الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة وهران
كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية
قسم العلوم الاسلامية

ضوابط الدفاع الشرعي

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية
تخصص شريعة وقانون
نوقشت يوم 18 فبراير 2008

إعداد الطالب:
بن عومر الوالي

إشراف الأستاذ
الدكتور: عبد القادر سليماني

السنة الجامعية:
2008/2007-1429/1428

قبس

قال الله تعالى:

"وَالَّذِينَ إِذَا أَصَابَهُمُ الْبَغْيُ هُمْ يَنتَصِرُونَ وَجَزَاء سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ وَلَمَنِ انتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُوْلَئِكَ مَا عَلَيْهِم مِّن سَبِيلٍ."

سورة الشورى الآية: 39-41

مقدمـــــة:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله محمـــد الأمـــين، المبعوث رحمة للعالمين، وبعد,

الدفاع الشرعي قديم قدم التاريخ، جديد جدة العصر، ولأن عيش الانسان مع غيره يؤدي إلى تضارب المصالح واختلافها كان لابد من وجود الاختلاف والصراع، وهو فطرة فطـــر الله الناس عليها منذ أول نزاع ظهر على وجه الارض بين ابني آدم، وســـيبقى إلى أن يـــرث الله الأرض ومن عليها،قال تعالى:" وَلاَ يَزَالُونَ مُخْتَلِفِينَ إِلاَّ مَن رَّحِمَ رَبُّكَ"[1]بل إن من النفـــوس طيبة خيرة ومنها خبيثة شريرة، ولأن النفس البشرية تحب التملك بطبعها قد تعتدي على حق غيرها بغير مسوغ وهي تسير وراء هذه الغريزة، ومن هنا ينشأ دفاع الإنسان عن نفسه وماله، ولذا كان الدفاع الشرعي موضوعا حيا متجددا بدأ مع بداية البشرية ويتطور بتطورها.

والانسان قد فطر على حب مايملك من نفس أو مال أو عرض، فإذا وجـــد مـــن ينازعه فيهم بذل كل ما يستطيع من جهد ووسائل لحماية حقوقه، وقد يكون هـــذا العمـــل الذي قام به ذا صبغة قانونية إذا راعى فيها هذا الشخص شروط هذا الدفاع ، وقد يكون رد الاعتداء في حد ذاته اعتداء على حق انسان آخر.

والمبدأ العام أنه لا يجوزللشخص أن ينتصف لنفسه بنفسه، فإذا ما وقع الاعتداء وجـــب رفع الأمر إلى السلطات المعنية لإنصافه فهي المخول لها قانونا حماية الآفراد والمحافظـــة علـــى ممتلكاتهم حفاظا على النظام وإشاعة للأمن ،فليس من المعقول أن يسترد كل شخص تـــرض لاعتداء حقه أو يحميه بنفسه، وإلا انتشرت الفوضى وعم الفساد وتزعزع الاستقرار ، بل قد يكون هذا الأمر بحد ذاته انزلاقا إلى متاهات أخرى.

إلا أن الشخص أحيانا قد يتعرض لخطر لاتسمح له الظروف بمراجعـــة الســـلطات المختصة في الوقت المناسب، فهل يترك الأمر حتى تتحقق الجريمة ؟من المنطقي أن له في هـــذه الحالة أن يرد الاعتداء قبل تحقق الجريمة حفاظا على نفسه وصونا لأمواله وهو ما أيده القانون بنصه: "لا جريمة إذا كان الفعل قد دعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن الـــنفس أو الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الـــدفاع متناســـبا مـــع جســـامة الاعتداء".

---

[1] – الآية 118 سورة هود

وعلى ذلك تكون ممارسة الدفاع الشرعي ممارسة لحق يقرره القانون ، وهو حق عام في مواجهة الناس كافة لا يجوز رده ولا مقاومته. وقد اصطلح فقهاء الشـــريعة علـــى الـــدفاع الشرعي بدفع الصائل.

طرح الإشكال:

فإذا وجد اعتداء يهدد نفس الانسان أو ماله أو عرضه ، و لم يجد من يحميه ، كـــان في حالة دفاع شرعي فله أن يدافع عن نفسه أو ماله أو عرضه ، وانتفت عنه المسؤولية الجزائيـــة والمدنية عن الأفعال التي يأتيها.

فمتى يقوم الدفاع الشرعي ؟وهل كل اعتداء يتعرض له الشخص يجوز الدفاع ضده؟ وما هي شروط الاعتداء ؟ على ما يقع الاعتداء حتى نكون في حالة الدفاع الشرعي؟ وما هـــي الضوابط التي يجب على المدافع أن يراعيها حتى يكون الفعل الذي يأتيه مشروعا؟وماذا يترتب على المدافع إذا لم يراع هذه الضوابط واسترسل في الدفاع إلى حد الإفـــراط ؟ومـــا مفهـــوم التجاوز؟وما هي الآثار المترتبة عنه؟

أهمية البحث :

تكلم فقهاء القانون عن الدفاع الشرعي وشروطه وحدوده، بل وجدت نظرية متكاملة في الدفاع الشرعي، وألف فيها فقهاء القانون ، الا أن فقهاء الشريعة لم يفردوا هـــذا الموضـــوع بكلام مستقل إلا قليلا منهم، بل إن فتاواهم لاتزال منثورة في كتب الفروع الفقهية وســـوف أحاول أن تكون هذه الدراسة مقارنة بين أقوال فقهاء الشريعة وفقهـــاء القـــانون في هـــذا الموضوع، كما سأحاول استخلاص ضوابط للدفاع الشرعي من خلال فتـــاويهم وآرائهـــم الفقهية وهذا من خلال ما تحدثوا عنه في موضوع دفع الصائل، وبالنسبة لفقهاء القانون سوف أحاول استنباط ضوابط للدفاع الشرعي من خلال النصوص القانونية وشروحاتهم لها،وكذلك تحديد مسؤولية المتجاوز انطلاقا من القواعد العامة.

الكتابات السابقة:

ضوابط الدفاع الشرعي كموضوع مستقل متكامل لم يكن موجودا في كتب الفقه الإسلامي وإن كان منثورا في كتب الفروع،أما الكتابات القانونية فهي موجودة في هذا الموضوع ، ومن ذلك الدفاع الشرعي في ضوء القضاء والفقه لعبد الحميد الشواربي، ، نظرية

الدفاع الشرعي لحامد الشريف، نظرية الدفاع الشرعي ليوسف قاسم، الدفاع الشرعي لمحمد سيد عبد التواب ، وهذين الأخيرين دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقـــانون الجزائـــي الوضعي.

إلا أن الدراسات في هذا الباب في قانون العقوبات الجزائري وخاصة شروط الـــدفاع الشرعي فهي قليلة بحسب علمي وسوف أعتمد على ماكتبه فقهاء القانون في صياغة منهجية لهذا البحث.

أسباب اختيار الموضوع:

1 – استقراء التراث الفقهي وتتبع أقوال الفقهاء في موضع دفع الصائل ومقارنته بما كتبه فقهاء القانون لأخلص في الأخير الى مجموعة من النتائج تتمثل في كشف ضـــوابط الـــدفاع الشرعي باعتبار أن وجود الدراسات القانونية قد يسهل لي طريقة الدراسة في هذا الموضوع .

2– أن مانراه اليوم من كثرة الجرائم في مجتمعاتنا وبالخصوص الاعتداء على الأنفـــس والأموال يفتح الباب أمام كل طامع للإعتداء بحجة أنه كان في حالة دفاع شرعي ، لذا كان لابد من استخراج قواعد تضبط سلوك المدافع في حالة الدفاع الشرعي.

3 – أن المشرع الجزائري لم يتوسع في الحديث عن هذا الموضوع بل اكتفى بالمـــادتين 39الفقرة 2 والمادة 40 كما أن الشراح لم يتعرضوا بالشرح التام لهاتين المادتين فـــأردت أن أستخرج مجموعة من القواعد والضوابط انطلاقا من النصوص التشريعية والاجتهادات القضائية وما كتبه الشراح والمختصون.

4– تحديد مسؤولية المتجاوز انطلاقا من القواعد العامة للقانون باعتبار أن تجاوز حدود الدفاع الشرعي لم يتعرض لها المشرع أيضا .

5– إثراء المنظومة القانونية في باب الدفاع الشرعي.

الصعوبات:

تتمثل الصعوبات في دراسة هذا الموضوع فيما يلي:

1– أنه يحتاج إلى استقراء جدي لما كتبه الفقهاء في الفروع الفقهية، مما يتطلب جهـــدا في الكشف والتمحيص والمقارنة ، فجمع المعلومات المتناثرة في كتب الفقهاء ليس بالأمر الهين .

2- أن المشرع الجزائري لم يفرد هذا الموضوع بكثير من النصوص القانونية وخاصة فيما يتعلق بشروط الدفاع الشرعي وتجاوز حدود الدفاع الشرعي، وعليه تتطلب الإجابة عن بعض التساؤلات إلى استقراء للقواعد العامة لقانون العقوبات الجزائري.

3- نقص المراجع المتخصصة في هذا الموضوع وخاصة فيما يتعلق بالبحوث والدراسات في قانون العقوبات الجزائري لذا فإني سألجأ إلى ما كتب القانون الجزائي لدراسة هذا الموضوع، سواء تعلق بكتب قانون العقوبا ت الجزائري أو غيره من القوانين.

منهجية البحث :

باعتبار ما ذكرت عن دراستي لهذا الموضوع فالمنهج الذي سأتبعه هو المنهج الاستقرائي التحليلي الذي يتناسب مع طبيعة الدراسة، وأما فيما يخص ايراد أقوال الفقهاء فإني لم ألتزم ترتيبا معينا ، بل بحسب ما يقتضيه سياق الكلام وبحسب وفرة المعلومات ، وقد اعتمدت دكر أقوال المذاهب الأربعة وإن كان المعنى واحدا لأبين أقوالهم واتفاقهم في بعض المسائل، كما أني أقدم في كل عرض لمسألة من لمسائل أقوال فقهاء الشريعة ثم ما يقابلها من أقوال شراح القانون، أما فيما يخص تخريج الأحاديث الفقهية فإن كان الحديث في الصحيحين أو في أحدهما اكتفيت بتبيين موضعه فيهما دون غيرهما من كتب السنن ،وإلا خرجته في كتب السنة وبينت درجته.

كما أنني أطلقت لفظ الضوابط في عنوان البحث وإنما أريد بها الشروط وهذا كما يصطلح شراح القوانين الوضعية، وإن كان هناك فرقا بين الشرط والضابط ، والضابط أعم من الشرط.

المراجع:

بما أن الدراسة سوف تكون دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري فان المراجع التي سأعتمد عليها هي كتب الحديث وشروح وكتب المذاهب الفقهية الأربعة من الشافعية والحنفية والمالكية والحنابلة،ومن القانون على كتب شراح قانون العقوبات

خطة البحث:

فقد قسمت هذا البحث إلى ثلاثة فصول:

1-الفصل الأول: وتناولت فيه الإباحة والدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري ،وقد قسمت هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، المبحث الأول: أسباب الإباحة وتناولت فيه تعريف الإباحة عند الأصوليين وفقهاء القانون، والمبحث الثاني تناولت فيه مفهوم الـــدفاع الشرعي، أما المبحث الثالث فتكلمت فيه عن مصدر الدفاع الشرعي وأساســه في الشــريعة الاسلامية وقانون العقوبات.

2-**الفصل الثاني** : بعنوان ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقــانون العقوبــات الجزائري، وقسمته إلى ثلاثة مباحث،المبحث الأول وعنونته بعدم مشروعية الاعتداء وتناولت فيه مطلبين : المطلب الأول:مفهوم الاعتداء وصوره والثاني:تطبيقات عدم المشروعية، ،المبحث الثاني بعنوان حلول خطر الاعتداء ، وقسمته إلى مطلبين ، الأول ويحوي مفهوم حلول خطــر الاعتداء، والثاني: صور خطر الاعتداء والمبحث الثالث :موضوع الاعتداء، وقســمت هــذا المبحث إلى ثلاث مطالب ،المطلب الأول وضمنته الإعتداء على الــنفس، والمطلــب الثــاني وضمنته الإعتداء على المال، أماالمطلب الثالث فيحوي الاعتداء على العرض.

الفصل الثالث: ضوابط الدفاع وقد قسمت هذا الفصل إلى مبحثين الأول:شروط الــدفاع، وهو يحوي مطلبين تحدثت في الأول عن شرط لزوم الدفاع والثاني عن شرط تناسب الــدفاع مع الاعتداء ، وأما المبحث الثاني وعنونته بتجاوز حدود الدفاع الشرعي وأثره ، وقسمته إلى مطلبين الأول:ويتناول مفهوم التجاوزوالفرق بين وبين غيره من المصطلحات وصــور هــذا التجاوز وأما المطلب الثاني فسوف أتناول فيه أثر تجاوز حدود الدفاع الشرعي.

ثم الخاتمة وتناولت فيها مجموعة من النتائج التي توصلت إليها من خلال هذا البحث.

خطة البحث:

1-الفصل الأول: الاباحة والدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري.

المبحث الأول:الإباحة والدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري.

المطلب الأول:تعريف الإباحة

المطلب الثاني :الاباحة عند فقهاء الشريعة

المطلب الثالث:أسباب الإباحة عند فقهاء القانون.

المبحث الثاني :مفهوم الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري.

المطلب الأول: تعريف الدفاع الشرعي

المطلب الثاني: تمييز الدفاع الشرعي عن غيره من المصطلحات.

المبحث الثالث: مصدر الدفاع الشرعي وأساسه

المطلب الأول: مصدر الدفاع الشرعي.

المطلب الثاني: أساس الدفاع الشرعي.

2-**الفصل الثاني:** ضوابط الاعتداء في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري.

المبحث الأول : عدم مشروعية فعل الاعتداء.

المطلب الأول: مفهوم الاعتداء وصوره

المطلب الثاني: تطبيقات عدم المشروعية

المبحث الثاني: حلول خطر الاعتداء.

المطلب الأول:مفهوم حلول خطر الاعتداء

المطلب الثاني: حلول خطر الدفاع الآلي.

المبحث الثالث: موضوع الاعتداء

المطلب الأول: الدفاع عن النفس .

المطلب الثاني: الدفاع عن المال.

المطلب الثالث: الدفاع عن العرض.

الفصل الثالث: ضوابط الدفاع في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري.

المبحث الأول :شروط الدفاع.

المطلب الأول: لزوم الدفاع.

المطلب الثاني: تناسب الدفاع مع الإعتداء.

المبحث الثاني: تجاوز حدود الدفاع الشرعي وأثره .

المطلب الأول : مفهوم التجاوز وصوره .

الفرع الأول: عن مفهوم التجاوز والفرق بينه وبين ما يشابهه من المصطلحات

الفرع الثاني :صور التجاوز.

المطلب الثاني : أثر تجاوز حدود الدفاع الشرعي .

الفرع الأول: مفهوم التجاوز ومعياره.

الفرع الثاني :أثار الدفاع الشرعي.

الخاتمة:

الفصل الأول: الاباحة والدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري.

المبحث الأول:الإباحة والدفاع الشرعي.

المبحث الثاني :مفهوم الدفاع الشرعي.

المبحث الثالث: مصدر الدفاع الشرعي وأساسه.

المبحث الأول :أسباب الإباحة في الشريعة الإسلامية

وقانون

العقوبات

المطلب الأول: تعريف الإباحة عند فقهاء الشريعة

المطلب الثاني: أسباب الإباحة عند فقهاء القانون

المبحث الأول: الإباحة في الشريعة وقانون العقوبات.

مدخل: قبل البدئ في دراسة الإباحة نعرفها لغة ثم نتطرق إلى تعريفها اصطلاحا.

الإباحة لغة: جاء في لسان العرب:"البوح ظهور الشيء، وباح بالشيء ظهر، وباح به بوحا وبؤوحا وبؤوحة أظهره، وباح ما كتمت وباح به صاحبه وباح بسره أظهره، ورجل بؤوح بما في صدره وبيحان بما في صدره معاقبه، وأصلها الواو، وفي الحديث "إلا أن يكون كفرا بواحا أي جهارا"[1] وأباحه سرا فباح به بوحا أبثه إياه فلم يكتمه، يقال باح الشيء وأباحه إذا جهر به، وبوح الشمس معرفة،مؤنث سميت بذلك لظهورها وقيل يوح بياء بنقطتين.

وأبحتك الشيء أحللته لك وأباح الشيء أطلقه والمباح خلاف المحظور، و الباحة باحة الدار وهي ساحتها ، والباحة عرصة الدار و الجمع بوح وبحبوحة الدار منها ويقال نحن في باحة الدار وهي أوسطها".[2]

هذه التعريفات اللغوية للإباحة أما عند علماء الأصول فلها أيضا معنى اصطلاحي:

المطلب الأول :الإباحة عند فقهاء الشريعة.

أولا: الإباحة عند الأصوليين:

1 – تعريف المباح:

أورد الآمدي مجموعة من التعاريف للمباح منها[3]:

1- "هو ما خير المرء فيه بين فعله وتركه شرعاً".

1- البخاري- كتاب القتن- باب قول النبي سترون بعدي أمورا تنكرونها- رقم:6647 - الجامع الصحيح المختصر- دار ابن كثير, اليمامة- بيروت- 1407 - 1987-ط3- تحقيق د. مصطفى ديب البغا- ج3ص2588 ، مسلم:كتاب الإمارة- باب وجوب طاعة الأمراء في غير معصية- رقم1709- الجامع الصحيح- دار إحياء التراث العربي-بيروت- ج3ص1470.

2- ابن منظور – لسان العرب- دار صادر – بيروت- لبنان- 199/1412 2-ج2ص461.

3- الآمدي- الإحكام في أصول الإحكام- المكتب الإسلامي- 1406-ط2-ج1ص123.

وانتقد هذا التعريف بأنه منقوض بخصال الكفارة المخيرة فإنه ما من خصـــلة منـــها إلا والمكفر مخير بين فعلها وتركها وبتقدير فعلها لا تكون مباحة بل واجبة وكذلك الصلاة في أول وقتها الموسع مخير بين فعلها وتركها مع العزم وليست مباحة بل واجبة.

2- "هو ما استوى جانباه في عدم الثواب والعقاب"

وانتقد هذا التعريف بأفعال الله تعالى فإنها كذلك وليست متصفة بكونها مباحة.

3- "هو ما أعلم فاعله أو دل أنه لا ضرر عليه في فعله ولا تركه، ولا نفع له في الآخرة." وانتقده بأنه غير جامع لأنه يخرج منه الفعل الذي خير الشارع فيه بين الفعل والترك مـــع إعلام فاعله، أو دلالة الدليل السمعي على استواء فعلـــه في المصـــلحة والمفســـدة دنيـــا وأخرى،فإنه مباح وإن اشتمل فعله وتركه على الضرر".

واختار تعريفا للمباح فقال: "بأنه ما دل الدليل السمعي على خطاب الشارع بالتخيير فيه بين الفعل والترك من غير بدل"[1].

وعرف الشاطبي المباح بقوله: "إن المباح عند الشارع هو المخير فيه بين الفعل والترك من غير مدح ولا ذم لا على الفعل ولا على الترك."[2]

أما الغزالي فعرف المباح بقوله في تعريف الجواز :" الذي عرف الشرع أنه لا ضـــرر عليه في تركه ولا فعله، ولا نفع من حيث فعله وتركه، احترازا عما إذا ترك المباح بمعصية، فإنه يتضرر لا من حيث ترك المباح بل من حيث ارتكاب المعصية."[3]

ولعل تعريف الآمدي هو التعريف الذي نرجحه[4] وذلك:

أ- أن التعريف واضح وسليم ولا يحتاج إلى ما يبين المراد.

---

[1]- الآمدي- الإحكام في أصول الحكام- ج1ص123.

[2]- الشاطبي – الموافقات في أصول الشريعة – دار الكتب العلمية- بيروت- ط1 -2004/1425- ص63.

3- الإمام الغزالي- المستصفى عن علم الأصول- تحقيق- د.محمد سليمان الأشقر- مؤسسة الرسالة-بيروت-لبنان- ط1- 1997/1417ص130.

[4]- أنظر د. محمد سلام مدكور-الحكم التخييري أو نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء – دار النهضة العربية 1973- ص36.

ب- قوله ما دل الدليل السمعي يخرج الدليل العقلي المختص، وبذلك يكون قد احترس عن دعوى أن الأحكام تدرك بالعقل من غير توقف على دليل شرعي، وإنما الشرع يأتي تأييدا لها، وهذا مذهب المعتزلة في التحسين والتقبيح العقليين.

ج- أن إطلاق قوله ما دل الدليل السمعي على يشمل أقسام ما تثبت به الإباحة ، وإن لم يتعرض صراحة للتقسيم ، وهذا ما هو معمول به في التعريفات أنها لا تشتمل على التقسيم.

2- أقسام المباح:

اختلفت تقسيمات الأصوليين للمباح ، فقسم الغزالي المباح باعتبار ذاته إلى ثلاثة أقسام، وقسمه الشاطبي باعتبار ما هو ذريعة واعتبار الكلية والجزئية إلى قسمين، وسوف نعرض هذه التقسيمات كما يلي:

1 – باعتبار ذاته :

قَسَّم الغزالي الأفعال ثلاثة أقسام[1]:

أ- قسم بقي على الأصل فلم يرد فيه من الشارع تعريض لا بصريح اللفظ ولا بدليل من أدلة السمع، فينبغي أن يقال استمر فيه ما كان و لم يتعرض له السمع فليس فيه حكم، وهذا القسم كما يبدو لنا لا يوصف بالإباحة على سبيل التعيين إلاّ على ما ذهب إليه بعض المعتزلة من إن معنى المباح رفع الحرج عن الفعل والترك وذلك ثابت قبل السمع.

ب – " وقسم صرَّح الشرع فيه بالتخيير وقال إن شئتم فافعلوه وإن شئتم فاتركوه فهذا خطاب، والحكم لا معنى له إلاّ الخطاب ولا سبيل إلى إنكاره".

ج – "وقسم لم يرد فيه خطاب بالتخيير لكن دل دليل السمع على نفي فعله وتركه فقد عرف بدليل السمع ولولاهذ الدليل لكان يعرف بدليل العقل نفي الحرج عن فاعله، فهذا فيه نظر إذ اجتمع فيه دليل العقل والسمع".

---

1 -الإمام الغزالي- المستصفى عن علم الأصول- ص144.

وعليه يمكن أن نقول إن المباح عند الغزالي قسمان: الأول وهو ما ثبت بالدليل السمعي أن الشارع خير فيه المكلف ، والثاني : ما دل عليه دليل سمعي ولو لم يكن هذا الدليل لكان يمكن معرفته بالعقل.

2) – باعتبار ما يعرض له من حيث كونه ذريعة إلى مطلوب الفعل أو الترك:

قسَّم الشاطبي المباح بهذا إلى ثلاثة أقسام[1]:

أ- قسم يكون ذريعة إلى منهي عنه فيكون مطلوب الترك.

ب- وقسم يكون ذريعة إلى مأمور به كالمستعان به على أمر أخروي، وهذا القسم مطلوب الفعل، وذلك في الشريعة كثير لأنها لما كانت وسائل إلى مأمور به، كان لها حكم ما توسل بها إليه.

ج – وقسم لا يكون ذريعة إلى شيء فهو المباح المطلق.

3) – باعتبار الكلية والجزئية في الشيء المباح[2]:

يقول الشاطبي أيضاً، إن المباح يكون مباحا بالجزء مطلوبا بالكل على جهة الندب أو الوجوب، ومباحا بالجزء منهيّاً عنه بالكل على جهة الكراهة أو المنع، فهذه أربعة أقسام:

أ- القسم الأول: مباح بالجزء مطلوب بالكل على جهة الوجوب:

كالأكل والشرب ووطء الزوجات والبيع والشراء ووجوه الاكتسابات الجائزة كقوله تعالى: " وَأَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا [3]" .فلو فرضنا ترك الناس كلهم ذلك لكان تركا لما هو من الضروريات المأمور بها فكان الدخول فيها واجبا بالكل.

ب- القسم الثاني: المباح بالجزء المطلوب بالكل على جهة الندب :

كالتمتع بالطيبات من المأكل والمشرب والمركب والملبس مما سوى ذلك، فلو ترك بعض الأوقات مع القدرة عليه لكان جائزا، فلو ترك جملة لكان على خلاف ما ندب الشرع إليه

---

[1]- الشاطبي – الموافقات في أصول الشريعة- ص82.

[2]- الإمام الشاطبي- – الموافقات في أصول الشريعة- ص72.

3- سورة البقرة الآية275.

ففى الحديث: "إن الله يحب أن يرى أثر نعمته على عبده" [1]وقولـــه "إن الله جميـــل يحـــب الجمال"[2] وكثير من ذلك وهكذا لو ترك الناس كلهم ذلك لكان مكروها.

ج –القسم الثالث: المباح بالجزء المحرم بالكل:

إذا كان الفعل مكروها بالجزء كان ممنوعا بالكل، كاللعب بالشطرنج والنرد بغير مقـــامرة وسماع الغناء المكروه، فإن مثل هذه الأشياء إذا وقعت على غـــير مداومـــة لم تقـــدح فى العدالة، فإن داوم عليها قدحت في عدالته، وذلك دليل على المنع بناء على أصل الغـــزالي، قال محمد بن عبد الحكم في اللعب بالنرد والشطرنج إن كان يكثر منه حتى يشـــغله عـــن الجماعة لم تقبل شهادته، وكذلك اللعب الذي يخرج به عن هيئة أهل المروءة.

د – القسم الرابع: المباح بالجزء المكروه بالكل:

كالتتره في البساتين وسماع تغريد الحمام واللعب المباح به، فان هذه الأشياء وان كانـــت مباحة بأصلها إلاّ أن المداومة عليها واتخاذها ديدنا مكروه على الإكثار منه بعض الضـــرر فهو مكروه.

الإباحة عند الفقهاء:

لم يختلف الفقهاء في تعريفهم للمباح عن الأصوليين ، فسلك غالب الفقهـــاء نفـــس تعريف الأصوليين للمباح فجاءت تعريفاتهم قريبة منها،

فقد عرف العيني المباح بقوله: "الإطلاق في مقابلة المباح" وهذا تعريف قد راعى التعريـــف اللغوي[3].

1- رواه الترميذي في سننه–كتاب الأدب عن رسول الله– باب ما جاء إن الله يحب أن يرى أثر نعمته على عبده– رقم:2819– وقال حديث حسن ، وأخرجه ابن حبان في صحيحه–كتاب اللباس وآدابه– باب ذكر الأمر إذا أنعم الله عليه ن يرى أثر نعمته– رقم234– موسسة الرسالة– بيروت– تحقيق شعيب الأرنؤوط، –1993، وقال الحاكم صحيح الإسناد و لم يخرجاه– المستدرك على الصحيحين رقم7188– ج4ص150.

2– رواه مسلم–كتاب الإيمان– باب تحريم الكبر وبيانه– رقم91– صحيح مسلم بشرح النووي –دار الفكر– 1983– ج1ص93.

3– العيني– رمز الحقائق شرح كتر الدقائق– المطبعة الميمنية– 1320هـــ– ج2ص262.

ومن الفقهاء المحدثين فقد عرفها مصطفى الزرقا بقوله[1]:الإذن باستهلاك الشيء أو استعماله وهي لا تجعله مملوكا بل دون التمليك، والإذن قد يكون من الشارع، وقد يكون من الأفراد رقبة العين، أو باستهلاك منفعة العين كمن يدعو صديقه لركوب سيارته.

المطلب الثاني :أسباب الإباحة عند فقهاء القانون:

1- ماهيتها والعلة من تقريرها:

يقصد بأسباب الإباحة Les causes de justification رفع صفة الجريمة عن الفعل وصيرورته فعلا مباحا ومشروعا إذ ترتكب في ظروف تنتفي فيها العلة من تجريمه بحسب طبائع الأشياء ، كما في رضاء المجني عليه في الأحوال والحدود التي يجوز له فيها التصرف في الحق الذي يحميه القانون جنائيا، أو بمقتضى نص تشريعي يقرر إباحة الفعل كما في الدفاع الشرعي ، واستعمال السلطة، أو في ضوء مبادئ النظام القانوني في مجمله كما في استعمال السلطة.[2]

2- الأساس الذي تقوم عليه أسباب التبرير أو الإباحة:

يهدف قانون العقوبات في أحكامه ونصوصه إلى حماية المصالح الجوهرية للأفراد والمجتمع والمحافظة على حياة الناس وحقوقهم من الشر والعدوان، وإرساء قواعد الاستقرار والأمن والطمأنينة وتحقيق العدالة، فغرض الشارع من وضع هذه النصوص هو منع الاعتداء على حياة الأفراد وعلى أعراضهم وأموالهم، والمحافظة على مصالحهم وحقوقهم .

إن حماية المصالح المعتبرة ودفع العدوان وشره واستعمال الحق دون الإساءة من الأسس التي تقوم عليها أسباب التبرير أو الإباحة.[3]

فالأساس الذي تقوم عليه أسباب التبرير أو الإباحة هو انتفاء علة التجريم على الفعل الذي ارتكب فلم تعد الجريمة قائمة، وكذلك إذا تبين للشارع أن الفعل المرتكب هو اعتداء على حق معين من أجل المحافظة على حق آخر أكثر جدارة بالصيانة من الحق الأول، فالمشرع هنا يقرر إباحة الفعل، ومثال ذلك القتل في الدفاع الشرعي، فدفع الفرد للاعتداء الخطير المحقق

1- الزرقا- المدخل الفقهي العام- المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1، 1418هـ/1998م.ص225.

2- محمود نجيب حسني- قانون العقوبات القسم العام- دار النهضة العربية- -القاهرة مصر- ط5- ج2ص160د،سليمان عبد المنعم- النظرية العامة للعقوبة- دار الجامعة الجديدة- الإسكندرية-مصر-2000-ص364.

3- د.محمد علي عباد الحلبي- شرح قانون العقوبات- مكتبة دار الثقافة للنشر- عمان الأردن- 1997- ص159.

الذي هم المعتدى عليه في تنفيذه للمحافظة على حقه في الحياة، أهم وأجدر من المعتـــدي في حياته، وبذلك فإن المشرع قد أباح الفعل الذي يرتكب استعمالا لحق في الدفاع الشـــرعي، فمصلحة المدافع أولى بالرعاية من مصلحة المعتدى عليه في الحياة[1] .

3- الآثار القانونية للإباحة:

يترتب على توافر أحد أسباب الإباحة اعتبار الفعل الذي يشكل بحسب الأصل جريمة فعـــلا مباحا ويمكن إيجاز الآثار المترتبة على ذلك فيما يلي :[2]

1- مشروعية الفعل وبالتالي انتفاء المسؤولية الجزائية لفاعله بما يحول دون توقيـــع أي جزاء جنائي سواء في صورة عقوبة أو في صورة تدبير احترازي، وهنـــا تختلـــف أسباب الإباحة عن حالة عدم تجريم الفعل أصلا، إذ قد لا يحول ذلك دون توقيـــع أحد التدابير الاحترازية كما في التدابير التي توقع على الأحداث المنحرفين .

2- امتناع مساءلة الشخص مرتكب الفعل لا بطريق الدعوى العموميـــة، ولا حـــتى بطريق الدعوى المدنية، فسبب الإباحة يمنع من قيام المسؤولية الجزائية والمســـؤولية المدنية، فلا يجوز مطالبة الشخص بتعويض مدني عن الأضرار الناشئة عن جريمـــة المشمول بسبب الإباحة إذ لا يمكن مساءلة شخص عن فعل يبيحه القانون وقد يمر به.

3-امتداد أثر الإباحة كقاعدة عامة إلى كل شخص ساهم في الجريمة المشـــمولة بســـب الإباحة، فيصبح الفعل مشروعا بالنسبة له، ويعد هذا الأثـــر القـــانوني نتيجـــة للطبيعـــة الموضوعية أو العينية لأسباب الإباحة، إذ هي تنصب على الفعل ذاته ولا تتعلق بشـــخص فاعله، فهي إذن سبب عيني لا شخص لإباحة الفعل وامتناع المسؤولية.

غير أنه يجب التفرقة بين نوعين من أسباب الإباحة:ما يسمى أسباب الإباحة المطلقة، وما يسمى بأسباب الإباحة النسبية، فأسباب الإباحة المطلقة كالدفاع الشرعي يســـتفيد منها كل من ساهم في الفعل سواء بوصفه فاعلا أو شريكا، أما أسباب الإباحة النســـبية وهي تلك التي لا يعترف بها إلا لمن تتوافر فيه صفة معينة يحتل مركزا معينـــا كاســـتعمال

---

[1]- المرجع السابق- ص160.

[2]- انظر:عوض محمد- شرح قانون العقوبات القسم العام-دار الجامعة الحديثة للنشر الإسكندرية-مصر-2000. ص87، د.سليمان عبد المنعم- النظرية العامة للعقوبة ص367.

السلطة بالنسبة للموظف ومباشرة العمل الطبي بالنسبة للطبيب، فإنه يفرق بشأن مدى الاستفادة بها بين الفاعل والشريك، فلا يستفيد كفاعل من سبب الإباحة النسبي إلا من تقررت الإباحة لصالحه دون غيره من الفاعلين.

وكلا التقسيمين محدود القيمة من الناحية العملية ، ومن الفقهاء من يرتب أثارا قانونية على التقسيم الثاني فيرى أن الأسباب المطلقة تنتج أثرها بالنسبة لكل المساهمين ،فاعلين كانوا أو شركاء أما الأسباب النسبية فيقتصر أثرها على الفاعل الذي قامت الصفة المعتبرة وكذلك الشركاء ، أما الفاعلون الآخرون الذين تعوزهم تلك الصفة فلا يستفيدون من السبب المبيح[1].

4- التمييز بين أسباب الإباحة وغيرها من الموانع القانونية الأخرى :

قبل الخوض في تفصيل أسباب الإباحة يحسن بنا إبراز ما هنالك من الفوارق بينها وبين ما قد يختلط بها أو يتشابه معها من نظم قانونية أخرى، فأسباب الإباحة تختلف عن موانع المسؤولية الجزائية، وموانع العقاب، وموانع المحاكمة على الرغم مما يجمع بين النظم الأربعة من عدم خضوع الفاعل للعقوبة في نهاية المطاف.

أ- أسباب الإباحة وموانع المسؤولية الجزائية :

تتميز أسباب الإباحة عن موانع المسؤولية الجزائية من حيث الطبيعة، والآثار المترتبة. فمن حيث طبيعة كل منهما يمكن القول أن أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية أو عينية تلتصق بالفعل ذاته، بينما لموانع المسؤولية طبيعة شخصية أو ذاتية تتعلق بشخص الفاعل. فأسباب الإباحة تتوافر إما لانتفاء الحق الجدير بالحماية أصلا، أو لرجحان حق الشخص الذي توافرت لديه الإباحة على حق المجني عليه، وفي الحالتين فإن تقدير إباحة الفعل إنما يكون لاعتبارات لصيقة بالفعل ذاته، وعلى خلاف ذلك موانع المسؤولية، فهذه الأخيرة تتعلق بشخص الفاعل سواء من حيث انتفاء الوعي أو التمييز لديه من ناحية، أو انتفاء الإرادة أو حرية الاختيار من ناحية أخرى، فينتفي الوعي لدى الشخص وتمتنع بالتالي مسؤوليته الجزائية في حالات صغر السن لأقل من ثلاثة عشر سنة، والجنون، والغيبوبة الناشئة عن فقدان الشعور الاضطراري[2].

---

[1]- د.عوض محمد - شرح قانون العقوبات القسم العام- ص92.

[2]- انظر محمد سيد عبد التواب- الدفاع الشرعي- ص32.

كما تنتفي إرادة الشخص في حالتي الإكراه والضرورة، ولاشك أن الـــوعي والإرادة عنصران متعلقان بشخص الفاعل ولا صلة لهما بالفعل في جوانبه المادية، ولهذا يتوافر ســـبب الإباحة لدى الفاعل على الرغم من تمتعه بكامل الوعي والإرادة، كالأب الذي يستخدم حقه في تأديب ابنه، والطبيب الذي يمس بسلامة جسم المريض أثناء إجراء جراحة له[1].

وثمة آثار قانونية تترتب على التفرقة بين أسباب الإباحة وموانع المســؤولية، ويمكـــن إيجازها في أربعة:

أولها– أن أسباب الإباحة تعني رفع صفة الجريمة عن الفعل كلية على نحو يعود فيه لأصله من المشروعية، بينما يقتصر أثر موانع المسؤولية على عدم مساءلة الفاعل جنائيا، وبالتـــالي عـــدم خضوعه للعقوبة المقررة، لكن الفعل يبقى جريمة ويظل محتفظا بصفته غير المشروعة، ويترتب على ذلك أن من توافر لديه سبب للإباحة لا يخضع لأي جزاء جنائي سواء كان عقوبـــة أم تدبيرا احترازيا،ولكن الممتنع مسؤوليته يعفي من الخضوع للعقوبة فقط ويظل ممكنا تطبيق أحد التدابير الاحترازية ضده.

ثانيها– أن أسباب الإباحة تحول دون مساءلة الفاعل على أي نحو كان سواء كانـــت هـــذه المسؤولية جنائية أو مدنية، فمتى عاد الفعل المشمول بالإباحة فعلا مشروعا من جديد فلا وجه لرفع دعوى جنائية هدفها توقيع العقوبة، ولا دعوى مدنية هدفها الإلزام بتعـــويض الضـــرر الناشئ عن الفعل، أما موانع المسؤولية فأثرها قاصر على امتناع رفع الدعوى الجزائيـــة ضـــد الفاعل كالمجنون وصغير السن والمضطر والمكره، لكن يظل جـــائزا رفـــع الـــدعوى المدنيـــة بالتعويض ضد أي من هؤلاء لأن ما صدر عنهم من فعل لازال معتبرا جريمة.

ثالثها– أن أسباب الإباحة بالنظر لطبيعتها الموضوعية أو العينية تفيد كما أشرنا لكل من ساهم في الفعل المشمول بها كأصل عام، بينما تقتصر الاستفادة من موانع المســؤولية ذات الطبيعـــة الشخصية على من توافرت في حقه فقط دون سواه ممن ساهم في الفعل، فيجوز ملاحقة مـــن حرض أو ساعد المجنون أو صغير السن على ارتكاب الجريمة، وليس له أن يستفيد من مـــانع المسؤولية.

رابعها– أنه لا يجوز اللجوء إلى الدفاع الشرعي ضد فعل مشمول بـــدوره بأحـــد أســـباب الإباحة، وعلى العكس من ذلك يحق التذرع بالدفاع الشرعي إذا كان العدوان واقعـــا مـــن

---

[1]- د.سليمان عبد المنعم– النظرية العامة للعقوبة– ص368.

شخص توا فر لديه فقط أحد موانع المسؤولية الجزائية، وبالتالي يمتنع الدفاع الشـــرعي ضـــد رجل الضبط الذي يقوم بالقبض على شخص أو تفتيش مترله بمقتضى أمر صادر عن ســـلطة مختصة، كما يمتنع الدفاع الشرعي ضد فعل يعد بذاته من قبيل الدفاع الشرعي، وعلى خلاف ذلك يجوز الدفاع الشرعي ضد فعل إجرامي صادر عن مجنون، أو شخص تقل سنه ثلاثة عشر سنة[1].

ب- أسباب الإباحة وموانع العقاب :

موانع العقاب هي أسباب تحول دون معاقبة الفاعل الذي يبقى فعله رغم ذلك معتـــبرا جريمة، كما يظل هذا الفاعل مسئولا جنائيا في حقيقة الأمر بالنظر لكونه متمتعا بـــالوعي و الإرادة، وبهذا تتميز موانع العقاب عن أسباب الإباحة من ناحية، وعن موانع المسؤولية الجزائية من جهة أخرى، و العلة في تقرير موانع العقاب هي ما يراه المشرع من أن المصلحة في عـــدم توقيع العقوبة تفوق أحيانا المصلحة من وراء توقيعها.[2]

ويمكن أن تختلف أسباب الإباحة عن موانع العقاب فيما يلي[3]:

1- أسباب التبرير تقوم وقت ارتكاب المظهر المادي للجريمة، أما موانع العقاب فتطرأ بعد اكتمال عناصر المسؤولية الجزائية.

2- أن أسباب الإباحة هي عبارة عن وقائع خاصة نص عليها الشارع حصرا وصـــرح بأنها إذا رافقت الفعل أزالت عنه الصفة الإجرامية، وأصبح فعلا مباحا لا تترتـــب على مرتكبه أية مسؤولية جزائية أو مدنية، أما موانع العقاب فهي أسباب تعـــرض لمرتكب الفعل فتجعل إرادته غير معتبرة قانونا، وتفترض توافر كل أركان الجريمة.

3- أسباب الإباحة هي أسباب مادية وموضوعية وتلتصق بالفعل نفسه وليس بالفاعل وتسقط عنه الصفة الإجرامية ويصبح الفعل مشروعا، أما موانع العقـــاب فهـــي بالعكس من ذلك تتعلق بالفاعل بصورة شخصية وليس بالفعل، وتجعله غير أهـــل للمسؤولية الجزائية، بحيث ينتفي الركن المعنوي للجريمة.

---

[1]- عبد الحميد الشواربي- الدفاع الشرعي في ضوء الفقه والقضاءمطبعة الأطلس بالقاهرة - ت ط 1991 -ص369.

[2]- د.سليمان عبد المنعم – النظرية العامة للعقوبة – ص 370.

[3]- د. محمد علي عياد الحلبي – شرح قانون العقوبات – ص161 .

5- حصر أسباب الإباحة وبيان مصدرها:

تنحصر أسباب الإباحة بوجه عام في ثلاثة أسباب، هي استعمال الحق وممارسة الرخصة وأداء واجب، وفي حدود هذا المعنى يمكن القول بأن أسباب الإباحة واردة على سبيل الحصر،أما الصور التي تتمثل فيها هذه الأسباب من الناحية الواقعية فتستعصى على الحصر، لأنها تتعدد بقدر ما تتعدد الحقوق والرخص والواجبات.

وقد ينص فانون العقوبات على بعض أسباب الإباحة لكنه لا يستغرقها، بل إنه فيما ينص عليه قلما يستحدث السبب المبيح، وإنما هو في الغالب يردد حكما مستقرا في فرع آخر من فروع القانون أو يستلهم روح النظام القانوني في الدولة ، حتى إنه يمكن القول بوجه عام بأن أسباب الإباحة في صورها المحددة تجد مصدرها المباشر في فروع القانون الأخرى. وعلة ذلك أن النظام القانوني و إن تعددت فروعه فهو كل متكامل لا تتنافر أجزاؤه ولا تتناقض أحكامه، فلا يمكن لمشرع واحد أن يبيح أو يأمر بالفعل الواحد ثم يعاقب عليه في الوقت ذاته، لأن ذلك تكليف بمحال والعاقل لا يقدم عليه. وهذا يؤدي إلى وجوب التسليم بأن ما يبيحه أو يأمر به فرع من فروع القانون فهو قيد على نص التجريم، أو بتعبير آخر فهو سبب يبيح الفعل في الحدود وبالشروط التي يعنيها هذا الفرع[1].

وقد يتمثل مصدر الإباحة في العرف كما في مزاولة بعض الألعاب الرياضية العنيفة أو غير العنيفة فيما لو أسفر مزاولتها عن ارتكاب فعل يعد جريمة كالضرب أو الجرح أو إحداث العاهة أو حتى القتل متى كان ذلك في حدود الممارسة الطبيعية للعبة بحسن نية.

6- تجاوز حدود الإباحة :

يقصد بتجاوز حدود الإباحة الخروج عن الشروط التي قررها القانون، ليكون لسبب الإباحة أثره وتخلف أحد هذه الشروط يجعل الفعل خاضعا لنصوص التجريم وتترتب عليه المسؤولية الجزائية إذا توافرت سائر أركانها[2].

لكن طبيعة هذه المساءلة تختلف بحسب الموقف النفسي للفاعل من منظور الركن المعنوي، فإذا كان خروجه عمديا في تجاوزه لحدود سبب الإباحة اعتبر مسئولا عن جريمة عمدية، كمن يضرب إبنه ضربا مبرحا متجاوزا حدود التأديب المقرر – متجردا من نية التأديب فيفضى هذا

---

[1]- عوض محمد – قانون العقوبات –القسم العام – ص90.

[2]- د. محمد سيد عبد التواب– الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي – ص 53 .

إلى موت الابن، أما إذا كان خروج الشخص عن حدود الإباحة ثمرة للإهمال أو الخطأ غير العمدي فإنه يعتبر مسئولا عن جريمة غير عمدية.فإذا كان خروجه أخيرا لا يكون عمدا أو إهمالا، فإنه يعفى الفاعل من المسؤولية العمدية وغير العمدية على حد سواء، والتجاوز هنا يرقى إلى حد الغلط[1].

7- الجهل بالإباحة :

قد يتوافر سبب الإباحة بكل الشروط التي يتطلبها القانون ولكن مرتكب الفعل يعتقد أن السبب غير متوفر و أن فعله غير مشروع.

وأساس الجهل بالإباحة يرجع إما إلى غلط في القانون ومثال ذلك الشخص الذي يقبض على المتلبس بالجريمة وهو يجهل أن قانون الإجراءات الجزائية يبيح القبض في أحوال التلبس بجناية أو جنحة يجوز فيها الحبس الاحتياطي، وإما غلط في الوقائع كمن يقبض على شخص متلبس بالجريمة وهو يجهل قيام حالة التلبس. [2]

ولما كانت أسباب الإباحة تتسم بالطبيعة الموضوعية فإنه يترتب على ذلك نتيجة هامة مؤداها عدم الاعتداد بالعوامل الشخصية ومن ثم فإنه إذا توافرت أسباب الإباحة بالشروط التي يتطلبها القانون فجهل الفاعل بوجودها لا يحول دون إعمال أثرها واستفادته منها، ويستثنى من هذه القاعدة قيام بعض أسباب الإباحة على عناصر شخصية يجب توافرها وقد يكون العلم أحد هذه العناصر[3].

الغلط في التبرير:

وهو الصورة المقابلة للجهل بها فيقصد به أن الفاعل قد وقع في غلط بشأن أحد العناصر الواقعية للإباحة على نحو يجعله يعتقد بتوافر الإباحة بينما في الواقع تنتف هذه الإباحة[4].

أحيانا يتعرض الشخص لموقف يتخيل فيه أنه في حالة دفاع شرعي ويندفع لرد الاعتداء فيتسبب في إيذاء أو قتل شخص ما، فإذا لم تتحقق الشروط اللازمة لأسباب الإباحة كما

---

[1]- سليمان عبد المنعم – النظرية العامة للعقوبة - ص275 .

[2] - محمد سيد عبد التواب – الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي – ص 48.

[3] - محمود نجيب حسني – أسباب الإباحة ص 32 .

[4]- سليمان عبد المنعم – النظرية العامة للعقوبة – ص 371.

وردت في نص القانون أعتبار الفعل غير مشروع، إلا أنه كان يعتقد أنه يقوم بحالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله، فالفعل هنا غير مشروع و لكن انتفى عنه القصد الإجرامي، فإذا كان اعتقاد الفاعل أنه في حالة دفاع شرعي قائما على أسباب معقولة و مبنيا على التثبت و التحري فإنه ينفي عنه الخطأ ولا تقوم مسؤولية الفاعل من أجل هذا الفعل ولا يكون عدم قيام المسؤولية راجعا إلى كون الفعل مشروعا وإنما هي تخلف الركن المعنوي للجريمة.[1]

والأصل أن الغلط في الإباحة ينفي قيام الإباحة ويحول دون زعم الاستفادة بها، و يرد على هذا لأصل استثناء مؤداه الاعتراف بالغلط في الإباحة واستفادة الشخص منها رغم ما وقع فيه من غلط، كما يستفاد هذا الاستثناء ما أجازته التشريعات من الاعتداد بالخطر الوهمي كأساس لقيام حالة الدفاع الشرعي.

إذا كان الفعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو الجراح البالغة و كان لهذا التخوف أسبابا معقولة، و لم تمانع أحكام القضاء في الأخذ بالإباحة والقول بمشروعية الفعل متى كان الفاعل قد وقع في غلط يرقى إلى حد انتفاء القصد الجزائي لديه.[2]

ونظرية الغلط تبنى على مبدأ عام في القانون مقتضاه أن الإنسان لا يكلف بما ليس في وسعه كما بينا في توهم حالة الدفاع الشرعي لأن الفاعل لا يكون مسئولا جزائيا ولا مدنيا إذا ثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التحري و أنه كان يعتقد بمشروعيته و أن اعتقاده كان مبنيا على أسباب معقولة، أما إذا أتى الفعل بغير التثبت و التحري فإن غلطه في تقدير الظروف أو الوقائع لا ينفي عنه المسؤولية بل يكون شأنه شأن من يوجه إرادته توجيها خاطئا فتتسبب عن ذلك نتيجة غير مقصودة فيسأل عن هذه النتيجة إذا كان القانون يجرم التسبب في الخطأ في إحداثها.[3]

و ينتفي العمد إذا وقع الفعل المكون للجريمة بناءا على غلط في واقعة تعد عنصرا من عناصرها القانونية أو في ظروف لو تحقق لكان الفعل مباحا، على أن ذلك لا يمنع من عقاب الفاعل على ما قد يتخلف عن فعله من جريمة غير عمدية أو جريمة أخرى[4] .

---

[1]- د. محمد علي عباد الحلبي – ص158 .

2- سليمان عبد المنعم – النظرية العامة للعقوبة – ص 374.

3- د .محمد علي عباد الحلبي – قانون العقوبات – ص 122 .

[4]- محمود محمود مصطفى – شرح قانون العقوبات القسم العام – ص149.

أسباب الإباحة بين الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات :

إذا ألقينا نظرة إلى أسباب الإباحة الأصلية في كل من القانون والشريعة وجدنا وحدة الاتجاه بين نظرة كل منهما، وهو التخيير بين الفعل والترك دون ترتب ثواب أو عقاب على هذا أو ذاك، وإن كان هناك خلاف في معنى المباح بين القانون الجزائي و الفقه الإسلامي، ففي القانون الجزائي يعتبر كل ما لم ينص على اعتباره جريمة مباحا تطبيقا لمبدأ الشرعية، أما المباح في الفقه الإسلامي فهو ما دل الدليل الشرعي على التخيير فيه.

ورغم هذا الاتفاق بين نظرة كل من الشريعة والقانون للإباحة إلا أن دائرة الإباحة تختلف في الشريعة عنها في القانون فالدائرة في الشريعة أوسع منها في القانون الجزائي لأن علماء الشريعة لم يفرقوا بين جزئي وجزئي آخر كما لم تختلف في نظرهم المسميات فلم يفرقوا بين أسباب الإباحة والأسباب المانعة من المسؤولية، ويرجع ذلك إلى أن علماء الشريعة يرون أن العبرة في الإباحة كون الفعل لا يستحق ثوابا ولا عقابا في الآخرة، ولذلك يرتبون على بعض الأفعال والتي هي مباحة في رأيهم بعض المسؤوليات المادية الدنيوية كضمان المتلفات والتعويض.[1]

ويرى بعض الفقهاء[2] أن هذا التعميم في الفقه الإسلامي ليس ملزما أن يقف عنده علماء الفقه الإسلامي، فمن الممكن أن يطلق على ما جعله الفقهاء غير مرتب للمسؤولية الجزائية أو الضمان (المسؤولية المدنية) مصطلح الإباحة بينما يخصون ما جعله الفقهاء مرتبا للضمان (المسؤولية المدنية) اصطلاح انعدام المسؤولية.

---

[1]- د.محمد سيد عبد التواب – الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي – ص55.

[2]- المرجع السابق ص 56 .

المبحث الثاني :مفهوم الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري.

المطلب الأول: تعريف الدفاع الشرعي

المطلب الثاني: تمييز الدفاع الشرعي عن غيره من المصطلحات.

المبحث الثاني: مفهوم الدفاع الشرعي

يعبر قانون العقوبات عن رد الاعتداء بالدفاع الشرعي المادة 39 وهي ترجمة للاصطلاح الفرنسي Légitime defense ، ويستعمل الفقهاء مصطلح دفع الصائل وسوف نتناول في هذا المبحث تعريف الدفاع الشرعي وتمييزه عن غيره من المصطلحات التي تشابهه وهذا على النحو التالي :

المطلب الأول :تعريف الدفاع الشرعي

تستعمل بعض التشريعات اصطلاح الدفاع الشرعي ، بينما يعبر فقهاء الشريعة باصطلاح دفع الصائل وكلا الإصطلاحين له مدلول في اللغة ، إلا أن الملاحظ هو أن فقهاء الشريعة اكتفوا بالمدلول اللغوي لدفع الصائل لوضوح دلالته، فجاءت تعريفاتهم من المعنى اللغوي مع وضع بعض الشروط المخصوصة، كما حاول بعض الفقهاء المعاصرين وضع تعريفات للدفاع الشرعي ، وأما فقهاء القانون فقد قالوا بتعريفات كثيرة حاولوا من خلالها الوصول إلى تعريف جامع للدفاع الشرعي[1].

وسوف نعرض في هذا المطلب تعريف الدفاع الشرعي لغة واصطلاحا.

الفرع الأول:تعريف الدفاع الشرعي

1-لغة: يتكون اصطلاح دفع الصائل وهو المعنى المستعمل عند الفقهاء من مضاف ومضاف إليه،لذا يجب تعريف كل كلمة على حدة.

فالصائل من صال : يصول على قرنه صولا وصيالا وصولاوصولانا وصالا ومصالة :سطا قال:

و لم يخشو مصالته عليهم وتحت الرغوة اللبن الصريح

والصئول من الرجال الذي يضرب الناس ويتطاول عليهم ، قال الأزهري الأصل فيه ترك الهمزة وكأنه همز لإنضمام الواو إليه.

والمصاولة:المواثبة وكذالك الصيال والصيالة، والفحلان يتصاولان أي يتواثبان،وفي الحديث إن هذين الحيين من الأوس والخزرج كانا يتصاولان مع رسول الله تصاول الفحلين[2]

---

[1] – د.محمد سيد عبد التواب– الدفاع الشرعي في الفقه لإسلامي –عالم الكتب القاهرة–ط1-198-ص57

[2] – الحديث روي بلفظ :" عن كعب بن مالك قال إن مما صنع الله لنبيه أن هذين الحيين من الأنصار الأوس والخزرج كانا يتصاولان في الإسلام كتصاول الفحلين لايصنع الأوس شيئا إلا قالت الخزرج والله لا تذهبون به أبدا فضلا علينا في

أي لايفعل أحدهما معه شيئا إلا فعل الآخر مثله[1].

وأما معنى المضاف فهو الدفع ويقصد الإزالة بقوة دفعه يَدْفَعُه دَفْعاً و دَفاعاً ودَافَعَه ودَفَّعَه فانْدَفَعَ و تَدَفَّعَ و تَدَافَع، وتَدَافَعُوا الشيءَ: دَفَعَه كلّ واحد منهم عن صاحبه، و تدافَع القومُ أَي دَفَعَ بعضُهم بعضاً[2].

كما يقال دفع القول إذا رده بالحجة والقول،ويستعمل هذا المعنى في قانون المرافعات فيما يعرف بنظرية الدفوع،كما يقال إن المتهم دفع بأنه كان يستعمل حقه في الدفاع الشرعي، أو أنه تمسك بحالة الدفاع الشرعي أو استعمل حقه في التأديب ومن ثم فإنه رد الجريمة المنسوبة إليه بإثبات سبب الإباحة اي ينفي عدم مشروعيتها[3].

وتسعمل كلمة دفع لغير هذا المعنى ،كقولهم اندفع الفرس أي أسرع في مشيه،والدفع بمعنى التنحية والإزالة هو المقصود في خصوص الصائل لأن المقصود بدفع الصائل تنحيته عن الصيال أو إزالة صياله، وكلمة دفاع ترادف كلمة دفع[4] وعليه يكون استعمال كلمة دفع في دفع الصائل يرادف كلمة دفاع في تعبير الفقه الوضعي مصطلح الدفاع الشرعي.

2-اصطلاحا:

تكلم فقهاء الشريعة عن أحكام دفع الصائل ، غير أن الملاحظ أنهم لم يتطرقو إلى التعريف الإصطلاحي للصيال ، ومرد ذلك أنهم اكتفوا بوضوح المعنى اللغوي،واتجهوا إلى تناول احكام دفع الصائل، وسوف نعرض مجموعة من التعاريف منها :

" الصيال هو الاستطالة والوثوب على الغير"[5].والملاحظ أن هذا التعريف لغوي بحت،

وهناك من الفقهاء من قيد الإستطالة والوثوب بأنها مخصوصة في المعنى فقال:"الصيال لغة هو الإستطالة والوثوب وشرعا استطالة مخصوصة"[6]،ومعنى هذا الكلام أنه ليس كل

الإسلام..." أخرجه عبد الرزاق في مصنفه-كتاب المغازي - باب حديث الأوس والخزرج-رقم:9747- المكتب الإسلامي- بيروت- 1403-الثانية- حبيب الرحمن الأعظمي – ج5ص407.

1 – إبن منظور- لسان العرب المحيط- دار صادر-بيروت -لبنان- ط1-1997-ج4ص89.

2 – ابن مظور-لسان العرب- ج8 ص87.

3 – د.محمد سيد عبد التواب- الدفاع الشرعي في الفقه لإسلامي-ص59 .

4 – الرازي-مختار الصحاح – ج1ص87.

5- ابن حجر الهيثمي- تحفة المحتاج بشرح المنهاج- دار صادر –بيروت – لبنان- ج9ص191.

6-حاشية قليوبي وعميرة على شرح منهاج الطالبين– مطبعة الحلبي-ط3-1956 –ج4ص206.

استطالة تعد صيالا وإنما المعنى اللغوي هو مقيد بأركان وشروط،فاستطالة حيوان على آخر لاتعد صيالا عند الفقهاء واستطالة دولة على أخرى ولا تخضع لأحكام الصيال، لأن الصيال عند الفقهاء هو اعتداء على نفس الإنسان أو ماله أو عرضه.

وهذه التعاريف هي للصيال لالدفع الصائل ، ويمكن القول أن هذا كاف للدلالة على المعنى المراد ، ولأن المقصود من التعريف هو بيان حكم دفع الصائل ، وأما كلمة دفع فلا تحتاج إلى ايضاح لوضوح معناها لغة[1].

وقد عرف البعض الصائل دون الصيال فقال : "المراد بالصائل مريد الصول."[2]

كما حاول بعض من كتب في الفقه حديثا إعطاء تعاريف للدفاع الشرعي مقتصرين على المصطلح القانوني لدفع الصائل،الدفاع الشرعي الخاص،فقد عرفه عبد القادر عودة بقوله: "الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلاميةهو واجب الإنسان في حماية نفسه أو نفس غيره وحقه في حماية ماله أو مال غيره من كل اعتداء حال غير مشروع بالقوة اللازمة لدفع هذا الاعتداء"[3].

ومما يُؤخذ على هذا التعريف أنه اقتصر في تعريفه على الدفاع الشرعي عن النفس والمال دون ذكر العرض رغم ان العرض مقدم على المال،إلا أن يكون قد أدرج الدفاع عن العرض مع النفس على عادة بعض الفقهاء الذين يرون أن الجرائم الواقعة على الشرف أنها جرائم واقعةعلى النفس ،كما أن التعريف تطرق إلى حكم الدفاع الشرعي وهو خارج عن التعريف .

وعرفه بعضهم بقوله:"الدفاع الشرعي حق طبيعي للإنسان وتقرر مشروعيته جميع التشريعات منذ القدم"[4] ويظهر من خلال هذا التعريف انه تعريف يغلب عليه العموم،ووصفه العموم،ووصفه بأنه حق عام دون أن يميزه عن غيره من الحقوق.

وعرفه يوسف قاسم بقوله:" رد اعتداء غير مشروع حماية للنفس أو العرض أو المال"[5] .

---

1 – د.يوسف قاسم – نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الجزائي الاسلامي والقانون الجزائي الوضعي–ص34–ت ط 203/1423.

2 – محمد عرفه الدسوقي – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير– دار الفكر- بيروت– ج4ص357.

3– عبد القادر عودة –التشريع الجزائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي–مكتبة دار التراث–القاهرة–ج1ص473.

4 – د.أحمد فتحي بهنسي–المسؤولية الجزائية في الفقه الإسلامي– دار القلم–1961–ص152.

5– د.يوسف قاسم – نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الجزائي الاسلامي والقانون الجزائي الوضعي–ص33.

وأما عند فقهاء القانون الوضعي ،عرفه عبد الله سليمان بقوله:"هو الحق باستعمال القـــوة اللازمة لمصلحة المدافع لرد الاعتداء الحال عليه أو علىماله،أوعلى نفس الغير أو ماله"[1].

وما يؤخذ على هذا التعريف أنه جعل الدفاع الشرعي حق عام وليس بواجب ، كما أنه لم يتطرق إلى شرط التناسب بين الدفاع والاعتداء.

وعرفه البعض الآخر بقوله استعمال القوة اللازمة لمواجهة خطر اعتداء حال غير محـــق ولا مثار يهدد بضرر يصيب حقا يحميه القانون.[2]

وعرفه البعض الآخر:"رد بقوة لازمة لإعتداء غير مشروع،حال أو على وشك الوقوع"[3].

ويعتبر هذا التعريف الأكثر مناسبةوذلك من حيث:

- الإيجاز فقد جاء في عبارة قصيرة رغم أنه يشمل شروط الاعتداء وشروط الدفاع
- شموله لأركان الدفاع الشرعي
- لم يحدد الاعتداء من حيث موضوعه فهو يتناول كل اعتداء سواء كان على نفس الإنسان أو ماله أوعرضه.

المطلب الثاني: تمييز الدفاع الشرعي

1-الدفاع الشرعي وحالة الضرورة:

الضرورة عند فقهاء الشريعة هي الخوف من الهلاك على النفس أو المال سواء أكان هذه الخوف علماً أي أمراً متيقناً أو ظناً يراد به الظن الـــراجح وهـــو المـــبني علـــى أســـباب معقولة[4]،وبعضهم يدرج الدفاع الشرعي كتطبيق من تطبيقات القاعدة الفقهية الضـــرورات تبيح المحظورات،فقد جاء في بعض الكتب الفقهية "الضروريات تبيح المحظورات بشرط عـــدم نقصانها عنها ومن ثم جاز أكل الميتةعند المخمصة وإساغة اللقمة بالخمر والتلفظ بكلمة الكفر

---

[1] – د.عبد الله سليمان–شرح قانون العقوبات–ص129.

[2] – د. محمد صبحي نجم– قانون العقوبا ت – القسم العام– النظرية العامة للجريمة– ط1– 2000– مكتبة دار الثقافة والنشر– عمان – الأردن– ص140.

3– د.محمد سيد عبد التواب– المرجع نفسه– ص68.

[4] – د.يوسف قاسم – نظرية الضرورة في الفقه الجزائي الاسلامي والقانون الجزائي الوضعي – دار النهضة العربي – 1993م ص 80.

للإكراه وكذا إتلاف المال وأخذ مال الممتنع من أداء الدين بغير إذنه ودفع الصائل ولـــو أدى إلى قتله"[1].

وعند فقهاء القانون فحالة الضرورة هي حالة الشخص الذي يتهدده أو يتهدد غـــيره خطر والذي-مع احتفاظه بحرية الاختيار- يضطر إلى ارتكاب جريمة تصيب شخصا آخـــر لا علاقة له بسبب الخطر، إما بحياته أوبماله ودون أن تكون له القدرة على منعه بطريقة أخـــرى والغالب في حالة الضرورة أن الخطر فيها ليس ثمرة عمل إنسان وإنما وليد قوىً طبيعية[2]

فحالة الضرورة هي حالة أعم من حالة الدفاع الشرعي، حتى قال بعض الفقهـــاء إن الدفاع الشرعي نوع من الضرورة[3].

وترجع دقة التعريف بينهما إلى التشابه الشديد في حقيقتهما، ففي كل منهما يتجـــه السلوك الإجرامي إلى دفع خطر غر مشروع وكل منهما يعد سببا يبيح ارتكاب الجريمة .

وتفترق حالة الضرورة عن حالة الدفاع الشرعي وإن كانت حالـــة الضـــرورة أعـــم وأشمل،ويدخل في شمولها تعليل الدفاع الشرعي،ومع ذلك فهناك فوارق منها:

أ-إن مثير الواقعة في حالة الدفاع الشرعي هو المعتدي بالذات،وإن كان اعتداءه هـــو الـــذي يخول للمعتدي عليه حق ممارسته رد الاعتداء بمقدار ما يدفع الخطر عنه. بينما نجد في حالـــة الضرورة أن الخطر يرجع في الغالب إلى الظروف الطبيعية .

ب- من ناحية محل الخطر وموضوعه:

بعض القوانين سوت بين الخطر في حالة الضرورة،وبين موضوع الخطر في حالة الـــدفاع الشرعي،فكلاهما استهدفا حماية النفس أو المال سواء كان نفس المعتدي عليه أومالـــه ،أو إن الخطر اقتضى جريمة الضرورة لحماية نفس الغير أوماله، والبعض الآخر اعتبر حالة الضـــرورة لاتكون إلا في حالة وجود خطر محيق في نفس الغير أو نفس مرتكب جريمة الضرورة.

---

[1]- الأشباه والنظائرعبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي-دار الكتب العلمية-بيروت-1403-ط1-ص84.

[2]- د.محمد صبحي نجم قانون العقوبات -القسم العام-النظرية العامة للجريمة-مكتبة دار الثقافة والنشر-عمـــان الأردن-ط1 الإصدار4-2000-ص267.

[3]- د.ابراهيم زكي أخنوخ -حالة الضروة في قانون العقوبات-دار النهضة العربية-القاهرة-1969-ص159.

أما من ناحية حرية الإختيارفالتشابه قائم بين حالة الدفاع المشروع وحالة الضرورة،ففي الحالتين هناك فرصة لمحاكمة والتفكير يتسنى من خلالها على الرغم من قصرها إتخاذ موقف الردع ، أو دفع الخطر عنه[1].

ويترتب على ذلك أن الجريمة التي تدعوا الضرورة إلى ارتكابها تقع على بريء، وأما في حالة الدفاع الشرعي فلا تقع إلا على من صدر منه الاعتداء.

والخلاصة أن أهم فارق بين الدفاع الشرعي وحالة الضرورة هو مصدر الخطر فهو في حالة لدفاع فعل غير مشروع ، وفي حالة الضرورة قوة طبيعية في الغالب فالجريمة تقع على شخص بريء في حالة الضرورة وتقع على شخص معتد في حالة الدفاع الشرعي.

الدفاع الشرعي والإكراه:

الإكراه عند فقهاء الشريعة هوحمل الغير على أن يفعل ما لايرضاه ولايختارمباشرته ما لوخلي ونفسه ، فيكون معدما للرضا للإختيار،والإختيار هو ترجيح فعل الشيء على تركه والرضا هو ارتياح الشخص إلى فعل الشيء والرغبة به.وهو قسمان:قسم يعدم الرضا ويفسد الإختيار وهو ماخيف فيه من تلف نفس ويسمى إكراها ملجئا،والثاني يعدم الرضا ولا يفسد الإختيار،وهو ما لايخاف فيه التلف عادة كالحبس والضرب الذي لايخشى منه التلف ويسمى إكراها غير ملجئ[2].

والإكراه عند فقهاء القانون هو حمل الغير على إتيان ما يعد جريمة ، سواء تمثل ذلك في صورة فعل أوامتناع، وهو نوعان مادي و معنوي ، فالمادي يقع في الغالب على جسم الغير ويعطل دائما إرادته[3]، فلا يمكن أن تنسب الجريمة على المتهم لأنه يقوم بها كأنه آلة مسخرة بواسطتهافيكون معدوم الإرادة.

---

[1] – د.عبد السلام التنوخي –موانع المسؤولية الجزائية–منشرات المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم–معهد البحوث والدراسات–1971–ص224.

2 – عبد القادر عودة – المرجع نفسه – ج1ص564،د.هبة الزحيلي–اصول الفقه الإسلامي–دار الفكر–دمشق – إصدار1996–ج1ص187، د . فخري أبو صفية – الاكراه في الشريعة اللاسلامية– شركة الشهاب الجزائر– 1982–ص22.

3 – محمد عوض شرح قانون العقوبات–القسم العام–دار الجامعة الحديثة للنشر الإسكندرية–مصر–2000 ص524.

وأما الإكراه المعنوي ضغط على الإرادة يدفعها إلى ارتكاب الجريمة ،ويتحقق بتهديد الفاعل بخطر جسيم لاسبيل إلى دفعه بوسيلة أخرى ، فيقدم على ارتكاب الجريمة ليدفع عن نفسه خطر هذا الضغط أو التهديد[1].

وعليه فالإكره المعنوي لا يعدم إرادة المكره ،وإنما يجردها من الإختيار،وبالنظر إلى إلى كلا التعريفين يمكن القول إن الإكراه يصح ان يكون ماديا،ويصح ان يكون معنويا،فالإكراه المادي هو ماكان فيه التهديد واقعا،واما الإكراه المعنوي فهو ماكان فيه التهديد منتظر الوقوع،وعليه فتقسم الإكراه عند الفريقين سواء .

وما يمكن تمييزه فإن هناك فرقا بين الدفاع الشرعي والإكراه،فإن الذي يدفع الشخص إلى ارتكاب الجريمة في الدفاع الشرعي غير الذي يدفعه إلى ارتكاب الجريمة في الإكراه،فالأول الباعث الأول بالنسبة إليه إنما هو دفع الخطر الحال،أما الثاني فهو الخوف من أن ينفد المكِره ماهدد به المُكرَه،كما ان الإكراه عند الفقهاء لا بيح بعض الأفعال المحرمة بل يرفع العقوبة عنها.

3-الدفاع الشرعي وسقوط القصاص

يعتبر البعض أن الدفاع الشرعي من أسباب سقوط القصاص، على أساس أن القتل دفاعا عن النفس هو من قبيل القصاص المتقدم،لأنه لو ترك المدافع مهاجمة المعتدي حتى قتله لقتل هذا به قصاصا.

وقد ذكر الإمام أبو زهرة بعد أن ساق كلام الإمام الجصاص:في جواز القتل دفاعا عن النفس " أن دفع القاتل عن نفسه يشبه القصاص وله أثر القصاص من منع المعتدين أن يقتلوا النفس البريئة بغير حق.وقد اعتبروه –أي القتل –دفاعا عن النفس لأن الصائل كان حريصا على أن يقتل العادل ، فكان حقا عليه أن يعامله بالمثل دفاعا عن نفسه وهو محق والمقتول مبطل".[2]

والحقيقة أن الدفاع الشرعي لايمكن أن يدرج من أسباب سقوط القصاص لأن أثره أعمق في الواقع حيث لاتنشأ معه ابتداء فكرة العدوان الموجب للقصاص حتى يصح الحديث عن

---

[1]- د.محمد صبحي نجم- قانون العقوبات –القسم العام-النظرية العامة للجريمة –ص262.

([2]) محمد ابو زهرة-العقوبة في الإسلام-ص433.

سقوطه فالدفاع هو نقيض العدوان ومن ثم فلا محل هناك لبحث الواقعة من زاوية المســؤولية الجزائية وما تنتهي إليه من وجوب القصاص عند ثبوت كل شروطها المادية والمعنوية[1].

(1) د.محمد سيد عبد التواب المرجع نفسه-ص6.

المبحث الثالث: مصدر الدفاع الشرعي وأساسه في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري.

المطلب الأول: مصدر الدفاع الشرعي.

المطلب الثاني: أساس الدفاع الشرعي.

المبحث الثالث:مصدر الدفاع الشرعي وأساسه.

المطلب الأول:مصدر الدفاع الشرعي.

الفرع الأول:مصدر الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي.

ونقصد بقولنا المصدر أي النصوص سواء كانت نصوصا شرعية من كتاب الله عزوجل، أوقانونية ،فالفقهاء متفقون على أن النصوص التشريعية في الدفاع الشرعي قدوردت في أكثر من موضع،وهو اتفاق عام مبدئي ، إلا انهم اختلفوا في التفاصيل وفي فهم هذه النصوص.

أولا:القرآن الكريم:

1-قوله تعالى :"فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُواْ اللّهَ وَاعْلَمُواْ أَنَّ اللّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ "[1]

قال القرطبي:" الاعتداء هو التجاوز، قال الله تعالى "ومن يتعد حدود الله" أي يتجاوزها" قال ابن عباس: نزل هذا قبل أن يقوى الإسلام فأمر من أوذي من المسلمين أن يجازى بمثل ما أوذي به أو يصبر أو يعفو، ثم نسخ ذلك بقوله وقاتلوا المشركين كافة وقيل نسخ ذلك بتصييره إلى السلطان ولا يحل لأحد أن يقتص من أحد إلا بإذن السلطان"[2].

وهذه الآية ليست خاصة فهي تعني رد العدوان الموجه إلى الفرد أو الموجه على الجماعة ودل على هذا العموم قول الإمام القرطبي :"قوله تعالى"فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدي عليكم" عموم متفق عليه "[3]

2- قوله تعالى: "وَالَّذِينَ إِذَا أَصَابَهُمُ الْبَغْيُ هُمْ يَنتَصِرُونَ وَجَزَاء سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ وَلَمَنِ انتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُوْلَئِكَ مَا عَلَيْهِم مِّن سَبِيلٍ."[4]

قال الإمام القرطبي في تفسير هذه الآية " قيل هو عام في بغي كل باغ من كافر وغيره أي إذا نالهم ظلم من ظالم لم يستسلموا لظلمه."[5]

---

[1]- سورة البقرة الآية 194.

[2]- الامام القرطبي – الجامع لأحكام القرآن-دار إحياء التراث العربي-بيروت-ج2ص360.

[3] - الإمام القرطبي- المرجع نفسه ج2ص 356.

4- سورة الشورى- الأيات 39-40-41.

[5] - الأمام القرطبي- المرجع نفسه ج2ص 360.

وقال الإمام الطاهر بن عاشور: " ومعنى" بعد ظلمه" التنبيه أن هذا الإنتصار بعد أن تحقق أنهم ظلموا.. وأما حال المسلمين مع بعضهم البعض فليس من غرض الآية فلوا أن أحدا ساوره أحد ببادئ عمل من البغي فهو مرخص له ان يدافعه عن إيصال بغيه إليه قبل أن يتمكن منه ولا يهمله حتى يوقع به ما عسى أن لا يتداركه فاعله من بعد ، وذلك يرجع إلى قاعدة أن ما قارب الشيء يعطى حكم حصوله ، أي مع غلبة ظنه بسبب ظهور بوادره،وهو ما قاله الفقهاء :يجوز دفع صائل بما امكن."[1]

ففي هذه الآية الكريمة يمدح الله عزوجل الذين ينتصرون على من اعتدى عليهم ، بعد أن ذكر صفات المؤمنين من مهمات الفضائل ،وليس بين هذه الآية والآيات التي تدعوا إلى العفو والصفح أي تعارض.

قال ابن العربي:"ذكر الله الانتصار في البغي في معرض المدح وذكر العفو على الجرم في موضع آخر في معرض المدح فاحتمل أن يكون أحدهما رافعا للآخر واحتمل أن يكون ذلك راجعا إلى حالتين إحداهما أن يكون الباغي معلنا بالفجور وقحا في الجمهور مؤذيا للصغير والكبير فيكون الانتقام منه أفضل الثاني أن تكون الفلتة أو يقع ذلك ممن يعترف بالزلة ويسأل المغفرة فالعفو هاهنا أفضل[2].

وقد اختلف الفقهاء في من هو الباغي الذي يحمد الانتصار عليه فقيل:هو المشرك إذا بغى على المسلم،وقيل: هو عام في كل باغ من كافر وغيره أي إذا نالهم ظلم من ظالم لم يستسلموا لظلمه، بشرط ان يكون هذا الإنتصار من غير تعد كما قال تعالى "وجزاء سيئة سيئة مثلها"[3]

3- قوله تعالى:" وَانتَصَرُوا مِن بَعْدِ مَا ظُلِمُوا"[4]

وقد جاءت هذه الآية في سياق ذم الشعراء ،ذلك انهم يقولون ما لايفعلون ،إلا ان الله عزوجل استثنى الذين آمنوا وعملوا الصالحات وانتصروا لظلمهم ، وهذا الإنتصار بحق ، وبما حده الله عزوجل.

---

[1]- الطاهر بن عاشور-التحرير والتنوير-الدار التونسية للنشر والتوزيع-تونس-1984-ج25ص 119 .

[2] - أبو بكر بن العربي- أحكام القرآن-دار الكتب العلمية- بيروت-لبنان-1996-ج4ص95.

[3] سورة الشورى –الآية 40.

[4] سورة الشعراء –الآية:227.

وقد جاء في تفسير هذه الآية "أنه لما نزلت والشعراء جاء حسان وكعب بن مالك وابن رواحة يبكون إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا يا نبي الله أنزل الله تعالى هذه الآية وهو تعالى يعلم أنا شعراء فقال اقرءوا ما بعدها "إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات" الآية أنتم وانتصروا من بعد ما ظلموا أنتم أي الرد على المشركين قال النبي صلى الله عليه وسلم إنتصروا ولا تقولوا إلا حقا ولا تذكروا الآباء والأمهات، فقال النبي صلى الله عليه وسلم:" إن المؤمن يجاهد بنفسه وسيفه ولسانه والذي نفسي بيده لكأن ما ترمونهم به نضح النبل"[1]

فهذه الآية أجازت للمسلمين الرد علىمن يهجو المؤمنين ،وهذا دليل على جواز الدفاع الشرعي عن العرض.

ثانيا:السنة النبوية:

لقد وردت أحاديث نبوية كثيرة أكدت مشروعية الدفاع الشرعي ضد المعتدين عموما، وتبين كيفية رد اعتدائهم ومنزلة المدافعين وحقوقهم ومنها:

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

2- عن أبي هريرة قال :"جاء رجل فقال يارسول الله أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي ،قال فلا تعطه مالك،قال أرأيت إن قاتلني قال قاتله ، أرأيت إن قتلني قال :فأنت شهيد، قال أرأيت إن قتلته، قال هو في النار."[3]

---

[1] – الإمام القرطبي –نفس المرجع-ج13ص 152،153- والحديث رواه الامام احمد بلفظ :إن المؤمن يجاهد بسيفه ولسانه والذي نفسي بيده لكأن ما ترمونهم به نضح النبل-مسند القبائل-حديث كعب بن مالك-رقم15235- وأخرجه ابن حبان في صحيحه-باب ذكر بيان بأن هجاء المرأ القبيلة من أعظم الفرية رقم: 5785 صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان- تحقيق شعيب الأرنؤوط- مؤسسة الرسالة - بيروت ط2- 1414 – 1993 ج13ص102 ، وقال الألباني سنده صحيح على شرطهما(البخاري ومسلم)- سلسة الأحاديث الصحيحة- مكتبة دار المعارف- الرياض- 195/1415-ج4ص173.

[2] –رواه أبو داود –باب قتال اللصص – رقم 4772دار احياء التراث العربي- بيروت لبنان-ج4 ص246، والترميذي وصححه، كتاب الديات عن رسول الله-باب ماجاء فيمن قتل دون ماله فهو شهيد- رقم:1421-دار الكتب العلمية- بيروت لبنان- ج4ص22-دط-دت ط.

3 – رواه مسلم- كتاب الإيمان- باب الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره بغير حق كان القاصد مهدر الدم في حقه وإن قتل كان في النار وأن من قتل دون ماله فهو شهيد-رقم140-ج1ص124- مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري- دار إحياء التراث العربي-بيروت –دط-دت ط.

3-عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول: "من قتل دون ماله فهو شهيد "[1]

هذه أحاديث تقرر مشروعية الدفاع عن نفس الإنسان او ماله أوعرضه.

4-عن سهل بن سعد الأنصاري أن رجلا اطلع في جحر في باب رسول الله صلى الله عليه وسلم ومع رسول الله صلى الله عليه وسلم مدرى يرجل به رأسه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم:" لو أعلم أنك تنظر طعنت به في عينك إنما جعل الله الإذن من أجل البصر "[2]

قال الإمام النووي:"وفي هذا الحديث جواز رمى عين المتطلع بشيء خفيف فلورماه بخفيف ففقأها فلاضمان إذا كان قد نظر فى بيت ليس فيه امرأة محرم والله أعلم"[3]

5- عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:" لو أن رجلا اطلع عليك بغير إذن فخذفته بحصاة ففقأت عينه ما كان عليك من جناح."[4]

6- عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه ، ومن كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته ، ومن فرج

---

1 - رواه البخاري كتاب المظالم-باب من قتل دون ماله-رقم2300-ج2ص878- محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي- الجامع الصحيح المختصر- دار ابن كثير , اليمامة- بيروت- 1407 – 1987-ط3-تحقيق د. مصطفى ديب البغا.

ورواه مسلم- كتاب الإيمان- باب الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره بغير حق كان القاصد مهدر الدم في حقه وإن قتل كان في النار وأن من قتل دون ماله فهو شهيد-رقم141-ج1ص124.

وقد تعقب الامام بن حجر في صلاة الخوف من التلخيص من زعم أن حديث ابن عمرو بن العاص متفق عليه، وقال إنه من أفراد البخاري، وفي هذا التعقب نظر فإن الحديث في صحيح مسلم وفيه قصة وقد اعترف الحافظ في الفتح في كتاب المظالم والغصب بأن مسلما أخرج هذا الحديث فقال "وأخرجه مسلم كذلك من طريق ثابت بن عياض عن عبد الله بن عمرو وفي روايته قصة" انظر أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي- دار المعرفة- بيروت- 1379 - تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي , محب الدين الخطيب-ج6ص43.

2 - متفق عليه رواه البخاري كتاب الإستئذان- باب الإستئذان من اجل البصر رقم5772، مسلم كتاب الآداب- تحريم النظر في بيت غيره رقم2156 والفظ لمسلم ص1189.

3 - الإمام النووي-صحيح مسلم بشرح النووي –دار الفكر-1983-ج14ص 136 .

4 - متفق عليه- البخاري-كتاب الديات –من أخذ حقه أو اقتص دون سلطان ج5ص2304- رواه مسلم كتاب الآداب-باب تحريم النظرفي بيت غيره-رقم2159- واللفظ لمسلم ص1190.

عن مسلم كربة فرج الله عنه كربة من كربات يوم القيامة ، ومن ستر مسلما ستره الله يوم القيامة."[1]

7- عن أنس رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :" انصر أخاك ظالما أو مظلوما، قالوا يا رسول الله هذا ننصره مظلوما فكيف ننصره ظالما ، قال تأخذ فوق يديه"[2]

الفرع الثاني : مصدر الدفاع الشرعي في قانون العقوبات:

أما القوانين الوضعية، فبعضها يضع الدفاع الشرعي ضمن جرائم القتل والجرح والضرب،على اعتبار أن الدفاع الشرعي لايكون إلا في الجرائم العمددية التي تقع على النفس أوالمال ،وأما المشرع الجزائري فقد اقتبس المادتين 327، 328 من قانون العقوبات الفرنسي في المادتين 39 فقرة 2،40 من قانون العقوبات الجزائري.

وتنص المادة 327 عقوبات فرنسي على أن القتل والجرح والضرب لا تعتبر جرائم إذا كانت قد دفعت إليها ضرورة حالة الدفاع الشرعي عن النفس.وأفردت المادة 328 نصاخاصا لحالتين من حالات الدفاع الشرعي وهي الحالات التي يطلق عليها المشرع الفرنسي حالات الممتازة للدفاع الشرعي.

وأمام ضيق النصين فقد توسع الفقه والقضاء في تفسيرهما حتى أصبح من المستقر عليه حاليا العمل أن الدفاع الشرعي يشمل الدفاع عن النفس وعن المال[3]،

ولقد أخذ المشرع الجزائري النصوص القديمة وأضاف إليها ما استقر عليه العمل في فرنسا وصاغ كل دلك في المادتين39فقرة2،40 من قانون العقوبات كما يلي:

المادة39:الفقرة2"لاجريمة إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغيربشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء"

المادة 40:"يدخل في ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع الشرعي:

---

1 - رواه البخاري كتاب المظالم-باب لا يظلم المسلم المسلم ولا يسلمه-رقم2262ج2ص862- مسلم كتاب البروالصلة والأداب- باب تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وماله وعرضه رقم4564ص1386.

2 - رواه البخاري – كتاب المظالم-باب أعن أخاك ظالما أو مظلوما-رقم2264.ج2ص368.

3 - د.رضا فرج-شرح قانون العقوبات-الشركة الوطنية للنشر والتوزيع-ص153.

1- القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه أولمنع التسلق الحواجز أو الحيطان أو النازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منها أثناء الليل.

2- الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي الجرائم والسرقات أوالنهب بقوة." [1]

المطلب الثاني: أساس الدفاع الشرعي .

القاعدة العامة أنه لايجوز للشخص أن ينتصف لنفسه بنفسه فإذا ما وقع اعتداء وجب رفعه إلي السلطات المعنية لانصافه , ولكن هذا المبدأ لا يتفق مع الدفاع الشرعي, ومن المنطقي أن يرد الاعتداء قبل أن تتحقق الجريمة,حفظا لنفسه وماله وعرضه .

إلا ان فقهاء الشريعة وإن أفصحوا عن مصدرالدفاع الشرعي وعن مصدريه الأساسين وهو القرآن والسنة إلا أنهم اختلفوا في الأساس الذي يقوم عليه الدفاع الشرعي,ذلك أن وضوح المصدر لا ينفي اختلاف الفقهاء في الأحكام الفرعية المتعلقةبالأساس الذي يقوم عليه الدفاع الشرعي,وهذا الأمر مطروح عند فقهاء القانون واختلافهم حول تكييف الدفاع الشرعي.

الفرع الأول: أساس الدفاع الشرعي عند فقهاء الشريعة

1.الإكراه أساس الدفاع الشرعي:

يري فريق من الفقهاء أن أساس دفع الصائل هو الإكراه فقد جاء في شرح العناية علي الهداية : "أشبه المكره,يعني أن المكره لما صار مسلوب الإختيار من جهة المكره,أضيف التلف إلي المكره فكذلك المصول عليه".[2]

غيرأن هذه ان النظرية منتقدة من عدة نواحي:

1ـ الإكراه لا يكون إلا في حالة الخطر الجسيم بينما يجوز دفع كل صائل بما يناسبه.

---

[1] - الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 8جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات.

[2] - شرح العناية علي الهداية - الامام اكمل الدين محمدي محمود البابرتي المطبعة الأميرية -ط1 - 1418هـ ص

2ـ القول إن فعل الصيال يفقد المصول عليه حرية الاختيار قول لايمكن التسليم به لأن الرأي الغالب في الفقه الإسلامي مراعاة التناسب فيدفع الصائل بالأخف وهذا فيه معني إمكانية الاختيار في الوسائل.

3ـ القول إن المصول عليه فقد حرية الإختيار يجعل الرد علي الصيال المشروع جائر , وهذا أمر غير مسلم به,فضرب الزوج زوجته أو الأب إبنه في حدود مالهما من حق التأديب لايجوزالرد عليه باعتباره عملا مباحا.

2 .التعزير أساس الدفاع الشرعي :

ذهب فريق آخر من العلماء إلي القول أن أساس دفع الصائل هو كونه تعزيزا فقد جاء في مجمع الأنهر"ّويكون التعزير بالقتل، كمن وجد رجلا مع امرأة لاتحل له إن كان يعلم أن لا يتزجر بصياح وضرب بما دون الصياح.[1]

غير أننا لا نسلم لهذا الرأي أيضا لأن التعزير هي عقوبات غير مقدرة لجرائم لم يرد فيها حد ولا قصاص،من طرف القاضي واذا قلنا أن الدفاع الشرعي هو تعزيز جاز لنا القول أنه للحصول عليه برد الاعتداء ولو بعد ايام من الاعتداء وانتهاء الجريمة فهو انتقام لادفاع شرعي،لأنه من شروط دفاع الصائل رد الاعتداء في الحال.[2]

3- إزالة الضرر أساس الدفاع الشرعي:

وهناك اتجاه آخر في الفقه الإسلامي يري أن الدفاع الشرعي يقوم علي مبدأ وهو إزالة الضرر لما روي عن رسول الله صلي الله عليه وسلم أنه قال"لاضرر ولاضرار"،[3]

واختلف العلماء في معنى الضرر والضرارفقالوا:

---

[1] – مجمع الانهر شرح ملتقى الأبحر – عبد الله عبد الرحمان بن الشيخ المعروف بداماد افندي– ص609.

[2] – د.محمد سعيد عبد التواب ـ نفس المرجع ص 116.

3 – رواه مالك في الموطأ– كتاب الأقضية– باب القضاء في المرفق– ج2ص745، وأخرجه الحاكم في المستدرك، وقال:صحيح الاسناد على شرط مسلم و لم يخرجاه– المستدرك على الصحيحينج2ص66. و في التمهيد: « لم يختلف عن مالك في إرسال هذا الحديث، قال : ولا يسند من وجه صحيح ». غير أن ابن رجب الحنبلي يقول فيه : « وقد استدل الإمام أحمد بهذا الحديث... وقال فيه أبو عمرو بن الصلاح : هذا الحديث أسنده الدارقطني من وجوه، ومجموعها يقوي الحديث ويحسنه، وقد تقبله جماهير أهل العلم واحتجوا به، وقول أبي داود : إنه من الأحاديث التي يدور الفقه عليها يشعر بكونه غير ضعيف والله أعلم »، انظر جامع العلوم والحكم، ابن رجب ص412.

1- إن الضرر : الاسم، والضرار : الفعل. ومعنى لا ضرر : لا يدخل على أحد ضرر لم يدخله على نفسه. ومعنى لا ضرار : لا يضار أحد بأحد. [1]

2- أن الضرر هو الذي لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة. والضرار هو ما ليس لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة. [2]

وعليه تكون أفعال الدفاع عن المعتدى عليه إزالة للضرر الواقع عليه فلا يجد وسيلة الا ارتكاب جريمة يدفع بها هذا العدوان.

والقول إن الدفاع الشرعي يستند الى هذه النظرية قول غير قوي لأن المقصود الدفاع ليس إزالة الضرر وانما الحيلولة دون وقوع الضرر ،لأن الفقهاء لايجيزون الدفاع بعد انتهاء العدوان.

4.الضرر أساس للدفاع الشرعي:

ذهب بعض الفقهاء من كتب في القواعد الفقهية إلى اعتبار أن الدفاع الشرعي تطبيق من تطبيقات قاعدة الضرورات تبيح المحضورات وفي هذا يقول ابن نجيم"وتتعلق بها (قاعدة الضرر يزال)قواعد الأولى الضرورات تبيح المحضورات ومن ثم جاز كل الميتة عند المخمصة وإساغة اللقمة بالخمر والتلفظ بكلمة الكفر للاكراه،وكذا اتلاف المال وأخذ مال الممتنع من أداء الدين بغير إذنه ودفع الصائل ولو أدى إلى قتله".[3]

والقول إن الضرورة أساس للدفاع الشرعي قد لا نسلم به أيضا ولا تصلح الضرورة كأساس للدقاع الشرعي،وإن كان من الممكن التسليم أنهما يتفقان في الجوهر،فقتل النفس حرام وأكل الميتة حرام،إلا ان وجه التحريم يختلف فوجه التحريم في الميتة والخنزير لذاتهما وليس فيهما اعتداء على الغير،أما التحريم في قتل النفس ولو معتدية فإنه حق لهذه النفس وحق الناس مقدم وفي ذلك يقول :ابن قدامة "اكل الحي نفسه عن غير تفويت نفس غيره،وهنا في احياء نفسه فوات نفس غيره،فلم يجب عليه.[4]

---

1 -ابن عبد البر- التمهيد- ج20ص158.

2 -ابن عبد البر- التمهيد- ج20ص158.

3 - ابن نجيم- الأشباه والنظائر- مكتبة نزار مصطفى الباز- الرياض- ط2- 1997-ج2ص87.

4 - محمد ابوزهرة - العقوبة -دار الفكر العربي – دط –دت ط- ص 456.

وهذا الأساس هو الذي أدى بالفقهاء إلى القول بأن الضرورة تعتبر أساسا للدفاع الشرعي، رغم أنها يختلفان في مصدر الخطر، فالخطر في الدفاع الشرعي يرجع غالبا إلى المعتدي أساسا بينما يرجع في حالة الضرورة إلى ظروف طبيعية.

5-الموازنة بين المصالح كأساس للدفاع الشرعي:

ذهب البعض إلى اعتبار المصلحة أساسا للدفاع الشرعي،والمصلحة كما يعرفها الإمام أبوحامد الغزالي:"فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة ،ولسنا نعني به ذلك،فان جلب المنفعة ودفع المضرة مصالح الخلق ،وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم لكنا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشارع ومقصود الشرع في الخلق خمسة ،وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم ،فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوت حفظ هذه الأصول فهو مفسدة[1] .

والملاحظ أن:" رعاية المصلحة – مجردةً – لا تُعَدُّ – في حد ذاتها – دليلاً مستقلاً عن النص حتى نعدَّها قسيماً له، وإنما هي معنى كلي مستفاد من خلال تتبع جزئيات الأحكام التي وردت بها النصوص أساسا. وما دام الكلي مفتقرا في وجوده إلى تحقق جزئياته، فإن المصلحة لا وجود لها إلا بدليل شرعي هو النص نفسه، وفي أقل تقدير ينبغي ألا تعارض [المصلحة] النصوص الثابتة حتى يمكن اعتبارها [2]

قسم الشاطبي المصلحة إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول:الضرورية فمعناها أنها لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهارج وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين."[3]

---

[1] – ابوحامد الغزالي – المستصفى عن علم الاصول – تحقيق– د.محمد سليمان الأشقر– مؤسسة الرسالة– ط1– 1997/1417–بيروت–لبنان–ج1ص416.

2 – محمد سعيد رمضان البوطي – ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية– بيروت، مؤسسة الرسالة– ط:6. (1421هـ/2000م). ص185 .

3– الإمام الشاطبي – الموافقات في أصول الشريعة– ص221.

القسم الثاني: الحاجيات فمعناها أنها مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب فإذا لم تراع دخل على المكلفين على الجملة الحرج والمشقة ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح العامة.

القسم الثالث:التحسينات فمعناها الأخذ بما يليق من محاسن العادات، وتجنب الأحوال المدنسات التي تأنفها العقول الراجحات، ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق[1].

أما الإمام العز بن بن عبد السلام فقد وضع قواعد للترجيح[2]:"فإذا تساوت المصالح مع تعذر الجمع تخيرنا في التقديم والتأخير للتنازع بين المساويين ،كماإذا رأينا صائلا يصول على نفسين فإننا نتخير.أما إذا اجتمعت مفسدتان ، ثم واصل الكلام عن درأالمفسدة فيقول:"فإن أمكن درؤها درأنا الأرذل فالأرذل".

وفي هذا المعنى يقول ابن تيمية: « إن الشريعة جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها، وأنها ترجح خير الخيرين وشر الشرين، وتحصل أعظم المصلحتين بتفويت أدناهما، وتدفع أعظم المفسدتين باحتمال أدناهما...» [3]

ويمكن القول أن الموازنة بين المصالح والمفاسد هي أيضا نوع من أنواع إزالة الضرر ولا شك أن حالة الدفاع يظهر فيها تنازع مصلحتين بصورة جلية مصلحة المدافع و مصلحة المعتدي.

الفرع الثاني: أساس النظرية عند فقهاء القانون:

الدفاع الشرعي نظام يضرب بجذوره في أعماق التاريخ وقد عرفته كل الشعوب في مختلف مراحلها لأنه قانون الفطرة ،فليس من السائغ إلزام إنسان بتحمل عدوان غيره إذا تعذر عليه اللجوء في الوقت المناسب إلى السلطة العامة وكان قادرا على رد العدوان بنفسه ولهذا نقول إن المشرع لم يقرر مبدأ الدفاع الشرعي بل أقره،أي استبقاه وضبط

---

[1]- الإمام الشاطبي – الموافقات في أصول الشريعة- ص222

2- – عز الدين بن عبد السلام- قواعد الأحكام في مصالح الأنام- دار الكتب العلمية بيروت- لبنان- دط.دت ط.ص88.

[3] –ابن تيميةمجموع الفتاوي-ج 20ص48.- جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي. الرياض- دار عالم الكتب. (1412هـ/1991م).

أحكامه وعلى الرغم من الدفاع الشرعي من البديهيات إلا ان الرأي مع ذلك غير متفق على أساسه،وهناك نظريات متعددة ترجع الى اتجاهين أساسين .

الفرع الأول ــ الاتجاه الموضوعي:

ويكون أساس الدفاع الشرعي بالنظر إلىذات الفعل الذي يرتكب في موقف الدفاع،وفي إطار هذا الإتجاه قيل بعدة نظريات.

أ- **نظرية الحق الطبيعي:**

وهي فكرة قديمة تعتبر الدفاع الشرعي مشتقا من الحق الطبيعي ووفقا لهذه النظرية يكون لكل انسان ان يحمي حياته بنفسه وله ان يستعمل السلاح اذا اقتضى الامر.

ويعيب هذه النظرية أنها لا تقدم لنا اساسا مرضيا للدفاع عن المال ،اذ لا يعتبر حقا طبيعيا كحق الحياة ،فالانسان يولد عريانا ويكتسب اكتسابا[1].

ب – نظرية إبطال البغي :

ذهب هيجل الى ان الواقع يؤيد دور القانون لان الاعتداء هو نفي القانون ،والدفاع هو نفي لهذا النفي فهو اذن تطبيق للقانون ،وابطال لما ينطوي عليه هذا الاعتداء من بغي،فهو جزاء قانوني للاعتداء ومن هنا كانت اباحة ،وهذا الرأي يعيبه القصور ،فلو كان صحيحا ان الدفاع الشرعي يؤدي هذه الوظيفة وان المدافع يجري على المعتدي حكم القانون،ومعنى ذلك الا يعاقب المعتدي من بعد على فعله ،والا اقضي الامر الى عقابه مرتين من أجل فعل واحدا،وهذا غير مسلم به ،بل إن الدفاع الشرعي مهما كانت جسامته لا يحول دون عقاب المعتدي وفقا لأحكام القانون.(2)

ج- نظرية التحلل من العقد الاجتماعي:

في القرن الثامن عشر ازدهرت نظرية العقد الاجتماعي واعتبرت اساسا للحقوق ومنها نظرية الدفاع الشرعي،ووفقا لهذه النظرية انه تنفيذا للعقد الاجتماعي لا يكون للانسان ان يدرأ عن نفسه بنفسه،غير ان الافراد عند تنازلهم عن حق الدولة قد احتفظوا برخصة الدفاع بأنفسهم في حالة الخطر الوشيك الوقوع .

---

[1]- محمد سيد عبد التواب- الدفاع الشرعي-ص124

[2] - محمد سيد عبد التواب - نفس المرجع ص 134

وقد ظلت هذه النظرية مسلما بها عند الألمان حتى بداية القرن التاسع عشـــر الا انهـــا إنهارت بانهيار نظريات العقد الاجتماعي باعتبار أنها فكرة خيالية لا تتفق مع المنطق.

د- نظرية انتفاء حق المجتمع في العقاب:

ويرى أصحاب هذه النظرية أن الدفاع العام إنما نشأ أصلا ليحل محل الدفاع الخاص،وعندما يتعذر على المجتمع اغاثة الفرد،فلا سبيل إلا أن يدافع عن نفسه،إذ لامعنى لدفاع مجتمع عاجز عن التدخل،غير أنه يؤخذ على هذه النظرية أنها تخلط بين وجود الدفاع وحق العقاب كما أنها لاتقدم أساسا للدفاع عن المال،كما أن الأخذ بهذه النظرية يؤدي إلى القول بأنه إذا كان دفاع المجتمع غير ذي أثر،فإن الفرد يسترد حقه في الدفاع بينما يفقد المجتمع هذا الحق وهـــو أمـــر مرفوض.(1)

هـــ نظرية التفويض لعجز السلطة :

ويذهب أصحاب هذه النظرية إلى أن أساس الدفاع الشرعي هو عجز السلطة وهـــي صاحبة الحق في الدفاع عن التدخل لحماية الأفراد،ومن ثم لزم أن تمنح الأفراد حقهم في حماية أنفسهم بأنفسهم و حماية الآخرين.(2)

وعليه فانه يحل الفرد محل السلطة العامة في حفـــظ النظـــام وذلـــك بإجـــازة مـــن القانون،فالدفاع في نظر هؤلاء ليس إلاوظيفة يجوز للدولة أن تفوض الأفراد في القيام بهـــا، إلا أن هذه النظرية وإن كانت تعكس بعض جوانب الطبيعة القانونية للدفاع الشرعي، خاصة وان النشرع يتطلب لاحكام الدفاع ألا يمكن الإلتجاء إلى السلطة العامة، إلا أنه غير كاف لتبريـــر الإباحة ففكرة التفويض هي محل نظر،فالمتعدى عليه ان يباشر نفـــس الســـلطات المســـموح للدولة،وهذا لا يتحقق في الدفاع الشرعي حيث يرتكب المدافع افعالا غير مسموح بها لرجال السلطة العامة ،وضد افعال ليست بالضرورة تشكل جريمة،كما أن دور الســـلطة هوإيقـــاع العقاب والمعتدي عليه مطالب برد الاعتداء بإيقاع العقاب.(3)

---

[1] – محمد عوض شرح قانون العقوبات–القسم العام–دار الجامعة الحديثـــة للنشـــر الإســـكندرية–مصـــر–2000– ص127.

[2] – محمد عوض شرح قانون العقوبات–القسم العام–ص127.

[3] - مأمون محمد سلامة – قانون العقوبات – القسم العام –دار الفكر العربي- 1979ص 232

و- نظرية تنازع الحقوق والمصالح الإجتماعية:

يرى أصحاب هذه النظرية أن أساس الدفاع الشرعي هو التنازع بين الحقوق،بحيث أن الضرر الذي يصيب حق الحياة هوضرر أكيد ،وعندما يتنازع حق الحياة مع حق الملكية فإن حق الحياة هو الذي يتمتع بالأفضلية منحا اكيدا لأن الضرر الذي يمس حق الملكية لا يعدوا أن يكون ضرر ظاهريا .

والواقع أن النصيحة في سبيل الحق مسألة تختلف باختلاف الظروف والملابسات، وليس صحيحا أن حق الحياة هو أسمى الحقوق ، فان حق الوطن بالدفاع عنه مقدم على حق الحياة ،فلا يجوز للجندي أن يفر من المعركة حفاظا على حياته .

فالدفاع الشرعي يعتبر مشروعا ولا يتعارض مع الحماية الجزائية للمصالح ويرجع ذلك إلى مصلحة المدافع في حماية حقوقه تكون أولى بالاعتبار من مصلحة المعتدي وعلى ذلك، فإن كان أصاب حقا للمتعدي أنه صان حقين أحدهما خاص بالمتعدي، والاخر بالمجتمع، وهذا الحق الاخير هو جوهري وصيانته واجبة.(1)

الفرع الثاني: نظريات الاتجاه الشخصي في اساس الدفاع الشرعي :

وقيل في هذا الإتجاه بنظريتين:

أ- نظرية الاكراه الأدبي:

يقول أصحاب هذه النظرية إن عدم العقاب يستند إلى تخلف الركن المعنوي للجريمة،فاذا أراد المدافع عن نفسه تكون خاضعة لظروف ناشئة عن الاعتداء مما يجعلها غير معتبرة قانونا لإقامة الركن المعنوي ولا يمكن التسليم بهذه النظرية ،لأنها لا تستقيم مع شروط الدفاع الشرعي فالمشرع يطلب من المدافع المناسبة من الدفاع والاعتداء مما يعني أن إرادة المعتدى عليه تكون حرة وواعية لفعل الدفاع ورغم ذلك فلا عقاب عليه ،كما أن القول بهذه النظرية ينفي حالات الدفاع عن الغير وماله.(2)

---

[1] - محمد عوض - قانون العقوبات القسم العام - ص 127،مأمون محمد سلامة ـــ قانون العقوبات القسم العام ص205.

[2] - مأمون محمد سلامة – شرح قانون العقوبات – القسم العام -ص 204

ب – نظرية مقاومة الشر بالشر:

ومن الفقهاء من يرى أن الدفاع الشرعي هو مقابلة الشر بالشر ،والعدالة تقتضي شرعية هذه الأفعال، باعتبارها مقاصة بين شر الاعتداء وشر أفعال الدفاع .

غير أن ما يؤخذ على هذه النظرية، أنها تجعل الدفاع عقابا للمعتدي وهذا غـــير صحيح، بالاضافة إلى القول أن فعل الدفاع شر يقتضي القول أنه شر مثله،وبالتالي فهو جريمة مثله.[1]

ومن خلال هذه النظريات التي استعرضناها فقد رأينا ان غالبها منتقـــد، إلا ان النظرية الأنسب لأساس الدفاع الشرعي هي أن المصلحة أساس الدفاع الشرعي التي قال بها فقهاء الشريعة قديما ،وأخد بها الكثير من فقهاء القانون المعاصرين وهي آخـــر مـــا توصل إليها شراح القوانين الوضعية.

[1] - محمد عوض -شرح قانون العقوبات – القسم العام -ص 126

الدفاع الشرعي حالة لا تقوم إلا بوجود ركنين هما الاعتداء والدفاع، وأنبه إلى أن الركن غير الشرط ، فالركن يدخل في ماهية الشيء، وأما الشرط فهو خارج عن ماهيته.

وأقصد بالضوابط ما يصطلح عليه فقهاء القانون الشروط، وسوف أعرض في هذه الدراسة ضوابط الاعتداء ثم ضوابط الدفاع.

وسوف أقسم الدراسة إلى فصلين:

الفصل الأول : ضوابط الاعتداء

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع

الفصل الثاني: ضوابط الاعتداء في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري.

المبحث الأول : عدم مشروعية فعل الاعتداء.

المطلب الأول: مفهوم الاعتداء وصوره

المطلب الثاني: تطبيقات عدم المشروعية

المبحث الثاني: حلول خطر الاعتداء.

المطلب الأول:مفهوم حلول خطر الاعتداء

المطلب الثاني: صور الخطر

المبحث الثالث: موضوع الاعتداء.

المطلب الأول: أن يقع الاعتداء على النفس.

المطلب الثاني: أن يقع الاعتداء الإعتداء على المال.

المطلب الثالث: أن يقع الاعتداء الإعتداء على العرض

المبحث الأول : عدم مشروعية فعل الاعتداء.

المطلب الأول: مفهوم الاعتداء وصوره
المطلب الثاني: تطبيقات عدم المشروعية

المبحث الأول:عدم مشروعية فعل الاعتداء.

المطلب الأول:مفهوم الاعتداء وصوره.

لا يقوم حق الدفاع الشرعي من دون اعتداء يهدد حقا يحميه القانون، كما أنه المقدمة اللازمة للدفاع، ولولاه ما سمي الدفاع دفاعا فهو فعل يفضي إلى هذه النتيجة.

وتعريف الاعتداء لغة هو الظلم ومجاوزة الحد [1]،وأما الاعتداء كركن جوهري في الدفاع الشرعي وإن كان ظلما بمعناه العام فهو مجاوزة للحد بمعنى معين.

الفرع الأول :عناصر الاعتداء :

1-العنصر المادي: ويقصد به النشاط الذي يصدره المعتدي ويشكل خطرا على حق تحميه الشريعة أو القانون،فقد يكون الاعتداء مستمرا فيجب الدفاع لإنهاء استمراره وقد يكون النشاط شروعا في ارتكاب الجريمة، ففي الشريعة الإسلامية لا تحصر النشاط الذي يكون عنصرا ماديا للاعتداء فكل نشاط حرمته الشريعة يعتبر عنصرا ماديا سواء هدد النفس أو المال وسواء كان موجها للمعتدى عليه أو لغيره فالمقصود بالعنصر المادي هو ارتكاب الركن المادي لجريمة من الجرائم كأن يبدأ السارق في أخذ الأشياء خفية أو يوشك أن يبدأ في ذلك،وهنا يكون للمعتدى عليه أن يدفع الاعتداء ولا يشترط أن يكون الاعتداء بسيطا .

وأما الاعتداء عند فقهاء القانون فيعبرون عنه بلفظ الاعتداء الذي يعد جريمة، إلا أن الأخذ بهذا التعبير يؤدي بنا إلى القول أن الدفاع لا يقوم إلا بعد وقوع الاعتداء وهذا يتعارض مع المعنى الذي من أجله شرع الدفاع الشرعي وهو دفع الاعتداء قبل وقوعه فإذا كان الدفاع بعد الاعتداء كان هذا العمل انتقاما غير مشروع.

2-العنصر المعنوي:ويقصد به القصد الجزائي وهو تعمد إتيان الفعل أو تركه مع العلم أن الشارع يحرم الفعل أو يوجبه[2]،وهذا في الجرائم العمدية وقد يتكون العنصر المعنوي من مجرد الخطأ وهو وقوع الشيء على غير إرادة فاعله وإنما يقع من غير إرادته وبخلاف قصده.[3]

ففقهاء الشريعة اختلفوا في العنصر المعنوي فأوجب الحنفية عدا أبو يوسف الضمان لأن القتل

---

1 - الرازي -مختار الصحاح – دار الكتاب ط1-2001- ص419.

2 - عبد القادر عودة التشريع الجزائي الإسلامي ج 1 ص 409 .

3 - محمد سيد عبد التواب الدفاع الشرعي ص153.

أبيح للضرورة وذهب أبو يوسف إلى أنه لاضمان في قتل المجنــون أو الصــبي أمــا المالكيــة والشافعية والحنابلة فذهبوا إلى عدم اشتراط أهلية الصائل سواء كان صبيا أو مجنونا أو مكرها أما إذا كان الصائل مسئولا جنائيا ولكنه لم يقصد الاعتداء وإنما قصد اللعب والمزاح فــذهب الحنفية والحنابلة والشافعية إلى عدم توفر العنصر المعنوي للاعتداء .

أما عند فقهاء القانون فبعضهم يشترطون أن يتوفر لدى المعتــدي الــركن المعنــوي والأهلية لتحمل المسؤولية الجزائية، وهذا العنصر قد يتوافر بالقصد كاتجاه إرادة المعتــدي إلى إزهاق الروح في القتل أو اتجاه إرادته إلى انتزاع الحيازة بقصد التملك في السرقة، وقد يتــوفر هذا العنصر من مجرد الخطأ فيجوز استعمال القوة ضد من يقود السيارة بحالة خطرة يخشــى معها أن تسبب في قتل أو إصابة أحد المارة، ووفقا لهذا الرأي لا يجوز الدفاع أمام من شاب إرادته عيب من عيوب الأهلية كالإكراه ،ومن لم تكتمل أهليته كالصغير [1] و هــذا الــرأي موافق مع ما ذهب إليه الحنفية.

بينما يرى جانب آخر من الفقه المصري أنه يكفي لتوافر الاعتداء غــير المشــروع في المعنى اللازم لقيام الحق في الدفاع الشرعي ، أن يهدد فعل المعتدي حقا يحميه القانون الجزائي ، حتى ولو توافر للمعتدي ظرف من الظروف التي ترفع عنه المسؤولية أو عذر من الأعــذار القانونية المخففة، ففعل المجنون أو المكره أو من يتمتع بعذر قانوني يهدد باعتداء علــى حــق يحميه القانون ،ويجيز من ثم الدفاع الشرعي [2] .

و لعل الرأي الراجح هو الرأي الثاني فضلا على أنه يتفق ونصوص قانون العقوبــات الجزائري الذي تجنب في المادة 39 وصف الاعتداء بأنه جريمة واكتفى بوصفه اعتداء يهــدد النفس أو المال ولاشك أن فعل المجنون أو المكره هو اعتداء و يدخل ضمن نطاق المــادة 39 مثله مثل أي اعتداء صادر عن أي شخص مسؤول جنائيا و كلاهما يشــكل خطــرا علــى الاعتداء يجيز الدفاع الشرعي.

الفرع الثاني : صور الاعتداء

للاعتداء صور متعددة تختلف عن بعضها البعض ولكل صورة من صور الاعتداء للفقهــاء فيها رأي و موقف ، وهذه الصور هي :1- الاعتداء الايجابي والاعتداء السلبي.

1- الدفاع الشرعي محمد سيد عبد التواب ص 157 .

2- عادل قورة -محاضرات في قانون العقوبات -القسم العام - ص 88.

2- الاعتداء الحقيقي و الاعتداء الصوري .

3- *الاعتداء* العمدي و الاعتداء غير العمدي .

أولا : الاعتداء الايجابي و الاعتداء السلبي :

الغالب في الاعتداء أن يكون إيجابيا بمعنى القيام بفعل حرمته الشريعة كالسرقة أو الزنا أو الضرب ، وقد يكون الاعتداء أيضا بطريق الترك، ويرى المالكية و الشافعية و الحنابلة أن الجريمة تقع بطريق الترك ويستحق فاعلها العقوبة إذا وقعت على هذا النحو، فمن حبس إنسانا ومنعه عن الطعام أو الشراب أو الدفء في الليالي الباردة حتى مات جوعا أو عطشا أو بردا فهو قاتل عمدا ، لأنه قصد بالمنع قتله ،"فمن منع طعام أو شراب عن أحد قاصدا قتله بلا تأول حتى مات فانه يقتص منه لأنه متعمد قاصد القتل ومثله الأم تمنع رضيعها عن اللبن قاصدة قتله"[1]

جاء في المغني :"أن يحبسه في مكان و يمنعه الطعام و الشراب مدة لا يبقى فيها حتى يموت فعليه القود،لأن هذا يقتل غالبا وهذا باختلاف الناس والزمان والأحوال فإذا كان عطشانا في شدة الحر مات في الزمن القليل." [2]

وأما الإمام أبو حنيفة فلا يرى في هذا الفعل قتلا، لأن الهلاك حصل بالجوع والعطش والبرد لا بالحبس و لا صنع لأحد في الجوع و العطش ، و أما أبو يوسف و محمد فيريان الفعل قتلا عمدا لأنه لا بقاء لآدمي إلا بالأكل و الشراب و الدفء جاء في بدائع الصنائع : "ولو طين على أحدهم بيتا حتى مات جوعا و عطشا لا يضمن شيئا عند أبي حنيفة و عندهما يضمن الدية... قولهما إن الطين الذي عليه تسبيب لإهلاكه لأنه لا بقاء لآدمي إلا بالأكل والشرب، فالمنع عند استيلاء الجوع و العطش عليه يكون هلاكا له، فأشبه حفر البئر على قارعة الطريق، ولأبي حنيفة أن الهلاك حصل بالجوع والعطش لا بالتطيين، ولا صنع لأحد في الجوع و العطش." [3]

---

[1]- د.صادق عبد الرحمن الغرياني-مدونة الفقه المالكي وأدلته ،مؤسسة الريان- بيروت لبنان ط1-2002-ج4-ص476 .

[2]- موفق الدين ابن قدامة و شمس الدين بن قدامة المقدسي - المغني-دار الكتاب العربي -د ط .دت ط ج9 ص 328.

[3]- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام -دار الكتب العلمية - بيروت-لبنان ج7 ص235 ط2-1986.

وجاء في حاشية الدسوقي:"فيقتص ممن منع الطعام والشراب ولو قصد بذلك التعذيب ولفظ ابن عرفة من صور العمد ما ذكره ابن يونس عن بعض القرويين أن من منع فصل مائه مسافرا، عالما بأنه لا يحل له منعه وأنه يموت إن لم يسقه قتل به، وإن لم يكن قتله بيده ، فظاهر أنه يقتل به سواء قصد بمنعه قتله أو تعذيبه[1] ،وكذلك الأم التي تمنع ولدها الرضاع قاصـــدة قتله عمدا وإن لم تقم بعمل إيجابي [2] وهذه الأمثلة فيها ارتكاب الجريمة يقـــوم مـــن أجلـــها الدفاع الشرعي لتحقق الخطر من مجرد الامتناع.

وأما فقهاء القانون فاختلفوا بين من يرى وجوب الدفاع الشرعي فقط في حالة الفعل الايجابي ، وبهذا النظر أخذت بعض المحاكم المصرية ففصلت بأنه يشترط لقيام حالة الـــدفاع الشرعي أن يكون قد وقع فعل إيجابي يخشى منه المتهم وقوع الجريمة ،وأن يكون المتـــهم قـــد اعتقد على الأقل وجود خطر حال على نفسه أو حالة أو نفس غيره أو ماله .

ويرى فريق آخر أنه يجوز الدفاع الشرعي في حالة الاعتداء السلبي إذ يستوي في ذلك السلوك أن يكون إيجابيا أو سلبيا، طالما أنه يصدق عليه وصف اعتداء ، فالأم التي تمتنع عـــن إرضاع طفلها مما يخشى معه وفاته أو إصابته بضرر يباح فعل الدفاع ضدها لحملـــها علـــى إرضاعه ، و صاحب الكلب الذي يمتنع عن ربطه لمنع إذاه عن أحد الأشخاص يجوز إكراهـــه على ذلك ،وصاحب القطار الذي يمتنع عن إيقافه في الوقت المناسب لوجود خطر في الطريق يحتمل أن يؤدي الاصطدام إلى إصابة الركاب فالخطر في هذه الحالة ليس ناتجا عن فعل القيادة و إنما عن فعل الامتناع [1].

وعليه فالرأي الراجح عند كثير من فقهاء القانون يتفق مع ما ذهب إليه فقهاء الشريعة في التسوية في جواز الدفاع عن الفعل الايجابي أو السلبي.

ثانيا :الاعتداء الحقيقي و الاعتداء الوهمي :

الأصل في الخطر غير المشروع أن يكون خطرا حقيقيا ، فقد يعتقد شخص أنه مهـــدد بخطر حال فيقوم بالدفاع الشرعي، ثم يتبين أن هذا الخطر لم يكن له وجود إلا في مخيلتـــه ، فهل يجوز له الاحتجاج بالدفاع الشرعي لإباحة فعله ؟ و مثال ذلك أن يبصر شخص شخصا

1- محمد ابن عرفة الدسوقي –حاشية الدسوقي على الشرح الكبير – دار الفكر ج 4 ص 242 .

2 - الدفاع الشرعي – محمد سيد عبد التواب – ص 160.

آخر يمشي نحوه في الظلام وبيده شيء يحسبه سلاحا موجها إليه فيعاجله بإطلاق الرصاص عليه فيقتله ثم يتبين له أن هذا الشخص هو صديقه كان يمازحه وأن ما يعمله لم يكن سوى مسدس فارغ من الرصاص فهل يعتد بالخطر الوهمي للاحتجاج بالدفاع الشرعي؟ (1)

وفقهاء الشريعة لم يقتصر كلامهم على الخطر الحقيقي بل تكلموا أيضا عن الاعتداء التصوري أو الوهمي ، ففي المذهب الشافعي لا يقتصر الدفاع على مواجهة الاعتداء الحقيقي و إنما يمكن لشخص أن يرد ما تصوره اعتداء، فقد جاء في الأم :" قال الشافعي إذا أقبل الرجل بالسيف أو غيره من السلاح إلى الرجل فإنما له ضربه على ما يقع في نفسه ، فإن وقع في نفسه أنه يضربه

و إن لم يبدأه المقبل إليه بالضرب فليضربه و إن لم يقع في نفسه ذلك لم يكن له ضربه" (2).

إن معيار التمييز بين الخطر الوهمي والخطر الحقيقي هو معيار موضوعي شأنه في ذلك شأن أسباب التبرير ويقتضي المعيار الموضوعي توافر أسباب التبرير حتى تنتج آثارها ، فإذا اشترط في الخطر أن يكون حالا وحقيقيا فمعنى ذلك وجود الخطر حقيقة ، وليس في مخيلة المدافع ،وهذا الشرط راجع إلى طبيعة الدفاع الشرعي ومضمونه لأنه يحقق وظيفة اجتماعية معينة ،وهذه الوظيفة لا تؤذي إلا إذا وجد اعتداء في الواقع وليس في اعتقاد المعتدي عليه، لذا لا يجوز الدفاع الشرعي ضد الخطر الوهمي عند أنصار هذا المذهب.

وذهب فريق آخر وهي وجهة نظر المشرع الفرنسي والمصري إلى حق الدفاع الشرعي ضد الخطر التصوري استنادا إلى نص المادة 249 من قانون العقوبات المصري حيث تنص على أن:" حق الدفاع الشرعي عن النفس لا يجوز أن يبيح القتل العمد إلا إذا كان مقصودا به دفع ....فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة إذا كان لهذا الخوف أسباب معقولة ".

فلفظ التخوف حالة نفسية يمكن أن تبنى على الحقيقة كما يمكن أن تبنى على الوهم ، وقد ساير القضاء المصري بقيام حالة الدفاع الشرعي عندما يكون الخطر وهميا القضاء السوري حيث نصت محكمة النقض السورية" من غير اللازم قانونا لتوافر شروط الدفاع

---

1 - د. محمد صبحي –قانون العقوبات القسم العام –ط1–الإصدار 4 2000 – ص 148 .

2 – الإمام الشافعي– الأم– دار الكتب العلمية–بيروت لبنان–ط1–1993– ج6ص48.

الشرعي أن يأتي المجني عليه جانيا فعلا ماديا بل يكفي أن تكون الظروف و الملابسات التي وجد فيها الجاني تبرر الأسباب المعقولة" [1]

و لم يعالج المشرع الجزائري هذا الافتراض مما يجعلنا نعود إلى الفقه لتحديد مسؤولية الشخص الواهم .

إذا كان الاعتقاد لوجود خطر حقيقي يستند إلى أسباب معقولة أي أن هذا الاعتقاد يمكن أن يقع فيه الشخص المعتاد فليس هناك وجه لمساءلة من قام بالدفاع عن نفسه لأن الظروف الموضوعية المحيطة به تؤكد وجود خطر وشيك الوقوع تجعله يعتقد بأنه كان عرضة للاعتداء ، أما إذا كان الاعتقاد بوجود الخطر لا يستند إلى أسباب معقولة أي أن المعتاد لا يقع في مثل هذا الغلط ففي هذه الحالة يسأل من قام بالدفاع مسؤولية جنائية غير عمدية، إذ أن الغلط ينفي القصد الإجرامي ولكن يبقى الخطأ غير العمدي متوافر[2].

وعليه فالرأي الراجح من حيث الاعتداء بالخطر التصوري، إذا كان مبنيا على أسباب معقولة في الفقه الوضعي ويميل إليه القضاء الفرنسي والغربي ،وهو ما سبق أنه قرر الفقه الشافعي والحنبلي عندما اعتمدوا بغلبة الظن، حيث جاء في حواشي الشرواني"فلا يشترط لجواز الدفع تلبس الصائل بصياله حقيقة ولا يكفي لجواز دفعه توهمه ولا الشك فيه أو ظنه ظنا ضعيفا وأقله غلبة الظن معناه الظن القوي"[3]، وهو نفسه ما يردد الشراح والقضاء والنصوص من اشتراط كون الاعتقاد مبنيا على أسباب معقولة .

ثالثا:الاعتداء العمدي و الاعتداء غير العمدي :

الاعتداء قد يكون عمديا وقد يكون غير عمدي ، فالأول يتوفر فيه القصد الجزائي والثاني لا يتوفر فيه ،فمثال الثاني أن يخطئ طبيب فيملأ المحقن الذي سيحقن به المريض أمامه مادة سامة بدلا من الدواء فيمكن للمريض الذي لاحظ هذا الخطأ أن يمنعه بالقوة دفاعا عن نفس المريض ضد هذا الاعتداء غير العمدي من الطبيب .

ويعرف الفقه نوعين من الخطأ :متولد و غير متولد

1- محمد صبحي نجم –قانون العقوبات –القسم العام /149.

2 - محمد سلامة –قانون العقوبات –القسم العام ص 213 ، د.عبد الله سليمان- قانون العقوبات ص 133 .

3 – حواشي الشرواني وابن عباد على تحفة المحتاج بشرح المنهاج-دار صادر-دط –د.ت.ط –ج9ص181.

1- الخطأ المتولد : وهو ما يتولد من فعل مباح أو فعل أتاه الفاعل وهو يعتقد أنه مباح، والخطأ المتولد إما أن يكون مباشرا كمن يرمي طائرا فيصيب شخصا وكمن يرمي جنديا في صفوف الأعداء أو عليه لباسهم معتقدا أنه من العدو ثم يتبين أنه من جنود الوطن، وأما أن يكون بالتسبب كمن يحفر بئرا في الطريق العام بإذن من ولي الأمر ولا يتخذ الاحتياطات لمنع المارة من السقوط فيها.

2-الخطأ الغير متولد : وهو إما أن يكون خطأ مباشرا فيقع عن المخطئ مباشرة دون واسطة ، كما لو تقلب نائم على صغير بجواره فقتله ، و أما أن يكون خطأ بالتسبب و هو ما تسبب فيه المخطئ دون أن يقع فيه مباشرة ، كما لو حفر شخص بئرا في الطريق العام دون إذن ولي الأمر فوقع فيها أحد المارة .

ويصطلح الفقهاء على الخطأ المتولد المباشر لفظ الخطأ ويسميه بعضهم الخطأ المحض ، أما الخطأ المباشر غير المتولد والخطأ بالتسبب متولدا وغير متولد فيسمونه اصطلاحا ما جرى مجرى الخطأ [1].

وأما التشريعات الوضعية فتجيز دفع كل خطر يعتبر جريمة والخطر قد يكون عمديا وقد يكون غير عمدي وعليه فنقول بجواز الدفاع عند الاعتداء غير العمدي .

ولتصوير الدفاع ضد الاعتداء غير العمدي تسوق الأمثلة الآتية :

أ-انطلاق قائد سيارة بسرعة فائقة تهدد حياة الركاب و المارة بخطر وفي هذه الحالة يجوز منعه من القيادة أو إبعاده قسرا عنها دفاعا عن حق الناس المهدد بالخطر .

ب-إذا أخطأ الطبيب فملأ المحقن الذي سيحقن به المريض الذي يجلس أمامه بمادة سامة بدلا من المصل المخصص للعلاج،فإنه يمكن للمريض الذي يلاحظ خطأ الطبيب أن يمنعه من حقنه بالمادة السامة و للغير أيضا دفاعا عن نفس المريض ضد هذا الاعتداء غير العمدي .

ج- إذا صوب شخص بندقية ليصطاد بعض الطيور في حديقة كائنة بين المساكن ، فلاحظ أن خلف الشجرة التي صوب الصائد بندقيته نحوها طفل يقف في الشرفة في امتداد اتجاه المقذوفات مما يحتمل أن يصيبه أحدها فإن الشخص الذي لاحظ ذلك يستطيع أن يمنع الصائد بالقوة عن مواصلة صيده دفاعا عن سلامة هذا الطفل [2] ، على أنه يجب ملاحظة أن حق

---

1 - عبد القادر عودة –التشريع الجزائي الإسلامي – ج1ص 435 .

2- محمد سيد عبد التواب – الدفاع الشرعي ص 166.

الدفاع الشرعي يتوقف إذا أن الفعل الغير العمدي -و لو كان يترتب عليه الضرر- لا يعاقب عليه القانون إذ لا يصدق عليه في هذه الحالة أنه فعل يعتبر جريمة. [1]

وخلاصة القول في هذا الموضوع أن الفقه الإسلامي و القانون الوضعي لا يتعارضان في موضوع الدفاع الشرعي أي بجوازه إذا كان الفعل يشكل خطرا في ارتكاب الجريمة.

المطلب الثاني تطبيقات عدم مشروعية الاعتداء

يكون الفعل غير مشروع في ذاته متى كانت الشريعة أو النصوص القانونية تعتبره عملا محرما وكل فعل تحرمه الشريعة أو القوانين الوضعية ويخشى أن يترتب على وقوعه ضرر يمس الغير يعتبر اعتداء يبرر المهدد به أن يدفعه بالوسيلة التي يراها مناسبة .

و يثير شرط عدم المشروعية تطبيقا عدة أهمها :

1-فعل غير المسؤول

2-هجوم الحيوان

3-الفعل المباح

4-فعل المعذور

5-اعتداء مأمور الضبط

6-اعتداء ذوي الحصانة الدبلوماسية

الفرع الأول:فعل غير المسؤول :

والمقصود به من توفر فيه عارض من عوارض الأهلية كصغر السن أو الجنون أو الإكراه، فهل يشترط في المعتدي أن يكون أهلا لتحمل المسؤولية حتى يقوم الدفاع الشرعي ضده أم يكفي مجرد احتمال وقوع الضرر منه بغض النظر عن أي اعتبار آخر .

فذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن هذا الشرط غير مطلوب في الصائل وأنه يجوز دفع الضرر الذي يحتمل وقوعه منه سواء كان الصائل أهلا لتحمل المسؤولية الجزائية أم غير أهل لذلك فالمعتبر عندهم لقيام حالة الدفاع الشرعي احتمال وقوع الضرر ، أيا كان سواء كان الصائل عاقلا أم غير عاقل ،فقد جاء في تبصرة الحكام :" و يجوز دفع الصائل عن النفس و الأهل و المال ، كان الصائل مكلفا ،أو صبيا ، أو مجنونا .[2]

---

[1] - عبد الحميد الشواربي –الدفاع الشرعي في ضوء الفقه و القضاء ت ط 1991 مطبعة الأطلس بالقاهرة –ص 45.

[2] - ابن فرحون – تبصرة الحكام-دار الكتب العلمية-بيروت - لبنان-ط1-1995 ج2 ص 256.

و يفهم من هذه العبارة أن الدفاع ينشأ ضد الصائل العاقل و غيره من الصبي والمجنون والمكره والحيوان ،وعند الشافعية جاء في الحاوي الكبير:"سواء كان الطالب آدميا مكلفا كالبالغ العاقل، أو كان غير مكلف كالصبي والمجنون،أو كان بهيمة كالفحل الصائل والبعير الهائج."[1]
وعند الحنابلة جاء في المغني:"ولو قتل المكلف لصياله لم يصمنه، و غير المكلف كالمكلف." [2]
القول الثاني : وهو رأي الحنفية عند أبي يوسف وهم يرون أن المجنون إذا اشهر سلاحا على غيره فقتله هذا الغير فإن على القاتل الدية، ومثل ذلك في الصبي وحجتهم في ذلك أن الفعل من الصبي والمجنون لا يتصف بالحرمة فلا تسقط العصمة به لعدم الاختيار الصحيح ، و هذا فإن من يقتل صبيا أو مجنونا فليس عليه القصاص في قتلهما ، ولكن لا يجب القصاص هنا لوجود المبيح و هو دفع الشر فتجب الدية [3].

ويرى أبو يوسف أن فعل الصبي والمجنون جريمة ولكن رفع عنهما العقاب لانعدام الإدراك ويترتب عليه أن يكون المصول عليه في حالة دفاع إذا صال عليه صبي أو مجنون ، و معنى ذلك أنه رأى رحمه الله أن اعتداء الصبي يسقط عصمته فإذا استوجبت حالة الدفاع قتله فلا شيء على قاتله لأن فعله أهدر دمه و المجنون في ذلك مع الصبي سواء ، جاء في كتر الدقائق " عن أبي يوسف رحمه الله لا تجب الدية في الصبي و المجنون. " [4]

أما عند فقهاء القانون فان حالة الدفاع الشرعي تتوافر في مواجهة المعتدي حتى ولو توافر بحقه مانع من موانع المسؤولية الجزائية كصغر السن أو الجنون أو العاهة في العقل أو السكر غير الاختياري فتوافر إحداها لا يحول دون الاحتجاج بالدفاع الشرعي، ولو أنه غير مسئول جنائيا ، ذلك إن موانع المسؤولية الجزائية لا تنفي عن الفعل صفته الإجرامية فيبقى الفعل جريمة، فقط ينحصر أثرها في إعفاء الجاني من العقاب أو اتخاذ تدبير وقائي بشأنه. [5]
وبناء على هذا الرأي يجوز لمن تعرض لاعتداء من صبي أو مجنون أن يدفع الخطر عن نفسه دفاعا شرعيا، كما يجوز الدفاع ضد من كان في حالة إكراه معنوي أو حالة الضرورة .

---

1 - الإمام الماوردي-الحاوي الكبير-تحقيق د.محمود مطرجي-دار الفكر-بيروت-لبنان-1994-ج17ص364

2 - ابن قدامة- المغني- ج8-ص 329.

3 - الزيلعي تبيين الحقائق شرح كتر الدقائق- -دار الكتب العلمية-بيروت- لبنان -ط1-2000-ج3ص235.

4 - الزيلعي- تبيين الحقائق شرح كتر الدقائق-ج3ص234.

5 - د. نظام توفيق المحالي -شرح قانون العقوبات ص 227.

وهذا الرأي هو ما ذهب إليه معظم الفقهاء من الحنابلة و الشافعية و المالكية و أبو يوسف من الحنفية .

ويذهب الرأي الثاني إلى القول إن من يتعرض لاعتداء شخص غير مسئول جنائيا لا يكون له الحق في الاحتجاج بالدفاع الشرعي ، وإنما يسعه أن يحتج بحالة الضرورة ، وحجة هذا الرأي أن فعل غير المسؤول جنائيا لا يوصف بأنه غير مشروع ويرد على هذا القول انه غير صحيح القول بان فعل غير المسؤول لا يوصف بأنه غير مشروع ، ويعد هذا خلطا بين المسؤولية وأسباب التبرير والتي من بينها الدفاع الشرعي ، فالبحث في مناط الأهلية الجزائية محلها المسؤولية الجناية لا قيام حالة الدفاع الشرعي ، لأن الأخير ليس عقابا حتى يكون مناط تطبيقه الأهلية الجزائية فضلا على أن الدفاع الشرعي كما يرى البعض أنه مجرد وقاية لحق يحميه القانون، فيكفي أن يكون صاحب الحق غير ملزم طبقا للقانون لتحمل الاعتداء [1]

وهذا الرأي الثاني لعله يوافق ما ذهب إليه الأحناف في أن فعل غير المسؤول لا يوصف بعدم المشروعية لعدم الاختيار الصحيح .

و لعل الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الإمام أبو يوسف لأن قياس الصبي والمجنون على صيال العاقل قياس مع الفارق ، حيث لم يراعوا حق مالك الحيوان الذي يصدر منه فعل ما يسقط حقه في ملك دابته، و أما ما قرره الحنفية من أن فعل الصبي و المجنون لا يوصف بالحرمة فغير مسلم ، فالفعل حقيقة محرم و لكن منع من عقابهما عدم وجود الإدراك منهما

الفرع الثاني : هجوم الحيوان

وكما اختلف الفقهاء في مسألة الدفاع الشرعي ضد غير المسؤول، كذلك وقع خلاف بين الفقهاء في الدفاع ضد هجوم الحيوان ، فجمهور الفقهاء يرون التسوية بين الحيوان وغير المسؤول، قال الشافعي:" إن الله عز وجل منع دماء المسلمين إلا بحقها ، وإن المسلمين لم يختلفوا فيما علمت أو من علمت قوله منهم ، في أن مسلما لو أرادني في الموضع الذي لا ادفع عني إرادته يمنعني منه باب أغلقه و لا قوة لي بمنعه و لا مهرب أمتنع به منه وكانت منعتي منه التي لي إنما بضربه بسلاح فحضرني سيف أو غيره، كان لي ضربة بالسيف لأمنع حرمتي التي حرم الله تعالى انتهاكها فإن أتى الضرب على نفسه فلا قود علي ولا عقل ولا كفارة لأني

[1] - د.رضا فرج – شرح قانون العقوبات – ص 161 الدفاع الشرعي في الفقه و القضاء عبد الحميد شواربي ص45.

فعلت فعلا مباحا لي ، فلما كان هذا المسلم كان البعير أقل حرمة منه و أصغر قدرا ، و أولى أن يجوز فيه هذا."[1]

وعند المالكية جاء في تبصرة الحكام:"قال ابن عبد السلام:يجوز دفعه عن كل نفس معصومة، كانت من المسلمين أومن أهل الذمة، ويدخل في ذلك الجمل الصؤول والكلب العقور، وهو مروي عن ابن القاسم. قال وإن قتل رجل جملا صؤولا بعد التقدم إلى صاحبه وذكر أنه صال عليه وأراده، فلا غرم عليه." [2]

وفرق الإمام أبو يوسف بين صيال الصبي والمجنون وصيال الدابة فرأى أنه لا ضمان في قتل الصبي و المجنون إذا صالا، وتجب القيمة في الدابة الصؤول، وحجته في ذلك أن فعل الصبي والمجنون معتبر في الجملة ولهذا أتلفا مالا أو نفسا وجب عليهما الضمان ،بخلاف فعل الدابة فانه غير معتبر أصلا حتى يعتبر في حق وجوب الضمان لأن العجماء جبار وكذا عصمتها بحقها، وعصمة الدابة لحق المالك فكان فعلهما مسقطا لعصمتهما فلا يضمنان و تضمن الدابة.[3]

وجاء في المبدع :"وسواء كان الصائل آدميا مكلفا أ بهيمة ،وحجته أن في ذلك اشتراكهما في المجوز وهو الصول ، ولأن البهيمة لاحرمة لها ، فيجب عليه الدفع إذا أمكنه"[4]. .

أما عند فقهاء القانون فهجوم الحيوان إذا جاء في صورة هجوم فإذا كان بتحريض من إنسان فلا جدال في قيام حق الدفاع الشرعي فالفعل حينئذ يعتبر صادرا عن هذا الشخص وليس عن هذا الحيوان و ليس الحيوان سوى وسيلة فيجوز قتله أو الإضرار به باعتباره وسيلة الاعتداء [5]

وأما إذا كان هجوم الحيوان دون تحريض من أحد فإن هذا الهجوم يصلح لقيام حالة الضرورة متى توافرت باقي شروطها بان كان خطر الاعتداء جسيما على النفس أما في غير هذه الحالة فانه يصح رد هجوم الحيوان متى كان هناك مقتضى ، ذلك أن المادة 442 من

---

1 - الشافعي – الأم –ج6ص 172 .

2- ابن فرحون – تبصرة الحكام- ج2ص 257.

3- الزيلعي - تبيين الحقائق –ج3 ص234.

4- ابن مفلح- المبدع في شرح المقنع- المكتب الاسلامي- دمشق –سوريا- ط1-1979-ج9ص156.

5- عبد لحميد الشواربي –الدفاع الشرعي في ضوء القضاء و الفقه ص 46.

قانون العقوبات الجزائري تقضي بمعاقبة "كل من قتل دون مقتضى دوابا للجر أو الركوب أو الحمل أو كباشا ذات قرون أو خرافا أو ماعز أو أية دواب أخرى أو كلابا للحراسة أو أسماكا موجودة في البرك أو الأحواض أو الخزانات ، وكل من قتل دون مقتضى حيوانا مستأنسا في مكان يملكه أو يستأجره أو يزرعه مالك الحيوان المقتول" وعل يكون هجوم حيوان على شخص للاعتداء عليه يعد مقتضى لقتله فلا جريمة في ذلك إسنادا إلى المادة المشار إليها.

وهذا الرأي قد يتطابق مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء لأن المقتضى هو دفع خطر الحيوان وحماية نفس الإنسان وحاله ، وأما الرأي الذي قول انه نوع من الضرورة متفق مع ما ذهب إليه الإمام أبو يوسف الذي قال بالضمان وكما هو معروف الضرورة في الفقه لا تسقط الضمان .

الفرع الثالث : الفعل المباح

شرط في الاعتداء أن يكون غير مشروع فإذا كان هذا الفعل مباحا فلا قيام لحالة الدفاع الشرعي ، فكل ما أوجبته الشريعة أو أجازته لا يعتبر اعتداء يبرر الدفاع و إن كان فيه أذى للغير، متى باشره صاحب الحق في حدود ما أمرت به الشريعة ، فالأب إذا ضرب ولده بقصد تأديبه و الزوج إذا ضرب زوجته تأديبا لها و المعلم إذا ضرب الصبي لتعليمه فان هذا الضرب بصوره السابقة لا يعد اعتداء غير مشروع و لا يبرر الحق في الدفاع الشرعي ما دام في الحدود التي رسمتها الشريعة ، وكذلك الجلاد الذي يقطع رقبة المحكوم عليه أو يد السارق و مستوفي القصاص حتى يقتل القاتل أو يقطع يده. [1]

فإذا أتلف المعلم الصبي أو الأب الابن فقال مالك و أحمد والصاحبان لا ضمان عليه في هذه الحالة لأن التأديب فعل مشروع للزجر والردع فلا يضمن التالف به كما في الحدود و قال الشافعي و أبو حنيفة يجب الضمان[2] .

وعند فقهاء القانون فإن الفعل إذا كان مباحا فالخطر الناشئ عنه يعتبر مباحا، ولا يجوز لمن يهدده هذا الخطر أن يحتج بأنه كان في حالة دفاع شرعي، وأسباب الإباحة :إذا كان أمر أو أذن به القانون ، الدفاع الشرعي، حالة الضرورة ورضا المجني عليه، فمن تعرض لأفعال ضرب ارتكبها أبوه في حدود حق التأديب لا يعتبر في حالة دفاع شرعي عن النفس إن قاوم

1 - يوسف قاسم نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الجزائي الإسلامي و القانون الجزائي الوضعي- ص175.

2 - د.وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي و أدلته-دار الفكر دمشق ط1-1991 -ج6ص211.

هذه الأفعال ، ومن يتعرض لفعل صادر من موظف عام في حدود ما أقره القانون لا يعتد باستعمال حق الدفاع إذا قاومه كذلك من يتعرض لأمر بالقبض أو التفتيش وكذلك عن من صدر منه اعتداء على شخص آخر واستعمل هذا الأخير حقه في الدفاع الشرعي. [1]

وبناء على ذلك لا ينشأ حق الدفاع الشرعي لمواجهة استعمال الزوج لحقه في تأديب زوجته ، أو الوالد لحقه في تأديب ولده أو الطبيب لحقه في إجراء عمليات الجراحة ، أو الرياضي الذي يترتب على ممارسته اللعبة الرياضية عنف في مواجهة خصمه .

فإذا صدر عنف أو مقاومة في سبيل التخلص من هذا الاعتداء فان فعله يكون غير مشروع ويخضع للعقاب ولكن بشرط أن يلتزم مرتكب الفعل (الخاضع لأسباب التبرير) بشروط الإباحة وقيودها كما يحددها القانون ، فإذا تجاوز ذلك كان معتديا مما يبرر الدفاع الشرعي ضد عدوانه ، فإذا تجاوز الزوج حدود التأديب المخول له قانونا على زوجته بأن ضربها ضربا فاحشا ، فإن فعله يكون غير مشروع لأن الضرب الفاحش يخرج عن حدود التأديب وعلى نحو يشكل اعتداء وبالتالي فان من حق الزوجة أن ترد هذا الاعتداء دفاعا شرعيا عن النفس[2].

رابعا : فعل المعذور

من المعلوم أن العذر القانوني على خلاف سبب الإباحة لا ينفي عن الفعل صفته غير المشروعة كل ما في الأمر أنه يتقرر لتخفيف جسامة العقاب عليه ، و الأعذار القانونية نوعان أعذار مخففة للعقاب و أعذار معفية من العقاب .

والشريعة قد عرفت هذين النوعين من إلا أن هناك خلافا في تطبيق هذه الأعذار بين الشريعة والقانون فقد يرى فقهاء الشريعة عذرا أنه معفي العقاب ، في حين ترى القوانين الوضعية أنه عذر محقق للعقاب و لعل أشهر هذه المسائل التي نتناول الكلام عنها في هذا الباب هو عذر الزوج الملتبسة زوجته بالزنا .

فالشريعة الإسلامية أقرت حق الدفاع عن العرض بنصوص صريحة و لم تقصر على الزوج فقط كما فعلت غالبية القوانين الوضعية و إنما أقرته للأب ، الأخ وجميع الأقارب الذين دنس عرضهم .

---

[1] - عادل قورة- محاضرات في قانون العقوبات – ص 87.

[2] - د.نظام توفيق المحالي – شرح قانون العقوبات – ص 210.

و شرط لإعفاء الزوج من العقاب :

1-أن يكون العقل حال رؤية الزوجة وحتى تزني ، أما لو أخبره شهود أنهم رأوا الزوجة وهي تزني فلا يجوز له قتلها .

2-أن تكون الزوجة مطاوعة لمن يزني بها و ليست مكرهة ، و يكون في هذه الحال من باب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر و ذلك فإن نهاهما أولا و لم يرتدعا جاز له القتل.[1]

أما عند فقهاء القانون قد نصت المادة279:"يستفيد مرتكب القتل والجرح والضرب من الأعذار إذا ارتكبها أحد الزوجين على الآخر أو على شريكه في اللحظة التي يفاجئه فيها في حالة التلبس بالزنا" ، وعليه يترتب على ذلك جواز الدفاع ولو كان المعتدي يستفيد من عذر قانوني ومعنى أن يستفيد المعتدي من عذر قانوني فمعنى أن فعله غير مشروع و أن القانون يعاقبه و إن كان يلتمس له سببا للتخفيف ، فالزوج إذا فاجأ زوجته متلبسة بالزنا فحاول قتلها في الحال هي ومن يزني كان فعله غير مشروع وكان معاقبا من أجله ، ونتيجة لذلك كان للزوجة وشريكها الاحتجاج بالدفاع الشرعي إذا قاوما الزوج. [2]

ويخالف الكثير من الشراح هذه المسألة في تخويل الزوجة و شريكها استعمال حق الدفاع الشرعي في حال ضبطها متلبسين بجريمة الزنا ، مع إعطاء الزوجة وشريكها حق الدفاع مع أنهما هما اللذان وضعا أنفسهما في هذه الحالة الخطرة التي أثارت حفيظة الزوج وأوجبت عليه إتيان فعل كان ممتنعا لخطر على حياتهما .

بالإضافة إلى ذلك فعلى فرض أن الزوجة لو قتلت زوجها حال ضبطها متلبسة بالزنا وتوافر بحقها الدفاع الشرعي[3]فمؤدى ذلك نتيجة في غاية الخطورة هو بقاء جرم الزنا بعيدا عن أي ملاحقة ،لأن الزنا يتوقف على شكوى الزوج ، فمعنى ذلك أن تنجو الزوجة وشريكها من العقاب على جريمتي القتل لأنه كان دفاعا عن النفس و الزنا لاستحالة تقديم الشكوى .

---

1 – محمد سيد عبد التواب –الدفاع الشرعي– ص 176 .

2– د.رضا فرج شرح قانون العقوبات ج1 ص 162 .

3 – انظر د محمد صبحي نجم قانون العقوبات– ص 147 ، د.توفبق نظام المحالي–شرح قانون العقوبات230، محمد سيد عبد التواب– الدفاع الشرعي–ص 179.

خامسا : اعتداء ضباط الشرطة القضائية

تضع التشريعات قيودا على الأفراد في مواجهتهم لاعتداء الشرطة القضائية، فإذا قام رجال الشرطة القضائية بأعمالهم وهم يمثلون السلطان، فلا يجوز الدفاع ضدهم لأن أعمالهم تعتبر مشروعة، أما إذا خرج عن الحدود المقررة خروجا واضحا فإنه يكون مسؤولا، ومن ثم جاز دفعه ، جاء الأم:"وإذا أقام السلطان حدا من قطع ، أو حد قذف أو حد زنا فمات من ذلك فالحق قتله لأن فعل ما لزمه ..ولو قال له –أي الإمام – أضربه ثمانين فأخطأ الجالد فزاد واحدة ضمن الجالد دون الإمام...ولو كان الإمام للمضروب ظالما ضمن ما أصاب من الضرب بأمره و لم يضمن الجالد ." [1]

وخلاصة القول أن بعض الفقهاء ذهبوا إلى مشروعية أعمال رجال الشرطة القضائية ما دامت هذه الأعمال في حدودها الشرعية .

وعند فقهاء القانون يطرح التساؤل فيما إذا تجاوز الاختصاص المسند إليه قانونا كما تبدوا الصعوبة في حالة ما إذا أتى الموظف عملا معتقدا انه داخل في اختصاصه، أو أنه يأتي الفعل تنفيذا لأمر السلطة وفي حقيقة الواقع أن هذا الفعل لا يدخل في اختصاص الموظف، أو إن طاعة أمر السلطة غير واجبة .

ومن ذلك أن يقبض موظف الشرطة القضائية على شخص بمقتضى أمر باطل معتقدا بصحته أو أن يقوم بتفتيش مترل شخص معتقدا انه مترل المتهم الصادر بشأنه تفتيش قانوني

المشرع الجزائري لم يتحدث عن هذا الاعتراض فقانون العقوبات المصري نصت المادة 248 على أنه" لا يبيح الدفاع الشرعي مقاومة أحد مأموري الضبط أثناء قيامه بأمر بناءا على واجبات وظيفته مع حسن النية و لو أعطى أحد مأموري الضبط حدود وظيفته إلا إذا خيف أن ينشأ عن أفعاله موت أو جروح بالغة وكان لهذا الخوف سبب معقول،فهذا النص يعتبر عمل مأمور الضبط القضائي مشروعا طالما كان العمل في حدود القانون وهو ما يفترض أن يكون العمل من اختصاص مأمور الضبط القضائي وكان هناك تجاوز في الاختصاص ، فإذا كان العمل الذي أتاه مأمور الضبط غير متجاوز فهو عمل مشروع ، و يدخل ضمن أداء الواجب ، أما إذا كان هناك تجاوز فاعتبارات المصلحة العامة تقتضي اعتباره مشروعة بحيث

---

[1]- الإمام الشافعي- الأم- ج6ص114.

يحضر على الأفراد الاحتجاج بالدفاع الشرعي و استعمال القوة اللازمة لعرقلة عمل ضباط الشرطة القضائية.[1]

كما يشترط أن يكون في ضباط الشرطة القضائية حسن النية ، و يقصد بحسن النية أن يكون معتقدا أن العمل مشروع أو أن عمله في حدود القانون ، ومثال ذلك أن يقبض على شخص بريء معتقدا انه هو الذي صدر أمر بالقبض عليه و جاري البحث عنه ، أو أن يحبس إنسانا بغير وجه حق معتقدا انه المراد بأمر الحبس ، فإذا لم يكن ضباط الشرطة القضائية حسن النية كأن يقبض إنسانا و يحبسه لمصلحة شخصية أو أن يخالف القانون مخالفة صريحة بان يعذب المتهم جاز للأفراد دفع أعماله استنادا إلى الدفاع الشرعي [2] المادة 183 قانون العقوبات الجزائري فقد نصت على ما يلي كل هجوم على الموظفين أو ممثلي السلطة العمومية الذين يقومون بتنفيذ الأوامر أو القرارات الصادرة منها أو القوانين أو اللوائح أو القرارات أو الأوامر القضائية وكذلك كل مقاومة لهم بالعنف أو التعدي تكون جريمة عصيان. والتهديد والعنف يعتبر في حكم العنف ذاته.

ويمكن إجمال الشروط الواجب توفرها لحرمان الافراد من مواجهة الإعتداء الصادر من ضباط الشرطة القضائية، أو بعبارة أخرى شروط استعمال نص المادة 183 من قانون العقوبات الجزائرية والتي يعتبر حكمها قيدا يحد من حق الغير في ممارسة الدفاع الشرعي فيما يلي:

ثبوت الصفة، الإختصاص، حسن النية، فإذا تخلف بعضها سقط القيد الذي يحدد من حق الآخرين في الدفاع وتبث لهم هذا الحق يمارسونه ضد رجل الضبط بغير تحفظ شأنه شأن غيره من عامة الناس.

أولا: الصفة:

ضباط الشرطة القضائية هم فريق لموظفي الدولة وهم الذين يقومون بالضبطية القضائية و الإدارية وينفذون أوامر الحكومة بالقوة الجبرية عند اللزوم[3]. ويدخل في ذلك رجال الشرطة

1- د.نظام المحالي .قانون العقوبات –القسم العام ص 221 .

2- د.محمد سيد عبد التواب – الدفاع الشرعي – ص 183.

3- محمد عوض، المرجع السابق ص 170 .

وقوة الجيش الشعبي الوطني عند الإستعانة بهم، أما غيرهم من عامة الموظفين لا تشملهم هـــذه الصفة.

وقد حدد قانون الإجراءات الجزئية في المادة الخامسة عشر منه من لهم هذه الصفة حيـــث نصت على أنه: " يتمتع بصفة ضابط الشرطة القضائية

1- رؤساء المجالس الشعبية البلدية.
2- ضباط الدرك الوطني.
3- محافظو الشرطة.
4- ضباط الشرطة.
5- ذوو الرتب في الدرك،ورجال الدرك الذين أمضوا في سلك الدرك الوطني ثـــلاث سنوات على الأقل و الذين تم تعيينهم بموجب قرار مشترك صادر عن وزير العدل ووزير الدفاع الوطني، بعد موافقة لجنة خاصة.
6- مفتشو الأمن الوطني الذين قضوا في خدمتهم بهذه الصفة ثلاث سنوات على الأقل وعينوا بموجب قرار مشترك صادر عن وزير العدل ووزير الداخلية و الجماعـــات المحلية، بعد موافقة لجنة خاصة.
7- ضباط وضباط الصف التابعين للمصالح العسكرية للأمن الذين تم تعيينهم خصيصا بموجب قرار مشترك بين وزير الدفاع ووزير العدل.

ثانيا: الاختصاص :

يتعين أن يكون التصرف الذي تجاوز به رجل الضبط حدود وظيفة من الأعمال التي تدخل في نطاق اختصاصه الوظيفي، وأن يكون مرد التجاوز إلى تخلف شرط من الشروط التي تجيز لـــه مباشرة هذا العمل.

ولكن تبدو الصعوبة في افتراضات أخرى كأن يأتي الموظف عملا معتقـــدا أنـــه داخـــل في اختصاصه أو يأتي الفعل تنفيذا لأمر سلطة يعتقد أنها واجبة الطاعة في حين أن حقيقة الواقع أن هذا الفعل لا يدخل في اختصاص الموظف، أو أن إطاعة أمر السلطة ومن تطبيقات الفرضيات السابقة مثلا أن يقبض ضابط الشرطة القضائية على شخص بمقتضى أمر باطل معتقدا صحته، أو أن يقوم بتفتيش منزل شخص معتقدا أنه منزل المتهم الصادر بشأنه إذن التفتيش القانوني.

لم يواجه المشرع الجزائري هذا الافتراض، وأمام هذا الموقف السلبي من جانبه فـإن المنطـق السليم يقتضي بأنه إذا كان العمل الذي قام به ضابط الشرطة القضـائية غـير متجـاوز في اختصاصه فهو عمل مشروع، ويدخل ضمن أداء الواجب، أما إذا كان هناك تجاوز فاعتبارات المصلحة العامة تستدعي اعتباره مشروعا بحيث يخطر على الأفراد الاحتجاج بالدفاع الشرعي واستعمال القوة اللازمة لعرقلة عمل ضابط الشرطة القضائية، وإن القول بغير ذلك من شـأنه المساس بالمصلحة العامة وهيبة الدولة فلا يجوز تخويل الأفراد حق تفحص شرعية الأعمال التي يأتيها الموظفون المكلفون بإتيانها تنفذ لأمر القانون او أمر السلطة الرئاسية[1].

ثالثا: حسن النية :

يشترط أن يكون ضابط الشرطة القضائية قد تجاوز حدود وظيفة بحسن النية والمقصود بذلك اعتقاده لمشروعية عمله، وأنه داخل في نطاق اختصاصه كمن يلقي القبض على شخص معتقدا أنه الشخص الذي صدر عليه أمر القبض وجاري البحث عنه، أو يقوم بتفتيش مترله بـالقوة معتقدا أنه مترل المتهم،أو حبس الشخص بدون وجه حق معتقدا أنه المراد بأمر الحبس الصادر إليه من النيابة العامة (2) .

وبطبيعة الحال تتحدى مسؤولية ضابط الشرطة القضائية عن فعله الغير مشروع بتطبيق القواعد الخاصة.

ويشترط أن يكون في أعمال الضبط ما يخشى منه موت أو جروح بالغـة وكـان لهـذا التخوف أسبابه المعقولة، لأنه لا يعقل انه يحرم على الأفراد الدفاع الشرعي و قد بلغت هـذه الخطورة.(3)

ويشترط لهذا التخوف أن يكون معقولا و تقدير ذلك متروك للقاضي الذي قدر الظروف التي أحاطت بالمدافع وقت تعرضه للخطر فإذا بالغ في خوفه ، فقدر الخطر بأكثر من حقيقـة ولكن كان في ظروفه ما يبرر ذلك عندئذ يكون الخوف قائما على سبب معقول ، ومثل ذلك أن يلقي عون الشرطة القضائية القبض على شخص أجريت له منذ وقت طويل و الظروف لا

1- د. نظام توفيق المحالي شرح قانون العقوبات القسم العام ص221 .

2- د. مأمون محمد سلامة –قانون العقوبات القسم العام – ص240.

3- د.رضا فرج – شرح قانون العقوبات –ج1- ص 162 .

تسمح له بنقله إلى المستشفى بحيث لو نقل لترتب على ذلك وفاته أو تعرضه لخطر جسيم ، فيصبح هنا استخدام القوة اللازمة للحيلولة دون تنفيذ الإجراء المتطلب قانونا. [1]

وفقهاء القانون اختلفوا فيما يتعلق بموقفه إزاء حرمان الأفراد من حقهم في الدفاع الشرعي، فهناك من ذهب إلى حق الأفراد في مقاومة اعتداء الشرطة القضائية لأنه يجب أن تستعمل السلطة استعمالا مشروعا ، في حين ذهب رأي آخر إلى وجوب طاعة الشرطة القضائية ولو كان العمل غير مشروع لأن الأفراد يجب عليهم أن يطيعوا السلطة، وهناك من توسط في هذه المسالة فإذا كانت أعماله ظاهرة شرعية فلا يجوز مقاومته ، وإذا كان ظاهر هذه الأفعال تدل على عدم مشروعيتها فلا يجوز مقاومة الشرطة القضائية .

وهذا الرأي الأخير نراه أقرب للصواب من غيره و هو يوافق بنظري ما ذهب إليه الإمام علي في قضية مشهورة .

أرسل عمر إلى امرأة مغيبة كان يُدخل عليها فأنكر ذلك فقيل لها أجيبي عمر فقالت : ويلها مالها ولعمر قال: فبينما هي في الطريق ضربها الطلق فدخلت دارا فألقت ولدها، فصاح الصبي صيحتين فمات، فاستشار عمر أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فأشار عليه بعضهم أن ليس عليك شيء إنما أنت وال ومؤدب، فقال عمر ما تقول يا علي فقال إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك أرى أن ديته عليك لأنك أنت أفزعتها وألقت ولدها بسببك فأمر عليا أن يقسم عقله على قريش.[2]

وقد جاء في تبصرة الحكام:"وعلى القاضي إذا أقر بالجور أوثبت عليه ذلك بالبينة العقوبة الموجعة، ويعزل ويشهر،ويفضح ولا تجوز ولايته"[3].

سادسا : اعتداء ذوي الحصانة الدبلوماسية

تسري الشريعة على رجال السلك السياسي عما يرتكبونه من جرائم في دار الإسلام

1 - د.نظام توفيق المحالي- شرح قانون العقوبات- ص 223.

[2]- الحديث أخرجه الشافعي مختصرا في الأم- كتاب جراح العمد – باب جناية السلطان-ج6ص113 ، وأخرجه عبدالرزاق عن عمر – باب من أفزعه السلطان- انظر- أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني- المصنف-تحقيق- حبيب الرحمن لأعظمي – المكتب الإسلامي – 1403- ط2- بيروت- لبنان- ج9ص459، قال الحافظ في التلخيص: وهذا منقطع بين الحسن وعمر.

[3]- ابن فرحون – تبصرة الحكام- ج2ص231.

سواء تعلقت الجرائم بحقوق الجماعة أو بحقوق الأفراد و ليس من قواعد الشريعة ما يسمح بإعفاءهم من تطبيق الشريعة عليهم ، فقد تقررت لدفع الفساد و حفظ الجماعة. [1]

فهل يجوز رد الاعتداء الممثل السياسي استنادا للدفاع الشرعي، فالإمام أبو حنيفة فرق بين المستأمن والذمي ، فالذمي تسري عليه كل العقوبات الإسلامية لأنه من المسلمين لأن له ما للمسلمين وعليه ما على المسلمين ، وأما المستأمن فالعقوبات التي تثبت حقا للعبد أو حق العبد فيها غالبا فتثبت عليه ، أما العقوبات التي تكون حقا خالصا لله تعالى لحد الزنا أو التي يكون فيها حق الله غالب فان العقوبة لا تكون على المستأمن. [2]

والملاحظ أن رجال السلك السياسي بحسب الشريعة هم الذين ينتمون لدولة محاربة ويمثلونها وليسوا بمسلمين أما المسلمون الذين يمثلون الدولة المسلمة فليسوا بمستأمنين، وحكمهم حكم أي مسلم [3] ، فالإمام أبو حنيفة فرق بين المستأمن والذمي و ذهب بعض المعاصرين إلى التفرقة بين التعازير والحدود و القصاص فالتعازير يمكن أن تسري شأنها ما يعطيه ولي الأمر من عهد واجب الوفاء شرط أن يتأكد أن المجرم سوف لن يفلت من العقاب و أما الحدود و القصاص فمصادر الشريعة لا تسوغ الاتفاق على ترك المجرم الذي ارتكب ما يوجبها ليحاكم وفق قانون آخر لما فيه من تعطيل حدود الله في ارض الإسلام. [4]

ومما سبق فالحصانة الدبلوماسية ، لا تضفي شرعية على الأفعال التي تأتيها أصحاب الحصانة بمنع الرد عليها بل الحاصل انه يجوز رد الاعتداء ، احتجاجا بحق الدفاع الشرعي .

و أما فقهاء القانون فبعضهم يرى ما يرى فقهاء الشريعة ، أن الحصانة سبب شخصي للإعفاء من العقاب و الخضوع الجزائي و ليست لهذه الحصانة أي اثر على عدم مشروعية الفعل الذي يأتيه رجال السلك الدبلوماسي .

والرأي الثاني يذهب إلى أن المتمتعين بالحصانة الدبلوماسية لا يوجه إليهم قاعدة قانون العقوبات، و لا تعد أفعالهم اعتداء فلا يجوز الدفاع الشرعي ضدها ن و يرى البعض الأخر أن ذلك لا يعني وجوب تحمل هذه الفعال و إنما تمكن الاستناد إلى حالة الضرورة. [5]

---

[1] – التشريع الجزائي الإسلامي – عبد القادر عودة ج1 ص324.

[2] - محمد سيد عبد التواب – الدفاع الشرعي ص 176 .

[3] – عبد القادر عودة – التشريع الجزائي ج2 ص 324 .

[4] – محمد أبو زهرة –الجريمة– ص 325.

[5] - محمد سيد عبد التواب –الدفاع الشرعي ص 187.

والراجح أن أعضاء الحصانة الدبلوماسية متى صدر منهم اعتداء يجوز رد هذا الاعتداء لأن الحصانة لا تحول دون إضفاء صفة التجريم على أفعاله المخالفة للقانون [1]

[1] - عبد الحميد الشواربي –الدفاع الشرعي –ص 46.

المبحث الثاني: حلول خطر الاعتداء.

المطلب الأول:مفهوم حلول خطر الاعتداء

المطلب الثاني: حلول خطر الدفاع الآلي.

المبحث الثاني: حلول خطر الاعتداء.

المطلب الأول: مفهوم حلول الخطر.

لا يكفي أن يكون الاعتداء غير المشروع للاحتجاج برده بالدفاع الشرعي ن و إنما يشترط لهذا الاعتداء أن يكون له خطر حال و على هذا فلا يكون المعتدي عليه في حالة دفاع شرعي إلا إذا كان الاعتداء يهدده بضرر يقع في الحال حسب ظنه من باب أولي إذا كان الضرر قد بدأ وقوعه بالفعل ، أما إذا لم يكن الضرر حال فلا يتصور قيام حالة الدفاع و يكون فعل المعتدي عليه اعتداء و ليس دفاعا ، فحلول الاعتداء هو الذي يخلق حالة الدفاع [1]

وكذلك لا يعتبر دفاعا مشروعا ما يقوم به المعتدي عليه بعد انتهاء العدوان لأن المقصود من الدفاع الشرعي هو الدفع و ليس الثأر أو الانتقام ، و عبارات فقهاء الشريعة تؤكد وجوب حلول خطر الاعتداء .

فقد جاء عند الحنفية في شرح فتح القدير:"ومن شهر على رجل سلاحا ليلا أو نهارا، أو شهر عليه عصا ليلا في مصر أو نهار في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شيء عليه."[2] يدل دلالة واضحة أن المراد من ذلك الخطر الحال الذي يبدوا في شهر المعتدي سلاحه يرتد قبل المعتدي عليه ، و ما بعد شهر السلاح إلا القتل والجروح الخطيرة .

ولعل في عبارة رد المحتار على الدر المختار تصريح بهذا الشرط حيث جاء فيه "و يجب قتل من شهر على المسلمين سلاحا يعني حالا أي قاصدا بدلالة الحال"[3]

ومثل هذا الكلام جاء عن الإمام الشافعي رضي الله عنه حيث يقول " ولا يكون له ضربه حتى يكون بارزا له مريدا له ، فإذا كان بارزا مريدا له كان له ضربه حينئذ إذا لم ير أنه يدفعه إلا الضرب" [4]

فقول الإمام الشافعي بارزا له مريدا له دال على استعداده للاعتداء عليه والإضرار به في الحال ،ويقول أيضا :"وإن ضربه ضربة أو لم يضربه حتى رجع تاركا قتاله لم يكن له إن يعود عليه بضرب "[5]

---

[1]- يوسف قاسم- نظرية الدفاع الشرعي- ص 181 عبد القادر عودة -التشريع الجزائي الإسلامي-ج1 ص 482

[2] - الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام –شرح فتح القدير –دار الفكر بيروت –لبنان دط – دون رقم ط- ج 10- ص232 .

3- الدر المحتار- ج5ص 481 ابن عابدين

[4] - [5]- الإمام الشافعي – الأم ج6 ص48.

ويقول صاحب مغني المحتاج : "ولو اخذ المتاع و خرج فله أن يتبعه و يقاتلـه إلا أن يطرحه ولا يجوز دخول بيت شخص إلا بإذنه" [1] ، وهذا دليل على عدم جواز الدفاع بعد انتهاء العدوان .

والمالكية أيضا لا يجيزون الدفاع بعد انتهاء العدوان، : " أما لو تباعد يعني السارق – منه يعني المسروق منه بهربه و لحق بالصحراء و لا متاع معه فأتبعه حتى أدركه فواقعه السارق أو لم يواقعه فقتله فعليه القود لأنه قتله على غير متاع كان له معه ، فأراد استنقاذه منـه و لا خوف من عدوانه عليه. [2]

و كذلك الحنابلة لا يجيزون الدفاع بعد حصول المقصود منه وهو انتهاء الاعتداء، فقد جاء في المبدع:" إذا دخل مترل غيره بغير إذنه فلصاحب المترل أمره بالخروج مـن مترلـه ، سواء كان معه سلاح أو لا فإن خرج بالأمر لم يكن له غيره، لأن المقصود إخراجه...وإن ولى هاربا لم يكن له قتله ولا اتباعه." [3]

وعليه فضابط حلول الخطر في الفقه الإسلامي يتلخص في ما إذ ترك المعتدي وشأنه لتحقق الضرر بالفعل و ذلك حسب ما يبدوا للمعتدى عليه و هذا ما يستفاد من قول صاحب كشاف القناع في شرحه لشرعية دفع الصائل" لأنه لو منع من ذلك لأدى إلى تلفه و أذاه في نفسه وحرمته و ماله" [4] أي انه لو منع المدافع من الدفاع لأدى ذلك إلى تلفه و أذاه بوقوع الضرر بالفعل، و على ذلك فإن كان الامتناع من الدفاع لا يترتب عليه وقوع الضرر في الحال فإن هذا الشرط لا يكون متوافرا .

وكلام الإمام الشافعي هذا المعنى حيث يقول : "فإن رماه الرجل و مثل الرمي يصل إليه لقربه منه كان له رمية وضربة ، و إن برز الرجل من الحصن حتى يصير الرجل يقدر على ضربه بحال فأراده فله ضربه في هذا الحال" [5]

---

[1] – حاشية الشرواني وابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر- دار صادر- ج9 ص189.

[2] – ابن فرحون- تبصرة الحكام ج2ص 186 .

[3] – ابن مفلح- المبدع في شرح المقنع - ج9ص157،156.

[4] – البهوتي- كشاف القناع عن متن الإقناع- دار الفكر- بيروت- 1402-ج6ص154 .

[5] – الامام الشافعي- الأم -ج6 - ص 48.

وخلاصة القول أن فقهاء الشريعة يشترطون في خطر الاعتداء أن يكون حالا أو على وشك الوقوع ، أو يكون قد بدأ و لا يزال مستمرا، فيكون الدفاع بقصد إنهاءه، ولا يجوز الدفاع بعد انتهاء العدوان لأنه انتقام غير مشروع .

أما حلول الخطر في فانون العقوبات الجزائري فقد عبر عنه المشرع الجزائري بلفظ "الضرورة الحالة " للدفاع الشرعي ، فإذا زال الخطر أو تحقق الاعتداء فلا مجال للدفاع و يسأل المعتدي عليه جنائيا عن العنف الذي استعمله، لأن القانون يعتبر استعمال العنف في هذه الحالة انتقاما يعاقب عليه ، و مع ذلك فإن المعتدي عليه قد يستفيد من الظروف المخففة التي وقعت عليه.

كذلك إذا كان الخطر ليس إلا محتملا أو مستقبلا أو كان المعتدي عليه فسحة من الوقت الكافي لإبلاغ السلطات العامة ووضع نفسه تحت حمايتها فلا مجال للدفاع لأن الخطر ليس حالا.[1]

و يرى الشراح أن الخطر يكون حالا إذا كان لم يبدأ بعد و لكنه على وشك الوقوع، فيتجه الدفاع إلى منع المعتدي من البدء في الاعتداء ، و قد يكون قد بدأ فعلا فيتجه الدفاع إلى منع استمرار الاعتداء ، و عليه تكون عندنا صورتين للخطر :

أ-الخطر الوشيك :

فإذا صدر من المعتدي أفعال تجعل وقوع الاعتداء أمرا منتظرا على الفور بحسب المجرى العادي للأحداث ، كان الخطر حالا و أستوجب رده بفعل الدفاع الشرعي ، فمن يرى خصمه يرفع عصاه بقصد ضربه ، أو يتناول مسدسه بقصد تصويبه نحوه ، أو يهم بتوجيه لكماته إليه يكون في موقف الدفاع و لو أن فعل الاعتداء لم يقع بعد وقوعه أصبح فننتظر كخطوة تالية مباشرة بحسب المجرى العادي للأحداث. [2]

وعليه فالقانون لا ينظر لقيام حالة الدفاع الشرعي أن يبدأ المعتدي عدوانه و إنما يكفي أن يكون الخطر على وشك الوقوع .

والضابط في تحديد ما إذا كان الخطر وشيك الوقوع أو مستقبليا هو النظر في الظروف التي أحاطت المهدد بالخطر ومعيارها الشخص العادي وكيفية تقديره لهذه الظروف ، فهل

---

[1] - د.رضا فرح شرح قانون العقوبات –ج1 ص 157

[2] - عبدا لله سليمان –شرح قانون العقوبات ص 134

يرى الخطر من خلالها وشيكا أم مستقبليا ولكن يتعين النظر في هذه الظروف بصورة موضوعية ، ودون إغفال للظروف التي تؤثر في تفكير المهدد بالخطر كزمان حلول الخطر أو مكانه ، وغيرذلك مما يقدرها شخص معتاد وجد بنفس ظروف المهدد بالخطر [1]

ب- الاعتداء المستمر :

وصورة هذا الاعتداء أن يكون المعتدي قد بدأ في الاعتداء وما زال مستمرا، أي لم يمنعه بعد ، وتدخل في هذه الصورة ما إذا كان المعتدي قد بدأ في تنفيذ الفعل المكون للركن المادي للجريمة ، ولكن لم ينته بعد من إنزال الضرر الفعلي بحق المعتدي عليه ، فيبقى اعتداؤه في هذه الصورة خطرا حاليا مبررا للدفاع الشرعي يكون هدف المدافع الحيلولة دون استمرار هذا الاعتداء حتى لا يترتب الضرر الذي استهدفه المعتدي .

ومثال ذلك أن يقوم المعتدي بضرب المعتدى عليه مرة ، ثم تأهب مرة أخرى ليوجه إليه ضربات أخرى أو استولى على بعض ما يملكه المجني عليه واستعد للإستيلاء على أشياء أخرى، فالدفاع هنا جائز لتفادي تحقق الخطر.

تختلف لحظة انتهاء العدوان حسب طبيعة الجريمة وذلك لاختلاف الركن المادي للجرائم، فلو أطلق المعتدي رصاصة على المجني عليه وكان يستعد لإطلاق رصاصات أخرى أو طعنه بالسكين طعنة و يتهيأ لطعنات أخرى فيكون الدفاع هنا جائز لتفادي الخطر الداهم .

أما إذا كان الخطر قد انتهى ، فإن أي ردة فعل ضد المعتدي تعتبر نوعا من الانتقام ولا تشكل حالة دفاع ، فالدفاع الشرعي لم يشرع للانتقام ، وإنما شرع لمنع المعتدي من إيقاع فعل التعدي أو الاستمرار فيه حيث يكون هذا الاعتداء قد انتهى، فلا يكون للدفاع الشرعي وجود[2].

والضابط في انتهاء الاعتداء هو إتمام الجاني الأفعال التي يريدها و تحقق النتيجة الإجرامية بحيث لا يكون في وسع المعتدى عليه أن يحول دون تحققنا أو ازدياد جسامتها .

وذلك يختلف باختلاف الجرائم و الظروف التي ارتكبت فيها فجريمة القتل مثلا ، ينتهي الاعتداء فيها بوفاة المجني عليه ، و جريمة الحريق العمد تنتهي بانتهاء الجاني في وضع النار

---

[1] - د.نظام توفيق المحالي – شرح قانون العقوبات ص 237 .

[2] - د.سمير عالية –قانون العقوبات القسم العام – ط1 1993 المؤسسة الجامعية للنشر و التوزيع –بيروت لبنان ص 91.

فعلا في المال المراد حرقه وهكذا القول في جميع الجرائم الوقتية التي تتم و تنتهي في لحظـــة [1] غير أن الحكم قد يتغير بالنسبة لجريمة السرقة لأن هذه الجريمة لا تتم إلا بالاستيلاء على الشيء استيلاءها كاملا ، بحيث يصح أن يقال إن الشيء قد خرج من حيازة الجاني ، أما أمجرد وضع اليد على الشيء المسروق فانه لا يحول دون حق المالك في استعمال القوة اللازمة لاســترداد ماله إلى حيازته ، أما إذا تمكن الجاني من الهرب بالمسروقات فان الجريمة تعتــبر منتهيــة و لا يكون للمجني عليه إلا الالتجاء إلى السلطات و لا يحق له الدفاع الشرعي .

كما أنه لا محل للدفاع الشرعي إذا استطاع المعتدي عليه انتزاع سلاح المعتدي فصار أعزل لا يصدر منه خطر، ولا محل إذا فر الجاني متخليا عن المسروقات أو هرب بعد أن وضع النار في المكان الذي يريد إحراقه. [2]

وقد ينتهي الخطر قبل الحصول الضرر ولو لم يتحقق الجريمة التي تسعى إليهـــا، ســـواء كان توقفه اختياريا أو إجباريا، كما لو أطلق المعتدي عيارا ناريا لم يصب المعتدي عليـــه أو كف عن الاستمرار في إطلاق النار سواء من اختياره أو يتدخل عوامل أخرى خارجـــة عـــن إرادته، ففي هذه الحالة لا يجوز هنا أيضا للمعتدي عليه أن يعتدي بحجة الدفاع عن نفسه .

وقد ينتهي الخطر بعد حصول الضرر أي بعد إتمام الجريمة ، فلا يجوز للمعتدي عليـــه اللجوء للعنف ضد المعتدي .

فالضابط في تقدير زوال الخطر يكون وفق مقاييس موضوعية واقعية وفقـــا لـــتفكير الشخص المعتاد في مثل الظروف التي كان فيها الجاني فإذا توهم المدافع استمرار الخطأ خلافـــا لهذه المقاييس فإنه يقع تحت تأثير الغلط في الإباحة فلا يسأل عن الجريمة بصفتها غير عمدية أو تنتفي مسؤوليته تماما إذا كان توهمه بناء على أسباب معقولة

وخلاصة القول فيما يخص حلول الخطر أن ما يقول به شراح القانون اليوم هو نفس ما قـــرره فقهاء الشريعة ، و لا خلاف بينهم في هذا الشأن من وجوب أن يكون الخطـــر حـــالا و لا مشروعية للدفاع الشرعي بعد انتهاء العدوان .

[1]- د. محمد رضا – فرح شرح قانون العقوبات – ص 157 ، يوسف قاسم–نظرية الدفاع الشرعي ص 189

[2]- د.يوسف قاسم نظرية الدفاع الشرعي ص 189

المطلب الثاني: الخطر المستقبل و الدفاع الميكانيكي.

المقصود بالدفاع الشرعي رد العدوان الذي تعرض له المعتدي عليه في الحال أو على وشك الوقوع فهل يجوز للمعتدي عليه يرد خطرا سوف يقع مستقبلا محتاط لفعله أما بارتكاب الجريمة أو بوضع أفخاخ و آلات ليقي نفسه خطر الاعتداء و ترصد المعتدي ، و كما أن احتمال الضرر موجودا فيكون دفاعا من غير عدوان .

فقهاء الشريعة يرون أنه لا يجوز الدفاع ضد خطر مستقبل قد لا يتحقق قال الإمام الشافعي : " و إن أراده و هو في الطريق و بينهما نهر أو خندق أو جدار أو ما لا يصل معه إليه لم يكن له ضربه ...و إن كان المراد في جبل أو حصن أو خندق فأراده رجل لا يصل إليه بضرب لم يكن له ضربه". [1].

و مثل هذا الكلام جاء في المجموع :" إذا كان الصائل عاجزا عن المطلوب فليس للمطلوب دفعه ، لأنه لا تأثير للطلب عليه ، و قد يكون العجز و الامتناع بحصن يأوي إليه المطلوب أو عشيرة تمنعه أو سلطان قوي فليس له دفعه لأنه مدفوع عنه في هذه الحالة [2].

ومثل هذا يقول به فقهاء القانون فهم لا يرون جواز الدفاع الشرعي ضد الخطر المستقبل، لأنه الفعل المرتكب لا يملك مقومات وقوع الجريمة ، و إنما بعد فترة مستقبلة، فالخطر المستقبل يمكن معه الالتجاء إلى السلطات العمومية حتى تمنع وقوع الضرر و قد نصت بعض التشريعات العربية :" ليس لهذا الحق وجود متى كان من الممكن الركون في الوقت المناسب إلى احتماء برجال السلطة العمومية [3].

وعليه فإذا هدد شخص آخر على أن يقتله في تاريخ معين فليس له أن يدافع دفاعا شرعيا عن القتل إذ في إمكانه الالتجاء إلى السلطات العمومية لحمايته فإذا شرع المعتدي في تنفيذ ما هدد به كان الخطر حالا .

وتقدير ما إذا كان الخطر مستقبلا يقتضي الاعتداء بالظروف التي يمر بها هذا الشخص، مثلا إذا علم احد البحارة أن زملاءه قد قرروا قتله بعد بضعة أيام عند رسوا السفينة في ميناء بعيد اختير لتنفيذ الجريمة به ، لا يمكن مطالبته بالانتظار حتى تصل السفينة إلى مكان الجريمة ،

---

1 – الإمام الشافعي – الأم- ج6 ص 48.

2 - د.محمد مطرجي -المجموع – شرح المهذب الإمام النووي- دار الفكر- بيروت- لبنان ج20ص 404.

3 - المادة 247 قانون العقوبات المصري -القسم العام – مأمون محمد سلامة- ص 216..

و عليه تكون الاحتياطات جائزة وإذا ترتب عليها جرح الشخص أو موته يعتـــبر محـــدثها في حالة دفاع شرعي إذا كان من أصيب بها معتديا و كان اعتداؤه هو الذي حرك الوسيلة الـــتي أحدثت الضرر.[1]

والضابط في تقدير الخطر المستقبل هو الظروف التي كان فيها المدافع شـــرط ان يكـــون تقديره مبينا على أسباب معقولة .

و أما اتخاذ الأسباب لمنع الاعتداء كنصب الأفخاخ و الحبال و غيرها أو ما يطلق عليه فقهاء القانون بالدفاع الميكانيكي (الآلي) فذهب الحنفية و الشافعية إلى جواز نصب الحبالان والأفخاخ و الأشواك في الحرث أو وراء الأسوار و الأبواب ، ويمكن إسقاط هـــذا الحكـــم انطلاقا مما ذكره الفقهاء فيمن حفر بئرا في ملكه فوقع فيها إنسان أو دابة فهلك ، فإن كـــان الداخل بغير إذن فلا ضمان عليه لأنه عدوان منه و هذا قول الحنابلة و الحنفية و الشافعية. [2]

أي أن الدخول بغير إذن عدوان من الداخل و نعني أن ما حدث من قبيل الدفاع الشرعي

وذهب المالكية على رأي الحطاب إلى التفصيل بين حالتين:

الأولى : فيما إذا كان الفاعل لا يريد إلا الدفاع عن نفسه أو ماله باتخاذ هذه الوسائل فلـــيس عليه الضمان ، والحالة الثانية حالة ما اتخذ هذه الوسائل لكي يضر بها غير فعلية الضـــمان في مثل هذه الصورة .

جاء في مواهب الجليل حكاية عن أصبغ الفرج سألت ابن القاسم عن الرجل يكون له الزرع فتغير فيه دواب الناس فتفسده فيريد صاحب الزرع أن يحفر حول زرعه حفير المكـــان الدواب وقد تقدم إلى أصحابها وأنذرهم فيحفر فيقع بعض تلك الدواب في ذلـــك الحفـــير فتموت أترى عليه ضمانا؟ قال ليس عليه شيء ولو لم ينذرهم و لم يتقدم إليهم ، وقاله أصـــبغ وهو قول مالك إن شاء الله، قال محمد بن رشد هذا كما قال لأنه إنما فعل ما يجـــوز لـــه أن يفعله من الحفير في أرضه، وضعه تحصينا على زرعه لا لإتلاف دواب الناس، ولو فعل ذلـــك لإتلاف دواب الناس لزمه الضمان على ما قاله في المدونة[3].

1- – عبد الحميد الشواربي – الدفاع الشرعي في ضوء الفقه و القضاء- ص 48.

2- ابن قدامة- المغني -ج 9 -ص 571 ، حاشية ابن عابدين- ج5- ص 524 .

3- الحطاب – مواهب الجليل- ج8ص305، غير أن ما نسبه الحطاب إلى المدونة في أخر باب الديات لم أقف عليه بعد التتبع ، وهذا يحتاج إلى تحقيق .

وجاء في المدونة: "وإن جعل حبالة في داره يتلف بها سارقا فعليه ضمانة قـــال ابـــن القاسم السارق وغير السارق إذا وقع فيه سواء يضمنه."[1]

ومن خلال هذين النصين يظهر أن هناك تعارض فما قال به مالك في المدونة غير الذي قال به الحطاب وما يفهم من كلام المدونة أن الدفاع الآلي غير جائز وأن من استعمل الدفاع الآلي مسئول إذا قصد بعمله هذا إصابة الداخل ولو كانا سارقا، و لم أقف على مانقله الحطاب عن المدونة .

جاء في النوادر:" وكذلك من جعل في حائطه شركا أو تحت عتبته مسامير ليصيب بها من دخل فهو ضامن ما أصيب بذلك، وكذلك من ربط كلبا بداره يعقر من يدخل ضـــمن ، وإن كان ربطه للصيد فعقر به من دخل لم يضمن."(2)

ويرى بعض الفقهاء المعاصرين(3) أن هذا الكلام- كلام الحطاب- أقرب إلى الدقة في تطبيق قواعد الدفاع الشرعي لأن الدفاع الشرعي لم يشرع إلا لرد الاعتداء مـــع مراعـــاة أن يكون بأيسر وسيلة ممكنة وهذا الكلام يقتضي النظر إلى نية الفاعل ، فإن كان يقصد الدفاع بالوسائل التي لجأ إليها فلا شيء عليه لأنه يقوم بفعل مشروع للمحافظة على أمواله و أما إن كانت نيته الأذى فعلى الضمان و هذا في غاية الدقة .

و أما فقهاء القانون فقد اختلفوا في مسالة الدفاع بوسائل الدفاع الميكانيكي فـــذهب البعض انه إذا كانت هذه الآلات وضعت لأسر الحيوان أو قتله فلا جريمة مطلقا إذا قتلت من سرق لأنه لا يوجد قصد جنائي ، و لكن إذا وضعت هذه الآلات في مترل مأهول بالســـكان فالأمر مختلف.

ويرى البعض الآخر أن لا يسأل عن الفعل و الجرح بشرطين، الأول أن الوســـيلة لا تعمل إلا عند وقوع الاعتداء، والثاني أن يكون الدفاع مناسبا مع الاعتداء. (4)

وعليه أن قيل إن الخطر ليس بحال فالجواب لا ينبغي النظر إلى الخطـــر وقـــت قيـــام صاحب المال بالعمل الذي يحافظ به على ماله و لكن يجب النظر إلى الخطر الذي يعمل فيها

---

1 - الامام مالك- المدونة – دار الفكر- دط- دت ط – ج4ص511.

2- الامام أبي زيد القيرواني- النوادر والزيادات- -دار الغرب الاسلامي- ط1-1999- ج13ص519.

3- د.يوسف قاسم- نظرية الدفاع الشرعي- ص185.

4- محمد سيد عبد التواب –الدفاع الشرعي- ص 199 .

الآلة ، لأن المفروض إن عملها لا يبدأ إلا عند محاولة العدوان و من ثم يجب مراعـــاة جميـــع شروط الدفاع و منها ما يتناسب الدفاع من الاعتداء [1] .

ومما سبق نبين أن ما جاء به الفقهاء في مسالة الدفاع الآلي والخطر المستقبل يتوافق مع ما وصل إليه الفقهاء، وأن المالكية عل خلاف ذلك فلم يجيزوا الدفاع الآلي كما بينت .

المبحث الثالث: موضوع الاعتداء.

المطلب الأول: أن يقع الاعتداء على النفس.

المطلب الثاني: أن يقع الاعتداء الإعتداء

1 - يوسف قاسم –نظرية الدفاع الشرعي- ص 186

على المال.

المطلب الثالث: أن يقع الاعتداء الإعتداء على

العرض

المبحث الثالث : موضوع الاعتداء.

الدفاع الشرعي يكون ضد أي خطرا سواء يتهدد النفس أو المال أو العرض.

المطلب الأول: الدفاع عن النفس .

لقد جاءت الشريعة الإسلامية بما يكفل حياة النفس و سلامة الجسم فحرمت القتل قال تعالى: "وَلاَ تَقْتُلُواْ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللّهُ إِلاَّ بِالحَق "[1]

الأصل في شرعية الدفاع عن النفس قوله صلى الله عليه و سلم : " من قتل دون دمه فهو شهيد."[2]

وأما قانون العقوبات فهو يجيزه أيضا بنص المادة 39 وعليه يكون للشخص الذي تعرض للاعتداء على نفسه أن يدافع دفاعا شرعيا سواء يهدد حياته بخطر أو يهدده في سلامة جسمه ويسري في ذلك الخطر الواقع على نفس الإنسان أو نفس غيره.

حكم الدفاع عن النفس عند فقهاء الشريعة:

منهم من قال بالوجوب ومنهم من قال بالجواز فذهب الفريق الأول وهم الحنفية حيث قالوا بوجوب الدفع عن النفس ، فقد جاء في رد المحتار: " و يجب قتل من شهر سيفا على المسلمين "[3]. وجاء في شرح فتح القدير في العبارة السابقة "والمعنى وجوب دفع الضر"[4] ، والرأي الغالب في المالكية ، "ذكر القرطبي وابن الفرس في الوجوب قولين قالا و الأصح الوجوب"[5].

وأما مذهب الشافعي فقد جاء في العزيز :"و إن قصد الصائل نفسه نظر إن كان كافرا وجب عليه القتال والدفع ما أمكنه." [6] والحنابلة في غير الفتنة جاء في المبدع :"وهل يجب

1- سورة الإسراء الآية 33.

2 - رواه أبو داود –باب قتال اللصص – رقم 4772-ج4ص246 ، والترميذي وصححه، كتاب الديات عن رسول الله–باب ماجاء فيمن قتل دون ماله فهو شهيد رقم:1421- ج4ص22.

3 – ابن عابدين – رد المحتار على الدر المختار–دراسة و تحقيق عادل محمد عبد الموحود ، الشيخ علي معوض- دار الكتب العلمية–ط1-1997-ج10 ص190.

4- ابن الهمام- شرح فتح القدير ––دار الفكر- بيروت- لبنان -ج10 - ص 232.

5- الحطاب – مواهب الجليل شرح مختصر خليل – ار الكتب العلمية –ط1 1995 ج8 ص 443.

6- الرافعي- العزير شرح الوجيز–تحقيق الشيخ علي معوض ، الشيخ عادل احمد عند الموجود –دار الكتب العلمية – ط1 1997 ج11 ص 314 .

عليه الدفع عن نفسه،على روايتين : الأصح أنه يلزمه الدفع عن نفسه."[1] وقد استدلوا على ذلك بما يلي :

1- قوله تعالى :" وَلاَ تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوَاْ إِنَّ اللّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ "[2]ووجه الدلالة في هذه الآية إن الله منع المؤمنين من إلقاء أنفسهم إلى التهلكة و ترك الدفع إلقاء النفس إلى التهلكة وهو منهي عنه .

2- قوله صلى الله عليه و سلم :"من قتل دون دينه فهو شهيد". [3]

و أما القياس فإنهم قالوا على المضطر إلى أكل الميتة، فكما أنه يجب عليه أكل الميتة لإنقاذ نفسه فكذلك يجب الدفع انقاذا لنفسه من الموت.

الرأي الثاني: وهو رأي بعض المالكية والشافعية قالوا إذا كان الصائل مسلما فيكون الدفاع عن النفس جائزا لا واجبا حيث جاء في العزيز" وأظهرهما أنه لا يجب و يجوز الاستسلام" [4] ، و جاء في الحاوي: " يجوز له الدفع و لا يجب عليه . و إن كف لم يأثم"[5] و في حاشية الدسوقي "وابن العربي صرح بأن الدفع جائز لا واجب، فان شاء أسلم نفسه و إن شاء دفع عنها، ونقله ابن الشاس و القرفي قائلا: الساكت عن الدفع عن النفس لا يعد آثما و لا قاتلا لنفسه."[6]ودليلهم في هذا الحكم هو :

أ- قوله تعالى :" لَئِن بَسَطتَ إِلَيَّ يَدَكَ لِتَقْتُلَنِي مَا أَنَاْ بِبَاسِطٍ يَدِيَ إِلَيْكَ لَأَقْتُلَكَ إِنِّي أَخَافُ اللّهَ رَبَّ الْعَالَمِينَ. " [7]

ب- قوله صلى الله عليه و سلم: "كن عبد الله المقتول و لاتكن عبدالله القاتل"[8].

---

1 - ابن مفلح - المبدع في شرح المقنع-المكتب الاسلامي-دمشق-ط1-1979-ج9ص155.

2 - سورة البقرة الاية 19.

3 - رواه أبو داود –باب قتال اللصص – رقم 4772-ج4ص246، والترميذي وصححه، كتاب الديات عن رسول الله-باب ماجاء فيمن قتل دون ماله فهو شهيد رقم:1421- ج4ص22.

4 -الرافعي- العزيز شرح الوجيز –ج11 ص 314.

5- الإمام الماوردي-الحاوي الكبير-دار الفكر –بيروت- لبنان-1994-ج17ص370.

6- الدسوقي –حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج4 ص357 .

7- سورة المائدة الآية 28 .

8-عن عبد الله بن خباب رضي الله عنه قال سمعت أبي يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول:" تكون فتن فكن فيها عبد الله المقتول ولا تكن القاتل" أخرجه ابن أبي خيثمة والدارقطني وأخرج أحمد نحوه عن خالد بن عرفطة

ج- منع عثمان رضي الله عنه -عبيدة من الدفع يوم الدار و قال:" من ألقى سلاحه فهو حر."[1]

وبالنظر إلى أدلة الفريقين يترجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلين بوجوب الدفاع عن النفس، للأسباب التالية :

أ- إن الله عز وجل قال :" وَلاَ تَقْتُلُواْ أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيماً. "[2]، فكما أن الله حرم قتل النفس، حرم أيضا كل ما يؤدي إلى قتلها وعدم الدفاع عن النفس تعريض النفس للقتل.

ب- استدلال جمهور الفقهاء بالآية السابقة واضح و صريح على دلالة المعنى المراد ، كما أن القياس على المضطر هو قياس صحيح و لا فرق بين المضطر للدفاع عن نفسه و المضطر لأكل الميتة لإحياء نفسه ، و أما أدلة القائلين بالجواز فالرد عليهم من أوجه :

أ- الحديث السابق رواه الإمام أحمد في مسنده قال حدثنا عبد الرحمن بن مهدي حدثنا حماد بن سلمة عن علي بن زيد عن أبي عثمان عن خالد بن عرفطة قال : قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم: يا خالد إنها ستكون بعدي أحداث وفتن واختلاف فإن استطعت أن تكون عبد الله المقتول لا القاتل فافعل" فالبنظر إلى سند هذا الحديث نجد فيه" علي بن زيد" وهو ابن جدعان و هو ضعيف[3]،وأما حديث عبد الله بن خباب قال عنه الصنعاني:"قد اخرج

بلفظ ستكون فتنة بعدي وأحداث واختلاف فإن استطعت أن تكون عبد الله المقتول لا القاتل فافعل. انظر: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني تلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير-ج4ص84.

[1] - قال ابن حجر:"حديث أن عثمان منع من عنده من الدفع يوم الدار وقال من ألقى سلاحه فهو حر لم أجده وفي بن أبي شيبة من طريق عبد الله بن عامر سمعت عثمان يقول إن أعظمكم عندي حقا من كف سلاحه ويده". انظر ابن حجر- تلخيص الحبير-ج4ص86.

الحديث رواه بلفظ : "إن أعظمكم عندي حقا من كف سلاحه ويده" عن عبد الله بن عامر - باب ماجاء في فتنة عثمان وقتله- رقم: 37081، أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي- المصنف في الأحاديث والآثار- مكتبة الرشد- الرياض- 1409-ط1-تحقيق كمال يوسف الحوت-ج7ص442.

2- سورة النساء الاية29 .

[3] - قال أبو زرعة وأبو حاتم ليس بقوي، وقال البخاري وغيره لا يحتج به، وقال ابن خزيمة لا أحتج به لسوء حفظه، وقال الترمذي صدوق وكان ابن عيينة يلينه، وقال شعبة حدثنا علي بن زيد وكان رفاعا وقال مرة حدثنا قبل أن يختلط وقال حماد بن زيد أنبأنا علي بن زيد وكان يقلب الأحاديث، وقال الفلاس كان يحيى بن سعيد يتقيه، وقال أحمد بن حنبل ضعيف، وروى عباس عن يحيى ليس بشيء ومرة قال هو أحب إلي من ابن عقيل وعاصم ابن عبيد الله، وروى عثمان الدارمي عن يحيى ليس بذاك القوين وقال العجلي كان يتشيع ليس بالقوي وقال الفسوي اختلط في كبره، وقال

من طرق كثيرة وفيها كلها راو لم يسم وهو رجل من عبد قـيس كـان مـع الخـوارج ثم فارقهم."[1] وهذا بالطعن في صحة الاستدلال به .

ب- لو سلمنا بصحة هذا الحديث، فإن رسول الله صلى الله عليـه و سـلم قـال في أول الحديث: "ستكون فتن" وهذا منه دليل على ترك القتال في وقت الفتن، قال الإمام الصـنعاني بعد أن ذكر هذا الحديث"والحديث دليل على ترك القتال في ظهور الفـتن والتحـذير مـن الدخول فيها"[2]، ومراد دراستنا نحن في هذا البحث هو الظروف العادية ، وأما حالات الفتن فليست محل دراستنا.

وبالتالي نقول توفيقا بين الرأيين: إن الدفاع الشرعي واجب في الظروف العادية، جـائز اذا انتشرت الفتن ، الحديث السابق إشارة إلى فتنة قتل عثمان بن عفان رضي الله عنه ، ترك من أجلها عثمان القتال.

وكما أن الدفاع عن النفس واجب، فكذلك يجب الدفاع عن نفس الغـير، والأصـل في ذلك قوله صلى الله عليه و سلم :"أنصر أخاك ظالما أو مظلوما، قيل يا رسول كيف انصـره ظالما؟ قال تحجره عن الظلم فذلك نصره" [3].

قد تكلم الفقهاء عن الدفاع عن نفس الغير وهذا ما يدل على عدم التفرقة بـين نفـس الإنسان أو نفس غيره ، و قد جاءت بعض عبارات الفقهاء مصرحة بجواز الدفاع عن النفس الغير ، جاء في الحاوي الكبير : "ويكون حكم دفعه عن غيره من أهله و ذريته كحكم دفعـه عن نفسه."[4]، وجاء في المبدع في الكلام عن الدفاع عن نفس الصائل :"ويلزمه عن نفـس غيره لأنه لا يتحقق معنى إيثار الشهادة و كإحيائه ببذل طعامه."[5]

الدارقطني لا يزال عندي فيه لين، انظر الذهبي- سير أعلام النبلاء- - مؤسسة الرسالة-بيروت- 1413-ط9-تحقيق شعيب الأرناؤوط , محمد نعيم العرقسوسي-ج5ص207.

1- الصنعاني- سبل السلام- ج4ص39.

2- الإمام الصنعاني-سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام- دار إحياء التراث العربي-بـيروت لبنـان-ط4-1379 ج4ص39 .

3- رواه البخاري – كتاب المظالم-باب أعن أخاك ظالما أو مظلوما-رقم2264-ج2ص368.

4- الإمام الماوردي - الحاوي الكبير - ج17 ص 368 .

5 - ابن مفلح -كتاب الفروع - تصحيح الفروع المرداوي و حاشية بن قندس ج6ص142.

وجاء عند المالكية في تبصرة الحكام : قال ابن عبد السلام يجوز دفعه عن كل نفس معصومة كانت من المسلمين ومن أهل الذمة."[1]

حكمه:ومما سبق تبين لنا إن حكم الدفاع الشرعي عن نفس الغير نفس الحكم المقرر لدفاع الإنسان نفسه ، وتسري أحكام الجواز و الإيجاب كما ذكرناها من قبل على الدفاع عن نفس الغير و هو الذي نرجحه أيضا هو الوجوب .

ثانيا:حكم الدفاع عن النفس قانون العقوبات الجزائري

أما في قانون العقوبات الجزائري فقررت الفقرة الثانية من المادة 39 أن الدفاع المشروع يكون في مواجهة الجرائم الواقعة على النفس ، و من خلال صيغة النص القانوني فإن المشرع لم يحصر مجموعة من الجرائم بعينها فالنص إذا عام و شامل لكل جريمة تقع على النفس، و يقصد بجرائم النفس مهما كانت جسامة هذه الجريمة .

وهي جرائم الدم وجرائم المساس بسلامة الجسم المجني عليه ، فالقتل العمد بكل أنواعه إذا كان بسيطا أم مقترنا بظروف مشددة مثل سبق الإصرار أو الترصد و جرائم الجرح و الضرب و أيا كان مداها من الجسامة يستوي الاعتداء أن يكون الاعتداء في صورة المواد [254-25-256-257-264-265-266-268-269-270-271-274] قانون العقوبات .

وجرائم النفس متنوعة ومن أظهر أنواعها ، تلك التي تهدد الإنسان في حياته أو في سلامة جسمه أو عضو من أعضاءه ، وهي جرائم القتل والضرب والجرح وإعطاء المواد الضارة ويدخل فيها أيضا التعدي والإيذاء الخفيف الذي لا يصل إلى درجة معينة من الخطورة ومن جرائم النفس أيضا جرائم الاعتداء على الحرية مثل خطف الأشخاص و حبسهم دون حق.[2]

أما بالنسبة لحكم الدفاع عن النفس فإن الفقهاء لم يعطوا للدفاع عن النفس حكما مستقلا، فلم يفرق فقهاء القانون بين الدفاع الشرعي عن النفس و غيره من المال و العرض .

1- ابن فرحون المالكي – تبصرة الحكام في أصول الأقضية و الأحكام–دار الكتب العلمية مؤسسة الرسالة – بيروت لبنان ط1- 2003 ج10ص 230.

2- نظرية الدفاع الشرعي ، يوسف قاسم – ص 83 .

وكما أقر المشرع حق الدفاع عن نفس الإنسان فقد نص صراحة على الدفاع عن نفس الغير، وعليه فالدفاع لا يكون مقصورا على صاحب الحق المهدد بالاعتداء بل كما أباح للمعتدي عليه أن يدافع عن حقه ، أباح له الدفاع عن حقوق غيره ، و لا يشترط أن تقوم أي صله بين المدافع و صاحب الحق المعتدي عليه .

وقد نصت المادة:182 على ما يلي:يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 500إلى15000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يستطيع بفعل مباشر منه وبغير خطورة عليه أو على الغير أن يمنع وقوع فعل موصوف بأنه جناية، أو وقوع جنحة ضد سلامة جسم الإنسان امتنع عن القيام بذلك بغير إخلال في هذه الحالة بتوقيع عقوبات اشد ينص عنها هذا القانون أو القوانين الخاصة.

ويعاقب بالعقوبات نفسها كل من امتنع عمدا عن تقديم مساعدة إلى شخص في حالة الخطر كان في إمكانه تقديمها إليه بعمل مباشر منه، أو بطلب الإعاثة له ، وذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو على الغير.

ومايمكن فهمه من خلال هذه المادة أن الدفاع عن الغير واجب ، غير أن المادة وضعت مجموعة من الشروط:

1- أن تكون هذه الجناية أو الجنحة ماسة بسلامة الجسم.
2- الاستطاعة، أن يستطيع هذا الشخص مساعدة غيره .
3- كما نصت المادة أيضا على حالة طلب المساعدة، وهي أن يطلب مساعدة من غيره أو الإغاثة.

المطلب الثالث :الدفاع عن العرض

أولا: الدفاع عن العرض عند فقهاء الشريعة.

لقد أباحت الشريعة الإسلامية لمن يتهدده خطر في عرضه أن يدافع عن عرضه ، فقد جاء في الحديث :" ومن قتل دون عرضه فهو شهيد. "[1]

1 - رواه أبو داود –باب قتال اللصص – رقم 4772 –ج4ص246،والترميذي وصححه، كتاب الديات عن رسول الله–باب ماجاء فيمن قتل دون ماله فهو شهيد- رقم:1421- ج4ص22.

كما أقرت الشريعة للمرأة إذا راودها رجل عن نفسها أن تدفعه بالضرب أو الجرح ، أو بالقتل إذا لم يكن لها إلا أن تقتله لتدافع عن نفسها ،و هو مقرر لكل إنسان يـــدافع عـــن عرضه أو جريحة بأي وسيلة .

ودليل ذلك ما روى عن الزبير أنه كان يوما قد تخلف ومعـــه جاريـــة لـــه.فأتـــاه رجـــلان فقالا:اعطنا شيئا فألقى إليهما طعاما كان معه ، فقالا خل عن الجاريـــة فضـــربهما بســـيفه فقطعهما بضربة. [1]

وهذا الذي روي عن الزبير له سند من السنة الصحيحة ، فهو بالإضافة إلى أنه عمل صحابي إلا أنه فهم من الزبير لسنة رسول الله صلى الله عليه و سلم ، فقد وردت أحاديـــث كثيرة تقرر شرعية الدفاع عن العرض منها قوله صلى الله عليه و سلم :" و مـــن قتـــل دون عرضه فهو شهيد ." [2]

وكذلك يجوز للرجل أن يدافع عن عرضه إذا رأى رجلا يعتدي على زوجتـــه، فقـــد روى أن رجلا جاء إلى عمر حتى جلس إليه و سيفه ملطخ بالدم ووراء قوم يعدون خلفـــه ، فقال الرجل يا أمير المؤمنين أني ضربت فخذي امرأتي فان كان بينهما أحد فقد قتلته، فقـــال عمر : ما يقول ، قالوا يا أمير المؤمنين إنه ضرب بالسيف فوقع في وسط الرجـــل و فخـــذي المرأة ، فأخذ عمر السيف فهزه ثم دفعه إليه و قال إن عادوا فعد رواه سعيد في سننه". [3] .

غير أن هذا الأمر ليس على لإطلاقه، فقد انتشرت في المجتمعات العربية مـــا يســـمى ظاهرة قتل الشرف،وهو أن يقتل الرجل أخت أو ابنته باسم حماية شرفه، وليس في الشـــريعة هذا النوع لأن الأصل أن يقيم الحاكم الحد، وليس كل من تسول له نفسه قتل أحد أن يقول قتلته دفاعا عن عرضي.

فمن المتفق عليه بين الفقهاء أنه لا يجوز أن يقيم الحدّ إلا الإمام أو نائبه لأن الحدّ حـــق الله تعالى ومشروع لصالح الجماعة فوجب تفويضه إلى نائب الجماعة وهو الإمام ولأن الحـــدّ يفتقر إلى الاجتهاد ولا يؤمن في استيفائه من الحيف والزيادة على الواجب فوجب تركه لولي

---

1 -بن قدامة- المغني- ج9 ص337

2- رواه أبو داود - باب قتال اللصص - رقم 4772-ج4ص246،والترميذي وصححه، كتاب الديات عن رسول الله-باب ماجاء فيمن قتل دون ماله فهو شهيد- رقم:1421- ج4ص22.

3- ابن قدامة - المغني- ج8ص232.

الأمر يقيمه إن شاء بنفسه أو بواسطة نائبه ...لكن إذن الإمام بإقامة الحدّ واجب ، فما أقيم حدّ في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا بإذنه وما أقيم حدّ في عهد الخلفاء إلا بإذنهم[1]

بل ولعل هذا الأثر قد يبدوا متعارضا مع ماورد عن علي زضي الله عنه، فقد روى مالك في الموطأ أثرا، إن رجلا من أهل الشام يقال له بن خيبري وجد مع امرأته رجلا فقتله أو قتلهما معا، فأشكل على معاوية بن أبي سفيان القضاء فيه، فكتب إلى أبي موسى الأشعري يسأل له علي بن أبي طالب عن ذلك، فسأل أبو موسى عن ذلك علي بن أبي طالب فقال له علي: إن هذا الشيء ما هو بأرضي عزمت عليك لتخبرني، فقال له أبو موسى كتب إلى معاوية بن أبي سفيان أن أسألك عن ذلك، فقال علي أنا أبو حسن إن لم يأت بأربعة شهداء فليعط برمته."(2)

عن أبيه عن أبي هريرة قال" قال سعد بن عبادة ثم يا رسول الله لو وجدت مع أهلي رجلا لم أمسه حتى آتى بأربعة شهداء قال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم قال كلا والذي بعثك بالحق إن كنت لأعاجله بالسيف قبل ذلك قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اسمعوا إلى ما يقول سيدكم إنه لغيور وأنا أغير منه والله أغير مني" (3)

:قال بن عبد البر

في هذا الحديث النهي عن قتل من هذه حاله تعظيماً للدم وخوفاً من التطرق إلى إراقة دماء المسلمين بغير ما امرنا الله به من البينات، أو الإقرار الذي يقام عليه وسد الباب الافتيات على السلطان في الحدود التي جعلت في الشريعة إليه وأمر فيها بإقامة الحق على الوجوه التي ورد التوقيف بها. (4)

وقال:" يريد الله أعلم أن الغيرة لا تبيح للغيور ما حرم عليه، وأنه يلزمه مع غيرته الانقياد لحكم الله ورسوله، وأن لا يتعدى حدوده فالله ورسوله أغْيَر، ولا خلاف علمته بين

1- عبد القادر عودة- التشريع الجزائي الاسلامي- ج2ص244.

2- رواه مالك- الموطأ- كتب الأقضية- باب فيمن وجد مع امرأته رجلا- رقم1416-- موطأ الإمام مالك -دار إحياء التراث العربي – مصر- محمد فؤاد عبد الباقي-دط-دت ط- ج2ص737.

3- مسلم-كتاب اللعان-رقم1498 ج2ص1153.

4 – ابن عبد البر- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد-دار النشر- وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية- المغرب- 1387 -مصطفى بن أحمد العلوي ,محمد عبد الكبير البكر-- ص53ج4.

العلماء فيمن قتل رجلا ثم ادعى أنه إنما قتله لأنه وجده مع امرأته بين فخذيها ونحو ذلك من وجوه زناه بها، و لم يعلم ما ذكر عنه إلا بدعواه أنه لا يقبل منه ما ادعاه وأنه يقتل به، إلا أن يأتي بأربعة شهداء، يشهدون أنهم رأوا وطئه لها وإيلاجه فيها ويكون مع ذلك محصنا مسلما بالغا أو من يحل دمه بذلك، فإن جاء بشهداء يشهدون له بذلك نجا و إلا قُتِل وهذا أمر واضح لو لم يجيء به الخبر لأوجبه النظر لأن الله حرم دماء المسلمين تحريما مطلقا فمن ثبت عليه أنه قتل مسلما فادعى أن المسلم قد كان يجب قتله لم يقبل منه رفعه القصاص عن نفسه حتى يتبين ما ذكر وهكذا كل من لزمه حق لآدمي لم يقبل قوله في المخرج منه إلا ببينة تشهد له بذلك"[1] وقال – ابن القيم في معنى الغيرة في الحديث:

فلما حلف سعد أنه يقتله ولا ينتظر به الشهود عجب النبي صلى الله عليه وسلم من غيرته وأخبر أنه غيور وأنه صلى الله عليه وسلم أغير منه والله أشد غيرة ، وهذا يحتمل معنيين :

أحدهما : إقراره وسكوته على ما حلف عليه سعد أنه جائز له فيما بينه وبين الله ونهيه عن قتله في ظاهر الشرع ولا يناقض أول الحديث آخره .

والثاني : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ذلك كالمُنكِر على سعد فقال : " ألا تسمعون إلى ما يقول سيدكم " يعني : أنا أنهاه عن قتله وهو يقول بلى والذي أكرمك بالحق، ثم أخبر عن الحامل له على هذه المخالفة وأنه شدة غيرته ثم قال : " أنا أغير منه والله أغْيَر مني " وقد شرع إقامة الشهداء الأربعة مع شدة غيرته سبحانه فهي مقرونة بحكمة ومصلحة ورحمة وإحسان، فالله سبحانه مع شدة غيرته أعلم بمصالح عباده وما شرعه لهم من إقامة الشهود الأربعة دون المبادرة إلى القتل، وأنا أغير من سعد وقد نهيته عن قتله.

وقد يريد رسول الله صلى الله عليه وسلم كلا الأمرين وهو الأليق بكلامه وسياق القصة وأما إذا ثبتت الشهادة أو اعترف أولياء المقتول فلا قصاص ولا دية ، وهو الصواب الذي ثبت عن عمر رضي الله عنه وأنت إذا تأملت حكميهما لم تجد بينهما اختلافا فإن عمر إنما أسقط عنه القود لما اعترف الولي بأنه كان مع امرأته[2].

1- ابن عبد البر- التمهيد- ج21ص256.

2- ابن القيم – زاد المعاد زاد المعاد في هدى خير العباد، تحقيق: عبد القادر عرفات العشاء حسونة، دار الفكر، بيروت، ط1، 1424هـ/2003م- ج5ص408.

ولا يقتصر هذا على الزوج في الدفاع عن عرضه بل هو حق لكل من رأى امرأة غير زوجته فله أن يرد هذا الاعتداء .

والدفاع عن العرض يقوم ولو لم يصل إلى درجة الزنا ممن ينظر إلى امرأة أجنبية نظرات قريبة، فإن ذلك يعتبر اعتداء يبرر الدفاع عن العرض، كما أن النظر إلى أماكن التي لا يجوز الدخول إليها بحد ذاته يبرر الدفاع وفي هذا جاء قول رسول الله صلى الله عليه وسلم عن حديث أبي هريرة قال : " لو اطلع في بيتك احد و لم تأذن له فقذفته بحصاة ففقأت عينه ما كان عليك من جناح"[1] فهذا الحديث يدل على أن المدافع أن يدافع عن عرضه ما لو فقأ عين المتطلع إلى هذا البيت ردا لهذا الاعتداء و لا ضمان عليه .

وأما حكم دفع النظر فقد اختلفوا في دفعه فذهب الشافعية و الحنابلة بأن يدفع بأيسر وسيلة، فإن لم يندفع إلا بأن يفقأ عينه جاز له ذلك ، جاء في العزيز" قال الغزالي و إذا نظر إلى حرم إنسان في كوة أو صائر باب جاز أن يقصد عينه بمدراة أو بندقة من غير إنذار فإن عمي فلا ضمان عليه. "[2]

وجاء أيضا، "وقد نص الشافعي أنه لو ثبت المطلع ، و لم يمتنع بعد رميه بالشيء الخفيف ، استغاث عليه صاحب الدار فإن لم يكن في موضع غوث أجيب أن ينشده بالله تعالى ، فإن لم يمتنع فله أن يضربه بالسلاح ، و يناله بما يردعه فإن أتى على نفسه فلا عقل و لا قود. [3]

ودليلهم في ذلك قوله صلى الله عليه و سلم ، عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : " لو أن إمرءا اطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح" [4] و قوله صلى الله عليه و سلم :"لو علمت أنك تنظر لطعنت به في عينك إنما جعل الاستئذان من اجل البصر."[5]

1- متفق عليه- البخاري-كتاب الديات –من أخذ حقه أو اقتص دون سلطان ج5ص2304- رواه مسلم كتاب الآداب-باب تحريم النظر في بيت غيره-رقم2159- واللفظ لمسلم ص1190.

2- العزير - الرافعي - ج11 ص 331.

3- العزيز - الإمام الرافعي ج11 ص 332.

4- - متفق عليه- البخاري-كتاب الديات – باب من أخذ حقه أو اقتص دون سلطان ج5ص2304- رواه مسلم كتاب الآداب-باب تحريم النظر في بيت غيره-رقم2159- ص1190. واللفظ لمسلم.

5- متفق عليه رواه البخاري كتاب الإستئذان- باب الإستئذان من اجل البصر رقم5772، مسلم كتاب الآداب-تحريم النظر في بيت غيره رقم2156 واللفظ لمسلم ص1189.

وأما الحنفية والمالكية فروايتان فقد جاء في منح الجليل :"لو رمى إنسانا ينظر إليـــه في بيته فأصاب عينه فأكثر أصحابنا على إثبات الضمان و اقلهم علـــى نفيـــه [1] و الـــراجح في المذهب كما قال إثباته ،ودليلهم في ذلك :"لو أن إنسانا اطلع إلى عورة إنسان بغير إذنـــه لم يستبح فقأ عينه.فالنظر إلى الإنسان في بيته أولى أن لا يستباح به و محمل الحديث عندهم أنـــه رماه لينبهه على أنه فطن به أو ليدافعه عن ذلك غير قاصد فقأ عينه فانفقـــأت عينـــه خطـــأ فالجناح منتف [2] .

وذهب بعض الفقهاء إلى أن الحديث صرح بعدم الجناح فكيف يكون الضمان علـــى من رفع عنه رسول الله صلى الله عليه و سلم الحرج [3] .

كما أن من قالوا بالضمان اشترطوا أن يكون قد تقدم ذلك إنذار أو تنبيـــه ، وأن لا يكون قد قصد أن يفقأ و إنما وقع الأمر خطأ و لعل هذا الرأي الذي أرجحه.

حكم الدفاع عن العرض :

اتفق فقهاء الشريعة على أن دفع المعتدي على العرض واجب على المدافع وإذا اعتدى رجل على امرأة فلها أن تدفع عن عرضها و لو أدى ذلك إلى القتل .

وكذلك يجب على الرجل أن يدفع عن عرضه و عرض محارمه ، لأن تمكين المعتـــدي من عرض المرأة أو الرجل من عرضه أو عرض أهله حرام و إذا قلنا بالوجوب فيدل هذا على أن ترك الواجب كما هو مقرر يترتب عليه عقاب دنيوي ولولي الأمر أن يعزز تـــارك فعـــل الواجب وقد تكون العقوبة أخروية.

والدفاع الواجب قد لا يعاقب على تركه عقوبة دنيوية ، ولكن تاركـــه يعتـــبر آثمـــا مستحقا العقوبة الأخروية[4] ، كما أن التهاون في عقاب تارك الواجب لا يسوي بين الحـــق والواجب ، لأن الحق يتضمن التخيير بين الفعل و الترك ، و أما الواجب فلا تخيير فيه .

فقد جاء عند فقهاء المالكية:" وجاز دفع صائل عن نفس أو مال أو الحريم و المـــراد بـــالجواز الإذن فيصدق بالوجوب" [5] .

1- الحطاب الرعيني –مواهب الجليل ج8 ص 447.

2- المرجع السابق- ج8ص447.

3 - احمد بن المختار الجكني –مواهب الجليل - ج4 ص 383، يوسف قاسم نظرية الدفاع الشرعي ص 95.

4- عبد القادر عودة –التشريع الجزائي ج1 ص 474.

5- الدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج4 ص 357 .

و شرح معنى فيصدق بالوجوب أي لأن دفع الصائل واجب [1] ثم ذكر أقوال المذهب في دفع الصائل عموما غير أن المتفق عليه هو وجوب الدفع عن العرض .

و في الفقه الشافعي :"وإذا وجد رجلا يزني بامرأته أو غيرها كأخته أو ابنته أو يلـوط بابنـه فوجب دفعه عنه ومنعه فإن لم يمكنه المنع إلا بالقتل فقتله لم يجب عليه شيء فيما بينه و بـين الله تعالى." [2]

و عند الحنابلة:" فإنه إن رأى مع امرأته رجلا أو ابنته،أو أخته يزني بها ،أو تلوط بابنه فإنـه يجب الدفع عن ذلك في المنصوص،لأنه اجتمع فيه حق الله وهو منعه من الفاحشة،وحق نفسه بالمنع عن أهله"[3]. أما عند الحنفية " ولو كان مع امرأته وهو يزني بها أو مع محرمـه وهمـا مطوعان قتلهما و أفتى الناصحي بوجوب قتل كل مؤذ .[4]

الدفاع عن عرض الغير :

وكما اقر الفقهاء وجوب الدفاع عن عرض المسلم فكذلك قرروا جواز الدفاع عـن عرض الغير .

ففي المذهب الحنفي :" قوله: فرأى رجلا مع امرأته أو امرأة رجل آخر يزني بها قتله ، و قيده بعض الحنفية بما إذا كان محصنا وبما إذا صاح فلم يمتنع عن الزنا." [5] و جاء أيضا في المجموع :" إما إذا وجده يزني بأجنبية ليست من أهله فعليه أن يمنعه و يكفه عنـها ، فـإن كانـت مطاوعة له توجه الإنكار و المنع إليهما و إن كانت مكرهة توجه المنع إليه بما يصون محـارم الله و حفظ حقوقه [6].

وعلى هذا تكون هناك صورتان: الأولى عدم رضا المرأة و يتوجب الدفع و لو أدى إلى قتلـه والثانية رضاها و يكون من باب تغيير المنكر .

1- الدسوقي – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج4 ص 357 .

2- الإمام النووي – المجموع – شرح المهذب – ج20 ص407.

3- ابن مفلح – المبدع شرح المقنع–ج9ص156 .

4- ابن عابدين – رد المحتار– ج10 ص 211.

5- ابن عابدين المرج السابق ج10ص211.

6- الإمام النووي – المجموع الشرح المهذب ج20 ص 407.

الفرع الثالث :الدفاع عن الشرف و الاعتبار :

أسبغت الشريعة الإسلامية حمايتها للإنسان فقررت حفظ نفسه و ماله و عرضه ، و كذا حماية شرفه و اعتباره فحرمت الشريعة الإسلامية القذف و جعلت عقوبة القذف الجلد ، فمن قذف إنسانا بالزنا أو نفى عنه نسبه جلد ، فأما إذا قذفه بغير زنا فيعزر.

والأصل في تحريم القذف قوله تعالى :" وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ. " [1]

و قوله تعالى : " إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعِنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيم." [2]

وأما من السنة عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال:" اجتنبوا السبع الموبقات قيل يا رسول الله و ما هن قال الشرك بالله و السحر و قتل النفس التي حرم الله إلا بالحق وأكل مال اليتيم و أكل الربا و التولي يوم الزحف و قذف المحصنات الغافلات المؤمنات."[3]

والواقع أن الفقهاء ليس لهم نصوص خاصة يحكم بها في هذه الحالة وذلك راجع إلى أنهم يعتبرون العرض كل ما يمس الإنسان في شرفه أو سمعته، وعليه فمتى أمكن منع المعتدي من الاستمرار في اعتدائه بأي وسيلة مناسبة فإنه يعتبر من قبيل الدفاع التي تقرها الشريعة ، فمن يعد مقالة لنشرها فيها خدش لسمعة شخص معين فلا شك أن هذا اعتداء على شرف هذا الشخص ، فللمعتدي عليه أن يمزق المقالة المعدة للنشر أو يدخل دار الطباعة للحيلولة دون طبعها ، فإن هذا العمل منه يعد مشروعا تنطبق عليه أحكام الدفاع الشرعي بشرط أن تكون أفعاله في حدود ما قررت الشريعة. [4]

وقد أخرج النسائي وابن ماجة بإسناد حسن من طريق التيمي عن عروة عن عائشة، قالت: "دخلت على زينب بنت جحش فسبتني ، فردعها النبي صلى الله عليه وسلم فأبت،

---

[1]- سورة النور الآية 04 .

[2]- سورة النور الآية 23.

[3]- متفق عليه ، البخاري – كتاب الوصايا- باب إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما رقم: 2560 ، مسلم–كتاب الإيمان- باب بيان الكبائر و أكبرها-رقم: 129.

[4]- يوسف قاسم –نظرية الدفاع الشرعي ص 101 .

فقال لي سبيها فسببتها حتى جف ريقها في فمها، فرأيت وجهه يتهلل"[1]،... وعن الحسن رخص له إذا سبه أحد أن يسبه"[(2)].

ولعل هذه أدلة على جواز رد الاعتداء الواقع على الشرف غير أن العفو أفضل كما قال تعالى: "وَأَن تَعْفُواْ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى"[(3)].

قال ابن تيمية : "القصاص في الأعراض مشروع أيضا ، وهو أن الرجل إذا لعن رجلا أو دعا إليه فله أن يفعل كذلك ، وكذلك إذا شتمه شتيمة لا كذب فيها ، و العفو أفضل قال تعالى:" وجزاء سيئة سيئة مثلها " [(4)]

وجاء في مواهب الجليل:"ويجوز أن يقوم بالقذف على من قذفه وإن علم من نفسه أن ما قذفه به صحيح وأنه فعله صونا لعرضه وسترا على نفسه"[(5)]

و في قوله تعالى :" وانتصروا من بعدما ظلموا "[(6)] ما يؤيد هذا حيث ذم الله عز وجل وجل الشعراء ذلك أنهم يقولوا ما لا يفعلون ، ثم استثنى منهم من وصفوا بأربعة صفات :الإيمان ، العمل الصالح ، ذكر الله ، الانتصار من بعد الظلم أي لا تنتصروا إلا على سبيل الانتصار عن هجوم ، قال القرطبي في هذه الآية [(7)]وإنما يكون الانتصار بالحق فإن تجاوز فقد انتصر بالباطل ، و يؤيد هذا ما جاء بعد نزول الآية لما جاء حسان و ابن رواحة وكعب إلى النبي صلى الله عليه و سلم فقال:"انتصروا ولا تقولوا إلا حقا". [(8)]

1- رواه ابن ماجة- كتاب النكاح- باب حسن المعاشرة- رقم1981:- سنن ابن ماجه - دار الفكر- بيروت محمد فؤاد عبد الباقي- ج1ص637، النسائي- كتا ب عشرة النساء- السنن الكبرى -رقم8914 - دار الكتب العلمية -بيروت- (1411 / 1991)- ط1- تحقيق.عبد الغفار سليمان البنداري , سيد كسروي حسن- ج5ص290.

2- ابن حجر العسقلاني – فتح الباري- ج5ص100.

3- سورة البقرة الآية 237.

4-ابن تيمية – السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية–ص153، والآية 40 من سورة الشورى.

[5]- الحطاب الرعيني- مواهب الجليل- ج8ص412 .

[6]- سورة الشعراء الآية 227 .

7- الإمام القرطبي - أحكام القرآن- ج13 - ص152.

[8]- عن كعب بن مالك قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :" اهجوا بالشعر إن المؤمن يجاهد بنفسه وماله والذي نفس محمد بيده كأنما تنحرهم بالنبل" وفي رواية عن كعب أيضا أنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم :" إن الله عز وجل قد أنزل في الشعر ما أنزل قال إن المؤمن يجاهد بنفسه ولسانه فذكر نحوه رواه كله أحمد بأسانيد ورجال أحدها رجال

غير أن هذا الكلام الذي ذكرته هو من باب القصاص كما قرر ابن تيمية و ليس من باب الدفاع الشرعي لأن الأصل هو درء الاعتداء قبل وقوعه أما إذا وقع وكان الرد بعد انتهاء الجريمة فلا يعد هذا دفاعا شرعيا وليس هناك مجال للدفاع الشرعي من خلال قواعـــد الفقـــه الإسلامي إلا بأن يحاول المعتدي عليه أن يحول دون تلفظ المعتدي بالألفاظ الجارحة متى كان ذلك بوسيلة مناسبة ، كأن يضع المعتدي عليه يده على فم المعتدي ليحول دون نطقه بها ، أو دون استمراره في نطقها ولا مانع بنهره حتى يمتنع وإذا كان مكتوبة على صحيفة مزقهـــا أو مسجلة أتلفها بلا ضمان ما دام في حالة الدفاع الشرعي .

فإذا قام بهذا الدفاع المعتدي عليه وإذا قام به غيره كان من باب الدفاع الشرعي عن الغير كما يدخل هذا في باب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر .

ثانيا:الدفاع عن العرض في قانون العقوبات:

أما قانون العقوبات الجزائري فإنه لم ينص صراحة على الدفاع الشرعي عن العرض بـــل اقتصر كما رأينا على النفس و المال ، غير أن شراح القانون توسعوا في مفهوم جرائم الـــنفس فأدخلوا فيها كل جريمة في الإنسان مثل جرائم هتك العرض كلها ، هتك العرض المـــادة 57 بغير قوة أو تهديد و هتك العرض بالقوة م 336 و الفعل الفاضح العلني و ارتكاب أمر مخـــل بالحياء في امرأة فهذه الجرائم وما شاكلها تبيح استعمال حق الدفاع الشرعي أو القـــذف أو السب و إفشاء الأسرار و التي رتبها المشرع الجزائري في القسم الخامس من الباب الثـــاني في الجنايات و الجنح ضد الأفراد م 295 ،296، 298، 298 مكرر ، 299 ،300،301 ، 302 ، 303 فهذه الجرائم تعتبر من تلك التي تقع على النفس فبرر لمن يهدده خطر أن يدافع عن نفسه دفاعا شرعيا .

ونلاحظ أن المشرع الجزائري قدساير القانون الفرنسي فلم يعاقب على كل صـــور الرذيلة، وإنما انتقى منها صورا معينة ، وهذا يختلف تماما مع ما أقره فقهاء الشريعة من محاربة كل صور الرذيلة، و تعتبر الزنا من جرائم الحدود ، كما نص المشرع في المـــادة 279 مـــن قانون العقوبات ، المتضمنة العذر المخفف للزوج في حالة مفاجأة لزوجته و شريكها متلبســـة

الصحيح وروى الطبراني في الأوسط والكبير نحوه. انظر مجمع الزوائد ومنبع الفوائد علي بن أبي بكر الهيثمي: دار الريـــان للتراث ,دار الكتاب العربي القاهرة , بيروت – 1407-ج8ص123.

بالزنا على منح الزوج عذر مخفف ، وأجاز الدفاع الشرعي ضد اعتداء الزوج فإذا خرج الزوج لإحضار آلة ينفذ بها القتل وصادف أن كان الشريك حاملا لمسدس فلما عاد الزوج عاجله الشريك برصاصة فقتله كان هذا دفاعا شرعيا ضد خطر الزوج، وعليه تفلت الزوجة وشريكها من جريمتين وهما الزنا والقتل.و في كل هذا مصادمة صريحة لمبادئ العدالة و نصوص الشريعة الإسلامية .

وأما جرائم الشرف و الاعتبار فإن فقهاء القانون اختلفوا في جواز الدفاع الشرعي عنها ، فذهب البعض إلى أن جرائم الشرف و الاعتبار لا تبيح الدفاع الشرعي و دليلهم في ذلك:

1-إن جرائم الشرف و الاعتبار ترتكب دون استخدامهم العنف المادي من المعتدي

2- التعويض المدني عادة ما يكفي لجبر الضرر الذي أصاب المعتدي عليه

3- جرائم الشرف و الاعتبار تتم عادة بمجرد قول العبارات و إذا استعمل المجني عليه العنف فيكون هذا من قبيل الانتقام إذ بوسعه اللجوء إلى السلطات العامة لحمايته أو للعقاب .

4-إن هذه الجرائم ليست واقعة على النفس (أي الجسم) و لكنها واقعة على السمعة [1]

وذهب جمهور الشراح إلى أن جرائم الشرف معتبرة في الدفاع الشرعي ، بوضوح حق الدفاع بدفع كل فعل يعتبر جريمة على النفس و عليه يكون كل اعتداء على النفس في صورة يعطي الحق للمعتدي عليه أن يدافع عن نفسه .

وأما ما قال به الفريق الأول من أن القانون يستلزم في الجرائم التي تبيح الدفاع الشرعي القوة المادة ، فهذا غير مسلم به لأن القانون تكلم عن استخدام القوة اللازمة للدفاع الشرعي ذاته، وأقصى ما يفيده هذا التعبير أن النص يفترض في الجريمة الواجب وقفها استعمال قوة مادية ، لا أن يكون ارتكابها يحتاج إلى قوة مادية و أما قولهم إن الدفاع الشرعي في هذه الجرائم ليس إلا انتقاما أو قصاصا فغير مسلم به لأن أحدا لم يقل شرعية الدفاع بعد وقوع الجريمة تمامها ، إذ من المقرر أنه لا محل للدفاع الشرعي إلا إذا كان ضروريا لمنع الجاني من بدأ تنفيذ جريمته ، أو لمنعه من الاستمرار فيها وفي جريمة السب و القذف تمكنه أن يتلف الكتاب قبل نشره أو وضع اليد على فم المعتدي لمنعه من التفوه بالكلمات الجارحة. [2]

1- محمد سيد عبد التواب –الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي ص 223.

2- يوسف قاسم –نظرية الدفاع الشرعي .

وسبق لما ذكرنا أن جرائم الشرف تندرج تحت نص المادة 39 فقرة 2 و أن الدفاع الشرعي ضد هذه الجرائم قد يحتاج إلى قوة معينة و قد لا يحتاج شأنها بشأن كل الجرائم .

وأما الدفاع عن عرض الغير في القانون فإن نصت المادة 39 فقرة 2 بقولها: إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير، وكنا قد ذكرنا إن الفقهاء قد توسعوا في مفهوم جرائم النفس فيدخل فيها جرائم العرض و الشرف ، و عليه متى كان مباحا الدفاع عن عرض المعتدي عليه فكذلك يجوز الدفاع عن عرض الآخـــرين أو شرفه و سمعته [1] .

والخلاصة أن قانون العقوبات الجزائري يتوافق مع ما ذهب إليه فقهاء الشريعة مما يخص الدفاع ضد جرائم العرض و جعل للمعتدي أن يدفع الجريمة بالوسيلة التي يراها.

فقهاء الشريعة قد توسعوا في إباحة الدفاع الشرعي ضد جرائم العرض ســـواء كـــان الزوج تجاه زوجته أو أحد قرابته باعتباره دفاعا شرعيا عن العرض ، و أجـــازوا حـــتى عـــن الأجنبية و لو برضاها من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، و ضيق المشرع الجزائـــري من هذا باب حتى بالنسبة للزوج الذي يفاجئ زوجته بالزنا ، فأن المشرع نص على اعتبـــار شريك الزوجة إذا قاوم الاعتداء في حالة دفاع شرعي،و لا يبيح الدفاع إلا في حالـــة مـــا إذا كان بغير رضا المرأة أو كان هناك هتك لعرض إنسان بالقوة.

وهنا يأتي الخلاف الحقيقي عن الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات الجزائري وغـــيره من القوانين الأخرى ، فيما يتعلق بجرائم العرض في حد ذاتها فإن الشريعة تحرم كـــل أنـــواع المنكر والرذيلة، قال تعالى:"إن الله يأمر بالعدل و الإحسان و إيتاء ذي القربى و ينـــهى عـــن الفحشاء والمنكر والبغي" [2]

ولذلك قرر الفقهاء الدفاع ضد كل أنواع الرذائل بكافة صورها ولو كان من بـــاب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، كما حرمت الشريعة النظر إلى المرأة الأجنبية وحـــتى إلى بيوت الآخرين وأماكنهم الخاصة و ذلك محافظة على أسرار الناس و قرر الفقهاء جواز الدفاع بالطرق المشروعة .

1- نص المادة 281 قانون العقوبات الجزائري.

2- سورة النحل الآية 90.

وأما قانون العقوبات الجزائري فلا يعتبر الزنا فعلا فاحشا إلا صدر من رجل متزوج أو امرأة متزوجة كما أن الدعوى لا تحرك إلا بناءا على شكوى الزوج .

الفرع الثالث : الدفاع عن المال

يعتبر المال عاملا أساسيا في حياة الفرد به تستمر الحياة و تنعم الأفراد بالعيش الآمن ، ومن الناس ينظر إليه على أنه كل شيء في الحياة فيكون همه أن يجمع المال بأي طريقة كانت ومنهم من يرى أنه ليس إلا وسيلة في هذه الحياة ليحقق سعادته و يصل إلى ما يريد.

أولا: الدفاع عن المال عند فقهاء الشريعة:

لذا فإن الاعتداء على مال الغير ومحاولة أخذه بغير حق يعتبر جريمة تنشأ حق الدفاع الشرعي، ومصدر الدفاع الشرعي عند فقهاء الشريعة عن المال ما روي عن ابن عمر رضي الله عنه قال :" سمعت النبي صلى الله عليه و سلم يقول : من قتل دون ماله فهو شهيد. [1]

وعليه فالشريعة تطلق الدفاع عن المال من غير تحديد عكس ما ذهب إليه المشرع الجزائري من تحديد لجرائم الأموال ، فيكون للمصول عليه أن يدافع عن حاله ابتداء بالمناشدة ، أو بالتهديد بالضرب،ولو أدى ذلك إلى القتل ولا يلزمه قصاص و لا دية لأنه يعتبر مدافعا عن ماله .

فذهب الرأي الأول من الفقهاء إلى أن الدفاع عن المال جائز و ليس واجبا فالمعتدي عليه يخير عن الدفاع أو تركه وهذا هو ظاهر مذهب الحنفية و الحنابلة ، وللمعتدي عليه أن يدافع أو يترك الدفاع حيث جاء في المبدع "ولا عن ماله وهو الأصح ، كما لا يلزمه كما لا يلزمه حفظه من الضياع وله بذله وذكر القاضي أنه أفضل" [2]، وجاء في حاشية ابن عابدين: " ويجوز أن يقاتل دون ماله و إن لم يبلغ نصابا." [3]

والمذهب الثاني: أن الدفاع عن المال واجب مطلقا و هو رأي بعض الشافعية والقول الثاني عند الحنابلة حيث جاء في الفروع" ويلزمه الدفع عن نفسه على الأصح كحرمته في المنصوص عنه ولو في فتنة" والدليل ما رواه مسلم عن أبي هريرة أن رجلا قال يا رسول الله أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي ، قال لا تعطه مالك قال أرأيت إن قاتلني قال قاتله قال

[1]- رواه البخاري -كتاب المظالم-باب من قتل دون ماله-ج2ص878.

[2]- ابن مفلح-المبدع في شرح المقنع-ج9ص 156 .

[3]- ابن عابدين-الدر المختار- ج5 ص482 .

أرأيت إن قتلني قال فأنت شهيد قال أرأيت إن قتلته فهو في النار"[1]، وهذا الرأي أيضا هو للغزالي جاء في تحفة المحتاج: "يجب الدفع عن مال نفسه إذا تعلق به حق للغير كرهن وإجارة وأما ذو الروح فيجب دفع مالكه وغيره،و لم يخشى على نفسه". [2]

الرأي الثالث :هو رأي المالكية أن الدفاع عن المال واجب إذا ترتب على ترك الدفاع هلاك أو شدة أذى أو مشقة ، و هو القول ربما المتفق عليه بين المذاهب فقد جاء في حاشية الدسوقي " و أما عن المال فإن ترتب على أخذه هلاك أو شدة أذى كان كدفع الصائل على النفس فيه الخلاف وإلا لم يجب"[3]

فالمالكية يقيدون وجوب الدفاع في حالات خوف الهلاك أو شدة الأذى و إلا كان جائزا .

و عليه نرجح ما ذهب إليه المالكية من القول بأن الدفاع عن المال واجب في حالة خوف الهلاك.

ويؤيد هذا المعنى قول الله عز وجل :"و لا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة و أحسنوا إن الله يحب المحسنين"[4] فترك الدفاع عن المال هو تأدية بالنفس إلى الهلاك و هذا منهي عنه بصريح الآية الكريمة.

ولعل هذا القول بأن الواجب هو الدفاع عن المال في حالة خوف الهلاك ، هو مفهوم عن قول فقهاء المذاهب الأخرى ، لأن الخوف على الهلاك هو خوف على النفس فينتقل هذا النوع من مجرد دفاع على المال إلى دفاع عن نفس و هو ما يقول به الحنفية و الحنابلة من وجوب الدفاع عن النفس .

وأما الاستدلال على الوجوب بالحديث السابق قد لا يلزم من القول بالحديث القول بوجوب الدفاع عن المال ، لأن معنى الحديث هو نيل الشهادة لمن قتل دون ماله ، ومن ترك القتال فلا شيء عليه ، والشهيد من جاز له القتال.

---

[1] - رواه مسلم- كتاب الإيمان- باب الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره بغير حق كان القاصد مهدر الدم في حقه وإن قتل كان في النار وأن من قتل دون ماله فهو شهيد-رقم140-ج1ص124.

[2]- حواشي الشرواني وابن عباد على تحفة المحتاج بشرح المنهاج-دار صادر-ج9 ص183.

[3]- الإمام الدسوقي –حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج4 ص357.

[4]- سورة البقرة الآية 195.

ثانيا:الدفاع عن المال قانون العقوبات الجزائري

وأما قانون العقوبات الجزائري فإن جرائم الاعتداء على المال السرقة ، وابتـــزاز الأمـــوال والنصب، وإصدار شيك بدون رصيد، وخيانة الأمانة، والتعدي على الملكية العقارية، وإخفاء الأشياء المسروقة ، والتعدي على الملكية الأدبية والتغييب والإتلاف ويدخل في جرائم الأموال المنصوص عليها في المواد 443-344-449-450-457-464 من قانون العقوبات .

أما جرائم الاختلاس، فإن بعض الشراح لا يرون جواز الدفاع الشرعي ضدها رغم كونها من جرائم الأموال ، لأن القانون التجاري أورد الأحكام الخاصة بالإفلاس وحقوق الدائنين في مواجهة المفلس ومن ثم لا يجوز للدائن اللجوء إلى الدفاع الشرعي [1]

الدفاع عن مال الغير :

وأما الدفاع عن مال الغير فإن المفهوم من كلام الفقهاء التسوية بين دفاع الإنسان عن ماله أو مال غيره ، وقد ذكرنا أقوال العلماء في الدفاع عن المال، و من الفقهاء من يقولـــون حتى بجواز الدفاع عن مال المدفوع قال في العزيز :"و يجوز للأجانب أن يدفعوه كذلك حسبة و يجوز أن يكون المدفوع عنه ملك القاصد.[2]

وأما في قانون العقوبات فقد نصت المادة صراحة على جواز الدفاع عن مـــال الغـــير بقولها:"أو عن مال مملوك للشخص أو للغير"[3]

والخلاصة أن فقهاء الشريعة قد توسعوا في الدفاع عن المال و أما قـــانون العقوبـــات الجزائري فقد حصر الجرائم ضد المال و فقهاء الشريعة يجيزون الدفاع عن المال و لو كان قليلا جاء في إعلاء السنن "استقبله اللصوص و معه مال لا يساوي عشرة حل له أن يقاتلهم لقولـــه صلى الله عليه وسلم :" قاتل دون مالك" والمال يقع على الكثير و القليل"[4].

حكم الدفاع الشرعي في قانون العقوبات:

طبيعة الدفاع الشرعي –كأساسه – محل خلاف بين الفقهاء. والسائد لدى الجمهور أنه حق، ولكنه ليس حقا يقابله التزام في ذمة شخص معين، بل هو حق عام مقرر قبل الكافة، فلا يجوز

---

[1]- عادل قورة –شرح قانون العقوبات ص 91 .

[2]- الإمام الرافعي –العزيز شرح الوجيز ج11 ص 317.

3- المادة رقم 39 من قانون العقوبات الجزائري .

[4]- ظفر احمد التهانوي- إعلاء السنن - تحقيق حازم الفاسي- دار الكتب العلمية - بـــيروت - لبنـــان ط1 1997 ج13 ص 146.

لأي منهم أن يحول دون استعماله، ومن الفقهاء من يعتبر أن الدفاع الشرعي واجبا، إلا أنـه ليس واجبا قانونيا فرضه المشرع ورتب على الإخلال به جزاء، وإنما هو واجـب اجتمـاعي يفرضه الحرص على صيانة الحقوق ذات الأهمية الاجتماعية. ومن الفقهاء من ينكر الوصفين، والراجح أنه ليس له حكم واحد[1]

فهو في أغلب أحواله حق، لكنه يكون رخصة في بعض الأحيان، وواجبا في أحيـان أخرى، ويكون الدفاع حقا إذا كان العدوان واقعا على مطلق حق للمدافع، ويكون رخصـة إذا كان المدافع غير المعتدى عليه، ويكون واجبا إذا كان القانون يفرض على المـدافع حمايـة الحق المعتدى عليه أو يحضر عليه التفريط فيه. والحكم الأخير يحتاج في بيانه إلى شـيء مـن التمثيل، فرجل الأمن مكلف بالمحافظة على حياة الناس وسلامتهم وسلامة أموالهم، فـإذا رأى جريمة توشك أن تقع على حق من هذه الحقوق و لم يجد وسيلة دفعها غير استعمال القوة كان الدفاع بهذه الصورة واجبا عليه متى كان ذلك في استطاعته، فإن لم يفعل سئل إداريا، وقـد يسأل جنائيا بل إن دفاع الشخص عن حياته ليس مجرد حق له بل هو واجـب عليـه، لأن القانون لا يبيح له التفريط في حياته، وكذلك الزوجة يلزمها الدفاع عن عرضها إذا حـاول الغير اغتصابها، لأن عرض الزوجة ليس حقا خالصا لها، بل إن القانون يعاقبها – بناءا علـى شكوى زوجها- إذا أحلت للغير عرضها ومكنته من نفسها[2].

وفي الأخير فإنه يتضح جليا أن فقهاء الشريعة لم يعطوا حكما واحدا للدفاع الشرعي، بل اختلفت الأحكام عندهم بحسب موضوع الاعتداء، فميزوا بين الدفاع عن النفس و المـال والعرض، كما تطرقوا إلى مسألة المفاضلة في الدفاع إذا اجتمعت اعتداءات على موضـوعات مختلفة وهذا ما لم يتناوله شراع القوانين الوضعية.

وأما ما قال به فقهاء القانون من اعتبار الدفاع الشرعي بأنه حق أو واجب أو رخصة فقال به أيضا فقهاء الشريعة في أقوالهم بالجواز أو الوجوب أو الرخصة بل إن المتتبع لأقـوالهم الفقهية ليلحظ دقة تأصيل المسائل وعمق التمييز بين الموضوعات.

1- عادل قورة- محاضرات في قانون العقوبات-ص84.

2- عوض محمد – قانون العقوبات القسم العام – ص128، 129 .

الفصل الثالث:ضوابط الدفاع في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري.

المبحث الأول :شروط الدفاع.

المطلب الأول: لزوم الدفاع.

المطلب الثاني: تناسب الدفاع مع الإعتداء

المبحث الثاني: تجاوز حدود الدفاع الشرعي وأثره

المطلب الأول : مفهوم التجاوز وصوره .

المطلب الثاني : أثر تجاوز حدود الدفاع الشرعي

المبحث الأول :شروط الدفاع.

المطلب الأول: لزوم الدفاع.

المطلب الثاني: تناسب الدفاع مع الاعتداء

الفصل الثالث: ضوابط الدفـــاع

الدفاع هو رد الاعتداء , ذلك أنه لا يعنى أن مجرد كون وقوع الاعتداء غير مشـــروع وحال يجيز الدفاع بأي طريقة كانت لأن المقصود هو رد العدوان ،وكما يجب الدفاع علـــى المعتدى عليه أيضا يجب على غيره معاونته في رد الاعتداء غير أن الفقهاء.

اشترطوا شرطان.

1) لزوم الدفاع لرد الاعتداء .
2) تناسب الدفاع مع الاعتداء.

المطلب الأول: لزوم الدفاع لرد الاعتداء

والمقصود بلزوم الدفاع أن تكون الأفعال التي يأتيها المدافع وهي في الأصل غـــير مشـــروعة الوسيلة الوحيدة لرد الاعتداء.

ففقهاء الشريعة يؤكدون على هذا الشرط في كلامهم عن دفع الصائل , فمن البديهي إذا كان للمدافع أمام خيارين فعل مباح وفعل محرم لم يكن له أن يدفع بالفعل المحرم , لأن الفعل المحرم لم يكن لازما لرد العدوان , فمن له القدرة بأن يدفع المعتدي بالصراخ أو الاستغاثة , لم يكن له أن يدفعه بالضرب وإن أمكنه دفعه الضرب لم يكن له دفعه بالقتل .

قال الإمام الشافعي: "فمن أريد ماله في مصر فيه غوث أو صحراء لا غوث فيهـــا أو أريد حريمه في واحد منها فالاختيار له أن يكلم من يريده ويستغيث فإن امتنع لم يكـــن لـــه قتاله... فله أن يدفعه عن نفسه وعن كل ماله دفعه عن نفسه" [1].

وجاء عند الحنفية: "وهذا إذا لم يعلم انه إذا صاح عليه طرح ماله , وإن علم بـــذلك فقتله مع ذلك وجب عليه القصاص لقتله كالمغصوب منه إذا قتل الغاضب , فإن يجب عليـــه الغوث لقدرته على دفعه بالاستغاثة". [2]

وأما عند المالكية فقد جاء في كتبهم أن للمصول عليه أن يناشد الصائل ,بـــأن يقـــول: انشدتك بالله أن تتركني ومالي وأن تدع لي مالي ونحو ذلك فإن لم يستجيب الصائل وأمر على

---

[1] – الإمام الشافعي – الأم – ج6 ص 27 .

[2] – ابن عابدين – الدر المختار– ج10 ص10.

عدوانه كان للمصول عليه أن يدفعه بأيسر ما يمكن دفعه به, فإذا لم يدفع بغير القتل كان للمصول عليه أن يقتل الصائل."[1]

وجاء أيضا عن ابن العربي :" لا يقصد المصول عليه القتل إنما ينبغي أن يقصد الدفاع فإن أدى إلى القتل فذلك إلا أن يعلم أنه لا يندفع إلا بالقتل فجائز قتله ابتداء"[2] .

ودليل قولهم بالمناشدة: ما جاء عن أبي هريرة" أن رجلا جاء إلى الرسول صلى الله عليه وسلم، فقال يا رسول الله: أرأيت أن عدى على مالي؟ فقال: فأنشد بالله قال فإن أبو علي،قال فأنشد بالله، قال فإن أبوا علي، قال : فقاتل فإن قتلت ففي الجنة وإن قتلت ففي النار."[3]

ورغم أن الفقهاء يقولوا كلهم بالمناشدة إلا انه يمكن اعتبارها وسيلة يلجأ إليها المعتدى عليه

في أول الأمر , فيلجأ إليها مطالبا المعتدي بالرجوع إلى الحق والكف عن فعله , وهي وسيلة ميسورة خصوصا وأنه إذا أمكن الدفاع بوسيلة يسيرة فلا يجوز اللجوء إلى الضرب ، ولعل يذكر المعتدي بأنه قد يجعله يعود إلى رشده ويكف عن فعله .

ومن خلال الأحاديث الأخرى التي سبق ذكرها، فإن المناشدة وإن لم ترد فيها صراحة إلا أنه يمكن القول بها، ففي حديث من قتل دون ماله فهو شهيد معناه لا ينبغي المناشدة قبل القتال بل ربما كان الوسيلة الأخيرة لرد الاعتداء فمراد الحديث أن جزاء المدافع إذا قتل دون ماله فهو الشهادة وهذا لا يتعارض مع المناشدة .

وأما عند الحنابلة فقد جاء في المغني :"أن الرجل إذا دخل مترل غيره بغير إذنه فلصاحب الدار أمره بالخروج من مترله سواء كان معه سلاح أو لم يكن، لأنه معتد بدخوله ملك الغير فكان لصاحب الدار مطالبته بترك التعدي كما لو غصب منه شيئا فإن خرج الأمر لم يكن ضربه.[4]

---

[1] – الدسوقي ــ حاشيته الدسوقي على الشرح الكبير ج4ص357 .

[2] – الخطاب الرعيني مواهب الجليل ــ ج8 ص443 .

[3] – رواه النسائي كتاب تحريم الدم ــ باب ما يفعل من تعرض لماله رقم:4014 أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي– لمجتبى من السنن– مكتب المطبوعات الإسلامية– حلب– 1406 – 1986–ط2 – تحقيق عبدالفتاح أبو غدة – ج7ص114، , رواه أحمد كتاب باقي مستند المكثرين 8130 .

[4] – ابن قدامة– المغني – ج9ص.

ولم أجد عند شراح القانون ما ينص على المناشدة ،وتذكير المعتدي بخطورة العمل الذي يقوم به في قانون العقوبات ،ويترتب القول بلزوم الدفاع بمقتضى الكلام حول الإشكالات الآتية :

الفرع الأول: لزوم الدفاع والاحتماء بالسلطة العامة :

كما هو مقرر فإن الدفاع الشرعي هو صفة احتياطية في المدافع، ولا يصار إليه إلا إذا عجزت السلطة عن حماية الفرد , فإذا هناك إمكانية اللجوء إلى السلطة العامة فلا مجال للدفاع الشرعي , لكن يشترط أن يكون اللجوء إلى الشرطة العامة مجديا , ويتحقق هذا الشرط إذا كان في وسع السلطة حماية المعتدى عليه ولا عقاب عليه بعد انتهاء العدوان , أو تمكنه الاستعانة بغيره لحماية حقه من الاعتداء .

وفقهاء الشريعة حينما يتكلمون عن السلطة العامة يتكلمون عن القاضي وهو الحاكم ممثلا للسلطة العامة , أو يوردون مصطلح الغوث للدلالة على طلب الإغاثة والاحتماء بغيره , فقد جاء في فتح القدير :" وإن شهر عليه عصا نهارا فقتله المشهور عليه عمدا قتل به وفي شرح الجامع الصغير لقاضي خان وان شهر عليه عصا في المصر نهارا فقتله المشهور عليه بالحديد عمدا قتل به ... وفي المصر يلحقه الغوث بالنهار بخلاف المفازة والمصر ليلا لأنه لا يلحقه الغوث [1].

ويقول الكاساني :" ولو أشهر على رجل سلاحا نهارا أو ليلا في غير مصر أو في مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلاشيء عليه , وكذلك إن شهر عليه ليلا في غيرمصر أو في مصر وإن كان نهارا في مصر فقتله المشهور يقتل به، والأصل في هذا أن قصد قتل الإنسان لا ينهدر دمه ولكن ينظر إن كان المشهور عليه يمكنه دفعه عن نفسه بدون القتل لا يباح له القتل، وإن كان لا يمكنه الدفع إلا بالقتل يباح له القتل لأنه من ضرورات الدفع، فإن شهر عليه سيفه يباح له أن يقتله لأنه لا يقدر على الدفع إلا بالقتل، ألا ترى أنه لو استغاث الناس لقتله قبل أن يلحقه الغوث ... وإن أشهر عليه نهارا في المصر لا يباح قتله لأنه يمكنه دفع شره بالاستغاثة بالناس.[2] . ومثل كلام الفقهاء هذا نجده عند شراح القانون .

---

[1] – حاشية المحقق سعدى جلبي على شرح فتح القدير ج10 ص232.

[2] – الإمام الكاساني –بدائع الصنائع – ج7ص92 .

ولهذا قال بعض الشراح أنه لا وجود للدفاع الشرعي متى كان في الإمكان الاحتماء برجال السلطة , لكن بشرط أن يكون للمتهم من الوقت ما يكفي لهذا الإجراء , فإذا دخل شخص أرض غيره عنوة وأطلق ماشيته ترعى في زرعه أواحتل بالقوة عقارا في حيازة غيره، أو دخل مسكنا بغير رضا أهله، فلا يستطيع إنكار حق الدفاع الشرعي على صاحب المال أو العقار بأنه كان بوسعه أن يلجأ إلى السلطات لتحميه , وهذا يؤدي إلى القول بأن المعتدى عليه تحمل العدوان كاملا حتى يدركه رجال السلطة العامة [1] .

وبالنسبة لقانون العقوبات الجزائري فإن المادة :2/39 عقوبات نصت بأن تكون هناك ضرورة حالة الدفاع , أما إذا كان هناك منحة من الوقت لطلب الاحتماء فيعني هذا أنه ليس هناك حالة ضرورة ، وبذلك لا يتحقق شرط الخطر الحال , ولا يمكن للمعتدى عليه التذرع بالدفاع الشرعي [2] .

وخلاصة القول أن كلا من فقهاء الشريعة و شراح القانون يقولون بعدم جواز الدفاع الشرعي متى كان ممكنا الاحتكام إلى السلطة أو طلب الاستغاثة من الغير .

الفرع الثاني: لـــزوم الدفاع والهـــرب :

إذا كان للمتعدى عليه فرصة في الهرب من الاعتداء فما حكم الهرب من الاعتداء وهل يتوجب عليه ذلك أم بحوزته الاحتفاظ بحق الدفاع الشرعي .

فأما المالكية فيرون أن الهرب يلزم المعتدى عليه إذا لم يلحقه ضرر وليس له حق الدفاع الشرعي، فقد جاء في بصرة الحكام :" ولو قدر المصول عليه على الهروب من غير مضرة تلحقه تعين, و لم يجز له الدفع بالجرح و إلا فله الدفع بما قدر عليه" [3].

وجاء في منح الجليل " وإن قدر المصول عليه على الهرب بلا مضرة تلحقه فيجب هربه منه, ارتكابا لأخف الضررين[4]. فعلل المالكية الهرب بارتكاب أخف الضررين وهذا القول هو قول إبن رشد وغيره .

---

[1] – عوض محمد– قانون العقوبات – القسم العام ص159 .

[2] – رضا فرح – قانون العقوبات – ص 165.

[3] – ابن فرحون– تبصرة الحكام – ج2 ص 258 .

[4] – محمد عليش فتح الجليل شرح على مختصر جليل ــ دار الكتب العلمية بيروت لبنان ط1 2003 ص238.

وأما الشافعية فقد جاءت عنهم روايات مختلفة: **الأولى** : أن المعتدي لا يلزمه الهرب حيث نص الشافعي في الأمم بقوله :" ألا ترى أن الرجل يلقى الرجل فيقدر المراد على أن يهرب على قدميه من المريد , فاجعل له أن يثبت ولا يهرب وأن يدفع إدانته عن نفسه بالضرب بالسلاح وغيره وأن أثنى ذلك على نفس الموضوع."[1] **الثانية** : وجوب الهرب حيث جاء في العزيز:" والثاني يجب لأنه مأمور بأن يخلص نفسه بالأهون فالأهون والهرب أهون "[2] .**الثالثة** : حمل نص الهرب على إذا ما تتيقن النجاة بالهرب والنص الآخر ما إذا لم يتقين. [3] ورأي آخر وهو " أن لا يكون الهرب مشينا وهي رواية تتفق مع ما ذهب إليه المالكية .

وأما الحنابلة : فقد جاء في المغني وجهان :" يلزمه لأنه أمكنه الدفع عن نفسه من غير ضرر يلحق غيره فلزمه " والثاني :" لا يلزمه لأنه دفع عن نفسه فلم يلزمه كالدفع بالقتال"[4].

والذي أرجحه هو ما ذهب إليه المالكية وقول عند الشافعي , فيجب على المعتدى عليه أن يهرب إذا لم يترتب على هروبه ضرر , والمقصود بالضرر أي الضرر المادي كأن يتلف المعتدى أمولا ذات قيمة للمعتدى عليه لأن في هربه مضرة فلا يلتزم المعتدى عليه بالهرب .

وقد تكون المضرة معنوية فالهرب قد يكون نوعا من الجبن وهي تخدش كرامة الإنسان وتخرم الرجولة , وعليه فالهرب وسيلة من الوسائل السلمية الذي يلجأ إليها المدافع يشترط ألا يترتب على ذلك ضرر مادي أومعنوي ، ونتصور أن يكون الهرب بدون أن يعود على المعتدى عليه ضرر معنوي كما إذا كان المعتدي مجنونا أو صبيا أو سلطانا أو أخا أو أبا .

وهذا الكلام جاء مثله عند شراح القانون فهم يرون أن الهرب لا يعد بديلا عن الدفاع وليس على المهدد أن يهرب لتفادي العدوان حتى ولو كان ذلك مستطاعا ، لأن القانون لا يستطيع أن يطالب الإنسان بالهروب من خطر الاعتداء وعلى النحو الذي يضفي على صاحبه مظهر الجبن والضعف وهو أمر لا تقره الكرامة الإنسانية , فلا يعقل أن ينتفي الحق مقابل

---

[1] – الإمام الشافعي – الأم – ج6 ص28 .

[2] – الرافعي– العزيز شرح الوجيز –ج11 ص330.

[3] – الرافعي– العزيز شرح الوجيز –ج11 ص330 .

[4] – ابن قدامة – المغني –ج 8 ص 331 .

الإتيان بعمل يوصف اجتماعيا بالجبن. [1]

بيد أن إذا اللجوء إلى الهرب ما يفيد هذه المعاني التي تأباها النفوس الكريمة , فالقول يكون بوجوب الهرب مادام ممكنا كوسيلة لحماية نفسه من الخطر [2] .

ويدخل في معاني الهرب ويأخذ حكمه احتماء الشخص داخل بيته أو كما ذكره فقهاء الشريعة بالتحصن , وكذلك استغاثته بمن حوله .

والخلاصة أن ما ذهب إلى فقهاء المالكية في الهرب من الاعتداء يتفق تماما مع ما وصل إلى فقهاء شراح القانون بشرط ألا يؤدي إلى ضرر، وإلا فقد يلجأ إليه المدافع للحفاظ على سلامته.

الفرع الثالث: توجيه الدفاع إلى مصدر الخطر :

والقول بلزوم الدفاع يقتضي أن تكون أعمال المدافع موجهة إلى المتعدى لرد الاعتداء سواء كان الإنسان مدافعا عن نفسه أو عن غيره فتتوجه أعمال الدفاع إلى مصدر الخطر , وفقهاء الشريعة لم يفصلوا في ضرورة توجيه الدفاع إلى مصدر الخطر, فربما كان ذلك احتمالا من دراستهم أحكام دفع الصائل إذ لا يعقل أن توجه أفعال الدفاع إلى شخص آخر بريء .

غير انه يمكن استنباط ذلك من القواعد العامة للمسؤولية في الشريعة , بقول لله تعالى : " ولاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى " [3] وقوله تعالى :" كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ "[4]

فشرط اللزوم أن يكون الدفاع موجها للمعتدى فإذ وجه لشخص آخر كان الدفاع غير مشروع ولأن الدفاع يكون ضد شخص غير معصوم وإذا وجهت لغير المعتدي كانت موجهة لمعصوم وهي من قبل العدوان [5] .

وكذلك يقول شراح القانون أنه لا محل لإباحة الفعل إذا وجه لغير مصدر الخطر , فمن يهاجمه شخص لا يجوز له أن يوجه فعل دفاعه إلى غيره , ومن يهاجمه حيوان لا يجوز له أن يطلق النار على مالك الحيوان [6].

---

[1] – نظام توفيق محالي– شرح قانون العقوبات ص 250 .

2 – عبد الحميد الشواربي – الدفاع الشرعي في ضوء الفقه والقضاء – ص59 .

[3] – سورة فاطر الآية :18.

[4] – سورة المدثر الآية :38.

[5] – محمد سيد عبد التواب – الدفاع الشرعي ص234 .

[6] – محمد صحبي نجم – قانون العقوبات القسم العام – ص 165 .

ومع ذلك فليس ثمة ما يمنع فيما يبدوا أن يتوجه الدفاع إلى مصدر آخر غير مصدر الخطر مباشرة متى كان لذلك صلة وثيقة به من ناحية , وأن يكون مؤثرا في دفع العدوان بوصفه الوسيلة الوحيدة الممكنة من ناحية ثانية , وأن تراعى شرط التناسب.[1]

نتوصل في الأخير أن البحث في شرط اللزوم يتعلق بكيفية الدفاع اللازم لرد الاعتداء , فمتى كانت هناك طريقة أخرى غير الدفاع كان المدافع غير ملزم بالدفاع ولا يعتبر العمل الذي قام به دفاع شرعيا , وما قال به فقهاء الشريعة من وجوب توجيه الخطر للمعتدي , وعدم توفر شرط اللزوم متى كان للمعتدى عليه أن يلجأ للسلطات لتحميه وقد عبروا عنه بالغوث أو القاضي وما قال به الفقهاء من التفرقة بين الهرب الذي يترب عليه ضرر والهرب المشين هو نفسه ما قال به شراح القانون .

فإذا توافر الاعتداء بكامل شروطه وتوفر شرط اللزوم في الدفاع، فهل للمعتدى عليه ان يتصرف في الدفاع كيف شاء؟

[1] – أ.د محمد زكي – أ.د سليمان عبد المنعم– القسم العام من قانون العقوبات– دار لجامعة الجديدة الإسكندرية ت ط 2002 ص 260.

المطلـــب الثاني : تناسب الدفاع مع الاعتداء .

الفـــرع الأول:مفهوم التناسب ومعياره

يشترط فقهاء القانون وفقهاء الشريعة أن يكون الدفاع متنا سبا مع جسامة الاعتداء , وإلا كان الفعل الذي يأتيه المدافع محظورا , فمن كان يتمكن من رد المعتدي بالكلام لم يجز له ضربه , وإن كان له ضربه بالعصا لم يكن له قتله , وكان القتل انتقاما لا ردا للعدوان .

ففي الفقه الإسلامي يمكن استخلاص هذا المعنى من قوله تعالى :" فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " [1] فالله عز وجل طلب مقاومة الاعتداء بمثله , لأن النفس البشرية كثيرا ما تميل إلى حب الانتقام , لذا ختم الله غز وجل الآية بقوله " واتقوا لله " وورد في السنة عن أبي هريرة : قال : قال أبو القاسم :"لو أن امرؤا اطلع عليك بغير إذن فحذفتـــه بعصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح "[2] .

فوجه الدلالة في هذا الحديث أن الإطلاع على بيوت الآخرين اعتـــداء , ورد هـــذا الاعتداء بالقتل مثلا يعتبر تجاوزا والذي يناسب هذا الاعتداء هو حذفه بعصاة , أو بشـــيء يماثلها .

جاء في الفتح : "واستدل به على اعتبار قدر ما يرمي به بحصى الحذف , فلـــو رمـــاه بخنجر تقتل أو سهم تعلق القصاص به [3] .

فلو استعمل حجرا ثقيلا أو رماه بمسدس كان متجاوزا لحدود الدفاع الشرعي , ولو رجعنا إلى كتب الفقه الإسلامي نجد أن الفقهاء كثيرا ما ينصون على مراعاة التناســـب بـــين الدفاع والاعتداء .

فقد جاء في تبصرة الحكام :" ولو نظر من كوة أو من باب ففقأ صاحب الدار عينه ضمن لأنه قادر على زجره ودفعه بالأخف "[4] .

---

[1] – سورة البقرة الآية :194 .

[2] – متفق عليه– البخاري–كتاب الديات –من أخذ حقه أو اقتص دون سلطان ج5ص2304،رواه مسلم كتاب الآداب–باب تحريم النظرفي بيت غيره–رقم2159– واللفظ لمسلم ص1190.

[3] - ابن حجر العسقلاني – فتح االباري شرح صحيح البخاري – دار ابن باديس – الجزائـــر – ط 1– 1997 – ج 12 – ص306.

[4] – ابن فرحون – تبصرة الحكام – ج2 – ص258 .

وجاء في الأم :"ولو طعنه عند أول اطلاعه بحديد تجرح الجرح الذي يقتل أو رماه بخنجر يقتل مثله كان عليه القود , لأنه إنما أذن له الذي يناله بالخفيف الذي يردع بصره ولا يقتل نفسه[1]

وجاء في المغني :" وقال ابن حامد يدفعه بأسهل ما يمكنه دفع به , فيقول له أولا انصرف فإن لم يفعل أشار إليه يوهمه أن يحذفه ، فإن لم ينصرف فله حذفه حينئذ "[2] ويقول أيضا :" وإذا دخل منزله بالسلاح فأمره بالخروج فلم يفعل فله أن يضربه بأسهل ما يخرجه به"[3]

ويبقى أن نشير إلى أن تناسب الدفاع مع الاعتداء مرجعه إلى الشخص المدافع فهو الذي يقدر القوة التي تناسب الاعتداء .

وأما قانون العقوبات الجزائري فقد نص صراحة على التناسب بقوته " بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جناية الاعتداء "[3].

فنص المادة تشير صراحة إلى وجوب وجود تناسب بين الدفاع والاعتداء الذي يتعرض له المعتدى عليه .

معيار التناسب في الفقه الإسلامي و قانون العقوبات :

من خلال قراءتنا كتب فقهاء الشريعة , تبين لنا أن المعيار الذي أخذ به فقهاء الشريعة هو الوسيلة , وعليه يكون المعيار الواجب الاعتماد عليه في معرفة تناسب الاعتداء من الدفاع هو الوسيلة التي استخدمها المدافع فإذا كانت تناسب وسيلة المعتدي كان هناك تناسب , وإلا كان هناك تجاوز لحدود الدفاع الشرعي , وهي تختلف من حالة لأخرى [4].

كما أن الوسيلة وحدها غير كافية فالظرف الذي يوجد فيه المعتدى عليه كالموجود في الصحراء , أو في الليل أو مجموعة من المعتدين , أو أن يكون ذكرا أو أنثى , وفي هذا جاء في بدائع الصانع : "والأصل في هذا أن من قصد إنسانا يهدر دمه ولكن ينظر إن كان المشهور عليه يمكن دفعه عن نفسه بدون القتل فلا يباح له القتل , وإن كان لا يمكن الدفع إلا بالقتل يباح له لأنه لا يقدر على الدفع إلا بالقتل .... وكذا إن شهر عليه العصا ليلا لأن الغوث لا

---

[1] – الإمام الشافعي– الأم– ج6 – ص 27 .

[2] – ابن قدامة – المغني – ج 8 – ص335, 328 .

[3] – المادة 2/39 من قانون العقوبات الجزائري.

[4] – يوسف قاسم – نظرية الدفاع الشرعي – ص 207 .

يلحق بالليل عادة , وإن شهر عليه نهارا في المصر لا يباح قتله لأنه يمكن دفع شره بالاستغاثة بالناس وإن كان في المفازة يباح قتله ."[1]

"وإن شهر عليه عصا في المصر نهارا فقتله المصول عليه بالحديد عمدا قتل به"[2]

وعند المالكية جاء في حاشية الدسوقي:" والحاصل إن الصائل إذا كان ممن يفهم فإنه يناشده أولا ثم بعد المناشدة يدفعه شيئا فشيئا أي يدفعه بالأخف فالأخف [3].

وجاء في المجموع بشرح المهذب في دفع الصائل :" وله الضرب يراعي فيه الترتيب فإن أمكن باليد لم يضربه بالسوط , وإن أمكن بسوط لم يجز بعصا , وإن أمكن بقطع عضو لم يجز مجاوزته إلى هلاكه , فإن أمكنه بدفعه فدفعه بما فوقها ضمن [4]

وليس المقصود بالتناسب أن المعتدى عليه يتوجب عليه استعمال وسيلته بالذات أو التفكير في الوسيلة المناسبة أو يكون الفعل مناسبا أم لا ، فإن الظروف المحيطة به وتتابع الأحداث لا تمكنه من فعل ذلك , وإنما الواجب عليه الدفاع بما غلب على ظنه أنه مناسب في تلك اللحظة, متى كان الفعل الذي قام به هو الوسيلة لدفع الاعتداء , فإذا داهم رجل امرأة ضعيفة فلم تجد إلا سيفا لتضربه به كان هذا عملا شرعيا، وعليه نقول أن الوسيلة المستعملة في الدفاع هي الوحيدة التي لا يمكن الدفاع بدونها .

وخلاصة القول أنه فقهاء الشريعة يشترطون أن يكون الدفاع متناسبا مع الاعتداء والمعيار في ذلك هو الوسيلة المستعملة مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف التي تحيط بحالة الاعتداء والظروف النفسية التي يمر بها المدافع .

وأما فقهاء القانون فاختلفوا في معيار التناسب فهل يعتبر نوع الوسيلة المستخدمة في الدفاع والاعتداء أم يعتبر الضرر المهدد به المعتدى عليه والضرر الذي أصاب المعتدي .

والقول إن معيار التناسب هو الضرر الذي ترتب على الدفاع منتقد لأنه لا يوجد ما يمنع دون إنزال ضرر أشد بالمعتدي مما كان ينوي إحداثه , كما لو حاول شخص اختطاف فتاة فقتلته.

---

[1] – الإمام الكاساني – بدائع الصنائع – ج7 – ص93 .

[2] – ابن الهمام– شرح فتح القدير – ج10 – ص 232 .

[3] – الإمام الدسوقي– حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج4 – ص 375 .

[4] – الإمام النووي – المجموع شرح المهذب ج20 – ص405 .

بل هو تجاهل للغرض الذي من أجله شرع الدفاع الشرعي , فقد شرع لدفع الاعتداء , كما أنه ليس من السهل الموازنة بين الخوف والأضرار التي يصيبها[1] .

وذهب غالبية الفقهاء من شراح القانون إلى أن الموازنة تكون بالوسائل التي تكون تحت تصرف المعتدى عليه , فإذا ثبت أن الوسيلة كانت أنسب الوسائل أو كانت الوحيدة تحقق التناسب[2]دون عبر بما قد ينجم عن ذلك من تفاوت الأضرار، ومثال ذلك إن يحصل الاعتداء في مكان مهجور أو وقع ضد امرأة، كما يتحدد التناسب وفقا للوسيلة التي يختارها شخص معتاد مر بالظروف هي حصيلة حالته النفسية والجسمية ومدى قدرته على اتخاذ قرار معين أمام الاعتداء وما لديه من وسائل لرد الاعتداء .

وإن كان الرأي الراجح هو أن تقدير التناسب بالنظر إلى الوسيلة المستعملة هو معيار رئيسي فقد تعد الوسيلة متناسبة في ظرف دون آخر , وإن كان هذا المعيار موضوعيا قوامه الشخص المعتاد فهو ليس موضوعيا خالصا حيث يجب على القاضي أن ينظر بعين الاعتبار إلى الظروف المحيطة بالمدافع , فإذا كانت ظروف المدافع تدفع الشخص العادي إلى استعمال نفس الوسيلة كان هناك تناسب في الدفاع وإلا يكون المدافع متجاوزا لحدود الدفاع الشرعي , ومثال ذلك أن يتعرض شخص للضرب ويكون باستطاعته ضرب المعتدي أو يحطم آلة العدوان ويثبت أنه كان من شأن هذين الفعلين أن يردعا الخطر ولكن المدافع يستعمل سلاحا ويقتل المعتدي [3] .

وفي هذا تقول محكمة النقض المصرية أنه من المتعين على القاضي مراعاة الظروف التي أحاطت بالمدافع وقت تعرضه للخطر وسيطرته على تفكيره ووجهت تصرفه ومن ثم لم يكن لها سائغا محاسبته على مقتضى التفكير الهادئ المطمئن الذي لا يقوى عليه والخطر الذي يهدده وتجعل تفكيره وتصرفه مضطربين .

---

[1] – أحمد أبو الروس – الموسوعة الجزائية – ص176 ، سمير العالية شرح قانون العقوبات ـــ ص 104 .

[2] – محمد سيد عبد التواب – الدفاع الشرعي – ص257 ،يوسف قاسم – نظرية الدفاع الشرعي – ص 102.

[3] – رضا فرج – شرح قانون العقوبات ص167 ، محمد صبحي – قانون العقوبات –القسم العام –168.

المطلب الثالث:لتناسب والدفاع بالقتـــل

الفرع الأول:القتل دفاعا عن النفس :

أباحت الشريعة الإسلامية القتل دفاعا عن النفس متى توفرت شروط الاعتداء وكـــان الدفاع لازما , ويشترط أن يكون القتل الوسيلة الوحيدة للدفاع , فلو اعتدى رجل على غيره ولا سبيل لخلاص الأخير إلا بقتله جاز له القتل .

فقد جاء في تبصرة الحكام :" قال القاضي أبو بكرولا يقصد قتل الصائل ابتداء وإنمـــا ينبغي أن يقصـــد الدفاع فإن أدى إلى القتل فلا ضمـــان إلا أن يعلم أنه لا يندفع إلا بالقتل فجائز أن يقصد قتله [1] .

جاء عند الشافعية في المجموع :" أما إذا كان لا يندفع إلا بالقتل قتله "[2].

وعند الحنفية جاء في بدائع الصانع :" فإن شهر عليه سيفه يباح له أن يقتله لأنـــه لا يقدر على الدفع إلا بالقتل ألا ترى أنه لو استغاث الناس لقتله قبـــل أن يلحقـــه الغـــوث إذا السلاح لا يلبث فكان القتل من ضرورات الدفع فمباح قتله" [3]

وعند الحنابلة جاء في المغني :" فأما إن لم يمكنه دفعه إلا بالقتل أو خاف أن يبدره بالقتل إن لم يقتله فله ضربه بما يقتله أو يقطع طرفه وما أتلف منه فهو هدر لأنه شره فلم يضمنه كالباغي ولأنه اضطر صاحب الدار إلى قتله فصار كالقاتل لنفسه"[4]

ففقهاء الشريعة متفقون على جواز القتل دفاعا عن النفس إذا كان هدا آخر حل يلجأ إليه المدافع لحماية نفسه من الهلاك.

---

[1] – ابن فرحون– تبصرة الحكام – ج 2 ص 258 .

[2] – الإمام النووي – المجموع شرح المهذب – ج20 ص13.

[3] – الإمام الكاساني – بدائع الصانع – ج 7 ص 13 .

4 – ابن قدامة – المغني– ج9ص152.

الفرع الثاني:القتـــل دفاعا عن العرض :

قرر الفقهاء إباحة القتل دفاعا عن العرض فقد جاء في الحـــاوي في الحـــديث علـــى الاعتداء على العرض:" وإن كان قد أولج جاز أن يبدأ في دفعه بالقتل ولا يترتب علـــى مـــا قدمناه... فجاز لأجلها أن يعجل بالقتل "[1] .

ويرى الحنابلة جواز القتل دفاعا عن مراودة رجل لها لأنه منه من التمكين من محرم جاء في المغني: "قال أحمد في امرأة أرادها رجل على نفسها فقتلته لتحصن نفسها فقال إذا علمت أنه لا يريد إلا نفسها فقتلته لتدفع عن نفسها فلا شيء عليها وذكر حديثا يرويه الزهري عن القاسم بن محمد عن عبيد بن عمير أن رجلا أضاف ناسا من هذيل فأراد امرأة على نفسها فرمته بحجر فقتلته فقال عمر والله لا يودى أبدا ولأنه إذا جاز الدفع عن ماله الذي يجوز بذله وإباحته فدفع المرأة عن نفسها وصيانتها عن الفاحشة التي لا تباح بحال أولى إذا ثبت هذا فإنه يجب عليها أن تدفع عن نفسها إن أمكنها ذلك لأن التمكين منها محرم وفي ترك الدفع نوع تمكين [2].

وعند المالكية ما ذكرناه من قول ابن العربي جواز قتل الصائل إذا كان لا ينـــدفع إلا بالقتل.

وأما دفاع المرأة عن عرضها بقتل الصائل فهو واجب حيث جاء في المغني :" وقال أحمـــد في امرأة أرادها رجل على نفسها فقتلته لتحصن نفسها , فقال إذا علمت أنه لا يريد ألا نفســـها فقتله لتدفع عن نفسها فلا شيء عليها "[3]

وكما أجاز الفقهاء القتل دفاعا عن محارمه كذلك أجاز بعض الفقهاء القتل دفاعا عن عرض الآخرين .

---

[1] – الإمام الماوردي – الحاوي الكبير – ج17 ص372.

2 – ابن قدامة – المغني – ج8 ص 331 . والحديث جاء بلفظ: عن عبيد بن عمير قال "استضاف رجل ناسا من هذيل فأرسلوا جارية لهم تحتطب فأعجبت الضيف فتبعها فأرادها على نفسها فامتنعت فعاركهـــا ســـاعة فانفلتت منه انفلاتة فرمته بحجر ففضت كبده فمات ثم جاءت إلى أهلها فأخبرهم فـــذهب أهلـــها إلى عمـــر فأخبروه فأرسل عمر فوجد أثارهما فقال عمر قتيل الله لا يودى أبدا" أخرجه غبد الرزاق في مصنفه باب الرجل يجد على امرأته رجلا –ج 9ص433.

3 – ابن قدامة– المغني – ج8 ص331.

الفرع الثالث:القتل دفاعا عن المال

يجيز الحنفية القتل دفاعا عن المال لقوله صلى الله عليه وسلم :جاء رجل يريد أن يأخذ مالي ؟ قال : فلا تعطيه مالك , قال أرأيت إن قاتلني , قال: قاتله , قال: أرأيت أن قتلني , قال: فأنت شهيد , قال: أرأيت أن قتلته , قال: هو في النار"[1].

جاء في شرح هذا الحديث:" ومن دخل عليه ليلا فأخرج السرقة من بيته فاتبعه رب البيت فقتله فلا شيء عليه , وكذا لو قتله قبل الأخذ إذا قصد أخذ ماله, و لم يتمكن من دفعه إلا بالقتل , وهذا إذا لم يعلم أنه لو صاح عليه طرح ماله , وإن علم بذلك فقتله مع ذلك وجب عليه القصاص ..."[2].

ومفاده أنه إنما يشترط لجواز قتل الظالم عدم التمكن من دفع ظلمه إلا بالقتل ولا يشترط الحنفية قلة المال أو كثرته , لإطلاق لفظ المال لأنه يدل على الكثير والقليل .

وعند الحنابلة : جاء في المغني :"قال أحمد في اللصوص يريدون نفسك ومالك قاتلهم تمنع نفسك ومالك , وقال عطاء في المحرم يلقي اللصوص قال يقاتلهم أشد القتال , قال ابن السرين :لا أعلم أحد ترك قتال الحرورية واللصوص تأثما إلا أن يجبن، وقال الصلت طريف: قلت للحسن أخرج من هذه الوجوه أخوف شيء عندي يلقاني المصلون يعرضون لي في مالي فإن كففت يدي ذهبوا بمالي، وإن قاتلت المصلي ففيه ما قد علمت , قال أي بني من عرض لك في مالك فإن قتلته فإلى النار وإن قتلك فشهيد" [3].

وأما عند المالكية يجوز للمسروق منه أن يستعيد ماله فإن السارق مادام في يده , فإن أبى الصائل إعادته للمعتدى عليه أن يقتل الصائل عن ماله سواء كان قليلا أو كثيرا .

جاء في تبصرة الحكام : قال أصبغ في السارق يدخل حريم الرجل يأخذ بعض متاعه, فيشعر به فيخرج في أثره , حتى إذا أرهقه تحول إليه السارق , فدافعه عن نفسه وامتنع منه , وقاتله ابتغاء النجاة منه بسيف أو سكين أو عصا أو غير ذلك , فيقتله الرجل في امتناعه ذلك

---

[1] - مسلم- كتاب الإيمان- باب الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره بغير حق كان القاصد مهدر الدم في حقه وإن قتل كان في النار وأن من قتل دون ماله فهو شهيد-رقم140-ج1ص124.

[2] - التهانوي - إعلاء السنن -ج13 ص 145 .

[3] - ابن قدامة -المرجع السابق -ج 8 ص331.

حين لم يجد إلى أخذه سبيلا فإن دمه هدر ولا شيء على قاتله من قود ولا دية, ذلك إن كان معه المتاع الذي سرق[1]

وعند الشافعية جاء في المجموع :" يجوز دفع على معصوم من نفس أو طرف أو منفعة أو مال فإن قتله المصول عليه دفعا فلا ضمان بقصاص ولا دية ولا كفارة" [2] .

ولقد رأى بعض المعاصرين[3] أن إطلاق القتل دفاعا عن المال قليلا كان أو كثيرا غير مقبول فكيف تباح أنفس من أجل مال قليل ، وكيف تهدر أرواح بسبب دراهم معـــدودة؟ ورأى أن الدفاع عن المال لا يجوز إلا في حالتين .

الأولـــى : أن يبتدأ المتعدي بالمقاتلة في سبيل الإستلاء على المال بالقوة فهنـــا يجـــوز لصاحب المال أن يقاتل المعتدي .

الثانيـــة : إن يترتب على ترك الدفاع عن المال القليل ضرر جسيم بأن يكون مضطرا إليه أو في حاجة ماسة إليه، أما إذا كان المال قليلا يستطيع صاحبه أن يستغني عنه فإنـــه لا يجوز له بحال أن يقتل المعتدي ، بل عليه أن يتهاون في هذا المال التافه أو القليـــل في ســـبيل المحافظة على النفس التي حرم الله قتلها إلا بالحق، وله بعد ذلك حق الرجوع علـــى المعتـــدي لاسترداد ماله ، أو يأخذ قيمته فضلا على العقاب الذي يستحقه المعتدي جزاء ظلمه.

واستدل على مذهب بما أورده الدسوقي في حاشيته بقوله : "وأما على المـــال ،فـــإن ترتب على أخذ هلاك أو شدة أذى كان كدفع الصائل عن النفس وإلا لم يجب" [4] .

وهذا الرأي أراه أولى بالصواب من غيره , في قوله صلى الله عليه وسلم "قال قاتله "[5] جواز ابتداء القتال من المعتدى عليه فلربما ارتدع السارق وترك المال , أو يدل علىجواز القتل إذا أراد السارق القتال وهنا أصبح القتل دفاعا عن النفس لا على المال .

وخلاصة القول أن الفقهاء يجيزون القتل دفاعا عن المال إذا لم يكن هناك وسيلة أخرى لدفع المعتدي .

---

[1] – ابن فرحون –تبصرة الحكام – ج 2 ص148 .

[2] – الإمام النووي ـــ المجموع شرح المهذب ـــ ج20 ص 401.

[3] – يوسف قاسم ـــ نظرية الدفاع الشرعي ـــ ص121 .

[4] – الدسوقي ـــ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج4ص357 .

[5] – رواه مسلم– كتاب الإيمان– باب الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره بغير حق كان القاصد مهدر الدم في حقه وإن قتل كان في النار وأن من قتل دون ماله فهو شهيد–رقم140–ج1ص124.

أما المشرع الجزائري فقد نص على حالات الدفاع الشرعي بالقتل،حيث نصت المادة:40 من قانون العقوبات الجزائري بقولها :" يدخل ضمن حالات الضرورة الحالية للدفاع المشروع :

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

- 2 . الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة[1] .

المادة :40 تنص على أنه بمجرد قيام إحدى الحالات المذكورة تقوم الحق في الدفاع الشرعي دون حاجة لبحث لزوم الدفاع أو تناسبه مع الاعتداء , ويطلق عليها الفقه الفرنسي الحالات الممتازة[2] .

وذلك أن المشرع نص على صراحة أفعال الدفاع فأباح له القتل والجرح بدون شروط , بينما لم يسمح بالقتل في المادة :02/39 إلا بتوافر كل الشروط ومنها تناسب الدفاع مع الاعتداء.

أما في الحالات الممتازة فقد أباح المشرع الجزائري القتل أو أشد أفعال الدفاع جسامة بدون اشتراط بتوافر الشروط .

فالمادة 40 أنشأت قرينة قانونية على توافر شروط الدفاع الشرعي في بعض الحالات,فمن يحتج بالدفاع الشرعي عليه أن يثبت أمام سلطات التحقيق توافر شروط الدفاع في الأفعال المنسوبة إليه, وإذا لم تقتنع سلطات التحقيق , وأقامت الدعوى الجزائية , ضده فعليه أن يقنع الجهة القضائية التي تنظر في الدعوى بتوافر هذا الشروط فعليه أن يثبت أن فعله كان لرد خطر حال غير مشروع وأنه كان لازما وكان متناسبا مع الاعتداء فإلا اقتنعت الجهة القضائية بهذه الشروط، وإلا إدانته [3] .

---

[1] - المادة 40 من قانون العقوبات الجزائري.

[2] - عادل قورة ــ شرح قانون العقوبات ــ ص95.

[3] - رضا فرج ــ شرح قانون العقوبات ــ ص168.

مجالات الدفاع الشرعي التي نظمها المشرع في المادة 40 من شانها إنشاء قرينة قوية على توافر شوط الدفاع الشرعي .

وقد ذهبت بعض أحكام القضاء الفرنسي إلى أن المادة أنشأت قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس ،ومن هذه الأحكام قضية جو فوس التي قتلت بواسطة حارسها أحد جيرانها الذي كان يحضر أثناء الليل بعد تسلق سور حديقة قصرها لوضع خطاب في غرفة ابنتها .

وقد تردد القضاء الفرنسي فترة طويلة في هذا الشأن فقد صدرت بعض الأحكام من هذا القضاء في القرن الماضي تدل على أن القضاء يعتبر هذه القرينة قاطعة لا تقبل العكس , وقد برأت المحكمة السيدة : جو فوس وحارسها استنادا إلى المادة :329 من قانون العقوبات الفرنسي , وعلق الفقه أن ظروف ارتكاب الأفعال هي التي أملت هذه الأحكام ولا تدل على أن القضاء بأخذ القرينة القانونية القاطعة .

وحكمت محكمة النقض بأن إحداث الجرح بشخص دخل متزل الجارح أو أحد ملحقاته مجرد قرينة قانونية على أن الجرح حدث دفاعا شرعيا عن النفس أو المال وهذه القرينة قابلة لإثبات العكس. [1]

إلا أن هناك إتجاه في الفقه الفرنسي يرى ضرورة إعطاء هذه القرينة صفة الإطلاق , بحث لا تقبل إثبات العكس وذلك حتى يؤدي النص إلى تحقيق هدف المشرع وهو حماية الساكن ليلا فإذا علم الكافة بأن صاحب المسكن له حق قانوني مطلق في إطلاق النار دفاعا عن مسكنه دون أن يناقشه أحد فإن ذلك قد يؤدي إلى احترام الناس لحرية مساكن الغير وعدم التجرؤ على الدخول إليها ليلا إلا بإذن صاحبها .

وهذا الاتجاه هو ما استقر عليه مشرع قانون العقوبات الفرنسي , على أن بعض الفقهاء[2] يرون أنه يجب بالنسبة لقانون العقوبات تفسير القرينة الواردة في المادة 40 باعتبارها قرينة تقبل العكس وهذا التفسير يتماشى مع الاتجاه الذي أخذ به المشرع الجزائري في الاعتداد بنية الجاني وشخصيته وإرادته أكثر من اعتداده بالقتل المرتكب .

---

[1] – محمد سيد عبد التواب –الدفاع الشرعي –ص270 .

[2] – رضا فرج –قانون العقوبات الجزائري– ص 171 .

الفرع الرابع :الحالات الممتازة للدفاع الشرعي

الحالة الأولى : القتل أو الجرح أو الضرب الذي يركب لدفع اعتداء على حياة الشخص وسلامة جسمه أثناء الليل , وهو نص استحدثته المادة 40 و لم يكن منصوصا عليه المادة329 فرنسي , ولكن الفقه والقضاء انتهى إلى شمول الدفاع عن النفس ضمن نطاق الحالات الممتازة للدفاع الشرعي , لأن النص لم يحدد تسلق الحيطان أو الحواجز أو مدخل المنازل [1]

فالقانون يقدم الحماية اللازمة لحماية الشخص وضمان حرمة مسكنه من كل اعتـــداء يتعرض له أثناء الليل وهو بذلك يميز هذه الأفعال عن غيرها في النهار ذلك أن الليل قد يكون ممتازا للحرفيين الذين يستعملونه لمفاجأة الناس بالعدوان وقد تصاحب هذه الحالة ظرفا نفسيا يجعل تقدير الخطر أمرا صعبا[2]، وعليه يشترط أن يكون الخطر مهددا بالاعتداء علـــى حيـــاة المدافع نفسه أو سلامة جسمه أو ضربه , فإذا دخل لص منزلا ليلا كان لصاحب المـــنزل أن يدفعه بالقوة اللازمة حتى لو أدت إلى قتله [3]

الحالة الثانية : القتل أو الجرح أو الضرب لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان أو مـــداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر أي شيء منها أثناء الليل .

ويشترط أن يكون المسكن مسكونا ولو كـــان ســـكانه خارجـــه وقـــت الســـرقة والكسر,ولذلك لا يكفي أن يكون المكان معدا للسكن ليقام حالة الدفاع الشرعي طالما لم يتم سكناه بعد[4] .

والمسكن المسكون بنص المادة 355 من قانون العقوبات الجزائري كل حي أو دار أو غرفة أو خيمة أو كشك , ولو مستقل متى كان معدا للسكن وإن لم يكـــن مســـكونا ذاك الوقت وكافة توابعه مثل الأحواش وحضائر الدواجن ومخازن الغلال والإسطبلات والمباني التي توجد بداخلها مهما كان استعمالها حتى ولو كانت محاطة بسياج خاص داخل سياج أو سور عمومي

---

[1] – رضا فرج – شرح قانون العقوبات الجزائري –ص171 .

[2] – عبد الله سليمان شرح قانون العقوبات القسم العام ص140 .

[3] – إبراهيم الشبابي ـــ الوجيز في شرح قانون العقوبات–القسم العام– دار الكتاب اللبناني–ص 68 .

[4] – عادل قورة ـــ شرح قانون العقوبات الجزائري ـــ القسم العام ص95 .

وأما الكسر فقد عرفته المادة 365 لقولها :" فتح أي جهاز من أجهزة الإقفال بقوة أو الشروع في ذلك سواء بكسره أو إتلافه أو بأي طريقة أخرى بحيث يسمح لأي شخص بالدخول إلى مكان مغلق [1] .

كما يشترط لقيام الدفاع الشرعي أن يحدث اعتداء ليلا، ويقصد بالليل الفترة مابين غروب الشمس وشروقها ،أما إذا وقع الاعتداء نهارا فإنه يفقد الامتياز الممنوح بالمادة 40 التي تقيم قرينة قانونية على توافر شروط الدفاع وبالتالي يخض الاعتداء لنص المادة 02/39 التي توجب توافر الشروط الخاصة لقيام الدفاع الشرعي .

الحالة الثالثة : حالة الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بقوة وهذا نص قصده المشرع الفرنسي لردع أعمال قطاع الطرق والعصابات السطو المسلحة التي تهاجم المسافرين في الطرق العامة التي انتشرت في أعقاب الثورة الفرنسية[2]، والمشرع الجزائري يكون قد أبقى بهذا النص لنا في سلامة الأفراد في الطرق وردع أعمال السطو المسلح، فالمشرع يرى أن ارتكاب السرقة النهب بقوة يعد أمرا خطيرا يجعل المجتمع تحت سلطة الأشرار وعصابات السوء وتسوده شريعة الغاب لذا قد أباح المشرع الدفاع الشرعي حثا منه الناس على الدفاع عن حقوقهم بدون الشروط التي جاءت بها نظرية الدفاع الشرعي ، فأجاز للفرد أن يدافع عن ملكه وعن ملك الغير أيضا ضد مرتكبي الجرائم السرقة ليلا ونهارا [3] .

غير أن إباحة القتل في هذه الحالات لا يعني أن يتوجه المعتدى عليه مباشرة إلى رد الاعتداء بالقتل، فالمشرع أراد أن يضع حدا أعلى بالتناسب لذا كانت ظروف الحال تنطق بذالك وعليه فإذا للمدافع أن يرد الاعتداء بفعل أقل جسامة، فإن لجوءه إلى القتل قد يجعله يتجاوز حقه في الدفاع الشرعي[4].

---

[1]- المادة 355 من قانون العقوبات الجزائري –أمر رقم 66 -165 المؤرخ في 08 جوان 1968 المتضمن قانون العقوبات.

[2]- د. رضا فرج- شرح قانون العقوبات الجزائري ص172 .

[3]- عبد الله سليمان- شرح قانون العقوبات ص140 .

4- يوسف قاسم، نظرية الدفاع الشرعي، ص158.

وما نخلص إليه أن ما ذهب إليه المشرع الجزائري من تحديد الحالات الخاصة بالدفاع الشرعي وإباحة القتل فيها ليس فيه ما يخالف الشريعة الإسلامية وذلك لأن القتل يعتبر أخطر الجرائم وخطره يكون أمرا محمودا .

ورأينا أن فقهاء الشريعة أجازوا القتل دفاعا عن النفس والمال متى كان ذلك وسيلة وحيدة للدفاع الشرعي .

المبحث الثاني: تجاوز حدود الدفاع الشرعي وأثره .

المطلب الأول : مفهوم التجاوز وصوره

المطلب الثاني : أثر تجاوز حدود الدفاع الشرعي

المبحث الثاني: تجاوز حدود الدفاع الشرعي:

المطلب الأول : مفهوم التجاوز ومعياره.

التجاوز لغة : هو الإفراط ، وفي الاصطلاح: يعني أن يستعمل المدافع قدرا من القوة يجاوز القدر الكافي لردع العدوان فعند الفقهاء الشريعة لم يرد عندهم تعريفه فيمكن استخلاصه من أقوالهم ،أما فقهاء القانون فقد اهتموا بمفهومه ومعياره .

الفرع الأول : مفهوم التجاوز ومعياره.

أولا: مفهوم التجاوز ومعياره عند فقهاء الشريعة

ذكرت أن فقهاء لم يرد عنهم تعريف للتجاوز ، وإنما يمكنه فهمه من اشتراطهم للتناسب من قولهم يدفع بالأخف فالأخف ، وكل فعل زائد على اللزوم يعتبر تعديا يسأل عنه صاحبه ويمكن القول أن التجاوز يتحقق إذا استعمل المدافع قدرا زائد عن اللازم لدفع اعتداء وهذا يمكن استنباطه من أقوال الفقهاء .

جاء في فتح القدير : "وإن شهر عليه عصا في المصر نهارا فقتله المشهور عليه بالحديد عمدا قتل به لأنه قادر على دفع الشر عن نفسه بدون القتل لأن العصا تلبث ، وفي مصر يلحقه الغوث بالنهار بخلاف السلاح لأنه لا يلبث بخلاف المفازة "[1]

نفهم من هذا الكلام أن القاتل يعد متجاوزا عن دفعه لأنه لا يبيح له القتل مادام يمكنه مقاومة الاعتداء بالاستغاثة أو غيرها .

وعند الشافعية جاء في المجموع :"فله الضرب ويراعى فيه الترتيب... وإن أمكن بسوط لم يجز بالعصا وإن أمكن بقطع عضو لم يجز مجاوزته إلى هلاكه فإذا أمكنه بدرجة فدفعه بما فوقها ضمن"[2] فالشافعية يشترطون إذ أمكن دفع المعتدى لم يجز التجاوز عليه مراعاة الترتيب .

وعند الحنابلة إن المعتدى عليه يسأل عما يأتي من أفعال زيادة على اللزوم : جاء في المغني :" إذا ضربه ضربة عطلته لم يكن له أن يثني عليه لأنه تعنى شره وإذا ضربه فقطع يمينه فولى قدير ا فضربه فقطع رجله فقطع الرجل فمضمون عليه بالقصاص أو الدية لأنه في حالة لا يجوز له ضربه [3].

---

[1]- حاشية سعد الحلبي بهامش فتح القدير-ج10ص232.

[2]- الإمام النووي- المجموع شرح المهذب-رج20ص405، الإمام الماوردي- الحاوي الكبير- ج17ص371.

[3]- ابن قدامة- المغني ج8ص33.

وجاء في تبصرة الحكام :" وسئل عن رجل وجد رجلا عند زوجته فقاتله فكسر رجله أو جرحه هل عليه قصاص قال وهو جبار لا شيء عليه فيما دون النفس فإن قتله كان عليه قود إلا أن يكون معه شهود على دخول الفرج في الفرج فلا يكون عليه قود وإنما عليه الأدب [1]، فقد قرر المالكية مسؤولية المدافع عن فعل القتل لأنه يعد متجاوزا لأن القتل لا يكون إلا ببينة.

والظاهر من خلال كلام الفقهاء أن التجاوز تتحقق ماهيته إذا استعمل المدافع قوة مادية اكبر مع إمكانه دفع المعتدي بقوة أقل كان المدافع متجاوزا، ولكن القول إن القوة المادية التي يستعملها المدافع ليست نظرة مجردة بل يراعى فيها الظروف الشخصية والزمنية والمكانية وكثيرا ما يعتد الفقهاء بغلبة الظن بدفع الصائل، جاء المبسوط" ولكن لو رأيت رجلا يثقب عليك دارا من الخارج أو دخل عليك ليلا من النقب بالسيف وخفت أن أنذرته ضربك وكان على أكثر رأيك ذلك وسعك أن تقتله [2] واعتبار الخوف هو حالة نفسية يقول الشافعية جاء في الحاوي الكبير إذا خاف إنسان على نفسه من طالب لقتله أو قاطع لطرفه أو جارح لبدنه أو خاف على ولده أو زوجته فله دفع الطالب وإن أدى إلى قتله. [3]

ومعيار القوة المادية التي استخدمها المصول عليه في دفع العدوان ليس معيار مطلقا ومجردا عن الملابسات والظروف التي أحاطت بالمصول عليه وقت العدوان، سواء كانت هذه الظروف شخصية أو مكانية أو زمنية فهو معيار نسبي .

ثانيا: مفهوم التجاوز ومعياره عند فقهاء القانون

أما فقهاء القانون فيقصد بالتجاوز في حدود الدفاع الشرعي انتقاء التناسب بين أفعال الدفاع وخطر الاعتداء الذي هدد المعتدي وعليه فليس المقصود في التجاوز حدود الدفاع الشرعي انتفاء أحد شروط الاعتداء أو الدفاع وإنما يقصد به انتفاء شرط التناسب بعينه بين الاعتداء والدفاع، فشرط التناسب ما هو إلا الإطار الذي يجب أن يباشر الدفاع في نطاقه ولذلك إذا تخلف التناسب كنافي حالة التجاوز[4]

---

[1]- ابن فرحون –تبصرة الحكام –ج 2ص148.

[2]- السرخسي- المبسوط –مطبعة دار السعادة 1324 –ج 24 ص51 .

[3]- الماوردي – الحاوي الكبير-ج 17ص 324.

[4]- مأمون محمد سلامة- شرح قانون العقوبات- ص231.

معيار التناسب:

اختلف فقهاء القانون من قائل معيار الموضوعي ومنها قال آخرون بأنه معيار شخصي ، فذهب القائلون بالمعيار الموضوعي إلى أن التجاوز وعدمه يكون على أساس شخص مجرد معتاد وهو الشخص الذي يقدر الأمور ويتصرف في مواجهتها على النحو المألوف المتفق مع الخبرة الإنسانية،فإذا كان المدافع قد أتى من أفعال الدفاع ما يأتيه الشخص المجرد عندما يتعرض لنفس ظروف العدوان التي واجهها المعتدي عليه فانه لا يكون متجاوزا لحدود الدفاع الشرعي، أما إذا أتى المعتدي بأفعال اشد مما يأتيها الفرد العادي يكون قد تجاوز حدود الدفاع فالمعيار موضوعي قوامه الشخص العادي غير أنه ليس موضوعيا خالصا، فلا يجب إغفال الظروف التي مر بها المعتدى عليه[1].

1-المعيار الشخصي:

وينظر أصحاب هذا المعيار إلى المدافع شخصيا وظروفه التي مر بها فجسامة الاعتداء لا يتم تقديرها على ما ينجم عنه فعلا ، ولا على الخطر الذي يواجه المعتدي، وإنما على التقدير الذاتي للمدافع ، وعلى القاضي أن ينظر في الدعوى ويفحصها ليصل إلى الأثر النفسي الذي إحداث العدوان.فتقدير معيار التجاوز يعود إلى القاضي حسب الظروف ويحسب كل معتدى عليه واثر الاعتداء على نفسه.

2- المعيار المزدوج:

فإذا كان أنصار المعيار الموضوعي وإن كان تقديرهم للتجاوز على أساس الشخص العادي فإنهم لم يغفلوا عن الظروف الشخصية و الموضوعية للمدافع ، وإنما ينظرون إلى هذا الشخص المجرد المعتاد وقد أحاطت به كافة الظروف التي واجهها المعتدى عليه كما أن أصحاب المعيار الشخصي يوجبون أن يكون تقدير المدافع مبنيا على أسباب جائزة ومقبولة من شانها أن تبرر ما وقع منه.

فمعيار التجاوز هو معيار مزدوج يقوم على أساس موضوعي وهو تصرف الشخص المعتاد ولكنه ليس موضوعيا بحتا وإنما ينظر إلى تفرق الشخص المجرد من الظروف الشخصية للمدافع من حيث سنه وجنسه وقوته البدنية والنفسية وكذلك الزمان والمكان[2]

1- محمد سيد عبد التواب- الدفاع الشرعي- ص346

2- محمد سيد عبد النواب –الدفاع الشرعي ص 347 .

خلاصة القول في الموضوع تجاوز حدود الدفاع الشرعي أن فقهاء الشريعة ، يشترطون للمدافع أن يستعمل قوة تناسب الاعتداء وكثيرا ما يعبرون عن ذلك بقولهم الأخف فالأخف أو الأسهل فالأسهل، ويأخذون في الاعتبار القوة الهجومية بالظروف الشخصية و الموضوعية للاعتداء ،إلا أن فقهاء القانون قد ظهر عندهم اختلاف في الأخذ بمعيار موضوعي يراعي الشخص المعتاد عندما يواجه الظروف الاعتداء والأخر شخصي ينظر في الشخص و ما أحاط به في ظروف الاعتداء ومراعاة لظروفه النفسية .ثم هناك معيار ثالث هو معيار مزدوج يجمع بين المعيارين السابقين ، فما يقول به فقهاء القانون هو ما سبق القول به فقهاء الشريعة انطلاقا من أقوالهم في كتب الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني:أثار تجاوز حدود الدفاع الشرعي:

الأصل أن يقوم حق الدفاع الشرعي حتى توافرت شروط الاعتداء من أن يكون حالا،وعلى وشك الوقوع يهدد بخطر حال النفس أو المال ،وكان الدفاع لازما إلا أن المدافع لم يراع تناسب بين الدفاع و الاعتداء فيجاوز الحدود المطلوبة ،فان المدافع يسأل مساءلة نهائية باعتبار الأفعال التي يأتيها تعتبر أفعالا غير مشروعة.

الفرع الأول : أثر تجاوز حدود الدفاع:

فقد أوردنا أقوال الفقهاء في مسألة التناسب بين الدفاع والاعتداء، وفقهاء الشريعة قالوا بأن المدافع يسأل عن الأفعال التي جاءت بعد انتهاء الاعتداء فقد جاء في الدر المختار "ولو ضربة الشاهر وكف عنه على وجه لا يريد ضربة ثانيا فقتله الآخر أي المشهور عليه أو غيره ... قتل القاتل لأنه بالانصراف عادة عصمته"[1] فعاد الصائل معصوما بعد انتهاء الاعتداء .فيكون المعتدى عليه مسؤولا من الناحية المدنية والجزائية.

وعند الشافعية جاء في الحاوي :"ويعتبر عدد الضرب وصفته وقدر ما يندفع به فان تجاوزه إلى زيادة أو جراح كان مأخوذا به وان لم يندفع بالضرب كان له أن يتجاوزه إلى الجراح بالحديد ويعتبر فيه قدر ما يندفع به فان تجاوزه إلى الزيادة في الجراح أو إلى القتل كان مأخوذا به وان كان يندفع بجراحة واحدة فجرحه جراحتين فمات فيها فلا قود عليه في النفس وعليه نصف الدية لأنه كان من جراحتين أحداهما مباحة لا تضمن والثانية محظورة تضمن ...ولا

[1]- ابن عابدين –الدر المختار –ج 10ص 192.

يجوز إذا ولى الطالب مدبرا أن يتبع بجراح ولا قتل ويكون ما فعله المطلوب بعد أن ولى الطالب من جراح وقتل مضمونا عليه [1].

فقد أورد لفظ المجاوزة ورتب على تجاوزه مسؤولية جنائية فهو يضمن ما أهدره لأنه نقد وظلم، وجاء في الأم:"ولو شهدوا أنه قبل إليه في صحراء بسلاح فقطع يدي الذي أريد ثم ولى عنه فأدركه فذبحه أقدته منه وضمنت المقتول دية يدي القاتل ولو ضربة في إقباله وضربة أخرى في إدباره لم يكن فيه قود وجعلت عليه نصف الدية لأني جعلته ميتا من الضربة التي كانت مباحة و الضربة التي كانت ممنوعة فلا قود عليه وعليه نصف الدية[2].

وأما في المغني عند الحنابلة:"وإن ضربة –يقصد المدافع–فقطع يمينه فولى مديرا فضربه فقطع رجله،فقطع الرجل مضمون عليه بالقصاص أو الدية لأنه في حال لا يجوز له ضربه وقطع اليد غير مضمون فإن مات من جراحة القطع فعليه نصف الدية كما لو مات من جراحة اثنين ،وان عاد بعد قطع رجله فقطع يده الأخرى فاليدان غير مضمونتين،وإن مات فعليه ثلث الدية كما ولو مات من جراحة ثلاثة أنفس فقياس المذهب يضمن نصف الدية لأن الجرحين قطع رجل واحد فكان حكمهما واحدا كما لو جرح رجل رجلا مائة جرح وجرحه آخر جرحا واحدا وان كانت ديته بينهما نصفين ولا تقسم الدية على عدد الجراحات كذا هاهنا [3]

وعند المالكية ذكرنا ما جاء في التبصرة لابن فرحون[4] عن مسؤولية المدافع إذا تجاوز حدود الدفاع، وجاء في منح الجليل في الكلام عن حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم "أن رجلا عض أخر فنزع المعضوض يده فقلع سنه فقال عليه الصلاة والسلام:أيعض أحدكم أخاه ما يعض القحل لادية له[5]،قال المازري: عن بعض شيوخه عن بعض المحققين إنما ضمنه لإمكان النزع برفق، وحملوا حديث مسلم على هذا[6] ، ويفهم من قولهم أنه قد تجاوز حين

1- الإمام الماوردي-الحاوي الكبير- ج17 ص 369

2- الإمام الشافعي – الأم – ج6 ص 29 .

3- ابن قدامة – المغني ج 8 ص 330.

4- ابن فرحون – بصرة الحكام ج2ص 148.

5- البخاري كتاب الديات – باب إذا عض رجلا فوقعت ثناياه رقم:6497 –ج 6 ص2526،رواه المسلم –كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات –باب الصائل عن الإنسان أو عضوه إذا دفعه المصول عليه رقم:1673- ج3ص1300.

6- احمد بن محمد الجكني الشنقيطي- مواهب الجليل- ج4ص383.

نزع يده بقوة، وكان يقتضي الأمر أن ينزع برفق فلما كان كذلك كان متجاوزا وترتب عليه الضمان ، وعند الحنابلة:" جاء في المبدع وإن ضربه فقطع يمينه فولى مدبرا فقطع رجله فالرجل مضمون بقصاص أو دية لأنه في حال لايحل له ضربه، واليد غير مضمونة فإن مات من سراية القطع فعليه نصف الدية وإن عاد إليه بعد قطع رجله فقطع يده الأخرى فاليدان غير مضمونتان، وإن مات فعليه ثلث الدية كما لو مات من جراحة ثلاثة أنفس وقياس المذهب أن يضمن نصف الدية كما لو جرحه اثنان ومات منها وإن أمكن دفعه بقطع عضو فقتله أو قطع زيادة على ما يندفع به ضمنه[1].

فمن خلال هذه النصوص نجد أن الفقهاء يقولون بالمسؤولية الجزائية وهو ما يعبرون عنه بالقود أو القصاص، وبالمسؤولية المدنية وهو ما يعبرون عنه بالضمان وهذا غي حالة تجاوز حدود الدفاع ، وقد رأينا أن بعض الفقهاء يطلقون نفس اللفظ الذي يطلقه شراح القانون وهو التجاوز،كما جاء في الحاوي الكبير، أو الزيادة كما جاء في المبدع.

أما عند فقهاء القانون فللتجاوز صور ثلاث:

الأولى: التجاوز بنية سليمة، ومناط حسن النية هو اعتقاد المدافع خطئا بأن فعله داخل في حدود الدفاع الشرعي المباح، وحسن النية لا يبيح فعل المدافع ولكنه يبرر التخفيف عنه ، فإذا استبان للقاضي غدر المدافع ورأى التخفيف عنه ففي وسعه طبقا للقواعد العامة أن يستعمل سلطته التقديرية ويرفع عنه العقوبة المقررة في حدود أدناها[2]، والمدافع في هذه الحالة يعتقد أنه ارتكب ما يخوله له القانون وأن فعله كان السبيل الوحيد لدرأ الخطر.

وأما الصورة الثانية فهو التجاوز دون نية سليمة، وللتفريق بين هذه الصورة وما قبلها ينظر إلى توافر الخطأ غير العمدي ،وهو أن يخل المدافع بواجبات الحذر والحيطة التي يفرضها القانون وعدم حيلولته دون إرادة وقوعه وتوافر العمد حيث تتجه الإرادة إلى النتيجة الإجرامية، فإذا تعمد المدافع التجاوز فإن التجاوز يكون بدون نية سليمة،ويطبق عليه القواعد العامة، والتي تقضي بأن يسأل عن جريمة عمدية، فإذا ترتب على فعله موت المهاجم فيسأل عن جريمة القتل العمد أو جريمة ضرب أفضى إلى موت[3].

---

[1]- ابن مفلح- المبدع في شرح المقنع- المكتب الاسلامي- ط1-1979-ج9ص157.

[2]- عوض محمد - شرح قانون العقوبات القسم العام-ص181.

[3]- د.رضا فرج- شرح قانون العقوبات الجزائري- ص176، محمد سيد عبد التواب-الدفاع الشرعي-ص353.

فما حكم هاتين الصورتين السابقتين ؟هل يترك الأمر للقواعد العامة لتحديد المسؤولية؟ أم يتدخل المشرع لتحديد المسؤولية،ووضع ووضع عقوبات محددة لحالة تجاوز حدود الدفاع الشرعي؟

المشرع الجزائري لم يحدد صراحة أحكاما خاصة للدفاع الشرعي، أما المشرع المصري فقد نظم حالة تجاوز حدود الدفاع الشرعي في المادة 251 بنصه: "لا يعفى من العقاب بالكلية من تعدى بنية سليمة حدود حق الدفاع الشرعي أثناء استعماله إياه دون أن يكون قاصدا إحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع، ومع ذلك يجوز للقاضي إذا كان الفعل جناية أن يعده معذورا إذا رأى محلا وأن يحكم عليه بالحبس بدلا من العقوبة المقررة في القانون"

وما يستفاد من هذه المادة أن المشرع المصري يعتبر التجاوز في استعمال حق الدفاع فعلا غير مشروع، بل يعتبره جريمة عمدية وقرر بصددها عذرا قانونيا لتخفيف العقوبة، إذا كان الفعل جناية، أما إذا كان الفعل جنحة فقد ترك الأمر للقاضي في حدود السلطة التقديرية[1].

وأما المشرع الجزائري فلم يتعرض حالة التجاوز في الدفاع الشرعي ، غير أن الدكتور رضا فرج ذهب إلى أن المشرع الجزائري قد نظم حالة التجاوز من خلال المادتين 277-278 ويمكن من خلال هاتين المادتين استخلاص حكم المشرع في تجاوز حدود الدفاع الشرعي والشروط المطلوبة لاستفادة المدافع الذي تجاوز حدود الدفاع من الأعذار القانونية المخففة.

الأعذار القانونية التي تضمنتها المادتين 277-278:

جاء في تعريف الأعذار القانونية في نص المادة 52 من قانون العقوبات:"هي حالات محددة في القانون على سبيل الحصر يترتب عليها مع قيام الجريمة والمسؤولية إما عدم عقاب المتهم إذا كان إذا كانت أعذارا معفية ،وإما تخفيف العقوبة إذا كانت مخففة، وقد بينت المادة283 قانون العقوبات ، العقوبات المخففة.

فقد نصت المادة 277 قانون العقوبات على ما يلي:" يستفيد مرتكب جرائم القتل والجرح والضرب من الأعذار إذا دفعه إلى ارتكابها وقوع ضرب شديد من أحد الأشخاص "

[1]- مأمون محمد سلامة –قانون العقوبات – القسم العام- ص230.

ويتضح من خلال هذا النص أن مرتكب جرائم القتل والجرح والضرب يستفيد من العذر المخفف إذا دفعه إلى ارتكابها وقوع ضرب شديد من احد الأشخاص ويمكن أن نفهم أننا أمام حالة من حالات تجاوز حدود الدفاع الشرعي،فإن المدافع لم يوجه دفاعه إلى مصدر الخطر بل إلى شخص آخر كان يصاحب المعتدي فقتله أو جرحه أو ضربه . ولا يشترط لتطبيق هذا النص والاستفادة من العذر القانوني في كل حالة ارتكب فيها شخص جرائم القتل والجرح أو الضرب بعد أن وقع عليه ضرب شديد من أحد الأشخاص بحيث لا تتوافر جميع شروط الدفاع الشرعي لدى هذا الشخص حتى يستطيع الاحتجاج بقيام حالة الدفاع،فإما أن فعله لم يوجه تماما إلى مصدر الخطر بل وقع على شخص آخر لم يقع منه الاعتداء وكان ذلك بسبب رغبة من وقع عليه الضرب الشديد في الانتقام من الضارب ، وإما أن من وقع عليه الضرب فقط قد تجاوز بفعله جسامة الخطر الذي كان يتهدده ، إن نص المادة 277 لا شك أنه ينظم حالات تجاوز حدود الدفاع الشرعي المنصوص عليها بالمادة 2/39 .

العذر القانوني الوارد بنص المادة 278

تنص المادة 278عقوبات على ما يلي: يستفيد مرتكب جرائم القتل والجرح والضرب من الأعذار إذا ارتكبها لدفع تسلق أو ثقب أسوار أو حيطان أو تحطيم مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو ملحقاتها اذا حدث ذلك أثناء النهار و إذا حدث ذلك أثناء الليل فنطبق أحكام المادة 40 , وإذا رجعنا إلى نص المادة 40 الفقرة2 لوجدنا أن هذه الأفعال هي تقريبا الأفعال التي تبرر قيام حالات الدفاع الشرعي الممتاز والتي تبرر القتل والجرح والضرب إذا ارتكبت لمنع هذه الأفعال إذا وقع الاعتداء ليلا أما إذا وقع الاعتداء نهارا فان الفعل الذي ترتب عليه القتل الجرح يكون ضمن الأفعال التي يرتب لها القانون عذرا مخففا .

فالعذر الذي تناولته المادة 278هو عذر لمن تجاوز حدود الدفاع الشرعي الممتاز المنصوص عليه بالمادة 40الفقرة 1وتجاوز حدود الدفاع الشرعي الممتاز ينحصر في هذه الحال في عدم توافر شرط الليل[1]

ويمكن القول أن المشرع الجزائري قد نظم بعض أحكام تجاوز الدفاع الشرعي النصوص عليه في المادتين39و40وذلك بان اعتبارها ظروف مخففة للعقاب على من تجاوز

[1] - رضا فرج –شرح قانون العقوبات ص179.

حدود الدفاع الشرعي أما العقوبات المخففة نتيجة أعذار قانونية فقد تناولها المشرع بنص المادة 283من قانون العقوبات .

غير أن ماذهب إليه الدكتور رضا فرج قد لا يتفق معه فهاء القانون، ذلك أن هذا الرأي لم نجد له أثرا في كتب شراح قانون الغقوبات الجزائري.

وما نخلص إليه أنه لا خلاف بين فقهاء الشريعة وفقهاء القانون في ان المتجاوز لحدود الدفاع الشرعي يعتبر مسؤولا جنائيا ومدنيا على تجاوزه مسؤولية كاملة ،وأما الأفعال التي يأتيها المدافع بحسن نية دون أن يقصد إحداث ضرر بالمعتدي فقد ذهب بعض المعاصرين [1] إلى أن المتجاوز لا يعتبر مسؤولا عنها مادام أنه كان يعتقد أنها لازمة لدفع الاعتداء حسب ظنه الراجح فإذا غلب على ظنه أن حالة الدفاع الشرعي تقتضي هذا الفعل فانه لا يكون مسؤولا عن ارتكاب هذا الفعل .

وعليه فإن المتجاوز بحسن نية لا يكون معذورا فحسب بل لا يعتبر مسؤولا على الإطلاق، وأن القوانين الوضعية حين عاقبت المتجاوز كان هذا من باب المبالغة في حفظ الحقوق ، واعتبار التجاوز عذرا مخففا هو أيضا لا يتنافى مع مبادئ الشريعة الإسلامية.

فإذا راعى المدافع شروط الاعتداء من حيث حلول الخطر وأن يكون مهددا للنفس أو المال، وشروط الدفاع من حيث اللزوم والتناسب ترتبت آثار الدفاع الشرعي كاملة وهذا ما سنتناوله في المطلب التالي.

الفرع الثاني: آثار الدفاع الشرعي:

إذا توافرت شروط الاعتداء كاملة ،وشروط الاعتداء كنا بصدد حالة قيام الدفاع الشرعي، وعليه تصبح الأفعال التي يأتيها المدافع وإن كانت تعد جريمة مباحة من الناحية الجزائية والمدنية.

1-المسؤولية الجزائية:

من خلال نصوص فقهاء الشريعة نجد أنهم لا يحملون المدافع أي مسؤولية جنائية عما جاء به من أفعال في حالة الدفاع الشرعي، وكثيرا ما نجد في عباراتهم "فدمه هدر" أو" لاشيء عليه" أو" لا قصاص عليه".

---

1 - يوسف قاسم –نظرية الدفاع الشرعي –ص259.

فعند الشافعية: جاء في العزيز:" ومن قصد التعرض لنفس شخص معصوم أو لعضو من أعضاءه ، أو لمال أو لبضع فيدفع ويهدر إذا أتى الهلاك عليه."[1]

وعند الحنابلة :" لأن ضرره إن لم يندفع إلا به_ أي بالقتل _ تعين طريقا إلى الدفع المحتاج إليه ولا شيء عليه بالقتل لأنه قتل لدفع شر الصائل، فلم يجب به شيء كقتل الباغي."[2]

أما عند المالكية فقد جاء في منح الجليل:"فإن أدى دفعه إلى قتله فلا شيء على الدافع"[3]، وجاء في المعونة:"للإنسان دفعه عن ماله ومنعه وأنه لاشيء عليه في قتله."[4]

وفقهاء الشريعة وإن اتفقوا على انتفاء المسؤولية الجزائية فإنهم اختلفوا في المسؤولية المدنية أو الضمان، فذهب الجمهور إلى عدم الضمان وقال الحنفية بوجوب الضمان إذا كان المعتدي صبيا أو مجنونا وهو أحد قولي المالكية جاء في المعونة: ومن عض أصبع رجل فنزع المعضوض يده من فم العاض فذهبت أسنانه فعلى الجابذ ضمانه، وقال يحي بن عمر من أصحابنا لاضمان عليه"[5].

واستدل من قال بالضمان بما يلي:

1. بقوله صلى الله عليه وسلم:"لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه"[6]
2. بقوله صلى الله عليه وسلم في"السن خمس من الإبل"[7]

---

[1]- الرافعي –العزيز-شرح الوجيز- ج11ص313 .

[2]- ابن مفلح- المبدع شرح المقنع-ج9ص154.

[3]- محمد عليش- منح الجليل- ج9ص237 .

[4]- القاضي عبد الوهاب –المعونة- على مذهب أهل المدينة- ج2ص300.

[5]- القاضي عبد الوهاب- المعونة-ج2ص302.

[6]-قال الحاكم- وقد احتج البخاري بأحاديث عكرمة واحتج مسلم بأبي أويس وسائر رواته متفق عليهم –المستدرك ج1ص171.

[7]- رواه النسائي وقال وقد روى هذا الحديث يونس عن الزهري مرسلا، الحديث أخرجه أيضا ابن خزيمة وابن حبان وابن الجارود والحاكم والبيهقي موصولا ، وأخرجه أيضا أبو داود في المراسيل وقد صححه جماعة من أئمة الحديث منهم أحمد والحاكم وابن حبان والبيهقي. انظر الشوكاني -نيل الأوطار –دار ابن حزم- بيروت –لبنان-ط1-2000- ص 1439.

2. أن المدافع عن نفسه شبيه بالمضطر إلى طعام غيره لأنه على يقين بإحياء نفسه بأكل طعام غيره، وعلى غير يقين من إحياء نفسه بهذا القتل، فلما ضمن ما يتيقن به الحياة كان أولى أولى أن يضمن مالا يتيقن به الحياة.

ورد القائلون بعدم الضمان بما يلي:

1.قوله تعالى:" مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ وَاللّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ"[1]، وهذا بالدفع عن نفسه محسن فوجب ألا يكون عليه سبيل. [2]

2. الاضطرار إلى دفع الصائل يخالف الاضطرار إلى الطعام، لأن المضطر أتلف الطعام لضرورة في نفس المضطر وأن الطعام لم يقع منه اعتداء وهو قابل للتعويض وبأكله يزول الاضطرار وتبقى حرمة المال فيجب التعويض ، وهذا يخالف دفع الصائل لأن الصائل هو الذي أوجد القتل باعتدائه ففقد العصمة.

3.ما روي عن يعلى ابن أمية رضي الله عنه قال كان لي أجير فقاتل إنسانا فعض أحدهما يد الآخر فانتزع المعضوض يده من في العاض فانتزع إحدى ثنيتيه فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فأهدر ثنيتيه ، فحسبت أنه قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم:" أفيدع يده في فيك تقضمها قضم الفحل"[3] ، قال صاحب مواهب الجليل : "والدليل إلى جانب من يقول لاضمان على من انتزع يده من فم العاض"[4].

وأما حديث في السن خمس من الإبل فيدل على دية السن إذا قطعت ظلما ، وهذا لم يقطع ظلما،

وأما عند فقهاء القانون فمتى توافرت الشروط المتطلبة قانونا في فعل الاعتداء وفعل الدفاع أحدث الدفاع الشرعي أثره في إباحة الفعل، فيعتبر مشروعا وتنتفي عنه الصفة الإجرامية[5].

---

1 - سورة التوبة الأية 91.

2- الماوردي- الحاوي الكبير- ج17ص366.

3- متفق عليه-البخاري – باب الديات – باب إذا عض رجلا فوقعت ثناياه –رقم:6498-ج6ص2526، مسلم: كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات – باب الصائل على نفس الإنسان أو عضوه إذا دفعه المصول عليه فأتلف نفسه أو عضوه لاضمان عليه رقم:1674-ج3ص1301.

4- محمد بن احمد الشنقيطي- مواهب الجليل- ج4ص383.

5- مأمون محمد سلامة- قانون العقوبات القسم العام- ص229.

ويستفيد من هذا الأثر سواء كان المدافع بنفسه،أو مساهما في الدفاع، وعليه فمن يدرأ عن الغير الخطر فشل حركة المعتدي ليتمكن المعتدى عليه من إصابة المعتدي والتخلص من خطره يستفيد من الإباحة المقررة للمعتدى عليه، وهذا الرأي يتفق مع الفقه الإسلامي، وعليه فإن لم تكن الدعوى قد رفعت فإن النيابة العامة تلزم بحفظ الوراق وتفرر عدم وجود مبرر لإقامة الدعوى الجزائية لثبوت حالة الدفاع الشرعي، وأما إذا تم رفع الدعوى فإن المحكمة تعين عليها أن تقرر براءة المتهم.

وقد عبرت المادة39 من قانون العقوبات الجزائري بقولها "لا جريمة" وهو تعبير سليم إذ نفى صفة الإجرام عن الفعل و محا كل أثر للفعل الذي يرتكب بقصد الدفاع الشرعي . إلا أنه في حالة الدفاع الشرعي قد يصيب المدافع شخصا آخر غبر المعتدي ، وعليه يمكن التفرقة بين حالتين:

الأولى : أن يصيب حق الغير دون عمد كما لو أخطأ المعتدى عليه وأطلق النار على شخص ظن أنه المعتدي، أو أطلق النار على المعتدي فأصاب شخصا آخر، وعليه فالحكم واحد وهو إباحة الفعل طالما لم يصدر من المعتدى عليه خطأ غير عمدي ، فإذا ثبت أن المعتدى عليه بذل كل العناية المطلوبة واللازمة لإصابة المعتدي وحده ولكن حدث إصابة الغير لأسباب لا سيطرة لإرادته عليها فالفعل مباح، أما إذا ثبت صدور خطإ غير عمدي ، فالمعتدى عليه مسؤول عن جريمة غير عمدية ، كأن يخطأ في التصويب أو يصيب شخصا غير معتدي كان يعتقد أنه هو مصدر الاعتداء[1].

أما الحالة الثانية وهي إصابة حق الغير عن قصد ، وفي هذه الحالة يجد المدافع نفسه مضطرا إلى المساس بحق الغير كي يستطيع إتيان فعل الدفاع، ومثال ذلك أن يستولي على طلقات نارية مملوكة للغير كي يعبئ بها سلاحه أو أن يتلف شجرة الغير كي يحصل على عصا يستعملها في الدفاع ، والحكم غي هذه الحالة أن المعتدى عليه لا يستطيع الاحتجاج بالدفاع الشرعي في مواجهة الغير ، وعلة ذلك أن المدافع لم يوجه فعل الدفاع إلى مصدر الخطر وإنما وجه الدفاع إلى شخص لا شأن له بالخطر ، ويمكن في هذه الحالة أن يحتج المدافع بحالة

[1]- محمد صبحي نجم – قانون العقوبات- القسم العام- ص172، رضا فرج- شرح قانون العقوبات الجزائري ص174.

الضرورة، لأنه قد التجأ تحت هذه الظروف إلى إتيان هذا الفعل شرط أن يتوفر أهم شروطها وهو أن يكون الخطر جسيما ومهددا للنفس[1].

ومن خلال ما سبق أن بيناه فإن فقهاء الشريعة وفقهاء القانون متفقون على مشروعية أفعال الدفاع وانتفاء المسؤولية الجزائية عن المدافع متى كانت هذه الأفعال لازمة لدرء العدوان وتناسبه مع جسامة الخطر.

أما عن الآثار المدنية فإن فقهاء القانون لا يرون أن المدافع مسؤول مدني عند توافر شروط الدفاع ، ورأينا خلاف فقهاء الشريعة فذهب فريق من الفقهاء إلى عدم الضمان ، وذهب الفريق الثاني إلى وجوب الضمان ، ورأي جمهور الفقهاء يتفق مع ما ذهب إليه شراح القانون.

أما إصابة حق الغير عند فقهاء الشريعة فإن المدافع إذا أصاب غيره بإهمال منه يعتبر مسؤولا عن جريمة غير عمدية ، يتفق مع ما هو مقرر في الشريعة من الخطأ المؤدي إلى القتل أو الجرح أو الإضرار بالغير على العموم، فهو ينفي المسؤولية العمدية ولا ينفي المسؤولية الغير عمدية .

وأما ما قرروه من أن المدافع إذا أصاب غيره بعد أخذ الاحتياطات اللازمة وتوافر شروط الدفاع بحرص وعناية فيكون فعله مباحا ،فإن هذا الرأي لا يتفق مع ما ذهب إليه فقهاء الشريعة ، لأن الأصل أن الأنفس والأموال معصومة إلا بحقها، فقد جاء في الحديث : "إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا"[2]، لأن الشريعة أهدرت دم المعتدي باعتدائه أما البريء فلا ذنب له ، وإن المدافع الذي يقتل شخصا يضنه صائلا وإن سقط عليه القصاص فتجب مع ذلك عقوبة القتل الخطأ وهي الدية.

ذلك لأن أسباب الإباحة تنتج أثرها إذا صادفت محلها ، وهنا لم يصادف الدفاع الشرعي محله فوجب القول بمسؤولية المدافع مسؤولية غير عمدية[3].

---

[1] - توفيق نظام المحالي- شرح قانون العقوبات- ص255.

[2] - متفق عليه-البخاري-كتاب الحج-باب أيام منى-رقم1623،مسلم-كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات-باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض الأموال-رقم3180.

3- يوسف قاسم- نظرية الدفاع الشرعي- ص224.

وأما ما هو مختلف فيه عند فقهاء الشريعة فيمكن الفصل فيه أن نقول: إن الضمان متى تجاوز المعتدي عليه في الدفاع، وقد رأينا أن هدا القول لبعض المالكية ، وبعدم الضـــمان في حالة عدم تجاوز المعتدى عليه، وهو متفق مع ما ذهب إليه شراح القانون.

الخاتمة

الخاتمة :

وفي نهاية هذا البحث ، فإنه لا خلاف بين الفقهاء أن الدفاع الشرعي شرع لحماية نفس الإنسان وماله وعرضه ، وأنه أمر مركوز في فطرة الإنسان، و أقرته الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية.

قد خلصت من خلال هذه الدراسة إلى ما يلي:

1-لا تقوم حالة الدفاع الشرعي إلا إذا كان الاعتداء غير مشروع، بأن يكون فعل المعتدي جريمة يعاقب عليها القانون، وحيث إن هذه الأفعال مجرمة لكونها السبب في نشوء الخطر، وبالتالي يجوز للشخص التي وقعت أو سوف تقع عليه هذه الأفعال أن يدفعها عن نفسه أو ماله.

2- ليس كل فعل يهدد الإنسان يجوز له أن يستعمل القوة لدفعه ،فهناك أفعال مشروعة لا يجوز الدفاع الشرعي ضدها، كأداء الواجب فلا يجوز الدفاع الشرعي ضد أعمال الشرطة في أعمال هم مكلفون بها لأن ما قام به الشرطي هو فعل مشروع متمثل في أداء الواجب، أو إذا أدب الأب إبنه أو زوجته.

3- بساطة الاعتداء لا تمنع من قيام حالة الدفاع الشرعي ، فلا يشترط أن يكون الخطر جسيما ، غير أن الأفعال التي يأتيها المدافع يجب أن تكون متناسبة مع الاعتداء.

4- أن يقع الاعتداء على النفس أو المال، المقصود بمفهوم النفس هو المفهوم الواسع ، فلا يقتصر الدفاع الشرعي على حياة الإنسان وجسمه، بل يدخل في ذلك حقه في حرمة مترله وفي شرفه وعرضه واعتباره فكل هذه الحقوق يجوز الدفاع الشرعي عنها.

5- يجوز للإنسان أن يدافع عن ماله ولو كان قليلا، كما يجوز له أن يدافع عن مال غيره من جرائم السرقة التي تقع عليه.

6- أن فقهاء الشريعة لم يعطوا حكما واحدا للدفاع الشرعي، بل اختلفت الأحكام عندهم بحسب موضوع الاعتداء، فميزوا بين الدفاع عن النفس و المال والعرض، كما تطرقوا إلى مسألة المفاضلة في الدفاع إذا اجتمعت اعتداءات على موضوعات مختلفة وهذا ما لم يتناوله شراع القوانين الوضعية.

7- إن كلا من الشريعة والقانون يسوي بين دفاع الإنسان عن عرضه أو عرض غيره، إلا أن الشريعة وسعت من نطاق هذا الدفاع لأنه يكون من قبيل دفع المنكر، أما قانون

العقوبات فإنه لا يبيح الدفاع إلا إذا كان هذا الفعل الذي وقع على المرأة بغير رضاها، وهـــذا خلاف جوهري بين الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات.

8- قرر جمهور الفقهاء أن الدفاع عن المال جائز لا واجب، سواء أكان المال قليلاً أم كثيراً ولا قصاص على المدافع إن التزم الدفع بالأسهل فالأسهل.

9- لا يعتبر دفاعا مشروعا ما يقوم به المعتدي عليه بعد انتهاء العدوان، لأن المقصود من الدفاع الشرعي هو الدفع و ليس الثأر أو الانتقام ، و عبارات فقهاء الشـــريعة وفقهـــاء والنص القانوني تؤكد وجوب حلول خطر الاعتداء .

10- لا تقوم حالة الدفاع الشرعي إذا بدأ الخطر وانتهى في نفـــس الوقـــت أي لم يستمر، فإذا قام المدافع بمطاردة المعتدي وضربه، فإن فعله هذا يعد انتقاماً لا دفاعاً شرعيا عن النفس ويساءل.

11- لزوم الدفاع: وهو أن يكون استخدام القوة هو الوســـيلة الوحيـــدة المتـــوافرة للمدافع عند حلول الخطر، أما إذا كان لديه خياراً آخر لدرئه بوسيلة أخرى غير القوة فيجب عليه استعمالها و إلا اعتبر معتديا، فإذا أمكن الدفاع بالصراخ والاستغاثة أو الاستعانة برجال الشرطة لم يكن له الضرب أو الجرح.

12- إن حماية الإنسان في نفسه وعرضه وماله ورد العدوان عنه من وظائف الدولـــة ولكن لتعذر لجوء الفرد إلى مؤسسات الدولة لحمايته أو لرد الاعتداء عنه حين تعرضه للخطر فإن للمعتدى عليه حماية نفسه بنفسه ورد الاعتداء عن نفســـه بالوســـائل الممكنـــة لديـــه.

13 - من الفقهاء من أوجب الهرب على المعتدى عليه لأنه بالهرب يمكنـــه وقايـــة نفسه من الاعتداء ، ومن الفقهاء من أباح له الهرب و لم يوجبه، لأن ذلك دليل جبن وخوف ولأن الإسلام دين الشجاعة، وهو رأي يتفق مع ما قال به بعض شراح القانون.

14- إذا هرب المعتدي فلا يجوز إتباعه وتعقبه، لأن الاعتداء وقف وانتـــهى بهربـــه، ولكن لو هرب بالمال جاز ملاحقته لينتزع منه المال ولو بالقوة.

15- انفرد فقهاء الشريعة دون غيرهم من فقهاء القانون بالقول بوسيلة يلجأ إليهـــا المدافع قبل الدفاع وهي مناشدة المعتدي للكف عن الاعتداء ، وفي هـــذا مخاطبـــه لضـــميره وتذكيره بالرجوع إلى الله وهي وسيلة سهلة وليس فيها أذى.

16- فقهاء الشريعة وفقهاء القانون يشترطون أن يكون الدفاع متناسبا مع الاعتداء، والمعيار في ذلك هو الوسيلة المستعملة مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف التي تحيط بحالة الاعتداء والظروف النفسية التي يمر بها المدافع .

17-من تعرض لهجوم حيوان فله أن يقتله دفعا للخطر الذي يهدد نفسه أو ماله ولا يكون مرتكبا لجريمة وكذلك من تعرض لهجوم صبي أو مجنون لأن الدفع على أساس الضرورة وحالة الضرورة ترفع المسئولية الجزائية.

18 - إن إباحة الدفاع صفة موضوعية تتعلق بالفعل لا بالفاعل، فهي ترفع المسؤولية الجزائية والمدنية، لا عن الفاعل فحسب بل عن كل من يعينه، ويدافع معه، بمناولته السلاح، ، أو العمل على تعطيل المعتدي، أو نحو ذلك، ولا مجال لأن نعتبره شريكاً أو متدخلاً أو مساهماً، لأن هذه الاصطلاحات تصدق حين يكون الفعل جريمة، معاقباً عليها، والفعل هنا أمر مباح، ولأنه مدافع عن الغير.

19- أن من يصيب غير الصائل فيقتله أو يجرحه أو نحو ذلك يكون مسئولا باعتبار أن الفعل الذي أصاب غير المعتدي لم يبق مباحاً، حيث أن الإباحة أساسها حق المدافع في الوقاية من الخطر ودرئه الأمر الذي يستلزم توجيه فعل الدفاع نحو مصدر الخطر. فأما توجه الفعل نحو جهة غير جهة الخطر فلا مبرر للإباحة، والمسؤولية التي تواجه المدافع في مثل هذه الحالة ترجع إلى خطئه المتمثل في الإهمال وعدم الحيطة والتصرف الحسن.

20- على المدافع أن يراعي التدرج في الدفاع وهذا بأن يدفع العدوان عن نفسه بأيسر ما يندفع به شره وعدوانه ،لأن المقصود هو رد اعتدائه ومنع إيقاع شره وليس المقصود معاقبته، فإذا خرج المدافع على هذه القاعدة كان مسئولا عما يرتكبه من أفعال ضد المعتدي.

21- الدفاع الواجب قد لا يعاقب عليه الشخص عقوبة دنيوية، ولكن يعد آثما مستحقا للعقوبة الأخروية ولكن لولي الأمر أن يعزره على ذلك ، لأن ترك الواجب لا يغير من طبيعة الواجب ولا يعفى من أدائه كما أن ترك العقاب لا يسوى بين الحق والواجب.

وأما يمكن أن أخر به كتوصيات من خلال هذا البحث:

- ضرورة تنظيم وتقنين حالة الدفاع في قانون العقوبات الجزائري انطلاقا من الفقه والقضاء والدراسات القانونية والشرعية.

– أن النصوص القانونية في باب الدفاع بحاجة إلى إثراء، فقلة النصوص يؤدي جعل الدفاع شرعي كموضوع فلسفي نظري أكثر منه واقعي ، والغاية من وجود التشريعات القانونية إنما هي تنظيم الحياة

– أن موضوع الدفاع الشرعي لا يزال بحاجة إلى دراسات متخصصة ،وبخاصة في قانون العقوبات الجزائري باعتبار أن الدفاع الشرعي حالة دائمة الوقوع في الحياة اليومية ومطروحة أما القضاء .

– أن التراث الفقهي الإسلامي بحاجة إلى دراسات جادة، تكشف عما تركه الفقهاء من ثروة قانونية، وما هو موجود من دراسات اليوم في باب الدفاع الشرعي أكثره يفتقد إلى الجدية والتجديد.

– إن بعض النصوص التي يسند إليها فقهاء الشريعة في باب دفع الصائل بحاجة إلى تحقيق علمي أكاديمي يجعل الفصل في الكثير من الخلافات الفقهية ، وينطبق الكلام نفسه على بعض النقول التي نقلها بعض الفقهاء من غير تثبت ورجوع إلى مصادر أصلية وما وجدته في هذا البحث من عدم التثبت في النصوص قد يوقع البعض في حيرة.

– دعوة لاستفادة فقهاء القانون من التراث الفقهي في مجال الدفاع الشرعي وقد كان فقهاء الشريعة السباقون إلى القول بكثير من النظريات العلمية الحديثة، ودعوة إلى فقهاء الشريعة لصياغة أحكام الدفاع الشرعي في ثوب جديد يناسب العصر مستفيدين من الدراسات القانونية الحديثة.

والحمد لله رب العالمين.

الفهارس

فهرس الآيات القرآنية

الرقم	الآية	الآية	السورة	الصفحة
01	فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ..	194	البقرة	114
02	وَأَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا	275	البقرة	13
03	وَلاَ تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوَاْ إِنَّ اللّهَ يُحِبُّ...	19	البقرة	101
04	وَلاَ تَقْتُلُواْ أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيماً	29	النساء	85
05	لَئِن بَسَطتَ إِلَيَّ يَدَكَ لِتَقْتُلَنِي مَا أَنَاْ بِبَاسِطٍ يَدِيَ إِلَيْكَ	28	المائدة	84
06	"وَلاَ تَقْتُلُواْ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللّهُ إِلاَّ بِالحَق"	33	الاسراء	83
07	"مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ وَاللّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ"	91	التوبة	138
08	"وَلاَ يَزَالُونَ مُخْتَلِفِينَ إِلاَّ مَن رَّحِمَ رَبُّكَ..."	119	هود	أ
09	إِنَّ اللّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ وَإِيتَاء ذِي الْقُرْبَى	90	النحل	99
10	وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء	04	النور	95
11	إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعِنُوا...	23	النور	95
12	ولاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى	18	فاطر	112
13	" وَانتَصَرُوا مِن بَعْدِ مَا ظُلِمُوا"	226	الشعراء	35
14	"كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ..."	38	المدثر	112
15	"وَالَّذِينَ إِذَا أَصَابَهُمُ الْبَغْيُ هُمْ يَنتَصِرُونَ..."	41-39	الشورى	83-35

فهرس الأحاديث النبوية

الرقم	الحديث	الصفحة
01	"إن الله جميل يحب الجمال.."	15
	"إن الله يحب أن يرى أثر نعمته.."	15
01	" إن هذين الحيين من الأوس والخزرج ..."	25
02	من قتل دون دينه فهو شهيد، ومن قتل دون دمه فهو شهيد.."	36-84-83
03	" جاء رجل فقال يارسول الله أرأيت إن جاء رجل يريد.."	101
04	"من قتل دون ماله فهو شهيد"	37
05	"أن رجلا اطلع في جحر في باب رسول الله .. "	37
06	"لو أن رجلا اطلع عليك بغير إذن فخذفته بحصاة ففقأت عينه .."	92-80-79
07	"المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه ومن كان في حاجة.."	37
08	"انصر أخاك ظالما أو مظلوما قالوا يا رسول الله هذا ننصره .."	38
09	"لاضرر ولاضرار"	41
10	"يا خالد إنها ستكون بعدي أحداث وفتن واختلاف ...."	85
11	"اجتنبوا السبع الموبقات قيل يا رسول الله.."	95
12	"انتصروا ولا تقولوا إلا حقا"	83
13	" أرأيت أن عدى على مالي.."	102
14	"أن رجلا عض أخر فنزع المعضوض يده فقلع سنه.."	138-132
15	"لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه..."	137
16	"في السن خمس من الإبل..."	137

فرس المواد القانونية

الرقم	المادة	رقم المادة	الصفحة
01	"لا جريمة إدا كان الفعل قد دفعت ..."	39	38- 122- 110
02	"كل من قتل دون مقتضى دوابا..."	442	61
03	"يستفيد مرتكب القتل والجرح..."	279	64
04	"يدخل ضمن حالات الضرورة..."	40	122- 38
05	"يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر..."	182	88

فهرس المصادر والمراجع

فهرس المصادر والمراجع

أ- المصادر والمراجع الشرعية:

01- القرآن الكريم

أبو داود (275هـ) : سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي .

02- سنن أبي داود-دار الفكر- محمد محيي الدين عبد الحميد-السنن - دار إحياء التراث العربي- بيروت لبنان-دط -دت ط.

ابن العربي(542) : أبو بكر محمد بن عبد الله بن أحمد المعروف بابن العربي

03-أحكام القرآن - دار الكتب العلمية- بيروت-لبنان-1996

ابن نجيم (970هـ): زين الدين ابراهيم الشهير بابن نجيم الحنفي

04- الأشباه والنظائر- مكتبة نزار مصطفى الباز- الرياض- ط2- 1997.

الترميذي (279هـ): محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي

05- الجامع الصحيح سنن الترمذي- دار إحياء التراث العربي- بيروت .

الحطاب (953هـ): أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن الرعيني الشهير بابن الحطاب

06- مواهب الجليل شرح مختصر خليل -دار الكتب العلمية -ط1- 1995.

الجكني: أحمد بن المختار الجكني

07- مواهب الجليل من أدلة خليل – المكتبة العلمية – بيروت – لبنان- ط1- 2004

الشافعي (204هـ): الامام أبو عبد الله محمد بن ادريس الشافعي-

08- الأم- دار الكتب العلمية-بيروت لبنان-ط1-1993

الشوكاني (1255هـ):محمد بن علي بن محمد

09- نيل الأوطار -دار ابن حزم- بيروت -لبنان-ط1-2000.

الغزالي(505هـ):أبو حامد محمد بن محمد الغزالي

10- المستصفى عن علم الاصول- تحقيق- د.محمد سليمان الأشقر- مؤسسة الرسالة- بيروت-لبنان - ط1- (1997/1417).

الكاساني (587هـ):أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي

11- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع -دار الكتب العلمية بيروت- لبنان- ط2- 1986

النسائي :(303هـ) أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن
12- السنن الكبرى- - دار الكتب العلمية- بيروت- 1411 – 1991- ط1- تحقيق.عبد الغفار سليمان البنداري , سيد كسروي حسن
النووي (676هـ):أبو زكريا يحيى بن شرف النووي
13- صحيح مسلم بشرح النووي -دار الفكر-1983
ابن أبي شيبة (235هـ)أبو بكر عبد الله بن محمد الكوفي
14- المصنف في الأحاديث والآثار- مكتبة الرشد- الرياض- 1409-ط1-تحقيق كمال يوسف الحوت.
ابن قيم الجوزية (شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر).
15- أعلام الموقعين عن رب العالمين- دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ/1998م
16- زاد المعاد في هدى خير العباد، تحقيق: عبد القادر عرفات العشاء حسونة، دار الفكر، بيروت، ط1، 1424هـ/2003م.
ابن الهمام (861هـ):كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام
17-شرح فتح القدير -دار الفكر بيروت -لبنان دون ت ط- دون رقم ط
ابن تيمية (728هـ) : تقي الدين أحمد بن شهاب الدينالمعروف بابن تيمية الحراني.
18- السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية-دار الشعب- 1971م
19- مجموع الفتاوي- جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي. الرياض- دار عالم الكتب. (1412هـ/1991م).
ابن حبان (354هـ): حمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي
20- صحيح ابن حبان بترتيب ابن لبان- تحقيق شعيب الأرنؤوط- مؤسسة الرسالة – بيروت -ط2- 1414/ 1993) .
ابن حجر العسقلاني (852هـ)أحمد بن علي بن محمد الكنائي العسقلاني
21- فتح االباري شرح صحيح البخاري ـــ دار ابن باديس ـــ الجزائر ـــ ط 1- 1997
22- تلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير- تحقيق لشيخ عادل أحمد عبد الجواد- علي محمد معوض- دار الكتب العلمية-بيروت لبنان-ط1-.1998

23- الدراية في تخريج أحاديت الهداية -دار المعرفة بيروت- تحقيق السيد عبد الله هاشم اليماني المدني.

ابن حجر الهيثمي (974هـ): أحمد بن حجر الهيثمي

24- تحفة المحتاج بشرح المنهاج- دار صادر - بيروت - لبنان- دط-دت ط.

ابن رجب الحنبلي : ت: 759هـ (أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد)،

25- جامع العلوم والحكم، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، ط 1423(هـ/2003)م

ابن عابدين (1252هـ):محمد أمين بن عمربن عبد العزيز عابدين الدمشقي

26- رد المحتار على الدر المختار- دراسة و تحقيق عادل محمد عبدالموحود ، الشيخ علي معوض- دار الكتب العلمية-ط1-1997.

ابن عبد السلام (660هـ):عز الدين بن عبد العزيز بن عبد السلام السلمي.

27- قواعد الأحكام في مصالح الأنام- دار الكتب العلمية بيروت- لبنان- دط.دت ط.

ابن فرحون (799هـ): برهان الدين ابراهيم بن الامام شمس الدين علي بن محمد بن فرحون المالكي .

28- تبصرة الحكام في أصول الأقضية و الأحكام-دار الكتب العلمية مؤسسة الرسالة - بيروت- لبنان ط1 -2003.

ابن قدامة (682هـ): موفق الدين عبد الله بن احمدبن محمد ابن قدامة و شمس الدين بن قدامة المقدسي .

29- المغني ويليه الشرح الكبير- دار الكتاب العربي -د ط .دت ط.

ابن ماجه (275) محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني .

30- سنن ابن ماجه - محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني - دار الفكر- بيروت- محمد فؤاد عبد الباقي-دط-دت ط.

ابن مفلح (763هـ): محمد بن مفلح المقدسي.

31- المبدع في شرح المقنع- المكتب الاسلامي- دمشق -سوريا- ط1-1979.

32-كتاب الفروع -وبهامشه تصحيح الفروع للفقيه علاء الدين علي بن سليمان المرداوي وحاشية بن قندس- تحيق د.عبد الله بن عبد المحسن التركي- مؤسسة الرسالة -

ابن أبي زيد القيرواني محمد عبد الله بن عبد الرحمن .
33- النوادر والزيادات- تحقيق محمد عبد العزيز الدباغ-دار الغرب الاسلامي- ط1- 1999.
الآمدي (631هـ): علي بن محمد الآمدي أبو الحسن .
34- الإحكام في أصول الأحكام- تحقيق د. سيد الجميلي- دار الكتاب العربي – بيروت – ط1 - 1404 .
أحسن بو سقيعة .
35- قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية،2002ط2.
الأبي: صالح عبد السميع الآبي الأزهري.
36- جواهر الإكليل شرح مختصر خليل - دار إحياء التراث العربية - د ط .دت ط.
الإمام الصنعاني (858هـ)-محمد بن اسماعيل الصنعاني الأمير.
37- سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام- دار إحياء التراث العربي-بيروت لبنان- ط4-1379.
البابرتي (876هـ) اكمل الدين محمدي محمود البابرتي.
39 - شرح العناية علي الهداية- المطبعة الأميرية -ط1 - 1418هـ.
البخاري (256): أبو عبدالله محمد بن إسماعيل بن ابراهيم البخاري الجعفي.
40- الجامع الصحيح المختصر- تحقيق د. مصطفى ديب البغا دار ابن كثير , اليمامة- بيروت- (1407 /1987)-ط3 .
البهوتي (1051هـ):منصور بن يونس البهوتي.
41- كشاف القناع عن متن الإقناع- دار الفكر- بيروت-1402.
البوطي: محمد سعيد رمضان البوطي.
42- ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية،. بيروت، مؤسسة الرسالة. ط:6. (1421هـ/2000م).
التهانوي : ظفر احمد العثماني التهانوي .
43-إعلاء السنن-تحقيق حازم القاضي-دار الكتب العلمية-بيروت-لبنان ط1 -1997

الحاكم : ت: 405هـ (أبو عبد الله محمد بن محمد الحاكم النيسابوري).
44- المستدرك على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411(هـ/1990)م.
الخرشي: محمد بن عبد الله بن علي الخرشي المالكي.
45- حاشية الخرشي وبهامشه حاشير الشيخ علي بن أحمد العدوي - دار الكتب العلمية- بيروت لبنان- ط1- 1997.
الدسوقي (1230هـ): محمدبن احمد بن عرفة الدسوقي .
46- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير --دار الفكر ج 4-دط دت ط.
الذهبي (748هـ):أبو عبد الله محمد شمس الدين الذهبي الدمشقي.
47- سير أعلام النبلاء- تحقيق شعيب الأرناؤوط , محمد نعيم العرقسوسي- مؤسسة الرسالة- بيروت-ط9- 1413.
الرافعي:أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي.
48- العزير شرح الوجيز-تحقيق الشيخ علي معوض ، الشيخ عادل احمد عند الموجود - دار الكتب العلمية -ط1 -1997.
أحمد الريسوني.
49- نظرية المقاصد عند الشاطبي، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، الرياض، ط4 (1416هـ/1996م)
- الزرقا:مصطفى أحمد الزرقاء.
50-المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1،(1418هـ/1998)م.
الزحيلي: وهبة الزحيلي .
51- نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي- مؤسسة الرسالة-ط4- 1985.
52- الفقه الإسلامي و أدلته-دار الفكر دمشق ط1-1991.
53- أصول الفقه الإسلامي-دار الفكر-دمشق - إصدار1996.
الزيلعي (742هـ) :عثمان بن علي الزيلعي.
54- تبيين الحقائق شرح كتر الدقائق- دار الكتب العلمية-بيروت- لبنان -ط1-2000.

55- نصب الراية تخريج أحاديث الهداية تحقيق محمد يوسف البنوري-دار الحديث-مصر- 1357 .

السرخسي(439هـ): شمس الائمة أبو بكر محمد السرخسي

56- المبسوط –مطبعة دار السعادة 1324 .

السيوطي (911هـ):عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي

57- الأشباه والنظائر -دار الكتب العلمية-بيروت -ط1-1403.

الشاطبي (911هـ) : أبو اسحاق ابراهيمبن موسى اللخمي الغرناطي المالكي

58-الموافقات في أصول الشريعة– دار الكتب العلمية- بيروت- ط1 -2004/1425

الشرواني : الشيخ عبد الحميد الشرواني

59- حواشي الشرواني وابن عباد على تحفة المحتاج بشرح المنهاج وبهامشه تحفة المحتاج يشرح المنهاج -دار صادر-دط -د.ت.ط

الطاهر بن عاشور:

60- التحرير والتنوير- الدار التونسية للنشر والتوزيع-تونس-1984.

القرافي(684هـ):محمد بن ادريس القرفي

61- الذخيرة في القفه المالكي- تحقيق محمد بو خبزة- دار الغرب الاسلامي- ط1 - 1994.

القرطبي(671): أبو بكر عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري .

62- الجامع لأحكام القرآن-دار إحياء التراث العربي-بيروت –دط-دت ط.

الماوردي(450): أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي

63- الحاوي الكبير-تحقيق د.محمود مطرجي-دار الفكر-بيروت-لبنان- 1994

النسائي(303هـ)أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي.

64- السنن -تحقيق د.عبد الغفار سليمان البنداري , سيد كسروي حسن دار الكتب العلمية- بيروت-(1411 / 1991)- ط1.

النووي (676هـ):أبو زكريا يحيى بن شرف النووي.

65- المجموع - شرح المهذب الإمام النووي - تحقيق د.محمد مطرجي-دار الفكر- بيروت- لبنان-2000.

قليوبي(1069هـ):أبو العباس أحمج بن احمد بن سلامة شهاب الدين القليوبي.
66 - حاشية على شرح منهاج الطالبين- مطبعة الحلبي-ط3-1956.
صادق عبد الرحمن الغرياني.
67- مدونة الفقه المالكي وأدلته - مؤسسة الريان - بيروت- لبنان ط1-2002.
السيوطي(911هـ) :عبد الرحمن بن أبي بكر.
68 - الأشباه والنظائر -دار الكتب العلمية-بيروت-1403-ط1.
عبد الرزاق (211هـ):أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني.
69- المصنف- تحقيق:حبيب الرحمن الأعظمي- المكتب الإسلامي-بيروت-1403- ط2.
عبد الكريم زيدان:
70- أحكام لذميين والمستأمنين - في دار الاسلام - مؤسسة الرسالة - بيروت- ط3- 1988 .
الهيثمي(807): علي بن أبي بكر .
71- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد- دار الريان للتراث ,دار الكتاب العربي القاهرة -1407.
عليش (1299هـ):محمد بن أحمد محمد عليش .
72- فتح الجليل شرح على مختصر جليل - دار الكتب العلمية بيروت لبنان ط1 2003.
مالك (179هـ): بن أنس أبو عبدالله الأصبحي.
73- موطأ الإمام مالك-دار إحياء التراث العربي-مصر-محمد فؤاد عبد الباقي-دط-دت ط.
محمد ابو زهرة.
74- الجريمة - دار الفكر العربي -دط-دت ط.
75- العقوبة في الإسلام - دار الفكر العربي -دط-دت ط.
مسلم(261هـ):مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري.
76- الجامع الصحيح- دار إحياء التراث العربي-بيروت .
يونس عبد القوي السيد الشافعي .
77- الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي- دار الكتب العلمية- ط1 -(1424/2003.)

ب- المراجع القانونية:

أحسن بوسقيعة

01-الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، 2001ط1.

أحمد أبو الروس

02- الموسوعة الجزائية-القصد الجزائي والمسؤولية الجزائية والدفاع الشرعي-المكتب الجامعي الحديث- الاسكندرية- مصر-دط-دت ط.

أحمد فتحي بهنسي:

03-المسؤولية الجزائية في الفقه الإسلامي- دار القلم-1961.

ابراهيم الشبابيي .

04 - الوجيز في شرح قانون العقوبات- القسم العام- دار الكتاب اللبناني- بيروت لبنان- دط- دت ط.

ابراهيم زكي أخنوخ:

05- حالة الضروة في قانون العقوبات- دار النهضة العربية-القاهرة-1969.

جندي عبد الملك :

06- الموسوعة الجزائية - دار العلم للجميع - بيروت - لبنان.

رضا فرج:

07- شرح قانون العقوبات-الشركة الوطنية للنشر والتوزيع- الجزائر- ط2- 1976.

سمير عالية :

08- قانون العقوبات القسم العام - المؤسسة الجامعية للنشر و التوزيع -بيروت لبنان – ط1- 1993 .

عادل قورة :

08- محاضرات في قانون العقوبات -القسم العام- ديوان المطبوعات الجامعية-الجزائر- 1994.

عبد الحميد الشواربي:

09- الدفاع الشرعي في ضوء الفقه و القضاء ت ط 1991 مطبعة الأطلس بالقاهرة.

عبد القادر عودة:

10- التشريع الجزائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي-مكتبة دار التراث-القاهرة.

عبد الله سليمان:

11- شرح قانون العقوبات-القسم العام-ديوان المطبوعات الجامعية- الجزائر-1998.

مأمون محمد سلامة :

12- قانون العقوبات - القسم العام -دار الفكر العربي- 1979 .

محمد زكي ـــ أ.د سليمان عبد المنعم :

13- القسم العام من قانون العقوبات - دار لجامعة الجديدة الإسكندرية ت ط 2002.

محمد سيد عبد التواب:

14- الدفاع الشرعي في الفقه لإسلامي -عالم الكتب القاهرة-ط1-1983.

محمد صبحي نجم:

15- قانون العقوبات- القسم العام- النظرية العامة للجريمة- مكتبة دار الثقافة والنشر- عمان -الأردن ط1- 2000.

محمد علي عباد الحلبي:

16- شرح قانون العقوبات - مكتبة - دار الثقافة للنشر - عمان - 1997

محمد عوض:

17- شرح قانون العقوبات القسم العام-دار الجامعة الحديثة للنشر الإسكندرية-مصر- 2000.

محمود نجيب حسني:

18- شرح قانون العقوبات – القسم العام-دار النهضة العربية- -القاهرة مصر ط5- 1982.

نظام توفيق المحالي:

19- شرح قانون العقوبات - القسم العام - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن-ط1-1998

يوسف قاسم :

20- نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الجزائي الاسلامي والقانون الجزائي الوضعي-ت ط 2003/1423

21- نظرية الضرورة في الفقه الجزائي الاسلامي والقانون الجزائي الوضعي - دار النهضة العربي - 1993م

ج- المعاجم:

ابن منظور(711هـ):محمد بن مكرم على جمال الدكن بن منظور

01- لسان العرب المحيط - دار صادر لبنان -1412-1992 .

الرازي:زين الدين محمد بن شمس الدين عبد الرزاق الرازي

02- مختار الصحاح- دار الكتاب- القاهرة- ط1-2002

الرسائل والمجلات والدراسات:

01- مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية-جامعة الكويت-السنة15العدد41- جوان2000

02 - أوس حفيظة-الضرورة الشرعية –رسالة ماجستير – كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية- وهران

الأوامر والنصوص القانونية:

1-دستور 1996المؤرخ في 28 ديسمبر.1996

2- الأمر رقم: 66-156 المؤرخ في08جوان 1966، المضمن قانون العقوبات.

3- الأمر رقم: 66-156 المؤرخ في08جوان1966، التضمن قانون الإجراءات الجزائية.

4- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني.

فهرس المحتويات

المحتوى	الصفحة
المقدمة	

الفصل الأول:الإباحة والدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري	08
المبحث الأول :أسباب الإباحة في الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات	10
المطلب الأول: تعريف الإباحة عند فقهاء الشريعة	10
الفرع الأول : الإباحة لغة	10
الفرع الثاني: الإباحة عند فقهاء الشريعة	10
أولا : المباح عند فقهاء الشريعة	
أ – تعريف المباح	10
أقسام المباح	12
1-باعتبار ذاته	12
2- باعتبار ما يعرض له	13
ثانيا:المباح عند الفقهاء	14
المطلب الثاني: أسباب الإباحة عند فقهاء القانون	15
1- ماهيتها والعلة من تقريرها	15
2-الأساس الذي تقوم عليه أسباب التبرير أو الإباحة:	15
3- الآثار القانونية للإباحة:	16
4- التمييز بين أسباب الإباحة وغيرها من الموانع القانونية الأخرى :	17
أ- أسباب الإباحة وموانع المسؤولية الجزائية :	17
أ- أسباب الإباحة وموانع العقاب	19
5- حصر أسباب الإباحة وبيان مصدرها:	20
6- تجاوز حدود الإباحة :	20
7- الجهل بالإباحة :	21
8- الغلط في التبرير:	21
أسباب الإباحة بين الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات :	23
المبحث الثاني: مفهوم الدفاع الشرعي	25
المطلب الأول :تعريف الدفاع الشرعي	25
الفرع الأول:تعريف الدفاع الشرعي	25
1-لغة	25
2-اصطلاحا	26
المطلب الثاني: تمييز الدفاع الشرعي	28
الفرع الأول: الدفاع الشرعي وحالة الضرورة	28
الفرع الثاني الدفاع الشرعي والإكراه:	30
الفرع الثالث: الدفاع الشرعي وسقوط القصاص	31
المبحث الثالث:مصدر الدفاع الشرعي وأساسه	34

المطلب الأول:مصدر الدفاع الشرعي	34
الفرع الأول:مصدر الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي	34
اولا:القرآن الكريم	34
ثانيا:السنة النبوية	36
الفرع2 : مصدر الدفاع الشرعي في قانون العقوبات:	38
المطلب الثاني: أساس الدفاع الشرعي	39
الفرع الأول: أساس الدفاع الشرعي عند فقهاء الشريعة	39
1.الإكراه أساس الدفاع الشرعي:	39
2- التعزير أساس الدفاع الشرعي	40
3- إزالة الضرر أساس الدفاع الشرعي	40
4-.الضرر أساس للدفاع الشرعي:	41
5- الموازنة بين المصالح كأساس للدفاع الشرعي	42
الفرع الثاني أساس النظرية عند فقهاء القانون:	43
أولا ـــ الاتجاه الموضوعي	44
أ- نظرية الحق الطبيعي	44
ب - نظرية إبطال البغي	44
ج- نظرية التحلل من العقد الاجتماعي	44
د- نظرية انتفاء حق المجتمع في العقاب	45
هـــ نظرية التفويض لعجز السلطة :	45
و- نظرية تنازع الحقوق والمصالح الإجتماعية:	46
الفرع الثاني: نظريات الاتجاه الشخصي في اساس الدفاع الشرعي	46
أ- نظرية الاكراه الأدبي	46
ب - نظرية مقاومة الشر بالشر	47
الفصل الثاني: ضوابط الاعتداء	49
المبحث الآول : عدم مشروعية فعل الاعتداء.	50
المطلب الأول: مفهوم الاعتداء وصوره	51
الفرع الأول عناصر الاعتداء	51
الفرع الثاني : صور الاعتداء	52
أولا : الاعتداء الايجابي و الاعتداء السلبي	53
ثانيا :الاعتداء الحقيقي و الاعتداء الوهمي	54
ثالثا:الاعتداء العمدي و الاعتداء غير العمدي	56

المطلب الثاني : تطبيقات عدم المشروعية	58
الفرع الأول:فعل غير المسؤول	58
الفرع الثاني : هجوم الحيوان	60
الفرع الثالث : الفعل المباح	62
الفرع الرابع : فعل المعذور	63
الفرع الخامس : اعتداء ضباط الشرطة القضائية	65
الفرع السادس : اعتداء ذوي الحصانة الدبلوماسية	69
المبحث الثاني:حلول خطر الاعتداء	72
المطلب الأول : مفهوم الخطر	73
أ-الخطر الوشيك	75
ب- الاعتداء المستمر	76
المطلب الثاني: الخطر المستقبل و الدفاع الميكانيكي	78
المبحث الثالث : موضوع الاعتداء	82
المطلب الأول: الدفاع عن النفس	83
المطلب الثاني :الدفاع عن العرض	88
حكم الدفاع عن العرض	93
الدفاع عن عرض الغير	94
الدفاع عن الشرف	95
الدفاع عن العرض في قانون العقوبات	97
المطلب الثالث : الدفاع عن المال	100
أولا:الدفاع عن المال عند فقهاء الشريعة	100
ثانيا : الدفاع عن المال في قانون العقوبات	102
الدفاع عن مال الغير	102
حكم الدفاع الشرعي في قانون العقوبات	102

الفصل الثالث: ضوابط الدفـــاع	104
المبحـــــث الأول: شروط الدفاع	105
المطلب الأول:لزوم الدفاع	106
الفرع الأول: لـــزوم الدفـــاع والاحتماء بالسلطة	108
الفرع الثاني: لزوم الهرب والهرب	109
الفرع الثالث: توجيـــه الدفاع إلى مصدر الخطر	109
المطلـــب الثاني : تناسب الدفاع مع الاعتداء .	114
الفـــرع الأول:مفهوم التناسب ومعياره	114
معيار التناسب	115
المطلب الثالث:التناسب والدفاع بالقتـــل	118
الفرع الأول:القتل دفاعا عن النفس	118
الفرع الثاني: القتـــل دفاعا عن العرض	119
الفرع الثالث:القتل دفاعا عن المال	120
الفرع الرابع:الحالات الممتازة للدفاع الشرعي	124
المبحث الثاني: تجاوز حدود الدفاع الشرعي	127
المطلب الأول : مفهوم التجاوز ومعياره	128
أولا: مفهوم التجاوز ومعياره عند فقهاء الشريعة	128
ثانيا : مفهوم التجاوز ومعياره عند فقهاء القانون	129
معيار التناسب	130
1- المعيار الشخصي	130
2- المعيار المزدوج	130
المطلب الثاني:أثار تجاوز حدود الدفاع الشرعي:	131
الفرع الأول: آثار تجاوز حدود الدفاع	131
الأعذار القانونية التي تضمنتها المادتين 277-278	134
الفرع الثاني: آثار الدفاع الشرعي	136
الخاتمة	142
فهرس الآيات القرآنية	147
فهرس الأحاديث النبوية	148
فهرس المواد القانونية	149
قائمة المصادر والمراجع	150
فهرس المحتويات	162