضمن وهذا يحتل أن يكون كالسحر وقد ذكروا في شرح الإبانة أن مذهب أهل البيت ((عليهم)) وأبي حنيفة أنه لا يقتل بالسحر قصاصاً لأنه لا يؤثر خلافاً للشيء وقال في الشفاء في العين أن الله هو المغير للشيء لا أن العين هي التي قتلت ولعله يفرق بين هذا وبين الإحراق في النار فإن القود يجب لذلك وإن كان الإحراق فعل الله تعالى لأن المضرة معلومة والله أعلم ومما يدفع ضرورة العين أن يقول عند رؤيته ما شاء الله لا قوة إلا بالله .

٣- القول للمرتضى حكاه عن الفقيه يحيى بن حسن البجيج في اللمع .

٤- قاله الفقيه علي بن يحيى وله تصانيف منها الزهرة على اللمع .

إلى قتله بالصيحة فعليه القواد وإن لم يقصد إلى قتله فعليه الدية لأنه قاتل خطأ وقبل^(١) وفي وجوب القود نظر لأنه فاعل سبب والأسباب لا يفترق الحال فيها بين العمد والخطأ في سقوط القواد . وقيل^(٢) بل الأقرب أنه مباشر لأن الصوت كآلة الواقعة في الصماخ ينصدع لأجلها القلب فيهلك السامع .

٤- أخذ العرض ويقصد به ما يقع على الشرف ولاعتبار كالقذف والسب ، قال العلماء^(٣) وأما من أخذ عرضك فخذ عرضه لا تتعداه إلى أبويه ولا إلى ابنه أو قريبه . لكن ليس لك أن تكذب عليه ، وإن كذب عليك فإن المعصية لا تقابل بالمعصية فلو قال لك مثلاً : يا كافر جاز لك أن تقول له : أنت الكافر ، وأن قال لك : يا زان ، فقصاصك أن تقول . يا كذاب يا شاهد الزور . ولو قلت له يا زان كنت كاذباً فأثمت في الكذب وأخذت فيما نسب إليك من ذلك فلم تترج شيئاً وربما خسرت . وإن مطلقك وهو غني دون عذر قل : يا ظالم يا آكل أموال الناس^(٤) وقيل أن الدفاع الشرعي في هذه المسألة أن تمسك فم المعتدي وتقول له صه صه وذهب كثير من المتأخرين إلى قيام حالة الدفاع الشرعي في مواجهة هذا النوع من العدوان من أمثال الدكتور السعيد مصطفى ، د/ محمود مصطفى ، د/ محمود نجيب وإن كان البعض يرى أن هذا النوع من الجرائم لا يعطى الحق في الدفاع الشرعي^(٥) .

١- قاله الفقيه يوسف بن احمد صاحب الثمرات وغيرها .
٢- هذا كلام الإمام المهدي عليه السلام . راجع فيما تقدم شرح الأزهار ج ٤ ص ٤٠٨ ، ٤٠٩ .
٣- المقصود علماء المالكية راجع أحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ١١١ - ١١٢ .
٤- لما روي عن النبي ﷺ أنه قال : لي الواجد يحل عرضة وعقوبته أما عرضه فيما تقدم وأما عقوبته فبالسجن حتى يؤدي . كما روي عن النبي ﷺ أنه قال : من كفر مسلماً فقد كفر وفي رواية فقد باء بها أحدهما . وقال عليه الصلاة والسلام ((سباب المسلم فسوق ، وقتاله كفر)) وبالتالي إن قلت لمن يسبك يا فاسق لم تكذب عليه وهكذا .
٥- راجع د/ حسني الجندي المرجع السابق ص ٢٦٧ .

٥- ولقد أثر عن عمر رضي الله عنه خبر امرأة قتلت من اكرهها فمنعت نفسها من استمرار الاعتداء عليها بالقتل ، فقد روي عن الليث بن سعد فقيه مصر القصة التالية التي جاءت في كتاب الطرق الحكمية لابن القيم .

قال الليث بن سعد أتى عمر بن الخطاب يوماً بفتى أمرد وقد وجد قتيلاً ملقى على وجه الطريق ، فسأل عمر عن أمره واجتهد فلم يقف على خبر ، فشق ذلك عليه ، فقال اللهم أظفري بقاتله ، حتى إذا كان على رأس الحول وجد صبي مولود ملقى بموضع القتل فأتى به عمر ، فقال ظفرت بدم القتل إن شاء الله تعالى ، فدفع الصبي إلى امرأة وقال لها قومي بشأنه وخذي منا نفقه ، وانظري من يأخذه منك ، فإذا وجدت امرأة تقبله وتضمه إلى صدرها ، أعلميني بمكانها ، فلما شب الصبي جاءت جارية فقالت للمرأة أن سيدتي بعثتني إليك لتبعثني بالصبي لتراه وترده إليك قالت : نعم أذهبي به إليها وأنا معك ، فذهبت بالصبي والمرأة معها حتى دخلت على سيدتها ، فلما رآته أخذته فقبلته وضمته إليها ، فإذا هي ابنة شيخ من الأنصار من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، فأتت عمر رضي الله عنه فأخبرته فاشتمل على سيفه ، ثم أقبل إلى منزل المرأة ، فوجد أباهم متكئاً على باب داره ، فقال له يا فلان ما فعلت ابنتك فلانة ؟ قال جزاها الله تعالى خيراً يا أمير المؤمنين هي من أعرف الناس بحق أبيها مع حسن صلاتها ، والقيام بدينها ، فقال عمر قد أحببت أن أدخل إليها فأزيدها رغبة في الخير ، وأحثها عليه فدخل أبوها ودخل عمر معه ، فأمر عمر من عنده فخرج ، وبقي هو والمرأة في البيت ، فكشف عمر عن السيف ، وقال اصدقيني ، وإلا ضربت عنقك وكان

لا يكذب ، فقالت على رسلك ، فوالله لاصدقن ، إن عجوزاً كانت تدخل علي فأخذتها أماً وكانت تقوم من أمري بما تقوم به الوالدة وكنت لها بمنزلة البنت ، حتى مضى كذلك حين ، ثم أنها قالت : يا بنية أنه قد عرض لي سفر ، ولي ابنه في موضع أتخوف عليها فيه أن تضيع ، وقد أحببت أن أضمها إليك حتى أرجع من سفري ، فعدت إلى ابن لها شاب أمرد ، فهيأته كهينة الجارية ، وأتتني به لأشك أنه جارية ، فكان يرى مني ما ترى الجارية من الجارية ، حتى احتضني يوماً وأنا نائمة فما شعرت حتى علاني وخالطني فمددت يدي إلى شفرة كانت إلى جانبي فقتلته ، ثم أمرت به فألقى حيث رأيت فاشتملت منه على هذا الصبي ، فلما وضعت القيته في موضع أبيه ، فهذا والله خبرها على ما أعلمتك ، فقال صدقت ، ثم أوصاها ، ودعا لها وخرج ، وقال لأبيها نعمت الابنة ابنتك^(١) .

ويعلق الإمام أبو زهره على القصة بقوله : ((ولا شك أن القصة تبدو غريبة تشبه قصص التسلية ، ولكنها على أي صورة تدل على أن المرأة إذا قتلت من يتعدى عليها لا شيء عليها ولولا أنها توافق رأي عمر الذي حكيناه آنفاً^(٢)) ، وأنها براوية الليث بن سعد فقيه مصر . وأنها جاءت في كتاب قيم لابن القيم ما أثبتناه إلا لذلك والقتل هنا لمنع الاستمرار في الجريمة ، لا لمنع أصلها^(٣))) .

المبحث الرابع

^١ - الطرق الحكيمة لابن القيم ص ٢٨-٢٩ .
^٢ - يقصد موقف عمر رضي الله عنه من الرجل الذي قتل زوجته مع شريكها (فقال له أن عادوا فعد) وقتل المرأة لرجل من هذيل أراد امرأة على نفسها فرمته بحجر فقتلته فقال عمر : والله لا يؤدي أبداً - وقد تقدم ذكره في هذا البحث .
^٣ - العقوبة ص ٤٥٢ - ٤٥٣ .

الشخص الذي يكون له دفع العدوان

أولاً : القاعدة العامة :

الشخص الذي يكون له دفع العدوان قد يكون هو المدافع صاحب المصلحة المحمية المعتدي عليها، وقد يكون من الغير ولو لم يكن له علاقة بالمجني عليه . هذا هو الأصل وفقاً للقواعد العامة في الفقه الإسلامي المستفادة من الأصول الشرعية للدفاع الشرعي الخاص ، وهو ما يستفاد أيضاً من نص المادة (٢٧) جرائم وعقوبات التي تنص على أنه : (تقوم حالة الدفاع الشرعي إذا واجه المدافع خطراً حالاً من جريمة على نفسه او عرضه أو ماله أو نفس الغير أو عرضه أو ماله).

ثانياً : قيود الدفاع الشرعي :-

١- القيد الأول وتفرضه القواعد العامة في الفقه الإسلامي وهو حضر مقاومة الاعتداء إذا كان مشروعاً ويستفاد هذا أيضاً من نص المادة (٢٧) بمفهوم المخالفة كون النص يشترط إن يكون الاعتداء الذي يقوم في مواجهة الدفاع الشرعي غير مشروع (من جريمة) وبالتالي إذا كان الاعتداء مشروعاً فإنه ينتفي معه الدفاع الشرعي الخاص كان يتعلق به أمر الشارع إيجاباً أو جوازاً ومن ذلك ما أستبعد القانون عنه صفة التجريم إذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون أو قياماً بواجب أو استعمالاً لسلطة يخولها م / ٢٦ جرائم وعقوبات . كحضر مقاومة رجال السلطة العامة أو

مأموري الضبط القضائي في حدود سلطاتهم المخولة ، وحضر مقاومة الأب أو الزوج في حدود حقهم في التأديب وقد أوردنا من الأمثلة من قبل هذا بما يغني عن التكرار .

٢- القيد الثاني وقد ورد تحقيقا لشرط التناسب بين فعل العدوان وفعل الدفاع وقضت به المادتين (٢٨، ٢٩) جرائم وعقوبات وهو أن الدفاع الشرعي لا يبيح القتل العمد إلا في جرائم معينة وردت على سبيل الحصر فيهما .

٣- القيد الثالث : ويتعلق بالشخص الذي له دفع العدوان عن المعتدي وقضت به المادة (٢٨) وهو أنه لا يبيح الدفاع الشرعي للغير إن يدافع عن المعتدى عليه في الجرائم التي وردت على سبيل الحصر في المادة نفسها إلا إذا كان ذا قرى وب حسب الأحوال المبينة قرين تلك الجرائم .

ثالثاً : مناقشة المواد ٢٧، ٢٨، ٢٩ جرائم وعقوبات .

تنص المادة (٢٨) بأنه (لا يبيح الدفاع الشرعي القتل العمد إلا إذا قصد به دفع فعل يتخوف منه وقوع جريمة من الجرائم الآتية إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة .

القتل أو جراح بالغة إذا كانت الجراح على المدافع نفسه أو أحد أقاربه .

الشروع في الزنا أو اللواط بالقوة على المدافع أو زوجة أو أي محرم عليه

اختطاف المدافع أو زوجة أو ولده أو أحد محارمه بالقوة أو بالتهديد بالسلاح .

وتنص المادة (٢٩) بأنه : (لا يجوز أن يبيح حق الدفاع الشرعي عن المال القتل العمد إلا إذا كان مقصوداً به دفع أحد الأمور الآتية :

جرائم الحريق .

جرائم السرقات الجسيمة .

الدخول ليلاً في منزل مسكون أو أحد ملحقاته .

محل المناقشة في هذه النصوص هو القيد الثالث الذي حضر على الغير المساهمة في

الدفاع الشرعي في الجرائم المبينة في المادة (٢٨) إلا إذا كان ذا قرى على نحو ما

تقدم فلا نسلم بهذا القيد لتعارضه مع القواعد العامة في الفقه الإسلامي وحكم المادة

(٢٧) الذي جاء مطلقاً غير مقيد بشرط يمنع الغير من الدفاع عن المجني عليه من أي

خطر على نفسه أو عرضه أو ماله .

كما أنه يتعارض مع القواعد المتعلقة بالظروف العينية التي يستفيد جميع المساهمين

منها (م/٢٥) ولو لم يعلموا بها ومنها حالة الدفاع الشرعي وبالتالي فأني لا جد مبرراً

لهذا القيد الذي يمنع الغير من المساهمة مع المجني عليه إلا إذا كان ذا قرى سيما

وأن شراح القانون المصري لم يكونوا بحاجة إلى مناقشته كون هذا القانون لم ينص

عليه ناهيك عن الاضطراب في النص فمن هم الأقارب ؟ وإلى أي درجة ؟ وذكر أنه

للمدافع أن يدفع الخطر عن ولده في جريمة الاختطاف ولم يعطه هذا الحق إذ قصد

بالاعتداء الشروع في الزنا أو اللواط . ثم أتى إلى جرائم الاعتداء على المال وهي أقل

جساماً بالمقارنة إلى الجرائم السابقة ولم يورد هذا القيد فهل جعل للغير أن يدافع عن

المعتدى عليه مهما كان وأن أدى الدفاع إلى القتل أم أن الدفاع يقتصر فقط على المدافع نفسه . فالأول مفهوم من رفع القيد والثاني مفهوم من سياق نص المادتين (٢٨ ، ٢٩) حيث أتاح النص الأول للقريب والزوج وأي محرم حق الدفاع وسكت عن هذه الرخصة في المادة (٢٩) ، والحقيقة أنها ليست رخصة حولها القانون للقريب أو للزوج وأي محرم بحسب الأحوال المبينة في النص أن يدفع الخطر في تلك الجرائم وإن أدى إلى القتل بل هو قيد على الأصل الوارد في نص المادة (٢٧) الذي قرر أنه تقوم حالة الدفاع الشرعي إذا واجه المدافع خطراً حالاً من جريمة على نفسه أو عرضه أو ماله أو نفس الغير أو عرضه أو ماله . ورفع القيد في المادة (٢٩) يعني العودة إلى هذا الأصل – وبمقتضى هذا التفسير صار من حق الغير أن يدافع عن المعتدى عليه في جريمة من الجرائم الواقعة على المال الواردة في النص وأن أدى الدفاع إلى القتل في حين أن هذا الغير بمقتضى نص المادة (٢٨) لا يملك هذا الحق فيما هو أعلى شأنًا وأقدس شيئاً يلزم الحفاظ عليه واحترامه وهو عرض الإنسان . فما أعجبه من نص !

وتعالوا بنا لننظر كيف طبقت الشريعة الإسلامية الدفاع عن الغير .

رابعاً : تطبيقات للدفاع عن الغير :

- ١- جاء في المعني ما نصه : وإذا صال على إنسان صائل يريد ماله أو نفسه ظلماً أو يريد امرأة ليزني بها فلغير المصول عليه معونته في الدفع ، ولو عرض اللصوص

لقافلة جاز لغير أهل القافلة الدفع عنهم لأن النبي ﷺ قال : ((انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً)) وفي حديث : (أن المؤمنين يتعاونون على الفتن) ، ولأنه لولا التعاون لذهبت أموال الناس وأنفسهم ، لأن قطاع الطريق إذا انفردوا بأخذ مال لم يعنه غيره ، فإنهم يأخذون أموال الكل واحد واحداً ، وكذلك غيرهم^(١) .

٢- ويقول الإمام أبو زهره : فمن المقررات الثابتة أن التعاون على دفع الآثام واجب وخصوصاً ما يتعلق بالأرواح والأعراض ، وقد جاء في كتاب أحكام القرآن للجصاص ما نصه : ولا نعلم خلافاً أنه لو أن رجلاً قد شهر سيفه على رجل ليقتله بغير حق أن على المسلمين قتله - ويراه الجصاص أنه من قبيل التعاون على البر والتقوى^(٢) .

٣- وقال بعض الفقهاء^(٣) أن أي رجل يرى آخر يزني ، فإذا قتله لا يؤخذ بشيء ، فلا يقاد منه ، ولا يطالب بدية ، وذلك لأنه رأى منكراً وكان من الحق عليه أن يغيره ، لقول النبي ﷺ : (من رأى منكراً فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان) ولأنه كما يقول الإمام أبو زهره جريمة الزنا جريمة مستمرة يجب المنع من استمرارها فإن تعين القتل سبيلاً للمنع ، فإنه يكون قتلاً بحق ، دفعاً للمنكر ولأن ذلك من قبيل التعاون على دفع الإثم والعدوان .

وقد بينا من قبل في معرض التمييز بين الدفاع الشرعي العام والدفاع الشرعي الخاص أن الصائل في الدفاع العام هو المنكر وأساسه الشرعي دفع المنكر ويقوم هذا على افتراض أن الزنا برضاء الطرفين أما إن كان الزنا غصباً عن الطرف الآخر فهنا يكون

١- المرجع السابق لابن قدامه ص ٣٥٣ .

٢- المرجع السابق ص ٤٤٦ نقله عن الجصاص أحكام القرآن .

٣- راجع العقوبة للإمام أبو زهره ص ٤٤٦ .

الصائل هو الإنسان ودفعه يعتبر دفاعاً عن العرض لكنه في جميع الأحوال يقوم الدفع على أساس الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لأن عمل الصائل منكراً ولذلك فالأدلة الشرعية لدفع المنكر تصلح للاستدلال على مشروعية التعاون مع المعتدى عليه لدفع أي خطر يهدد نفس الغير أو عرضه أو ماله والاستدلال بها لا يغير من حكم الدفاع بأنه خاص .

٤- وقرر الفقهاء^(١) أيضاً لغير الزوج إن كان ثمة معاينة أن يدفع المعتدي بقصد الزنا بالقتل العمد ، وروي في ذلك أن رجلاً من المسلمين خرج غازياً ، وأوصى بأهله رجلاً فبلغ الرجل أن يهودياً يختلف إلى امرأته فكمن له حتى جاء فجعل ينشد :

وأشعث غره الإسلام مني خلوت بعرسه ليل التمام .

أبيت على ترائبها ويضحى على جرداء لاحقة الحزام .

كان مواضع الربلات منها فنام ينهضون إلى فنام .

فقام إليه فقتله ، فرجع ذلك إلى عمر رضي الله عنه فأهدر دمه .

٥- والثابت بنص الآية قتال الفئة الباغية بأمر الله تعالى إلى جميع المسلمين ولابغي

أشد من قصد إنسان بالقتل بغير استحقاق فاقتضت الآية قتل من قصد غيره .

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : (من شرع سيفه ثم وضعه

فدمه هدر)^(٢) ومن هدر دمه زالت عصمته للمدافع أو غيره ممن يستعمل حق الدفاع

في رد الخطر .

^١ - راجع المغنى مع المشرح الكبير لابن قدامة المرجع السابق ص ٣٥٣ - ٣٥٤ .

^٢ - الإمام أبو زهره المرجع السابق ص ٤٤٠ نقله عن الجصاص - المرجع السابق .

٦- حدث أن امرأة مسلمة قدمت بحليها إلى سوق بني قينقاع لتتبعه فجلست إلى صائغ هناك فاجتمع حولها نفر من اليهود يراودونها على كشف وجهها ، فأبت فعمد الصائغ إلى طرف ثوبها وهي غافلة فعقده إلى ظهرها فلما قامت انكشفت سواتها وضحك اليهود منها وصاحت المرأة فانقض رجل مسلم على اليهودي فقتله ، فأحاط به اليهود فقتلوه ثم وقعت الحرب بين المسلمين ويهود بني قينقاع وكانت نهاية يهود بين قينقاع الذين زين لهم الحقد نقض العهود^(١) .

ويستفاد من الرواية جواز الدفاع عن العرض إذا قصد به هتك العرض بالقوة أو الحيلة وقد فطن القانون المصري لذلك وأباح الدفاع الشرعي بشأنه مبيحاً للمدافع القتل دون أن يشترط المدافع أن يكون من ذي القرابة للمجني عليه في حين أغفل القانون اليمني هذا الحق^(٢) .

تنبيه :

يراعى أن الجرائم التي تبيح القتل ليس معناها أن للمدافع أن يلجأ إلى القتل في الأحوال المذكورة مطلقاً - بل له أن يصل إلى حد القتل بشرط أن يكون الدفاع يقتضيه فإذا كان

^١ - السيرة النبوية لابن هشام ج ٣ ص ١٨٩ .
وكان جلاء يهود بني قينقاع في نصف شوال من السنة الثانية للهجرة بقيادة الرسول عليه الصلاة والسلام وحمل اللواء يومئذ حمزة بن عبد المطلب رضي الله عنه .
^٢ - راجع المادة (٢٤٩) عقوبات مصري وراجع أيضاً /عبد الحكيم فوده المرجع السابق ص ١١٢ .

دفع الخطر مستطاعاً بوسيلة دونه فعليه أن يلجأ إلى هذه الوسيلة وإلا كان متجاوزاً
حقه . لذلك يتعين على القاضي أو عضو النيابة العامة التثبت أثناء التحقيق أن القتل
كان الوسيلة الوحيدة لرد الاعتداء في الظروف التي مر بها وأن ذلك وارداً في واحدة
من الوقائع الجنائية المنصوص عليها على سبيل الحصر (م ٢٨ ، ٢٩) ويراعى في
جميع الأحوال أن الأمر قد يخرج عن حد الضبط عند الالتحام سيما إذا كان الصائلون
جماعة ، لأن دفع أحدهم بأيسر ما يندفع به قد لا يندفع الآخر به وقد يؤدي إلى إهلاك
المصول عليه وبالتالي فإنه عند الالتحام يسقط الترتيب لخروجه عن حد الضبط(١) .

الفصل الرابع

عوارض الدفاع الشرعي

١- راجع شرح الأزهار للمرتضي ج ٤ ص ٤٣٦ ، والقاضي عبد القادر عوده ص ٤٨٦ .

المبحث الأول

المساهمة الجنائية

الفرع الأول

المساهمة الجنائية الأصلية

فاعل الجريمة طبقاً لنص المادة (٢١) جرائم وعقوبات هو من يحقق بسلوكه عناصر الجريمة بأن اقترف الفعل الذي يقوم عليه الركن المادي فتحققت النتيجة على النحو الذي يحدده القانون وتطبيقاً لذلك ووفقاً للنص ذاته يعد فاعلين من يقومون معاً بقصد أو بإهمال مشترك بالأعمال المنفذة للجريمة . كما لو أنهال هؤلاء الجناة على غريمهم قاصدين إزهاق روحه فمات نتيجة لذلك.

والقاعدة أن الأسباب النسبية أو الشخصية لا يستفيد منها إلا شخص يمثل مركزاً معيناً وهو المقصود شخصياً في الاستفادة من سبب الإباحة كالإباحة المقررة للطبيب أو للأب في تأديب ابنه فلو عاون شخص أباً في ضرب ابنه استعمالاً لحق التأديب فإن ذلك الشخص يعاقب على الضرب وكأنه ارتكب الجريمة وحده في حين أنه لأوجه لمسألة الأب عن ذلك الفعل لتوافر سبب الإباحة وهو استعمال حق التأديب أما الأسباب العينية أو المطلقة يستفيد منها جميع الفاعلين لأن من لم يقد له السبب يستعمل حق صاحبه فيكون فعله مباحاً وهو ما أكدته المادة (٢٥) جرائم وعقوبات بقولها : يستفيد جميع المساهمين من الظروف العينية المخففة ولو لم يعلموا بها ولا يسأل عن الظروف

العينية المشددة إلا من علم بها ولا تأثير للأحوال والظروف الشخصية إلا بالنسبة لمن توافرت لديه سواءً كانت نافية أو مخففة أو مشددة للمسئولية أو مانعة من العقاب .
والدفاع الشرعي الخاص من أسباب الإباحة العينية (المطلقة) فيستفيد منه جميع الفاعلين فلو عاون شخص المعتدى عليه في حالة الدفاع الشرعي ونتج عن ذلك قتل المعتدي أو إحداث جروح بالغة فيه فإنه لا مجال لمساءلة المدافع ومن ساهم معه في الدفاع لتوفر سبب الإباحة وهو الدفاع الشرعي الخاص . بل أن الغالب في الفقه الوضعي أن انتفاء نية الدفاع مع تحقق شروطه لا يؤثر في الإباحة لان العبرة في الدفاع الشرعي بالدوافع الموضوعية للسلوك وليس بالدوافع الشخصية للفاعل كوجود ثار قديم مثلاً لدى المدافع عن نفسه ومن يساهم في الدفاع مع غيره فإن هذا المدافع يستفيد من حقه في الدفاع طالما كان فعل الدفاع لازماً متناسباً مع فعل الاعتداء^(١)

الفرع الثاني

المساهمة الجنائية التبعية

المساهمة الجنائية التبعية هي نشاط يرتبط بالفعل الإجرامي ونتيجته دون أن تتضمن تنفيذاً للجريمة وإنما تأتي كمساعدة قد تكون سابقة على التنفيذ أو معاصرة له وقد تكون لاحقة متى كان الاتفاق عليها قبل ارتكاب الجريمة (م/٢٣) جرائم وعقوبات .
إذاً فضابط التمييز بين المساهمة الجنائية الأصلية والمساهمة التبعية هو تعلق نشاط المساهمين في الجريمة فإن كان نشاط المساهم يدخل في تنفيذ الفعل الذي يقوم عليه

^١ - يراجع د/ حسني الجندي - المرجع السابق ص

الركن المادي للجريمة فهو مساهم أصلي وإن كان نشاطه لا يدخل في الفعل الذي يقوم عليه الركن المادي وإنما يرتبط به ونتيجته برابطة السببية دون أن يتضمن تنفيذاً للجريمة أو قياماً بدور رئيسي في ارتكابها فهذا هو المساهم التبعية ، وقد يكون نشاطه التبعية سابقاً على الفعل أو معاصراً له أو لاحقاً عليه متى كان قد سبقه اتفاق وحكم المساهم التبعية لم يفرد له القانون حكماً خاصاً به بل قد اشتمل عليه حكم المادة (٢٥) جرائم وعقوبات واشتملت المواد (٢٢ ، ٢٣) على تعريف المساهم التبعية .

وبالتالي فإنه ينبغي التمييز بين أسباب الإباحة المطلقة والنسبية فالأولى يستفيد منها جميع المساهمين سواء كانت المساهمة أصلية أو تبعية ، فمن يقتل أو يجرح أو يضرب - دفاعاً شرعياً - عن نفسه أو ماله أو عن نفس غيره أو ماله يأتي فعلاً مشروعاً ومن يساعده في هذا الدفاع يساهم في فعل قد تجرد من الصفة غير المشروعة فيكون نشاطه مشروعاً أما الإباحة النسبية (الشخصية) القائمة فقط بالنسبة للمساهم الأصلي فلا تفيد إلا هذا المساهم دون التبعية فشريك الموظف في تنفيذ أمر الرئيس لا يستفيد من الإباحة المقررة للموظف نفسه .. وهكذا^(١)

١ - يراجع القاضي عبد الفتاح مراد - المرجع السابق ص ٣٩٨-٤٠٢ وقد أخذ هو عن د/ نجيب حسني المساهمة الجنائية في التشريعات العربية ص ٢٣٠ ، د/ محمود مصطفى شرح قانون العقوبات - القسم العام ص ١٥٤ ، د/ نبيل مدحت سالم . شرح قانون العقوبات القسم العام .

المبحث الثاني
حالة الغلط في الشخصية
والحيمة عن الهدف

القاعدة العامة :

تنص المادة (٢٣٧) من قانون الجرائم والعقوبات على أنه (لا تأثير للخطأ في شخص المجني عليه أو شخصيته على اعتبار الجاني قاتلاً متى توافرت في حقه شروط القتل العمد المنصوص عليها في هذا القانون) .

ويستفاد من المادة السابقة أن الجاني إذا قصد قتل شخص أو أصابته فأخطأ في فعله فقتل أو أصاب غيره أو أخطأ في ظنه وتبين أنه قتل أو أصاب غير من قصده ، فإنه يكون مسئولاً عن قتل عمدي لأن القصد الجنائي وهو نية إزهاق روح إنسان قد توافر لديه ولا يهم بعد ذلك نتيجة الغلط في الشخص أو الخطأ في الشخصية سواءً كان القاتل عمراً أو زيداً^(١) .

هذه هي القاعدة العامة بالنسبة إلى الفاعل في الجريمة العمدية . أما في حالة الدفاع الشرعي فالأصل في أفعال الدفاع أنها مباحة ولا جريمة إذا وقعت مستوفية لشروط حلول الخطر وشرط لزوم القوة لدفعة ، وأن الفعل الذي وقع على الغير نتيجة الغلط في شخصيته أو الحيطة عن الهدف تولد عن استعمال حق مقرر بمقتضى القانون (م/٢٦) . ويقول الدكتور / عبد الحميد الشواربي في بيان هذا الحق ((متى نشأ حق فكل قوة مناسبة تستعمل بحسن نية لرد الاعتداء تكون مشروعة وليس من شأن الغلط في الشخص أو الحيطة عن الهدف نفى الحق الذي نشأ ولا نفى الإباحة المترتبة على

^١ - انظر في ذلك للدكتور / احمد عبد العزيز أبو الوفاء مذكرات في القسم الخاص لمشروع الجرائم والعقوبات اليمني ص ١٦٢ ، القاضي عبد القادر عوده - المرجع السابق ص ٤٣٦ .

مباشرته بحسن نية يمكن القول أن الغلط في الشخص والحيدة عن الهدف لأثر لهما على مشروعية عوارض القضاء والقدر (١) .

معيار التفرقة بين الخطأ في الشخص (الحيدة عن الهدف) والخطأ في الشخصية .

يكون الخطأ في الشخص متى أراد المدافع أن يرمي شخصاً معيناً فيخطئه ويصيب غيره فهو خطأ في الفعل أما الخطأ في الشخصية فهو خطأ في ظن المدافع وقصده كأن يرمي شخصاً يعتقد أنه زيد ثم يتضح بعد ذلك أنه رمى عمراً - ففي هذه الحالة أنصب الفعل على صفة مميزة في الجريمة وهي شخصية المجني عليه .

تطبيقات ومناقشة شرعية لما تقدم :

١- مقتل أبي حذيفة يوم أحد والقصة حسب ما جاءت في السيرة من حديث عاصم بن عمر بن قتاده عن محمود بن لبيد قال : خرج رسول الله ﷺ إلى أحد رفع حسيل بن جابر وهو اليمان أبو حذيفة بن اليمان وثابت بن وقش في الأظام مع النساء والصبيان / فقال أحدهما لصاحبه وهما شيخان كبيران ما بالك ما تنظر ؟ فوالله لا بقى لواحد منا من عمر إلا ضماً حمار ، إنما نحن هامة اليوم أو غد أفلا نأخذ أسيافنا ثم نلحق فأخذا أسيافهما ثم خرجا حتى دخلا في الناس ولم يعلم بهما : فأما ثابت بن وقش فقتله المشركون ، وأما حسيل بن جابر فاختلف عليه أسياف المسلمين فقتلوه ولم يعرفونه فقال حذيفة أبي ، فقالوا والله إن عرفناه ، وصدقوا ، قال حذيفة يغفر الله لكم وهو أرحم الراحمين ، فأراد رسول الله ﷺ أن يديه فتصدق حذيفة بديته على المسلمين فزاده ذلك

١- المرجع السابق ص ١١١ .

عند رسول الله خيراً^(١) ووجه الاستدلال من القصة لإثبات الخطأ في الشخصية وأساسه خطأ في الظن وقد ظن المسلمون أن أبا حذيفة من جند المشركين فقتلوه وأراد رسول الله ﷺ أن يديه وهنا استدلال آخر على أن الدية في بيت مال المسلمين .

٢- وروي أن رجلاً من الأنصار من رهط عبادة بن الصامت قتل هشاماً بن صبابية وكان من المسلمين وهو يرى أنه من العدو ، فقتله خطأ في هزيمة بني المصطلق من خزاعة فبعث النبي ﷺ رجلاً من فھر إلى بني النجار في ديته فدفعوا إليه الدية مائة من الإبل^(٢) .

والقتل هنا كان أساسه الظن لأن الأنصاري ظن أن هشاماً من العدو فقتله ولكن الرسول ﷺ جعل الدية على عاقلته من بني النجار .

فما هو الفارق بين مقتل أبي حذيفة ومقتل هشام حتى اختلف الحكم في من يلزمه الدية؟

فالأول كانت ديته على بيت مال المسلمين والثاني كانت على العاقلة .

وقد بينا من قبل أنه إذا التحم القتال سقط الترتيب لخروج الأمر عن حد الضبط وهو

الذي حصل لأبي حذيفة حسيل بن جابر فلزمت ديته على بيت المال أما الثاني لم يكن

قتله عند التحام القتال فجعل ديته على العاقلة - والله أعلم .

١- السيرة لابن هشام ج ٣ ص ٨٧ .

٢- أحكام القرآن لابن عربي ج ١ ص ٤٧٣ ويروي أن مقيساً أخو هشام هو الذي طلب الدية وخرج مع الرجل الذي بعثه الرسول عليه الصلاة والسلام ولما دفعوا إليه الدية انصرفا مقيس والفهري راجعين إلى المدينة فقتل مقيس الفهري ، وارتد عن الإسلام وركب جملأ منها وساق معه البقية ولحق كافراً بمكة ومما قاله في ذلك :

شأرت به فهراً وحملت عقله
حللت به وترى وأدركت ثورتي
سراة بني النجار أرباب فارع .
وكننت إلى الأوثان أول راجع .

٣- أن عمرو بن أمية الضمري لقي رجلين ظنهما من بني عامر فقتلها تاراً لأصحابه شهداء بئر معونة - والقصة كما جاءت في كتب السيرة هي أن رسول الله ﷺ ابتعث مجموعة من الدعاة مع البراء بن عامر استجابة لطلبه لينشروا الإسلام بين قبائل نجد وكان عددهم سبعين من خيار المسلمين يعرفون بالقراء يحتطبون بالنهار ، ويصلون بالليل . وقد غدر بهم عامر بن الطفيل رأس الكفر في هذه البقاع حين بلغوا بئر معونة فألب عليهم قبائل ((رعل ، ذكوان ، والقارة)) فهجم بهم عامر على القراء الوادعين ودارت بينهم معركة لم يسلم منها من المسلمين إلا عمرو بن أمية الضمري الذي عاد بالخبر إلى رسول الله ﷺ وفي طريقه لقي رجلين ظنهما من بني عامر فقتلها تاراً لأصحابه . ثم تبين أنهما من المعاهدين وذهب الرسول إلى منازل بني النضير ليستعين في دية القتيلين اللذين قتلها ((عمرو بن أمية الضمري)) وبقيّة القصة معروفة إن شاء الله تعالى .

المهم الآن هو وجه الاستدلال من الواقعة ونلاحظ هنا أن القتل كان ناتج عن الخطأ في الظن وكان على أثر معركة لم ينج منها إلا واحد من المسلمين وكانت المعركة فيها من الغدر ما لا يتيح مجالاً للمدافع أن يتبصر ويفكر بهدوء فخاف أن يبدر بالقتل كأصحابه فبادر هو بقتل الرجلين ظناً منه أنهما من الأعداء . فجعل الرسول عليه الصلاة والسلام الدية على بيت المسلمين ، ولما كانت بيت المسلمين لا تفي بالدية أخذ الرسول عليه الصلاة والسلام يجمعها من الناس (المسلمين والمعاهدين).

ومما تقدم نلاحظ أن الأدلة المذكورة تناهض ما خلص إليه الدكتور / عبد الحميد الشواربي بأن القتل طالما حصل لحق مقرر وفقاً للقانون فإن الوسيلة التي استخدمها المدافع في رد الاعتداء حسابها عندئذ يعد نفس حساب عوارض القضاء والقدر . وذلك لأن ما سقناه من أدلة شرعية صريحة تعارض رأيه ولأن المجني عليه لم يرتكب إثماً يستحق أن يهدر دمه بسببه لذلك كان من العدل أن تكون ديته على بيت مال المسلمين وإتباع السنة أولى^(١) .

وما ينطبق على الخطأ في الشخصية من مسؤولية على نحو ما تقدم أيضاً ينطبق على الخطأ في الشخص (الحيدة عن الهدف) ما لم يقع الفعل في الحالتين نتيجة تقصير المدافع عما يجب عليه من واجب الحيطة والحذر.

أما إذا وقع الخطأ نتيجة تقصير المدافع عما يفرضه واجب الحيطة والحذر فيسأل عنه حينذاك عن قتل خطأ أو إصابة غير عمدية بحسب الأحوال وهو ما سوف نبينه في المبحث التالي .

المبحث الثالث

^١ - يرى د/محمود مصطفى أنه يلزم المدافع التعويض وفقاً لأحكام المسؤولية المدنية ويرى د/ علي الشرفي أن عليه الدية راجع النظرية العامة للجريمة ص ٢٣٦ وما بعدها وفي الأمثلة التطبيقية ما يغني عن الرد . فالدية لا تكون على الشخص إلا إذا نسب إليه خطأ وتكون على عاقلته أما حيث ينتفي الخطأ فالدية تلزم بيت مال تطبيقاً للمبدأ الثابت في الفقه الإسلامي ((لا يطل دم في الإسلام)) أي لا يهدر .

حالة الخطأ غير العمدي

القاعدة العامة :

تنص المادة (١٠) جرائم وعقوبات على أنه ((يكون الخطأ غير العمدي متوافراً إذا تصرف الجاني عند ارتكاب الفعل على نحو لا يأتيه الشخص العادي إذا وجد في ظروفه بأن أتصف فعله بالرعونة أو التفريط أو الإهمال أو عدم مراعاة القوانين واللوائح والقرارات)) .

وفي حالة الدفاع الشرعي فإنه إذا أمكن نسبة الخطأ إلى المدافع بأن أتصف فعله بالرعونة أو التفريط أو الإهمال فإن القاعدة العامة سابقة الذكر تسري عليه ومن ثم فلا مناص من مؤاخذته عن خطئه مدنياً وجنائياً ويسأل في هذه الحالة عن القتل الخطأ أو الإصابة الخطأ بحسب الأحوال لإن الفعل وأن كان في ذاته مباحاً على ((الصائل)) لكنه وقع على غير خطأ فمن أراد أن يضرب المعتدي ((الصائل)) فأخطأه وأصاب غيره فجرحه أو قتله فهو مسئول عن جرح هذا الغير أو قتله خطأً ولو أنه تعمد الفعل إذ الفعل في ذاته مباح على المعتدي ولكنه وقع على الغير خطأ . وتشبه هذه الحالة ما إذا أراد إنسان أن يصيد صيداً فأخطأه وأصاب شخصاً فالصيد في ذاته عمل مباح ولكن الصائد يسأل عن إصابة الشخص خطأً وهو ما يعرف بالحيدة عن الهدف بيد أن الفارق بين الحيدة عن الهدف الذي ناقشناه في المبحث السابق وبين موضوعنا هذا هو مكنه نسبة الخطأ إلى المدافع فإن أمكن نسبة الخطأ والإهمال إليه فهو مسئول عن ذلك وإن تبين أنه قد تصرف على نحو يتفق مع تصرف الشخص العادي إذا وجد في

ظروفه بحيث لا يمكن وصف فعله بالرعونة أو التفريط أو الإهمال . فلا يسأل عن فعله جنائياً ولا مدنياً .

وعلى القاضي أن يضع نفسه محل المدافع ويسأل فيما إذا كان سيقع في نفس الخطأ الذي وقع فيه المدافع أم أنه كان بإمكانه تفادي الوقوع في ذلك الخطأ .

إذا فالمعيار موضوعي وشخصي (نسبي) قوامه الشخص العادي الذي لو وجد في مكان المدافع لوقع في نفس الخطأ فهو ذات المعيار الذي استخدمناه لضبط التناسب بين الخطر وفعل الدفاع .

وبالتالي فإن الأثر الذي يترتب عن الحيطة عن الهدف الذي يمكن معه نسبة الخطأ والإهمال إلى المدافع هو مسئولية المدافع عن فعله أما عن قتل خطأ أو إصابة خطأ بحسب الأحوال أما الأثر الذي يترتب عن الحيطة عن الهدف الذي ينتفي معه نسبة الخطأ والإهمال إلى المدافع هو عدم مسئولية المدافع جنائياً ومدنياً وتكون الدية أو الأرش على بيت مال المسلمين مثل الخطأ في الشخصية وقد بيناه من قبل .

المبحث الرابع

تجاوز حدود الدفاع الشرعي

تنص المادة (٣٠) أنه : ((إذا تجاوز الشخص بإهماله حدود الإباحة أو الضرورة أو الدفاع الشرعي يعاقب على هذا التجاوز إذا كان القانون يجرمه بوصفه جريمة غير عمدية)) .

ويستفاد من النص أن المدافع إذا تجاوز حدود الدفاع الشرعي بإهمال منه فإنه يسأل عن هذا التجاوز إذا كان مجرماً وفقاً للقانون ، بيد أن مسئوليته تكون بوصف فعله جريمة غير عمدية.

ويعني التجاوز عدم قيام التناسب بين فعل الدفاع والخطر الناجم عن فعل الاعتداء إذ يتعين أن يكون هناك تناسب بين الخطر الذي يهدد المدافع والوسيلة التي لجأ إليها لدرء هذا الخطر وإذا استعمل المدافع قوة أكثر مما تقضي به ضرورة الدفاع فهو مسئول عن فعله الذي تعدى به حد الدفاع المشروع .

وهو الذي ناقشه الفقهاء وطرحوا عليه الأمثلة لبيان تجاوز الدفاع الشرعي ولعلمك تتذكرون الأمثلة التي مرت بنا(١) وكان الفقهاء قد رتبوا عليها مسئولية المدافع بالقود منه أو بدفع الدية أو الأرش بحسب الأحوال وبالنظر إلى قصده ، فالذي يقابل التهديد بالقتل يقاد منه ما لم يكن قد قتله مدافعة أو غلب على ظنه أنه أن لم يقتله قتله وأنه لا محيص منه إلا بقتله ، والذي يقطع يد المعتدي الثانية بعد أن زال الخطر فهي مضمونة عليه ، والذي يقطع رجل المعتدي بعد أن قطع يده . فالرجل مضمونة عليه وأن مات المعتدي نتيجة ذلك لزمه نصف الدية . والذي ينكر نفسه ليفزع رجلاً تسلق نخلة أو جدار منزل ليسرق منه يتعدى بفعله حد الدفاع المشروع والذي يصرخ عليه بصيحة أفزعه فسقط الرجل بسببها فإنه ينظر إذا كانت الصيحة لازمة للدفاع فلا شيء عليه وإن كانت غير لازمة فينظر إلى قصد المدافع فإن كان لا يقصد قتله بها فإنه يسأل عن

١- راجع بحثنا هذا - تطبيقات على التناسب .

فعله بوصفه جريمة غير عمدية وأن كان يقصد قتله بها فإنه يقاد به هذه هي بعض أقوال الفقهاء بشأن التجاوز .

ويتبين من الأمثلة التي سردناها آنفاً أن بين الاعتداء والدفاع ارتباط وثيق ، لأن الدفاع يتولد عن الاعتداء . فإذا بدأ الاعتداء بدأت حالة الدفاع وإذا انتهى الاعتداء انتهت حالة الدفاع ومن ثم لا يعتبر المعتدى عليه مدافعاً إذا انتهى الاعتداء ويسأل عن كل فعل يقع منه بعد انتهاء الاعتداء . ولا يعتبر الاعتداء منتهياً إذا هرب المعتدي ومعه المال المسروق فللمدافع أن يتبعه حتى يسترد منه ما أخذه بالقوة اللازمة لاسترداده وإن لم يكن إلا القتل قتله^(١) .

ويشير الفقه مسألة نصب الحبالات والأشراك والفخاخ وراء الأبواب أو الأسوار أو في الممرات بقصد قتل المعتدين أو جرحهم .

فهو جائز عند أبي حنيفة والشافعي واحمد^(٢) وليس على صاحب المكان مسئولية ، لأنه من قبيل الدفاع ولأن الداخل قتل نفسه بتعديه ودخوله مسكن غيره دون وجه حق ، ولكن مالكا^(٣) يرى مسئولية الفاعل إذا قصد بعمله إصابة الداخلين أو إهلاكهم ، أما إن قصد سد حاجة من حاجات المسكن أو المكان فلا مسئولية عليه ويرجح القاضي / عبد القادر عودة رأي الإمام مالك ويراه أقرب إلى الدقة في تطبيقات قواعد الدفاع ، لأن الدفاع قائم على رد الاعتداء بأيسر ما يندفع به وقد يندفع المعتدي بأيسر من الجرح أو القتل . ويبين أنه قد تعرض شراح القانون لهذه المسألة بالذات فمنهم من

١- حاشية ابن عابدين ح ٥ ص ٢٧٤ أشار إليه القاضي عبد القادر عودة - المرجع السابق ص ٤٨٧ .

٢- حاشية ابن عابدين ح ٥ ص ٥٢٤ - تحفة المحتاج ج ٥ - المغني ج ٩ ص ٥٧١ .

٣- تبصرة الحكام ح ٢ ص ٢٩٦ - مواهب الجبل ح ٦ ص ٢٤١ .

رأى الفعل دفاعاً ومنهم من لم يره كذلك ، وإنه عرضت قضية من هذا النوع على المحاكم الفرنسية فقضت ببراءة صاحب المسكن على اعتبار أن عمله طريقة من طرق الدفاع الشرعي^(١) .

ونرى التفريق بين نصب الأشرار والفخاخ ليلاً باعتباره ظرف مشدد يبيح للمدافع قتل من يدخل مسكنه ليلاً إذا تعين القتل لذلك على نحو ما بينا من قبل . وهنا يمكن القول بعدم مسئولية صاحب المسكن على اعتبار أن عمله طريق من طرق الدفاع الشرعي . أما وضع تلك الأشرار والفخاخ نهراً فهو من قبيل التجاوز في حدود الدفاع الشرعي فهو لا يأمن أن يدخل المسكن ممن له العادة أن يدخله من الأقارب أو الأصدقاء أو الخدم . دون علمهم بتلك الأشرار والفخاخ وهناك من قد يخطئ في دخول هذا المكان ظناً منه أنه المكان الذي يريده .

إلا أن يكون هذا المسكن في مكان نأى ويكثر فيه السباع أو اللصوص فإن التخوف عندئذ يولد استخدام هذه الوسائل للدفاع عن النفس أو العرض أو المال .

كما يثير الفقه أيضاً مسألة تعدي المصول عليه حدود الدفاع المشروع ويرون أن المصول عليه إذا تعدى حدود الدفاع المشروع يصبح فعله حينذاك اعتداء فيكون للوسائل الأولى أن يدفع هذا الاعتداء عن نفسه بأيسر ما يمكن دفعه^(٢) .

^١ - القسم العام / احمد بك صفوت ص ٢٢٤ - ((أشرنا إلى المراجع (١،٢،٣) بحسب ما أشار إليها القاضي / عبدالقادر عوده)) المرجع السابق ص ٤٨٧-٤٨٨ .

^٢ - ويلاحظ أن التجاوز الذي جاء في نص المادة (٣٠) جرائم وعقوبات هو الذي يقع من المعتدى عليه عن إهمال فيجزمه القانون بوصفه جريمة غير عمدية ومع ذلك فقد يكون التجاوز عن عمد فإذا كان هذا الفعل مجرماً قانوناً فإنه لا شك أن مسئوليته عن ذلك ستكون بوصف فعله جريمة عمدية . وفي الحالتين ينقلب المعتدى عليه إلى معتد يجوز للمعتدي الأول أن يدفعه عن نفسه . عدا التجاوز اليسير الذي يمكن أن يقع فيه الشخص المعتاد .

الفصل الخامس

أحكام الدفاع الشرعي

وسوف نتكلم في هذا الفصل في مبحثين الأول في أثر الدفاع الشرعي كسبب من أسباب الإباحة والثاني سوف نخصه للتكلم عن إثبات الدفاع الشرعي فضلاً عن ما يلزم إيراده من التطبيقات القضائية .

المبحث الأول

أثر الدفاع الشرعي

بيننا من قبل الأصول الشرعية للدفاع الشرعي ومسوغاته ومرت بنا أمثلة تطبيقية على حالة الدفاع الشرعي كان الحكم فيها هو إهدار عصمة الصائل فلا قصاص ولا دية ولا أرش . لأن الدفاع تعلق به أمر الشارع ورغم اختلاف الفقهاء في تكييف هذا الأمر بين الوجوب والجواز إلا أنهم اتفقوا على أثره وهو إهدار العصمة .

وما يعنينا الآن هو بيان هذا الأثر الذي أجمع عليه الفقهاء وإن وجدت بعض المسائل التي أنفرد بها الإمام أبو حنيفة وأصحابه عداً أبا يوسف ويرون أنها ليست من مسائل الدفاع فإنها لا تؤثر على اتفاق الفقهاء ،ويمكن إيجاز هذه المسائل بالآتي :

أ- انفرد الأحناف في أثر الدفاع الشرعي في مواجهة المجنون والصبي والحيوان وقالوا أن المصول عليه مسئولاً مدنياً عن دية الصبي والمجنون وقيمة

الحيوان ، وحجتهم في ذلك أن الدفاع الشرعي إنما شرع لدفع الجرائم وعمل الصبي والمجنون لا يعتبر جريمة وكذلك فعل الحيوان الأعجم وخالفهم أبو يوسف حيث يرى أن يكون المصول عليه مسئولاً عن قيمة الحيوان فقط لأن فعل الصبي والمجنون جريمة . ولكن رفع عنهم العقاب لانعدام الإدراك . أما فعل الحيوان فليس جريمة .

ب- ليس من الضروري في رأي مالك والشافعي واحمد أن يكون الاعتداء جريمة معاقباً عليها ولكن يكفي أن يكون عملاً غير مشروع .

أما أبو حنيفة وأصحابه فيشترطون أن يكون الاعتداء مما يعتبر جريمة معاقباً عليها ، وأن يكون الصائل مسئولاً جنائياً عنها . وإلا كان الدفع قائماً على حالة الضرورة ومن شأن هذا القول أن يؤدي إلى الضمان مدنياً^(١) ويرى أبو يوسف أنه يكفي أن يكون الفعل جريمة دون حاجة إلى أن يكون الصائل مسئولاً عنها جنائياً ، كالمجنون والصبي .

٣- إذا أطلع رجل على بيت إنسان من ثقب أو شق باب أو نحوه فله أن ينهائه فإن لم ينته جاز له أن يدفعه بأيسر ما يندفع به فإن لم يندفع إلا بفقء عينه ففقاها فلا مسئولية عليه وهذا رأي الشافعية والحنابلة والأقلية من مذهبي مالك وأبو حنيفة أما الغالبية من الأحناف والمالكية فتري أن المدافع ليس له أن يفقئ عين من يطلع من الخارج لمجرد النظر ويرى الحنفية أن الحديثين الدالين على ذلك إنما قصد بهما المبالغة في الزجر عن الاطلاع .

^١ - الإباحة على أساس الضرورة لأننا في الضمان عند الأحناف وجمهور الفقهاء .

ويرى المالكية أن الرمي أبيض للتبئيه أو للمدافعة لا بقصد الإيذاء أو إصابة العين فإذا قصد عينه فعليه القود وإذا قصد التبئيه فأصاب عينه فهي إصابة خطأ^(١) .

وهناك مسألة أنفرد بها الإمام مالك هي مسألة نصب الأشرار والفخاخ وراء الأبواب والأسوار والممرات بقصد قتل المعتدين أو جرحهم فهو جائز عند جمهور الفقهاء بيد أن مالكا يرى مسئولية الفاعل إذا قصد بعمله إصابة الداخلين أو إهلاكهم أما إن قصد سد حاجة من حاجة المسكن أو المكان فلا مسئولية عليه .

وطائفة أشار إليها الإمام محمد أبو زهره أنها اعترضت إباحة القتل كدفاع عن النفس بقولها أن الآخر لم يقتل وإن كان قد شرع فكيف يقتل ؟ فرد عليهم الجصاص بقوله : فإن احتجوا بما روى عن النبي صلى عليه الصلاة والسلام أنه قال : ((لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان ، وزنى بعد إحصان ، وقتل نفس بغير نفس ، فلا يجوز قتله قبل أن يقتل بقضية نفي ﷺ قتل المسلم إلا بإحدى ما ذكر وهذا لم يقتل بعد فلا يستحق القتل ، قيل هذا القاصد لقتل غيره ظلماً داخل في هذا الخبر لأنه أراد قتل غيره ، فإنما قتلناه بنفس من قصد قتله ، لنلا يقتله فأحيينا نفس المقصود بقتلنا إياه ولو كان الأمر في ذلك على ما ذهب إليه هذه الطائفة من حظر قتل من قصد قتل غيره ظلماً والإمساك عنه حتى يقتل من يريد قتله لوجب فعله في سائر المحظورات إذا أراد الفاعل ارتكابها من الزنا وأخذ المال أن نمسك عنه حتى يفعلها . ((.....

^١ - نقلنا ذلك عن القاضي / عبد القادر عوده . المرجع السابق ص ٤٧٩-٤٨٥ .

ويقول الإمام أبو زهره أن الجصاص في كلامه يرد على الطائفة التي تمنع رد الاعتداء بالدفاع عن النفس ويقولون : كن عبد الله المغلوب ولا تكن عبد الله الغالب وقد بين رضي الله عنه ما أدى إليه الاستسلام الفردي ، وكيف تجاوزه إلى الاستسلام الجماعي حتى عمت المهانة ، وذهبت الكرامة وتولى أمور المسلمين شرارهم وغلب على أمورهم فجارهم ونفذ العدو إلى ديارهم(١) .

ومفهوم كلام الفقهاء ومقتضى المنطق وما صرحوا به أنه لا قصاص ولا دية ما دام القتل دفاعاً عن النفس وأن دم المقتول يذهب هدرًا كما صرح النبي ﷺ وأجمعوا على ذلك فيما عدا ما أشرنا إليه من جزئيات بسيطة(٢) .

أما القانون فقد نظم الدفاع الشرعي باعتباره سبباً من أسباب الإباحة وتقضي المادة (٢٦) جرائم وعقوبات - بأنه لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون أو قياماً بواجب يفرضه القانون أو استعمالاً لسلطة خولها . وتنص المادة (٣/٢٨) على أنه: ((يؤخذ في كل صور الدفاع الشرعي بالقرائن القوية فإذا دلت على ذلك فلا قصاص ولا دية ولا أرش)) .

وبالتالي فإنه يباح الفعل المجرم في القانون إما لاستعمال حق وإما لأداء واجب ويمنع من مؤاخذة الفاعل لأن القانون جعل له حقاً في إتيان الفعل المجرم أو ألزمه بإتيانه فأباح بذلك إتيان ما حرم على الكافة . وتنص المادة (٢٧) على أنه : ((تقوم حالة

١ - العقوبة ص ٤٤٠ - ٤٤٢ .
٢ . جاء في القواعد لابن رجب الحنبلي القاعدة ٢٧ ص ٣٧ أنه : من أتلّف نفساً أو فسد عبادة لنفع يعود إلى نفسه فلا ضمان عليه وأن كان النفع يعود إلى غيره فعليه الضمان . فلو دفع صائلاً عليه بالقتل لم يضمنه ولو دفعه عن غيره ضمنه - ذكره القاضي / وفي الفتاوى الرجيبات ، وعن ابن عقيل وابن الزاغوني (لا ضمان عليه) .

الدفاع الشرعي إذا واجه المدافع خطراً حالاً من جريمة على نفسه أو عرضه أو ماله أو نفس الغير أو عرضه أو ماله)) .

ويبدو واضحاً من النص اشتراط وصف التجريم لفعل الاعتداء ولم يكتف بوصف الفعل بأنه غير مشروع وهو بذلك يتفق مع رأي القاضي أبو يوسف صاحب الإمام أبو حنيفة ويترتب على ذلك أن فعل الصبي والمجنون ومن في حكمهم ممن ارتفع عنهم العقاب لانعدام الإدراك يعتبر جريمة وإن كانوا لا يسألون عنه جنائياً .

وعلى هذا فإن المعتدى عليه يكون في حالة دفاع شرعي إذا صال عليه صبي أو مجنون أما هجوم الحيوان فإنه لا يعتبر جريمة إلا أن يكون مدفوعاً من صاحبه . وبالتالي فإن دفع هجوم الحيوان يكون على أساس الضرورة الملجئة طبقاً لنص المادة (٣٦) جرائم وعقوبات التي جاء فيها أنه ((ترفع المسؤولية على من ارتكب فعلاً ألجأته إليه ضرورة وقاية نفسه أو غيره أو ماله أو مال الغير من خطر جسيم)) .

ويحرم القانون قتل حيوانات الغير عمداً وبغير مقتضى أو الإضرار بها إضراراً جسيماً (م/٣٢٠) جرائم وعقوبات .

وبمفهوم المخالفة أن القتل العمد لحيوانات الغير إذا كان له مقتضى لا يسأل عنه الجاني وهذا المقتضى أساسه الضرورة الملجئة .

كما يرتب القانون مسؤولية حائز الحيوان عن فعل الحيوان ولو لم يكن مالكاً له فهو مسئول عما يحدثه الحيوان بسبب تقصيره ولو ضل منه أو تسرب ما لم يثبت أن الحادث لسبب أجنبي لا دخل لإرادته فيه (م/٣١٩ مدني) .

أما بشأن الضرر الذي يمكن أن يلحق بالغير نتيجة لاستعمال فعل الدفاع الشرعي فإنه لا مجال لتقريره لأن فعل الدفاع مباح والضرر لا يكون إلا من فعل أو ترك غير مشروع سواءً كان ناشئاً عن عمد أو شبه عمد أو خطأ (م/٣٠٧ مدني) .

وبناءً على ذلك قرر القانون عدم مسؤولية المدافع عن تعويض الضرر الذي يسببه للغير.

وبصراحة نص المادة (٣١٠) وتنص على أنه : ((من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عرضه أو ماله أو عن نفس الغير أو عرضه أو ماله كان غير مسئول عن تعويض هذا الضرر على أن لا يجاوز القدر الضروري فإذا جاوز القدر الضروري ألزم بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة)) .

المبحث الثاني

إثبات الدفاع الشرعي

تلعب قرينة البراءة الأصلية دوراً مؤثراً في انطباق قاعدة (البينة على المدعي) على الإثبات في المواد الجنائية .

لذلك فالفقه والقضاء المقارن ليس على منهج واحد بشأن حكم هذه المسألة فمنهم من يرى أن المتهم حين يثير في دفاعه وجود واقعة مبيحة للفعل فإن عليه هو نفسه أن يقيم الدليل على توافرها لأن البينة عليه لانقلابه مدعياً^(١).

ويرى البعض الآخر أن النيابة العامة هي وحدها التي تكون ملزمة بإقامة الدليل على (عدم وجود الواقعة المبيحة) في كل حالة يدفع فيها المتهم بوجودها ، أو تكون الوقائع المعروضة ذاتها ترشح توافرها طالما أن النيابة العامة هي المكلفة بإثبات العناصر المكونة للجريمة فإن عليها أن تثبت عدم وجود سبب من أسباب الإباحة يهدرها.

١ - وهذا الاتجاه هو ما يسير عليه القضاء اليمني ، وفي أحد أحكام قضاء المحكمة العليا قالت المحكمة: (الدفع المقدم من المحكوم عليه بحالة الدفاع الشرعي تعتبر دعوى فلا بد أن تقوم على دليل واضح) . طعن رقم ٣٤٩١٣ لسنة ١٤٢٩ هجرية / ٩٨ - ص ٢٩٦ - العدد الثاني عشر. وبهذا لاتجاه يأخذ القضاء الفرنسي حسبما أشار إليه الدكتور محمد زكي أبو عامر في كتابه الإثبات في المواد الجنائية الفنية للطباعة والنشر الإسكندرية ص ٧٤ وأوضح في حاشية الصفحة عدداً من أحكام القضاء الفرنسي يمكن الرجوع إليها لمزيد من الاطلاع.

وسبب الاختلاف بين المذهبين أن أنصار المذهب الأول يقيمون مذهبهم على أساس أن القاعدة في الإثبات في المواد المدنية هي أن البينة على من ادعى وأن المدعى عليه ينقلب مدعياً عند الدفع فيقع عليه عبء الإثبات لما يدعيه من دفع وأوجه قانونية .

في حين أن أنصار المذهب الثاني يقيمون مذهبهم على أساس قرينة البراءة في المتهم ويرون أن هذه القرينة تلعب دوراً في تجنب انطباق تلك القاعدة على الإثبات في المواد الجنائية ، بحيث لا يكون المتهم مكلفاً بأن يقيم هو نفسه الدليل على الوقائع التي يدفع بها أمام القضاء ، وإنما يقع على النيابة العامة عبء إثبات عدم توافرها يعاونها في ذلك المجنى عليه أو من يمثله ، ولأن النيابة العامة هي المكلفة بإثبات عناصر الجريمة وبالتالي يقع عليها عبء إثبات عدم وجود سبب من أسباب الإباحة يهدرها .

وفيما يلي نأخذ قبضة من مذاهب الفقه والقضاء المختلفة في مسألة إثبات الدفاع الشرعي .

أولاً: الفقه المصري :-

لا شك أن الاتجاهين المبينين آنفاً تجد لها من يؤيدها في الفقه المصري بيدها أن جانب آخر من الفقه المصري يتجه إلى تكوين مذهب ثالث يتوسط هذا الخلاف ويرى أن النيابة العامة باعتبارها المكلفة بإثبات وجود الوقائع التي تتأسس عليها المسؤولية الجنائية للمتهم بفعل قرينة البراءة التي تفترض عدم وجودها . يقع عليها عبء إثبات

عدم وجود أي سبب من أسباب الإباحة التي من شأنها إن وجدت أن تعوق قيام تلك المسؤولية ، وهو ما يمكن تسميته (بالعبء القانوني للإثبات) ولكن المتهم على المستوى الواقعي لا يمكن أن يتخذ من الاتهام الموجه ضده هذا الموقف السلبي ، لا سيما وأن مثل هذا الموقف قد يكون له أخطاره في مرحلة تقدير الأدلة على اقتناع القاضي ، ومن ثم فهو وحده صاحب المصلحة الكبرى في الإثبات خاصة فيما يتعلق بالعناصر المؤثرة على مسؤليته الجنائية مما يتعين أن يكون له دوراً إيجابياً في تقديم الأدلة ويتحمل بذلك جزاء من العبء الفعال للإثبات من الناحية الواقعية.

وبالتالي فإن عبء الإثبات (فيما يتعلق بأركان الجريمة إيجابية كانت أم سلبية) يقع إذاً من الناحية القانونية كلية على عاتق النيابة العامة يشاركها المتهم في حمله من الناحية الواقعية (فيما يتعلق بالعناصر المؤثرة على مسؤليته الجنائية) (١).

ثانياً: الفقه الأردني:-

يؤيد البعض في الفقه الأردني الاتجاه الثاني في الفقه المصري بأن الدفع بتوافر سبب تبرير من قبل المتهم، لا ينقل عبء إثبات هذا الدفع إليه، فالادعاء هو الذي يثبت

١ - د/ محمد زكي أبو عامر المرجع السابق ص ٧٤، يؤيد هذا الاتجاه الدكتور / عبد الحميد الشواربي المرجع السابق ص ١٣١ - ١٣٢ ، ويشير الدكتور محمد زكي في المرجع نفسه وفي سياق هذا الاتجاه إلى عدد من المراجع الفقهية المرصفاوي الإجراءات الجنائية ١٩٨٢ ص ٦٤٧ ، عمر سعيد رمضان مبادئ الإجراءات الجنائية ١٩٦٨ ص ٤٣١ ، فتحي سرور الوسيط في الإجراءات الجنائية ١٩٨٠ ص ٤٣١ - ٤٣٢ .

انتفاء سبب التبرير لأن (انتفاء) سبب التبرير أمر لازم لإثبات توافر الركن القانوني للجريمة، والنيابة ملزمة بإثبات جميع أركان الجريمة إيجابية كانت أم سلبية^(١)

لكن هذا الاتجاه هو أيضا متأثر بالقضاء المصري ويدلل هذا الفقه على موقفه باتجاه القضاء المصري مستنداً إلى قضائه في الدفاع الشرعي أن محكمة النقض المصرية كثيراً ما قضت - بحق - بأنه لا يشترط في التمسك بحالة الدفاع الشرعي إيراده بصريح لفظه وعندئذ يجب على محكمة الموضوع أن تتناول الدفع بالتمحيص فإن رأت شروط الدفاع متوافرة قضت ببراءة المتهم وأن رأت غير ذلك قضت بما يوجب القانون وعليها في الحالة الأخيرة أن تبين لماذا لم تحكم على مقتضى الدفع، والمستفاد من قضاء النقض المصري كذلك أنه لا يشترط أن يدفع المتهم بقيام حالة الدفاع الشرعي فالقانون يوجب على المحكمة أن تبحث ظروف الدعوى والأدلة القائمة فيها فإذا تبين أن المتهم كان في حالة دفاع شرعي ولم يثره لجهل منه في ذلك مثلاً فإنه يكون عليها أن تعامله على هذا الأساس، ولا يختلف الحكم فيما لو أن المتهم كان قد أنكر ارتكاب الواقعة بتاتاً وانتهت المحكمة إلى ثبوتها ضده وأنه كان في حالة دفاع شرعي أن تقضي به من تلقاء نفسها.

ثالثاً: الفقه السوداني:

يؤيد الدكتور البخاري عبد الله الجعلي في كتابه قانون الإثبات ص(٢٦) الاتجاه الثاني الذي يجعل عبء الإثبات بالدفع بالدفاع الشرعي على عاتق الإدعاء العام

١- د/كامل السعيد - شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية دار الثقافة للنشر والتوزيع ٢٠٠٥ ص ٧٣٤.

ويقول: "...أما في المسائل الجنائية فإن القاعدة العامة أن عبء الإثبات يقع على عاتق الاتهام، باستثناء الجنون ..."، وبهذا الرأي أستشهد القضاء السوداني في حكم صادر عن محكمة استئناف ولاية الخرطوم رقم (م أ/ أس ج / ٢٩١) ويبدو أن قانون الإثبات السوداني ينص صراحة على هذا الاستثناء، حسبما أشار إليه هذا الحكم.

ويلاحظ أن الفقه والقضاء السوداني قد وضع قاعدة عامة للإثبات في المسائل الجنائية تأسيساً على قرينة البراءة الأصلية، تصلح مرجعاً لكافة الدفوع سواء كان الدفع بتوافر أي مانع من موانع المسؤولية كالدفع بتوافر سبب من أسباب الإباحة ومنها الدفاع الشرعي أو تلك الدفوع المؤثرة على العقوبة كصغر السن أو الدفع بالخطأ في جرائم القتل والجرح بدليل الاستثناء الوارد على القاعدة المتمثل بحالة الدفع بالجنون.

رابعاً: الفقه اليمني:

١- يناقش جانب من فقهاء الزيدية الإقرار بفرع الثبوت "الإقرار الضمني" **ويقررون** أنه : ((يجب الحق بالإقرار بفرعي الثبوت أو طلب فرع الثبوت أو نحوهما مثل : أن يدعي رجل على آخر ديناً فيقول المدعى عليه قد قضيتك أو يدعي على امرأة أنها زوجته فتقول قد طلقني أو على رجل أنه قتل أباه فيقول كان ذلك خطأ، كان دعوى القضاء للدين والطلاق والخطأ اعترافاً بالدين والزوجية والقتل وكذا إذا قال : مدافعة (دفاع شرعي) كان إقرار بالقتل فيبين على المدافعة...))^(١)

١- يراجع كتاب تسيير المرام في مسائل الأحكام للباحثين والحكام تأليف : (القاضي العلامة عبد الله بن محمد السرحي والعلامة السيد قاسم إبراهيم والقاضي العلامة علي بن عبد الله الأنسي) طبعة صادرة عن المعهد العالي للقضاء ص ١٦٩.

وإلى هذا الاتجاه ينزع القضاء اليمني ، وفي أحد أحكام قضاء المحكمة العليا قالت المحكمة: (الدفع المقدم من المحكوم عليه بحالة الدفاع الشرعي تعتبر دعوى فلا بد أن تقوم على دليل واضح) (١).

٢- وهناك من يفرق بين إثبات حالة الدفاع الشرعي وبين إثبات حالة التجاوز في الدفاع الشرعي .

وهذا هو مذهب استاذنا القدير الدكتور علي الشرفي حيث يذهب إلى تحميل المتهم عبء إثبات توافر حالة الدفاع الشرعي فإن عجز فهو مذنب لأن اعترافه بصحة ما نسب إليه وثبوت التهمة في جانبه يهدم قرينة البراءة التي كان يتمتع بها بحكم الأصل. أما دعوى التجاوز فإنما تكون ممن وقع عليه فعل الدفاع – أو ممن يقوم مقامه- وأنها تكون بعد الإقرار بثبوت العدوان. (٢)

والجدير بالإشارة أن ما ذهب إليه الدكتور علي الشرفي آنفا في قوله أن توافر أدلة الإدانة تهدم البراءة الأصلية لا يتفق مع الأثر القانوني لقرينة البراءة الأصلية والأرجح أن الذي يهدم البراءة إنما هو الحكم القضائي باعتباره قرينة قانونية قاطعة وبغير ذلك لا تهدم البراءة الأصلية (٣).

ويلاحظ أن المشرع اليمني في المادة (٨٣) من قانون الإثبات أخذ بهذه القاعدة الشرعية في الإثبات وتنص المادة على أن: "يكون الإقرار صراحة بأي عبارة تؤدي إلى الاعتراف بالحق كما يكون ضمناً كالإقرار بفرع يترتب على ثبوته ثبوت أصله كمن يقر بالطلاق فذلك يتضمن إقراره بالزواج".

١ - طعن رقم ٣٤٩١٣ لسنة ١٤٢٩ هجرية / ٩٨ - ص ٢٩٦ - العدد الثاني عشر

٢ - النظرية العامة للجريمة ، مكتبة الوسطية للنشر والتوزيع صنعاء ، القسم العام الجزء الأول ص ٢٤١-٢٤٣ .

٣ - يراجع تفصيل هذا كتابنا البراءة الأصلية وأثرها على أدلة الإثبات مكتبة خالد بن الوليد

بيد أني اتفق تماما معه بشأن إثبات حالة التجاوز في الدفاع الشرعي أنه يقع على عاتق من يدعي التجاوز وليس على المتهم .

رأينا:

يبدو واضحا أن قرينة البراءة الأصلية قد لعبت دوراً مؤثراً في انطباق قاعدة البينة على المدعي على الإثبات في المواد الجنائية .

وأرى أنه يتعين التفريق بين حالتين أولاهما: حالة الدفع بالدفاع الشرعي حال كون التهمة ثابتة بما طرحه المدعي من أدلة لثبوت التهمة ونسبتها للمتهم ففي هذه الحالة يكلف المتهم بنفي أدلة الاتهام ولو بإثارة الشك حولها فالمتهم في هذه الحالة يصب كل أوجه دفاعه نحو أدلة الاتهام التي تنازع براءته وتضعفها ولكن لا تهدمها.

والحالة الثانية: عندما لا يكون هناك ثمة أدلة سوى إقرار المتهم بحيث لو رفع هذا الإقرار استحال القضاء بالإدانة بغيره ففي هذه الحالة لا يجوز تجزئة إقراره ولا يكون للقضاء إمكانية التجزئة إلا إذا دلت القرائن أو الأدلة ومن ذلك ظروف الحال على صدق الادعاء وكذب المتهم وفي هذه الحالة يكون القضاء مبنياً على ما يسنده من القرائن أو الأدلة وليس على عجز المتهم إثبات صدق الدفع ومن ثم فهذا هو القضاء الذي يكون خطأ القاضي معه قائماً على الاجتهاد فإن أصاب كان له أجران وإن أخطأ كان له أجر الاجتهاد حسب الثابت في السنة النبوية الشريفة.

ونعرض فيما يلي بعض الأحكام القضائية التي أخذت بهذه القاعدة:

١- القضاء السوداني:

قضت المحكمة العليا السودانية في أحد أحكامها في قضية نسب فيها إلى المتهم جناية القتل ولم يكن ثمة دليل أمامها سوى إقرار المتهم فقضت بعدم جواز تجزئة الإقرار وعلت ذلك بقولها:

لقد أقر فقهاء الشريعة الإسلامية ذات هذا المبدأ في القاعدة الأخذ بالإقرار - وبذات ما

أستقر عليه عملنا القضائي ففي المحلى لأبن حزم الظاهري ما يلي: "..... لا يجوز أن

يلزم بعض أقراره ولا يلزم سائره..... وقال مالك: من قال: أحسن الله جزاء فلان فإنه

أسلفني مائتي دينار وأمهلي حتى أديتها كلها إليه فإنه لا يقضى لذلك ألفان عليه

بشيء إن طلبه بهذا الإقرار.... روينا من طريق عبد الرزاق (بإسناده) أن رجلا

أستضاف ناسا من هذيل فأرسلوا جارية فأعجبت الضيف فتبعها فأرادها فامتنعت

فعاركها فانفلتت فرمته بحجر فغضت كبده فمات فأتت أهلها فأخبرتهم فأتوا عمر بن

الخطاب فأخبروه فقال عمر قتيل الله لا يودي والله أبدا"..... انتهى..... ولم يقل

سيدنا عمر رضي الله عنه: (كذبت الجارية في جزء من إقرارها) لأنه لم يكن ثمة دليل

آخر سوى إقرارها فلم يكن ثمة بد من إعمال الإقرار كلا دون تجزئة (١).

والحقيقة التي يتعين أن نتبعها تتجلى من خلال الإجابة على السؤال التالي هل القضاء

على من عجز عن إثبات الدفع بالعقوبة لا يحتمل أن يكون الرجل صادقاً؟

١- م / ع / ف / ج / ٧٢٩ / ١٩٩٤م

فماذا لو كان صدقا؟ إذا فالاحتمال قائم وطالما أن الاحتمال قائم فقرينة البراءة الأصلية تفضي إلى قاعدة جوهرية هي أن القاضي لأن يخطئ في العفو خير له من أن يخطئ في العقاب ولهذا كان تفسير الشك لمصلحة المتهم أولى من عقابه.

وقد جاء في الحديث الشريف الأمر بدرء الحدود بالشبهات، وأن الخطأ في العفو خير من الخطأ في العقوبة كما روى عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ((إدروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام لأن يخطئ في العفو خير له من أن يخطئ في العقوبة))^(١).

والشاهد في هذا قضاء رسولا الله ﷺ ، فيما ورد في مصنف ابن أبي شيبة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قتل رجل على عهد رسول الله ﷺ فرفع ذلك إلى رسول الله ﷺ فدفعه إلى ولي المقتول فقال القاتل : يا رسول الله ما أردت قتله، فقال رسول الله ﷺ للولي : أما أنه إن كان صادقا ثم قتلته دخلت النار قال : فخلي سبيله وكان مكتوفاً بنسعة قال : فخرج يجر نسعته قال : فسمى ذا النسعة، وفي غير المصنف قال رسول الله ﷺ عمد يد وخطأ قلب رفع هذا في الواضحة وفي مصنف النسائي والله يا رسول الله ما أردت قتله فقال رسول (ص) للولي : إن كان صادقا فقتلته دخلت النار وكذلك

١- رواه الترمذي.

ذكر النسائي أن القاتل قال : يا رسول الله ما أردت قتله ثم ذكر باقي الحديث كما في

حديث أبي هريرة^(١).

وجه الاستدلال في هذا الحديث (إن كان صادقاً فقتلته دخلت النار)

٢- القضاء المصري:

ومما نُسند به رأينا أيضاً قضاء محكمة النقض المصرية في حكم لها بأن: "القول بعدم تجزئة الإقرار محله ألا يكون في الدعوى أدلة غيره أما إذا كانت هناك أدلة أخرى غيره فإن المحكمة يكون لها أن تقضي فيها بناءً على هذه الأدلة متى وثقت بها ولا يمكن بداهة أن يمنعها من ذلك ما يصدر عن المدعى عليه من أقوال مركبة ولها عندئذ أن تعتمد على ما تطمئن إليه منها"^(٢).

وفي حكم لها أيضاً قضت بأنه (للمحكمة أن تستنبط من إقرار المتهم وغيره من العناصر الأخرى الحقيقة التي تصل إليها بالاستنتاج والاستقراء وكافة الممكنات العقلية"^(٣).

وبهذا تكون قرينة البراءة قد لعبت دوراً مؤثراً في انطباق قاعدة البينة على المدعي على الإثبات في المواد الجنائية .

كما أن القانون اليمني في مسألة الدفع بالدفاع الشرعي اكتفى بمعاملة المتهم على أساس ذلك بالقرائن القوية حيث تنص المادة (٢٨) من قانون الجرائم والعقوبات على أن ((.....

١- هذا الحديث روي بروايات متعددة غير أن الرواية التي أثبتناها أعلاه هي التي تم روايتها من طرق عديدة ويطمنن إلى سلامتها.

٢- نقض ١٩٥٢/١/٢٨م مج ٣ ص ٤٦٣
٣- طبعة رقم ٦١٤٣ لسنة ٥٦ جلسة ١٩٨٧/١/٨م.

ويؤخذ في كل صور الدفاع الشرعي بالقرائن القوية فإذا دلت على ذلك فلا قصاص ولا دية ولا أرش)).

ويلاحظ من قول المشرع اليمني في النص السابق يؤخذ في كل صور الدفاع الشرعي بالقرائن القوية.. أن الخطاب موجه إلى القاضي الذي يتعين عليه أن لا يقضي في نفي الدفاع الشرعي لمجرد العجز عن إثباته ولكن يجب عليه إعمال النظر في تلك القرائن التي يمكن من خلالها ترجيح صدق المتهم وهو اتجاه أقل ما يقال عنه أنه يبسط حالة إثبات الدفاع الشرعي ترجيحاً لقريضة البراءة الأصلية.

وتعرف المادة (٢) من قانون الإجراءات الجزائية القرائن القوية بأنها : ((أمر أو قرائن تدل بذاتها على ثبوت قيام واقعة محددة)) فمتى دلت هذه القرائن على قيام حالة الدفاع الشرعي لزم القضاء بها وفقاً للقانون.

ضوابط التمسك بالدفاع الشرعي :

التمسك بالدفاع الشرعي أمام القضاء من الدفوع الموضوعية لأنه يتطلب تحقيقاً لإثباته وتدخلاً في تصوير ظروفه وتقدير الأدلة المقدمة بصدده إثباتاً ونفيّاً ولذا فإن التمسك به يكون أمام محكمة الموضوع ولا يجوز الاستناد إليه لأول مره أمام محكمة النقض إلا إذا كانت وقائع الدعوى كما أثبتتها محكمة الموضوع ترشح لقيام هذه الحالة بأن يكون قد أثير على وجه ثابت إما في أوراق الدعوى وإما في نفس الحكم وإما في المذكرات المقدمة قبل إقفال باب المرافعة وإغفال الرد على الدفع جملة واحدة من قبل

المحكمة إثباتاً أو نفياً يعيب الحكم بما يستوجب نقضه وكذلك الرد بأسباب غير كافية أو غير سائغة .

الرقابة على الموضوع بعد الإحالة من النيابة العامة :

محكمة الموضوع هي التي تقدر العناصر المؤدية للقول بتوافر أركان الدفاع الشرعي أو عدم توافره في واقعة الدعوى سواءً كان المتهم معترفاً بالجريمة أو منكرها لها تطبيقاً لمبدأ حرية القاضي في تكوين عقيدته ولا يترتب على عدم التمسك بالدفاع الشرعي أمام النيابة العامة سقوط الحق في التمسك به أمام محكمة الموضوع .

الرقابة على القانون :

تراقب المحكمة العليا تكليف الدفاع الشرعي باعتباره مسألة قانونية وباعتبار هذه المحكمة – محكمة قانونية . وقد يحدث خطأً في التكليف إذا استلزم الحكم المطعون فيه للدفاع الشرعي ركناً غير مطلوب فيه، أو عذراً، تجاوز حدوده مما يستوجب نقضه .

تطبيقات قضائية :

مثال لتقدير القوة اللازمة في الدفاع:

ولما كان من المقرر أن تقدير القوة اللازمة لرد الاعتداء لتقدير ما إذا كان المدافع قد التزم حدود الدفاع الشرعي فلا جريمة فيما أتة، أم أنه تعدى حدوده فيعامل بمقتضى المادة (٣٠) عقوبات إنما هو من الأمور الموضوعية البحتة التي تستقل محكمة الموضوع بالفصل فيها وفق الوقائع المعروضة عليها مادامت النتيجة التي انتهت إليها تتفق منطقياً مع المقدمات والوقائع التي أثبتتها الحكم.

ولما كان ذلك وكان الحكم قد بين واقعة الدعوى بما تتوفر به كافة العناصر القانونية للجريمة التي دين بها المحكوم عليه بعقوبة الإعدام قصاصاً وأورد على ثبوتها في حقه أدلة سائغة من شأنها أن تؤدي إلى ما رتبته الحكم عليها من اعتراف المحكوم عليه وشهادات الشهود وانقطاع حالة الدفاع الشرعي بالنسبة لمقتل (المجني عليه الثاني ..) بابتعاده مع الماسكين به من المارة عن مدخل الدكان، ومن دخول المحكوم

عليه إلى الدكان وإحضاره سلاحه وشحنه وإطلاق أكثر من طلقة على (المجني عليه الأول..) ليسقط على الأرض مضرراً بدمائه وكان ذلك كافياً لتغيير المواقف فقد أصبح المحكوم عليه في الموقف الأقوى وكان (المجني عليه الثاني..) ليس في مواجهة المحكوم عليه، ولم يبدر منه أو يتوقع منه مهاجمته المحكوم عليه وفي يده سلاحه الذي أطلق منه عدة أعيرة نارية أصابت (المجني عليه الأول..) فإن محكمة الموضوع إذا قررت انقطاع الدفاع الشرعي لا تكون قد أخطأت أو أتت بما ليس سائغاً أو منطقياً في نفي حالة الدفاع الشرعي في قتل (المجني عليه الثاني..)^(١).

أمثلة أخرى من القضاء المصري:

١- مثال لتقدير التناسب :

الدفاع الشرعي : هو استعمال القوة اللازمة لرد الاعتداء . تقدير التناسب بين القوة وبين الاعتداء . موضوعي . الجدل الموضوعي في تقدير الدليل غير جائز أمام النقض.^(٢)

٢- مثال لتقدير الفعل المتخوف منه :

لا يلزم في الفعل المتخوف منه أن يكون خطراً حقيقياً في ذاته بل يكفي أن يبدو كذلك في اعتقاد المتهم وتصوره بشرط أن يكون لهذا التخوف أسباب معقولة ، إذ أن تقدير ظروف الدفاع الشرعي ومقتضياته أمر اعتباري يجب أن يتجه وجهة شخصية تراعى

١ - الطعن بالنقض الجزائي المقيد في جدول المحكمة برقم (٢٧٠٩٧) لسنة ٢٠٠٦ م ، الجلسة المنعقدة بمقر المحكمة العليا بالعاصمة صنعاء في يوم السبت تاريخ ٦ ربيع أول ١٤٢٨ هـ الموافق ٢٤ مارس ٢٠٠٧ م.

٢ - ((نقض مصري طعن رقم ٤٠٧٤ لسنة ٥٦ ق جلسة ٢٠١١/١١/٢٠ م)) .

فيه مختلف الظروف الدقيقة التي أحاطت بالمدافع وقت رد العدوان مما لا يصح معه محاسبته على مقتضى التفكير الهادئ البعيد عن تلك الملاحظات .^(١)

٣- مثال لقيام حالة الدفاع الشرعي لمنع الاستمرار بفعل العدوان :

من المقرر أن حق الدفاع الشرعي لم يشرع للانتقام وإنما شرع لمنع المعتدي من إيقاع فعل التعدي أو الاستمرار فيه بحيث إذا كان الاعتداء قد انتهى فلا يكون لحق الدفاع الشرعي وجود .^٢

((الطعن رقم ١٣٤ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٢/٣/٢٦ م)) .

٤- مثال لنية العدوان التي ينتفي معها الدفاع الشرعي :

لما كان الحكم المطعون فيه - في حدود سلطته التقديرية - قد استخلص من أقوال الشهود أن نية الاعتداء كانت قائمة لدى كل من الطاعن والمجني عليه وخلص من ذلك إلى نفي حالة الدفاع الشرعي فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون وذلك لما هو مقرر من أنه لا قيام لحالة الدفاع الشرعي متى ثبت أن كلاً من المتهم والمجني عليه كان يقصد الاعتداء على الآخر بغض النظر عن البادئ منهما بالاعتداء .

٥- مثال لتدخل المحكمة العليا في التصويب بما يتفق مع صحيح القانون :

تقدير القوة اللازمة لرد الاعتداء وما إذا كان ذلك يدخل في حدود حق الدفاع الشرعي أو يتعداه هو من شأن محكمة الموضوع - إلا أنه متى كانت وقائع الدعوى - كما

^١ - ((الطعن رقم ٩٩ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٤/٢/١٨)) .

^٢ - ((الطعن رقم ١٣٨٤ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٣/١٠/١٨)) .

أثبتها الحكم - تدل بغير شك على أن المتهم كان في حالة دفاع شرعي ، ولكنها استخلصت ما يخالف هذه الحقيقة ، فإنه يكون من حق محكمة النقض أن تتدخل وتصحح هذا الاستخلاص بما يقضي به المنطق والقانون (١)

٦- ينظر في تقدير الظروف المبررة للدفاع إلى شخص المدافع فالمعيار معيار شخصي: (مفاجأة شخص أثناء سيره وسط المزروعات في ليلة حالكة الظلمة يستحيل معها الرؤية وفي مكان يناه عن العمران بطلق عيار ناري نحوه - هو فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة - يبرر رد الاعتداء بالوسيلة التي تصل إلى يد المدافع ويعتبر في حالة دفاع شرعي عن نفسه ، إذا أن تقدير ظروف الدفاع الشرعي ومقتضياته أمر اعتباري أن يتجه وجهة شخصية تراعى فيه مختلف الظروف الدقيقة التي أحاطت بالمدافع وقت رد العدوان مما لا يصلح معه محاسبته على مقتضى التفكير الهادئ البعيد عن الملابس (٢).

٧- لا يشترط في التمسك بالدفاع الشرعي أن يرد بالألفاظ معينة :

(التمسك بالدفاع الشرعي عن النفس والمال لا يشترط فيه قانوناً إيراد بلفظه . وإذا كان المتهم قد تمسك في مرافعته بأنه لم يكن معتدياً وأنه على فرض صحة ما أسند إليه ، فهو إنما كان يرد اعتداء وقع عليه من المجني عليه وفريقه فمفاد ذلك التمسك بحالة الدفاع الشرعي) (٣) .

١- ((نقض جلسة ١٩٥٦/١٠/٣٠ م المكتب الفني س٧ ص ١١١٣)) .
٢- ((نقض جلسة ١٩٥٦/١٠/٣٠ م المكتب الفني س٧ ص ١١١٣)) .

٣- ((نقض جلسة ١٩٥٦/٣/٢٧ م المكتب الفني س٧ ص ٤٤٩)) .

٨- التجاوز في حق الدفاع :

إن حق الدفاع الشرعي قد قرر بالقانون لدفع كل اعتداء مهما كانت جسامته وتناسب فعل الدفاع مع الاعتداء لا ينظر فيه إلا بعد ثبوت قيام حالة الدفاع الشرعي فإذا ثبت قيام هذه الحالة وتحقق ذلك التناسب . حقت البراءة للمدافع وأن زاد فعل الدفاع على الاعتداء وكانت الزيادة غير مقبولة عد المتهم متجاوزاً حق الدفاع وحق عليه العقاب في الحدود المبينة في القانون (١).

٩- عدم إثارة الدفع أمام النيابة العامة لا يسقط الحق فيه :

(سكوت المتهم في التحقيق عن إثارة حقه في الدفاع الشرعي لا يمنعه من التمسك بهذا الحق أمام محكمة الموضوع) (٢).

١٠- لا دفاع في مواجهة اعتداء مشروع :

(لما كان لا قيام لحق الدفاع الشرعي مقابل دفع اعتداء مشروع وكان ما وقع من رجل الشرطة على ما تنهى إليه الحكم - ليس فيه ما يخالف القانون فإن الخطر الناشئ عنه يكون مشروعاً ولا تتوافر معه مبررات الدفاع الشرعي) (٣).

١ - ((الطعن رقم ٥٠٥ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥١/١٢/٢٤ م)) .

٢ - ((نقض جلسة ١٩٥٢/٤/٢ م المكتب الفني س٨ ص ٣٥٨)) .

٣ - ((الطعن رقم ٥٧٢ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٤ م)) . جميع الأمثلة التطبيقية الواردة في هذا المبحث أوردناها عن محكمة النقض المصرية المرجع (د/عدلي أمير خالد - إجراءات الدعوى الجنائية في ضوء المستجدات من أحكام النقض) ص ٥٠٣ ، د/ عبد الحكم فوده المرجع السابق ص ١١٧

((الخاتمة))

إن الحديث عن الدفاع الشرعي كسبب من أسباب الإباحة في حالة قيامه وفقاً لشروطه إنما يأتي من منطلق الأهمية التي يحتلها هذا الحق بين سائر الحقوق والواجبات والأعذار التي تصلح هي أيضاً أن تكون سبباً للإباحة فالواقع هو الذي كشف عن هذه الأهمية - فكثيراً من الوقائع الجنائية التي تعرض على القضاء ويكون موضوعها تشاجر طائفتين من الناس وكلتا الطائفتين فيها قتلى وجرحى وكل منهما يدعي أنه المجني عليه (المصول عليه) وسواءً تمثلت هذه الوقائع بجماعات أو أفراد اثنين فأكثر فإن المهم هو ما يجب أن تدور حوله تحقيقات النيابة أو ما ينبغي أن تستظهره محكمة الموضوع بعد الإحالة إليها .

إن المنطق يقول في مثل هذه الوقائع أن أحد المتشاجرين هو الصائل والآخر هو المجني عليه أو أن تكون هذه الوقائع اعتداء من كليهما ليس فيه مدافع .

وقد رأينا اختلافاً كبيراً في مسألة إثبات الدفاع الشرعي ورجحنا الرأي الذي عليه جانب كبير من الفقه ومن ذلك الفقه والقضاء السوداني والفقه الأردني وجانب من الفقه المصري وقضاء النقض المصري وجانب من الفقه الإسلامي لاتفاقه مع قرينة البراءة الأصلية وذلك بجعل الإثبات على عاتق الادعاء العام يساعده في ذلك المجني عليه أو من يمثله قانوناً مقررين عدم جواز تجزئة إقرار المتهم عند إقراره بالقتل المقترن بوصفه أنه كان نتاج حالة دفاع شرعي ما لم يثبت لدى القاضي صدق الادعاء وكذب

المتهم بأدلة أو قرائن فيبني على ذلك حكمه وليس على عجز المتهم تقديم دليل تبريره ، أما إذا أسند إليه الاتهام مبنيًا على أدلة إدانة يحتمل معها أن يبني القاضي قناعته عليها فإنه ليس من مصلحته حينئذ أن يعتصم بالصمت، ومن ثم يتعين عليه أن يقدم من الأدلة ما ينفي به دليل الإدانة فهو أقدر على بيان ذلك من الناحية الواقعية فهو من يعلم بالظروف التي أحاطت به ومن كان موجودًا من الشهود... وهكذا.

وبينا أن الدفاع الشرعي يتعلق بالركن الشرعي للجريمة فإذا قامت حالة الدفاع الشرعي وفقاً للشروط القانونية خرج بذلك فعل الدفاع من دائرة التجريم إلى دائرة المشروعية ومن ثم ينتفي الركن الشرعي للجريمة .

وبالتالي فإنه يتعين على النيابة العامة أو المحكمة التثبت عند التحقيق عن البادئ بالعدوان من الفريقين على أن لا يقتصر على ذلك فحسب بل يجب أيضاً معرفة قصد كل منهم قبل المشاجرة أو القتال فإذا تحقق أن كلاً منهم كان ينوي الاعتداء على الآخر فلا دفاع ولا مجال للبحث عن البادئ في العدوان إلا من باب الاسترشاد بذلك لاختيار العقوبة المناسبة بين حدها الأدنى والأعلى . لقوله عليه الصلاة والسلام فيما ورد في الصحيحين ((إذا التقى **المسلمان بسيفيهما** فالقاتل والمقتول في النار قلت يا رسول الله هذا القاتل فما بال المقتول قال إنه كان حريصاً على قتل صاحبه.))^(١)

والحديث يدل دلالة واضحة على أنه عند توافر القصد لدى الفريقين فالقاتل والمقتول في النار ولا مجال للتعذر بعد ذلك بالدفاع الشرعي .

١ - حدثنا عبد الرحمن بن المبارك ، حدثنا حماد بن زيد ، حدثنا أيوب ، ويونس ، عن الحسن ، عن الأحنف بن قيس قال ذهبت لأنصر هذا الرجل فلقيني أبو بكر فقال أين تريد قلت أنصر هذا الرجل قال أرجع فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول : **إذا التقى المسلمان بسيفيهما** فالقاتل والمقتول في النار قلت يا رسول الله هذا القاتل فما بال المقتول قال إنه كان حريصاً على قتل صاحبه.

وتأخذ محكمة النقض المصرية في أحكامها بهذه المبادئ ، ومن أحكامها أنه (متى كان كل من المتهمين معتدياً لأنه حين أوقع فعل الضرب كان قاصداً الضرب في ذاته لا ليرد ضرباً موجهاً إلى فريقه فإن حالة الدفاع الشرعي تكون منتفية ويعاقب كل منهم على فعلته بلا تفريق بين من بدأ منهم بالعدوان ومن لم يبدأ)^(١) .

كما أنه يتعين على النيابة ومحكمة الموضوع التصدي للبحث في حالة الدفاع الشرعي حين ترشح وقائع الدعوى لذلك ولو لم يتمسك المتهم بالدفاع الشرعي صراحة بل ولو اعتصم بالإنكار وأصر على عدم ارتكاب الفعل .

فإذا لم تعرض المحكمة لهذه الحالة وتقول كلمتها فيها كان حكمها معيباً بالقصور^(٢) .
كما توصلت إلى نقد نص المادتين (٢٨ ، ٣٠) من قانون الجرائم والعقوبات لأن المادة (٢٨) اشترطت القرابة لتبرير الدفاع عن الغير فيحين المادة (٣٠) تحدثت عن حكم التجاوز بإهمال ولم تتحدث عن حكم التجاوز عن عمد مما يتعين تداركه في أية إصلاحات تشريعية قادمة

وفي الأخير ننوه إلى أن ما وصلنا إليه من آراء نتمنى أن تأخذ مجالها في المناقشة واهتمام المعنيين بالتشريع في بلادنا عند النظر في قانون الجرائم والعقوبات لعل الله ينفع بها فإن أصبت فهي من الله وإن أخطأت فهي مني ومن الشيطان .

والله من وراء القصد ،،،

شائف علي محمد الشيباني

^١ - نقض جلسة ١٢/٣/١٩٥٧م المكتب الفني س٨ ص٢٥٤ - المرجع /د/ عبد الحكم فوده المرجع السابق ص١١٨ .
^٢ - د/ حسني الجندي - شرح قانون العقوبات اليمني ج ١ ص ٣٠٠ .

رئيس دائرة التدريب والتأهيل

مراجع البحث

مرتبته حسب الحروف مع ذكر أسماء المؤلفين على جهة الاختصار .

المؤلف	ر
للشافعي	١
لأبي العربي	٢
للجصاص نقلاً عن الأمام	٣
للسيوطي	٤
للنيسابوري	٥
للمرتضى	٦
لابن فرحون المالكي	٧
للقاضي عبد القادر عوده	٨
أبي يعلى الفراء	٩
أبي داود	١
لأبي هشام	١
للمرتضى	١
سليم رستم	١
شرح النووي	١
لأبن القيم	١
لأبي زهرة	١
لأبن رجب الحنبلي	١
د / محمد الحمصي	١
لأبن قدامه الحنبلي	١
للإمام محمد الرازي	٢
للمشوكاني	٢
للمرملقي	٢
الأم	١
أحكام القرآن	٢
أحكام القرآن	٣
أسباب النزول	٤
أسباب النزول	٥
البحر الزخار	٦
التبصرة	٧
التشريع	٨
الأحكام	٩
سنن أبي داود	١
السيره	١
شرح الأزهار	١
شرح المجلة	١
صحيح مسلم	١
الطرق الحكمية	١
العقوبة	١
القواعد	١
كلمات القرآن	١
المغني مع	١
مختار الصحاح	٢
نيل الأوطار	٢
نهاية المحتاج	٢

٢	مراجع أخرى ذكرتها نقلاً عن القاضي عبد القادر
٣	عوده وهي :
	المراجع القانونية :
٢	أحمد عبد العزيز
٢	أحمد فتحي
٢	حسني الجندي
٢	د / عبد الحميد
٢	د / علي جريشه
٢	د / عبد الحكم
٣	د / عدلي أمير
٣	د / علي الشرفي
٣	القاضي عبد
٣	د / محمد زكي أبو
٣	د / محمد نعيم
٣	مصطفى أحمد
٣	د / يوسف قاسم
٣	مراجع أخرى ذكرتها نقلاً عن بعض المراجع القانونية
٧	ومنها :
	د / محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات القسم
٣	القوانين .
٨	١- القرار بقانون رقم ١٩ لسنة ٩٢م بإصدار القانون