تجاوز حق الدفاع الشرعي

دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون

العقيد الدكتور
عبد العزيز سليمان حمد الحوشان

منشورات الحلبي الحقوقية

عنوان کتاب: تجاوز حق الدفاع الشرعي: دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون

پدیدآور[ان]: حوشان، عبدالعزیز سلیمان حمد

نام ناشر: الحلبي الحقوقية

جلد[ها]: 1

نام و نام خانوادگی کاربر: پژوهشگاه مطالعات فقه معاصر

منبع: noorlib.ir کتابخانه دیجیتالی نور

تاریخ دانلود: 1404/7/13

تعداد صفحات دانلود شده: 696

تجاوز حق الدفاع الشرعي

دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون

العقيد الدكتور
عبد العزيز سليمان حمد الحوشان

منشورات الحلبي الحقوقية

منشورات الحلبي الحقوقية

AL - HALABI
LEGAL PUBLICATIONS

جميع الحقوق محفوظة

الطبعة الأولى

2011 ©

All rights reserved

ISBN 978-614-401-056-3

9 786144 010563

منشورات الحلبي الحقوقية

فرع اول:

بناية الزين - شارع القنطاري

مقابل السفارة الهندية

هاتف: 364561 (1-961+)

هاتف خلوي: 640821 - 640544 (3-961+)

فرع ثان:

سوديكو سكوير

هاتف: 612632 (1-961+)

فاكس: 612633 (1-961+)

ص.ب. 11/0475 بيروت ـ لبنان

E - mail elhalabi@terra.net.lb

www.halabilawbooks.com

لا يجوز نسخ أو استعمال اي جزء من هذا الكتاب في اي شكل من الأشكال أو بأية وسيلة من الوسائل - سواء التصويرية أم الإلكترونية أم الميكانيكية، بما في ذلك النسخ الفوتوغرافي والتسجيل على اشرطة او سواها وحفظ المعلومات واسترجاعها - دون إذن خطي من الناشر.

إن جميع ما ورد في هذا الكتاب من ابحاث فقهية وآراء وتعليقات وقرارات قضائية وخلاصاتها، هي من عمل المؤلف ويتحمل وحده مسؤوليتها ولا يتحمل الناشر اية مسؤولية لهذه الجهة. كما ان الناشر غير مسؤول عن الأخطاء المادية التي قد ترد في هذا المؤلف ولا عن الآراء المقدمة في هذا الإطار.

All rights reserved ©

AL - HALABI Legal Publications

No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

الإهـداء

قال تعالى، ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا﴾

صدق الله العظيم

إلى النفس المطمئنة بلقاء بارئها

إلى الروح الراضية بما وهب اللّه وقدر

... إلى الوالدة التي كُرِّمت نفساً وعطاءً

إلى أمي

عبد العزيز



من الدستور الإلهي

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم واتقوا الله واعلموا أن الله مع المتقين﴾

صدق الله العظيم
البقرة ١٩٤

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿وأن هذا صراطي مستقيماً فاتبعوه ولا تتبعوا السبل فتفرق بكم عن سبيله ذلكم وصاكم به لعلكم تتقون﴾

صدق الله العظيم
الأنعام ١٥٣

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی



من مشكاة النبوة

عن سعيد بن زيد ـ رضي الله عنه ـ قال: سمعت رسول الله ـ ﷺ ـ يقول: «من قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون دينه فهو شهيد، ومن قتل دون دمه فهو شهيد، ومن قتل دون أهله فهو شهيد»

رواه الترمذي

وقال: حديث حسن صحيح

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی



المقـــدمـــة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، له الحمد في الأولى والآخرة، فإنه سبحانه رضي الحمد ثمناً لجزيل نعمائه، وجليل آلائه، كما أنه سبحانه جعل الحمد مفتاح رحمته، وكفاء نعمته، وآخر دعوى أهل جنته فقال ﴿وَآخِرُ دَعْوَاهُمْ أَنِ الْحَمْدُ لله رَبّ الْعَالَمِينَ﴾[1].

والصلاة والسلام على خاتم أنبيائه ورسله سيدنا محمد وعلى آله وصحبه، ومن سلك طريقه، واستنّ بسُنَّته إلى يوم الدين.

وبعد؛

فإن الله سبحانه قد تفضل على خلقه بإنزال الكتب وإرسال الرسل ليبينوا للناس ما نزل إليهم، وحرم الاعتداء، وجعل جزاء المعتدين في الآخرة العذاب الأليم ، يقول تعالى ﴿وَقَاتِلُواْ فِي سَبِيلِ اللهِ الّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلاَ تَعْتَدُوا إِنّ اللهَ لاَ يُحِبّ الْمُعْتَدِينَ﴾[2]، ولما كان الإسلام ديناً يتجاوب مع الفطرة الإنسانية ولا يتعارض مع ما تأتي به العقول الراجحة والطبائع السليمة فقد أقرّ حق الدفاع الشرعي لمن اعتدي عليه في نفس أو مال أو عرض.

---

(١) سورة يونس، الآية رقم (١٠).

(٢) سورة البقرة، الآية رقم (١٩٠).

فقد أجمع الفقهاء على حق الفرد في الدفاع عن نفسه وماله وعرضه، واتفقوا على ذلك في الجملة ـ كما سيأتي ـ، وكذا أجاز قانون العقوبات المصري صراحة حق الدفاع الشرعي وجعله سبباً من أسباب الإباحة، وما كان ذلك إلاّ لأن الدفاع فعل تقره الأعراف، وتقول به العقول الراجحة، ولكن الدفاع لا يعني أن ينقلب المدافع عن نفسه إلى معتد بأن يقاوم من يحاول سرقة جزء بسيط من ماله بقتله مع إمكان دفعه بالصياح عليه، أو يقاوم من يعتدي عليه بسوط صغير أو عصا لا تجرح بأن يقتله أو يطلق عليه عياراً نارياً، بل جعل الفقهاء للدفاع حدّاً، وضبطوه بشروط؛ حتى لا يكون القائم به متجاوزاً ما أريد بتقرير حقه في الدفاع.

فإن دافع المرء عن نفسه بما يقدر عليه وأدى ذلك إلى موت المهاجم أو الصائل فلا شيء على المدافع ما دام قد فعل ما في وسعه لتفادي موته، ولم يكن ثمة طريق أمامه إلاّ قتل الصائل عليه، إذ ليس من المعقول أن يطلب منه أن يقف مكتوف اليدين أمام من يعتدي على ماله أو نفسه أو عرضه أو عرض غيره.

وقد تنوعت آراء الفقهاء وشراح القانون ومواقفهم تجاه أفعال الدفاع الشرعي وحكمه تبعاً لنوع الحق المعتدى عليه، سواء كان الحق مالاً أو نفساً أو عرضاً للمدافع، أو لغيره، وتبعاً للظروف الحاكمة على الموقف، وما تستلزمه من فعل وردّ فعل.

فإن تجاوز الشخص المطلوب منه في الدفاع، فقام بفعل جاوز كثيراً ما كان ينبغي فعله لرد العدوان مع أنه كان من الممكن الاكتفاء بفعل أقل، فهنا كان للفقهاء وشراح القانون مواقفهم تجاه هذا التجاوز، وما يستحقه المتجاوز من عقاب، لأنه تعدى القدر المباح له، فانقلب فعله من شيء

مباح إلى تعدٍّ ينبغي عقابه عليه، لأنه جعل الدفاع ليس مجرد درء للاعتداء، بل جعله انتقاماً من المهاجم، وليس هذا هو المقصود بإباحة الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

أهمية الموضوع:

ليس بخاف على أحد أهمية هذا الموضوع في هذا العصر بالذات، فقد زادت حدة الاعتداءات على الناس وعلى أموالهم وأعراضهم، وانتشرت طرق الجرائم، وتعددت وسائلها، مما يجعل رجال الأمن في جهد جهيد لمواصلة العمل على كشف ما يقع منها، ودرء خطر ما هو وشيك الوقوع، وليس هناك ثمة وسيلة لدرء هذا العداون سوى الدفاع الشرعي، وحتى لا يؤخذ الدفاع وسيلة للانتقام فقد نظمته الشريعة والقوانين المختلفة في البلدان كلها حتى يكون مضبوطاً بما يجعله وسيلة فعالة في القضاء على الظاهرة الإجرامية، ولا يتعداه المدافع ليجعله طريقاً للتشفي والانتقام تحت ذريعة الدفاع. ولما كان للموضوع أهميته تلك أردت بحث حالات التجاوز هذه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي مع بيان أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما ورأيي في ذلك.

طريقة البحث والدراسة:

اتبعت في كتابة هذه الدراسة منهجاً موحّداً يقوم على الأمور الآتية:

١ ـ بيان المعنى اللغوي للمصطلح المراد بحثه إن كان هناك داع لذلك حتى يتضح المقصود به في لغة الناس وأعرافهم المختلفة.

٢ ـ بيان المعنى في الفقه الإسلامي تفصيلاً بما يشبع النقطة التي أتكلم فيها، وكذا بيان معناه في القانون الوضعي، لأن الحكم على الشيء

فرع عن تصوره، ولا يمكن الحكم على الشيء في الشريعة والقانون وبيان موقفهما منه ومدى الاختلاف والاتفاق بينهما إلاّ ببيان المعنى كاملاً.

٣ ـ بيان موقف الفقه الإسلامي في مذاهب أهل السنة الأربعة مع الإشارة إلى مذهب الظاهرية في كثير من النقاط التي ورد له رأي فيها، لأنه يعدّ من مذاهب أهل السنة وإن اختلفت طريقته في الفقه ومنهجه في الاستنباط.

٤ ـ بيان موقف القانون الوضعي في مصر إزاء حكم المسألة المعروضة واتجاهات شراح القانون فيها إن وجد.

٥ ـ المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي مع بيان أوجه الاتفاق والاختلاف ورأيي في كل منهما.

٦ ـ أقوم بتحرير مذاهب فقهاء الشريعة ببيان أوجه الاتفاق بينهم ودليله، ثم أعرض المسألة الخلافية ومحل الخلاف فيها إن كان هناك اختلاف.

٧ ـ إذا كانت المسألة الفقهية المعروضة اتفاقية، فإني أبين مصادر هذا الاتفاق، وأدلته من الكتاب والسنة والمعقول على حسب ما ورد في كتب الفقهاء القدامى.

٨ ـ إذا كانت المسألة خلافية، فإني أبين رأي كل مذهب بجمع الآراء المتفقة معاً في مذهب واحد مبيّناً أدلته وما ورد عليها من مناقشة.

٩ ـ أقوم بعزو الآيات القرآنية إلى سورها بذكر اسم السورة ورقم الآية.

١٠ ـ أقوم بتخريج الأحاديث النبوية من المصادر المعتمدة، فإن كان

الحديث وارداً في صحيح البخاري ومسلم اكتفيت بذكر المصدر لأنه من الصحيحين، وإن ورد في غيرهما اجتهدت في ذكر درجة الحديث ليكون ذلك مدعماً للاستدلال به من عدمه.

١١ ـ أقوم بالترجمة لأعلام الفقهاء والمحدثين والصحابة وغيرهم الوارد ذكرهم في الدراسة بأسلوب مبسط يسلط الضوء عليهم ويعرف لهم بما ينفي الجهالة، ويعرّف القارئ بأعلام الفقهاء والصحابة ومصادر الترجمة لهم.

١٢ ـ قمت بعمل فهارس للرسالة تشمل فهرساً للآيات القرآنية مرتّبة على حسب ترتيب سور المصحف، وفهرساً للأحاديث النبوية على حسب ورودها في الدراسة، وآخر للأعلام مرتباً ترتيباً أبجدياً، ورابعاً لموضوعات الدراسة.

١٣ ـ لما كان أغلب فروع الدراسة من الأمور التي لم يرد بشأنها نص صريح عند الفقهاء فقد اضطررت في كثير من المواضع إلى نقل النصوص الفقهية من كتب المذاهب المختلفة لبيان موقف الفقهاء من المسألة، وتلخيصها والإحالة إلى مواضعها متى كان لها أكثر من موضع للاستدلال بها.

على أني أنبّه في بداية هذا البحث إلى أمرين:

الأول: أني دائماً أرجّح نظرة الفقه الإسلامي على القانون الوضعي، وليس ذلك من منبع حبي للفقه الإسلامي فقط، وإنما أيضاً لأني أراه ـ وهو ما سيراه معي القارئ ـ أكثر دقة وأفضل في الحكم من القانون الوضعي، ومن يقرأ كتب شرّاح القانون يجد أن القانون في أحسن حالاته يصل إلى ما عبر عنه الفقهاء منذ قرون عديدة، ويقرّر ما ذكروه من نتائج منذ أزمنة بعيدة، وهو ما يثبت تفرد الفقه

الإسلامي وعلو كعبه على غيره من التشريعات الوضعية، ولِمَ لا وهو يعبّر عن وجهة نظر هذه الشريعة الغرّاء المستمدة من وحي أحكم الحاكمين؟!!

والثاني: أني أشبع النقطة التي أتكلّم فيها على قدر الطاقة وبما لا يخرج بي عن نطاق البحث أو نطاق ما يندرج تحته من فروع، وهذه النقطة قد يكون الشرح لها مسهباً في الفقه ومحدوداً في القانون أو العكس، ممّا يجعل الكلام في أحد الفرعين أكثر منه بكثير عن الآخر في مواطن عديدة، وما ذلك إلاّ لإشباع النقطة التي أتكلّم عنها، وبيانها تفصيلاً حتى يمكن الموازنة بعد ذلك بين الفقه والقانون.

الدراسات السابقة في الموضوع :

لمّا كان موضوع الدفاع الشرعي من الموضوعات المهمة التي يعوّل عليها الكثير، فقد اهتم به الباحثون في دراساتهم، ومن ثم وجدت دراسات كثيرة تدور حول هذا الموضوع أو تتعلق بجانب من جوانبه، سواء أكانت دراسات شرعية أم دراسات قانونية محضة، أم دراسات مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. ومن هذه الدراسات ما وقع تحت يدي وأفدت منه، ومنه ما لم أحصل عليه، كما ورد الاهتمام بهذا الموضوع في كتب العلماء المحدثين عند شرحهم للنظام الجنائي الإسلامي ومقارنته بالقوانين الوضعية، ومن هذه الدراسات ما يلي:

١ ـ الأحكام العامة للنظام الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، للدكتور عبد الفتاح الصيفي.

٢ ـ الدفاع الشرعي بين الشريعة والقانون، للدكتور أحمد علي المجذوب،

مقال بمجلة الوعي الإسلامي الكويتية العدد ٩٦.

٣ ـ الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، للدكتور محمد السيد عبد التواب.

٤ ـ في أصول النظام الجنائي الإسلامي، لأستاذي الدكتور محمد سليم العوا حفظه الله.

٥ ـ خطر الاعتداء في الدفاع الشرعي، للدكتورة فوزية عبد الستار، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، العددان الثالث والرابع لسنة ١٩٧٢ م.

٦ ـ استعمال الحق كسبب للإباحة، للدكتور عثمان سعيد عثمان، رسالة دكتوراه من كلية الحقوق بالقاهرة.

٧ ـ تجاوز حدود الدفاع الشرعي في القانون المقارن، الدكتور سليمان العطار، رسالة دكتوراه بكلية الحقوق جامعة القاهرة عام ١٩٧٧ م.

٨ ـ نظرية الدفاع الشرعي، للدكتور حامد الشريف، رسالة علمية حصل بها الباحث على دكتوراه الدولة من جامعة باريس.

٩ ـ نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، لأستاذي الدكتور يوسف قاسم، رسالة دكتوراه.

١٠ ـ النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي، للدكتور محمد نعيم فرحات، رسالة دكتوراه بكلية الحقوق جامعة عين شمس عام ١٩٨١ م.

خطة الدراسة:

اقتضت ضرورة الدراسة أن تكون في مقدمة وتمهيد وبابين وخاتمة.

أمّا المقدمة: فلبيان أهمية الموضوع، وأسباب اختياره ومنهجي فيه والدراسات السابقة عليه.

وأمّا التمهيد: ففي حق الدفاع الشرعي وتطوره، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الدفاع الشرعي وأهميته وحكمة مشروعيته، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الدفاع الشرعي والمقصود بتجاوزه.

المطلب الثاني: مدى مشروعية الدفاع الشرعي وحكمته.

المطلب الثالث: أهمية الدفاع الشرعي.

المبحث الثاني: تطور نظرية الدفاع الشرعي، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تطور نظرية الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: تطور نظرية الدفاع الشرعي في القانون الوضعي.

المبحث الثالث: حكم الدفاع الشرعي وأساسه، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حكم الدفاع الشرعي.

المطلب الثاني: أساس الدفاع الشرعي.

وأمّا الباب الأول: إباحة الدفاع الشرعي والتجاوز فيه، وفيه فصلان:

الفصل الأول: المقصود بنظرية الإباحة وتطبيقاتها، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: نظرية الإباحة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الإباحة وأنواعها.

المطلب الثاني: علة الإباحة.

المطلب الثالث: الأثر المترتب على الإباحة.

المطلب الرابع: الغلط في الإباحة والجهل بها.

المبحث الثاني: التجاوز في الإباحة، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: المقصود بالتجاوز.

المطلب الثاني: متى يحدث التجاوز؟

المطلب الثالث: الفرق بين التجاوز وغيره من الجرائم.

المطلب الرابع: تطبيقات للتجاوز وأحكامها.

المبحث الثالث: الآثار المترتبة على التجاوز، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مدى مشروعية واقعة التجاوز.

المطلب الثاني: المسؤولية عن التجاوز.

المطلب الثالث: كيفية العقاب على التجاوز في سبب الإباحة.

الفصل الثاني: التجاوز في حق الدفاع الشرعي، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: نشوء حق الدفاع الشرعي، وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: وجود حالة الاعتداء أو خطره.

المطلب الثاني: صور خطر الاعتداء.

المطلب الثالث: أوصاف الاعتداء وكيفية دفعه.

المطلب الرابع: محل الاعتداء.

المطلب الخامس: لزوم الدفاع ضد خطر الاعتداء.

المبحث الثاني: حكم تجاوز المناسب في دفع الاعتداء، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: معنى التجاوز في دفع الاعتداء.

المطلب الثاني: اعتبارات تقدير التجاوز.

الباب الثاني: آثار تجاوز حق الدفاع الشرعي، وفيه فصلان:

الفصل الأول: مسؤولية المتجاوز في دفع المعتدي، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: الجانب الإيجابي للمسؤولية عن التجاوز، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مسؤولية المتجاوز حد الدفاع عمداً.

المطلب الثاني: مسؤولية المتجاوز حد الدفاع خطأً.

المبحث الثاني: الجانب السلبي للمسؤولية عن التجاوز، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: انعدام أهلية المتجاوز.

المطلب الثاني: تخلف أحد عناصر الركن المعنوي.

الفصل الثاني: عقوبة المتجاوز حد الدفاع الشرعي، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التعريف بالعقوبة وأنواعها وأغراضها، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف العقوبة.

المطلب الثاني: أغراض العقوبة.

المطلب الثالث: أنواع العقوبة.

المبحث الثاني: أحكام عقوبة المتجاوز حد الدفاع الشرعي، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أحكام عقوبة المتجاوز حد الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: أحكام عقوبة المتجاوز حد الدفاع الشرعي في القانون الوضعي.

الخاتمة: وبها أهم نتائج البحث.

ثم الفهارس الفنية.

وفي نهاية هذه المقدمة تبقى لي كلمة، أقول فيها إن هذا الموضوع من الموضوعات الصعبة، فهو ليس متوافراً بنصه في معظم مسائله ومطالبه في كتب الفقه والقانون، ويحتاج إلى تقعيد وتأصيل، سواء في الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي، ولذا فقد أكثرت من نقل النصوص من كتب الفقهاء ـ كما قلت ـ لبيان المقصود والاستنباط منها للحكم الفقهي، كما بذلت فيه جهداً يعلم الله مداه، فقد بحثت عن فروعه المختلفة في مظانها، واستعنت في كتابته بعشرات المراجع في فنون مختلفة، وجلست في سبيل كتابته أوقاتاً مديدة في مكتبات عدّة، وفي بلدان مختلفة بغية جمع المادة العلمية بما يكفي للكتابة بإشباع، وقد استغرق ذلك مني وقتاً طويلاً، وجهداً وافراً، ولست هنا مانّاً بما فعلت، ولا أزعم أني قد جئت بالأوابد والغرائب التي لا يستطيعها غيري، ولا أقول كما قال أبو العلاء:

وإني وإن كنت الأخير زمانه لآت بما لم تستطعه الأوائل

وإنما أقول حسبي أني اجتهدت قدر طاقتي، وجمعت مادتي العلمية حسبما حباني الله من علم، فإن كنت قد وُفّقت في عرض الموضوع ودراسته دراسة وافية فهذا توفيق من الله وحده، وإن كان غير ذلك فحسبي أن الحق قصدت، والخير أردت، ولم آلُ جهداً أو أدخر وسعاً، وإن كنت أدعو الله بالتوفيق، وأن يكتب لعملي القبول، وأن يحوز إعجاب وتقدير أساتذتي الأجلاء.

﴿رَبَّنَا لاَ تُؤَاخِذْنَا إِن نَّسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلاَ تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِصْرًا كَمَا

حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلاَ تُحَمِّلْنَا مَا لاَ طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَاغْفِرْ لَنَا وَارْحَمْنَآ أَنتَ مَوْلاَنَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ﴾[1].

ولله الحمد أولاً وآخراً؛

العقيد الدكتور

عبد العزيز بن سليمان حمد الحوشان

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

(١) سورة البقرة: الآية (٢٨٦).

تمهيـــــد

التمهيد: حق الدفاع الشرعي وتطوره

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الدفاع الشرعي وأهميته ومشروعيته. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الدفاع الشرعي والمقصود بتجاوزه.

المطلب الثاني: مشروعية الدفاع الشرعي.

المطلب الثالث: أهمية الدفاع الشرعي.

المبحث الثاني: تطور نظرية الدفاع الشرعي، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تطور نظرية الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: تطور نظرية الدفاع الشرعي في القانون الوضعي.

المبحث الثالث: حكم الدفاع الشرعي وأساسه، وفيه مطلبان.

المطلب الأول: حكم الدفاع الشرعي.

المطلب الثاني: أساس الدفاع الشرعي.

والله الموفق



المبحث الأول

تعريف الدفاع الشرعي وأهميته ومشروعيته وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الدفاع الشرعي والمقصود بتجاوزه وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي

يذكر الفقهاء حالة الدفاع الشرعي تحت مسمى دفع الصائل، ويجعلون هذا الدفاع ولو أدى إلى قتل الصائل قتلاً بحق متى استوفى شروطاً معينة وأحكاماً خاصة سوف يأتي تفصيلها فيما بعد وفي محلها من البحث بإذن الله تعالى. ولذا لا بد من تعريف دفع الصائل في اللغة وعند الفقهاء.

أولاً: في اللغة

وهذا المصطلح «دفع الصائل» يتكون من كلمتين، وهما دفع، والصائل. والدفع في اللغة لها معان كثيرة ما يهمنا منها هنا أنها تأتي بمعنى الإزالة بقوة، يقال دفع يدفع دفعاً ودفاعاً، أي أزاله بقوة[1]. وكلمة

---

(١) ينظر: لسان العرب لابن منظور، مادة «د ف ع» ٤/٢٥٠٨، ط دار المعارف بمصر، المصباح المنير ص ١٩٦ ط المكتبة العلمية بيروت، القاموس المحيط للفيروز أبادي ٣/ ٢١، ط دار الجيل بيروت.

الصائل اسم فاعل من «صال»، والمصدر منها «صيال»، يقال: صال صولاً وصؤلاً ومصالة أي سطا واستطال ووثب، ومنها قولهم صال على قرنه بمعنى سطا عليه، والصؤول من الرجال هو من يضرب الناس ويتطاول عليهم[1].

ومن هذا يتضح أن معنى «دفع الصائل» لغةً إزالة تطاوله بالقوة، وهو المعنى المقصود من الدفاع الشرعي.

ثانياً: في الاصطلاح

لم يذكر كثير من الفقهاء تعريفاً لدفع الصائل اكتفاء بمعناه الواضح لغة، على اعتبار أن المعنى اللغوي هنا كاف لتوضيح المعنى الاصطلاحي له، وحتى من عرفه منهم عرفه باختصار، فقد عرف دفع الصائل بأنه «استطالة مخصوصة»[2].

والمقصود بالاستطالة المخصوصة هنا العدوان بغير حق، فلو كان بحق ما شرع الدفاع له، والعدوان هنا على العرض أو المال أو النفس، وعلى هذا فإن الدفاع الشرعي أو دفع الصائل شرعاً يقصد به الدفاع عن النفس أو المال أو العرض ضد من يعتدي عليهم بغير حق، فمتى اعتدى شخص على آخر أو على ماله أو عرضه كان له أن يدفعه بما يستطيع، فلو دفعه وأدى الدفع إلى قتله لا شيء عليه متى توافرت شروط معينة، ومتى كان الدفاع أشد من الهجوم بكثير أو تجاوز المدافع في دفاعه طبقت عليه أحكام هذا التجاوز والتي هي صلب هذه الدراسة كما سيتضح في فصولها تفصيلاً.

---

(١) لسان العرب، مادة «ص و ل» ٧/ ١٣٩٤، مختار الصحاح للرازي ص ٣٢٨ ط مكتبة لبنان سنة ١٩٩٦ م.

(٢) وهو التعريف الذي ذكره القليوبي في حاشيته على شرح المنهاج لجلال الدين المحلي، ينظر: حاشية ال قليوبي ٤/ ٢٠٦ ط مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي بمصر.

ولما كان الأمر كذلك فقد حاول الفقهاء المعاصرون وضع تعريف لدفع الصائل أو الدفاع الشرعي منها أنه واجب الإنسان في حماية نفسه أو نفس غيره، وحقه في حماية ماله أو مال غيره من كل اعتداء حال غير مشروع بالقوة اللازمة لدفع هذا الاعتداء[1].

وقد عيب على هذا التعريف أنه طويل وغير جامع للدفاع عن العرض حيث اقتصر على الدفاع عن النفس والمال فقط، كما لم يبين القدر اللازم في فعل الدفاع، يضاف إلى ذلك أنه بين حكم الدفاع عن النفس ووجوبه ثم بين الدفاع عن المال وجوازه، والتعريفات لا تأتي لبيان الأحكام الفقهية من وجوب أو غيره، فضلاً عن أن هذا الحكم في المال والنفس غير متفق عليه كما سيأتي.

ولذا عرّفه البعض تعريفاً آخر بأنه حالة أو موقف يقوم فيه شخص برد اعتداء على نفسه أو عرضه أو ماله أو على نفس أو عرض أو مال غيره من شخص أو أشخاص آخرين[2].

وهذا التعريف أيضاً منتقد، لأنه أكثر من عبارات المال والنفس والعرض فأخل بوجازة التعريف، يضاف إلى ذلك أنه تعريف غامض لاحتوائه على معان غامضة، والتعريف يأتي لبيان المعرف لا لغموضه، فكلمة حالة أو موقف كلمة غامضة المعنى تحتاج إلى بيان، ومن خصائص التعريف الصحيح أن يكون واضحاً ومبيناً لا غامضاً ولا مبهماً.

وقد عرف دفع الصائل أو الدفاع الشرعي أيضاً بأنه رد اعتداء غير

---

(١) وهو تعريف الأستاذ عبد القادر عودة في كتابه التشريع الجنائي الإسلامي ١/ ٤٧٣ ط دار التراث.

(٢) الدفاع الشرعي بين الشريعة والقانون، للدكتور أحمد علي المجذوب، مقال بمجلة الوعي الإسلامي الكويتية العدد ٩٦ ص ٧٢.

مشروع حماية للنفس أو العرض أو المال[1].

وهذا التعريف وإن كان متميزاً باختصاره وإيجازه وشموله لأنواع الدفاع الشرعي في آن واحد إلاّ أنه يتعلق بالدفاع الشرعي الخاص فقط دون الدفاع العام الخاص بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، أو الدفاع عن مال الغير وعرضه ونفسه[2].

وكذا عرف دفع الصائل بأنه رد بقوة لازمة ومناسبة لاعتداء غير مشروع حال أو على وشك الوقوع[3].

وهذا التعريف ـ في رأيي ـ هو أفضل التعريفات، فهو فضلاً عن إيجازه شامل لكل أنواع الدفاع وخصائصه التي يتميز بها، كما أنه أوضح أن الدفاع لا يقتصر على دفع الخطر الواقع فعلاً فقط، بل يشمل أيضاً الخطر الوشيك الوقوع.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

---

(١) نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي، للدكتور يوسف قاسم ص ٣٦ ط دار الاتحاد العربي سنة ١٩٧٩ م.

(٢) الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي ـ دراسة مقارنة، للدكتور محمد السيد عبد التواب ص ٦٢ الطبعة الأولى دار النهضة العربية.

(٣) المرجع السابق ص ٦٨.

الفرع الثاني

تعريف الدفاع الشرعي في القانون الوضعي

يعدّ الدفاع الشرعي في القانون الوضعي أحد أسباب الإباحة التي منحها القانون لأسباب خاصة، وحددها تحديداً دقيقاً منعاً من تجاوزها أو من الافتئات عليه في نصوصه، كما حدد أحكامها وشروطها تفصيلاً، وأبدى شرّاح القانون آراءهم في هذه النصوص، وتعليقاتهم عليها بما يسمح بمعرفة هذه الشروط تفصيلاً لكل ذي مصلحة وغيره.

والدفاع الشرعي نظام يضرب بجذوره في أعماق التاريخ، وقد عرفته كل الشعوب في مختلف مراحلها، لأنه قانون الفطرة، فليس من المعقول أن يلزم إنسان بتحمل عدوان غيره متى تعذر عليه اللجوء إلى السلطة التي تحميه في الوقت المناسب[1]، ولم يهتم كثير من شراح القانون بوضع تعريف محدد للدفاع الشرعي، وإنما اهتموا ببيان طبيعته وأساسه وشروطه على اعتبار أنه معروف ولا داعي لذكر تعريف له، واهتم البعض الآخر بوضع تعريف له، فعرف بأنه دفع اعتداء إجرامي على وشك الوقوع بدرء

---

(١) ينظر في هذا المعنى: قانون العقوبات القسم العام، للدكتور عوض محمد ص ١٢٥ ط دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، د. ت.

خطره على نفس المدافع أو عن غيره أو عن ماله[1].

ولكن هذا التعريف فيه تطويل وتكرار للألفاظ بدون داع فمعنى دفع الاعتداء هو نفسه درء الخطر فما الداعي للتكرار.

وكذا عرف الدفاع الشرعي بأنه إباحة درء الجريمة بالجريمة أو دفع القوة بالقوة[2].

وهذا التعريف معيب لأنه جعل الدفاع جريمة مع أنه فعل مباح، ولا يجوز وصف المباح بأنه جريمة، كما أنه تعريف غامض وليس كافياً لإظهار معنى الدفاع الشرعي.

وكذا عرف الدفاع الشرعي بأنه حماية عن طريق القوة لحق يريد المعتدي إهداره أو النيل منه[3].

وهذا التعريف يعيبه أنه لم يبين أن هناك خطراً وشيك الوقوع أو واقعاً بالفعل ويريد المدافع إنهاءه أو الحيلولة دون وقوعه أو الاستمرار فيه.

ومن التعريفات السابقة للدفاع الشرعي، ومن شروطه التي ذكروها، وأحكامه التي تكلموا عنها، ومن نصوص القانون التي فصلت أحكامه يمكن القول بأن الدفاع الشرعي هو عبارة عن رخصة تخولها المبادئ القانونية للمدافع لاستعمال القوة اللازمة لدرء اعتداء وشيك الوقوع على النفس أو المال أو الحيلولة دون الاستمرار فيه.

---

(١) شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات المصري، للدكتور محمود إبراهيم إسماعيل ص ٤٦٤ ط دار الفكر العربي سنة ١٩٥٩ م.

(٢) المسؤولية الجنائية، للدكتور محمد مصطفى القللي ص ٣٠٣ ط مطبعة الاعتماد بمصر سنة ١٩٤٥ م.

(٣) شرح قانون العقوبات القسم العام، للدكتورة فوزية عبد الستار ص ١٨٩ ط دار النهضة العربية سنة ١٩٩٢ م.

فالقول بأنه رخصة يعني أنه شيء موقت ينتهي بانتهاء العدوان الصادر، وأن الدفاع ليس واجباً على الشخص ـ كما سيأتي في طبيعته ـ، وإنما له حق الدفاع عن نفسه ضد العدوان، كما أن له الحق في التحمل واللجوء إلى السلطة بعد ذلك لاقتضاء حقه.

والقول بأنه مخول قانوناً يعني أنه منصوص عليه تفصيلاً وليس هناك لبس في أحكامه، فقد ذكرها القانون، واعتبره سبباً من أسباب الإباحة.

والقول بأنه لدرء اعتداء وشيك يعني أن الغرض منه هو دفع الاعتداء الواقع على الشخص المدافع أو على غيره، سواء كان الاعتداء واقعاً بالفعل فيمنع بالدفاع من الاستمرار فيه، أو وشيك الوقوع فيمنع بالدفاع من وقوعه أصلاً.

كما أن هذا التعريف قد بين محل الاعتداء، وهو نفس المدافع، ويشمل ذلك عرضه أيضاً لأنه من أنواع الدفاع عن النفس قانوناً، وكذا نفس غيره وعرضه، وماله ومال غيره.

طبيعة الدفاع الشرعي

وقد اختلف شراح القانون في طبيعة الدفاع الشرعي على آراء عدة.

فقال بعضهم هو استعمال لحق شخصي عملاً بالمبدأ العام المقرر في المادة ٦٠ من قانون العقوبات.

وقال البعض الآخر: «إن الدفاع الشرعي أداء لواجب».

وقال آخرون: «إنه تفويض باستعمال سلطة الضبطية الإدارية في منع الاعتداء التحفظي على الحقوق».

وقال آخرون: «إن الدفاع الشرعي هو ترخيص من القانون للمدافع بأن يرد الاعتداء الواقع عليه»[1].

وسوف يأتي مزيد تفصيل لهذه الآراء والراجح منها في رأيي، وذلك عند الكلام عن حكم الدفاع الشرعي في القانون الوضعي.

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

يتضح مما سبق أن القانون الوضعي يتفق مع الفقه الإسلامي في المقصود بالدفاع الشرعي وإن اختلفت التسمية بينهما، فالفقه الإسلامي يسميه دفع الصائل، والقانون الوضعي يسميه الدفاع الشرعي، ولكن المعنى واحد، والعبرة بالمعاني لا بالمباني، فكلاهما يراه عبارة عن حق المرء في الدفاع عن نفسه وماله وعرضه، وكذا نفس ومال وعرض غيره بما يتناسب ودفع الخطر المحدق به من الصائل المعتدي عليه.

---

(١) ينظر في ذلك:

شرح قانون العقوبات القسم العام، للدكتور محمد نجيب حسني ص ١٩١ وما بعدها الطبعة الرابعة دار النهضة العربية سنة ١٩٧٧، شرح قانون العقوبات القسم العام، للدكتور محمود مصطفى ص ١٧٧ الطبعة السادسة دار النهضة العربية سنة ١٩٦٤ م، قانون العقوبات القسم العام، للدكتور عوض محمد ص ١٢٨.

الفرع الثالث

المقصود بتجاوز حق الدفاع الشرعي

أولاً: في الفقه الإسلامي:

التجاوز في اللغة يأتي بمعنى التعدي والتفريط، يُقال جاوز الشيء إلى غيره أي تجاوزه، وجاوز المكان أي سلكه، واجتاز الطريق قطعها، وتجاوز في فعله بمعنى تعدى فيه[1] وهو المراد هنا.

وأمّا في الاصطلاح فمن يقرأ كتب الفقه الإسلامي في موضوع دفع الصائل أو ما يسمى بالدفاع الشرعي يجد أنهم اشترطوا في فعل الدفاع أن يكون متناسباً مع قدر الاعتداء وما يدفع به المعتدي، بمعنى أنه لو زاد على ذلك كانت تلك الزيادة تجاوزاً، ولكنهم لم يضعوا تعريفاً لهذا التجاوز، وإن كانت مذكورة في كتبهم بمعنى التعدي والتفريط كما في المعنى اللغوي، وسوف يأتي في شروط الدفاع الشرعي أنهم يشترطون في فعل الدفاع أن يكون مناسباً لرد الاعتداء وإلاّ عُدّ معتدياً ويضمن ما ينتج عن فعله حينئذ[2].

---

(١) ينظر:
مختار الصحاح، للرازي مادة (جوز) ص ١٠٣، لسان العرب، لابن منظور مادة (ج و ز) ١/ ٧٢٤، ط دار المعارف بمصر، المصباح المنير، للفيومي مادة (ج و ز) ص ١١٥.
(٢) ينظر مثلاً: الأم للشافعي ٦/ ٢٧ ط دار المعرفة بيروت.

وسوف يأتي مزيد تفصيل للتجاوز عند الكلام على نظرية الإباحة والتجاوز في الباب الأول بإذن الله تعالى.

ثانياً: في القانون الوضعي:

لما كان القانون الوضعي مهتماً بوضع الضوابط والجزاءات للأفعال الإجرامية فإنه قلما ينشغل بإيراد التعريفات إلاّ فيما ندر وفي الأمور التي يكون فيها التعريف مهماً لبيان تكييف الجريمة أو بيان حدودها لتوضيح العقوبة اللازمة لها.

ولذا لم يضع قانون العقوبات المصري تعريفاً للتجاوز ممّا دعا الشراح إلى محاولة الاجتهاد في وضع تعريف له، فعرف بأنه عدم مطابقة حدود الواقعة المرتكبة لحدود السبب المبيح المقترن بها[1].

ويؤخذ على هذا التعريف أنه جعل التجاوز مجرد الخروج عن مطابقة الفعل للسبب المبيح مع أن التجاوز لا يتوقف على التطابق تماماً ولا يشترط هذا فيه كما سيأتي تفصيلاً.

وعرف أيضاً بأنه الخروج عن الحدود المقررة شرعاً وقانوناً من جانب مرتكب السلوك بعد نشأة الحق صحيحاً مستوفياً لشروطه وأركانه[2].

ورغم أن هذا التعريف ذكر أن التجاوز هو الخروج عن الحدود إلاّ أنه لم يبين هذه الحدود التي يقصدها، وإن كانت محددة بأنها الحدود الشرعية والقانونية، ولكن هذه الحدود نفسها مختلف فيها كما سيأتي،

---

(١) وهو تعريف الدكتور داود سليمان العطار في رسالته تجاوز حدود الدفاع الشرعي في القانون المقارن ص ١٠٩، رسالة دكتوراه بكلية الحقوق جامعة القاهرة عام ١٩٧٧ م.

(٢) وهو تعريف الدكتور محمد نعيم فرحات في رسالته النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي ص ٢٤٧، رسالة دكتوراه بكلية الحقوق جامعة عين شمس عام ١٩٨١ م.

فكيف تكون معياراً موحداً يمكن القياس عليه؟

وعلى كل فإنه يمكن القول بأن التجاوز هو عبارة عن الخروج عن الحدود المقررة للإباحة بحيث يصير رد العدوان عدواناً.

فالمقصود بالتجاوز هنا أن تقوم حالة الدافع الشرعي، وتتوافر شروطه، وينتفي منها شرط واحد وهو التناسب بين الدفاع الشرعي وقدر الاعتداء أو ما يمكن دفعه به.

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

يتضح مما سبق أن القانون الوضعي يتفق مع الفقه الإسلامي في أن المقصود بالتجاوز هو الخروج عن الحدود المقررة، وانتفاء التناسب كشرط في الدفاع الشرعي، وكل ما بينهما من خلاف هو مدى هذا التناسب الذي وضعه كل منهما للدفاع الشرعي والذي سوف يتضح في مباحث الدراسة المختلفة بإذن الله تعالى.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

المطلب الثاني

مدى مشروعية الدفاع الشرعي

وفيه فرعان:

الفرع الأول: مشروعية الدفاع الشرعي وحكمته في الفقه الإسلامي

اتفق الفقهاء[1] على مشروعية الدفاع عن النفس والمال والعرض في الجملة، وإن اختلفوا بعد ذلك في حكم كل حالة تفصيلاً، وما إذا كان هذا الدفاع واجباً أو جائزاً على ما سيأتي تفصيله في المبحث الثالث من هذا التمهيد بإذن الله تعالى.

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ٧/ ٩٣ ط دار الكتاب العربي بيروت، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٦/ ١١١ ط دار المعرفة بيروت، رد المحتار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين ٥/ ٤٨١ وما بعدها ط مطبعة ومكتبة مصطفى الحلبي، مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب ٦/ ٣٢٢ ط دار الفكر بيروت، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣٥٧ ط دار إحياء الكتب العربية، الأم للشافعي ٦/ ٢٧، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للشربيني ٢/ ٢٣٤ وما بعدها ط دار إحياء الكتب العربية عيسى الحلبي، حاشيتا قليوبي وعميرة ٤/ ٢٠٦ ط دار إحياء الكتب العربية، المغني لابن قدامة ١٠/ ٣٥١ ط دار إحياء الكتب العربية، المحلى لابن حزم ١١/ ٣١٤ ط دار الآفاق الجديدة.

واستدلوا على هذه المشروعية بأدلّة من الكتاب والسنة والآثار والإجماع..

أما الكتاب:

فآيات كثيرة تبيح للمرء الدفاع عن نفسه وماله ضد من يعتدي عليه ومنها ما يلي:

١ ـ قوله تعالى ﴿ فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ وَاتَّقُواْ اللهَ وَاعْلَمُواْ أَنَّ اللهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾[1].

وجه الدلالة:

أمر الله سبحانه المعتدى عليه أن يرد الاعتداء بمثله ولا يتجاوز فيه، وقد جاءت الآية بلفظ الماضي، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على إباحة رد الاعتداء الواقع فعلاً أي الذي بدأ وما زال مستمراً، ومن باب أولى تدل الآية على إباحة رد خطر الاعتداء قبل وقوعه، لأن محاولة الاعتداء تسمى اعتداء في باب دفع الصائل، لأنه شرع للوقاية من خطر الاعتداء الواقع فعلاً أو الذي سيقع، ورد الاعتداء بمثله يحتاج لتفصيل يتضح في ثنايا هذا البحث بإذن الله تعالى.

٢ ـ قوله تعالى ﴿أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتَلُونَ بِأَنَّهُمْ ظُلِمُواْ وَإِنَّ اللهَ عَلَىَ نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ الَّذِينَ أُخْرِجُواْ مِن دِيَارِهِم بِغَيْرِ حَقّ إِلاَّ أَن يَقُولُواْ رَبُّنَا اللهُ وَلَوْلاَ دَفْعُ اللهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَّهُدِّمَتْ صَوَامِعُ وَبِيَعٌ وَصَلَوَاتٌ وَمَسَاجِدُ يُذْكَرُ فِيهَا اسمُ اللهِ كَثِيراً وَلَيَنصُرَنَّ اللهُ مَن يَنصُرُهُ إِنَّ اللهَ لَقَوِيٌّ عَزِيزٌ﴾[2].

---

(١) سورة البقرة الآية رقم (١٩٤).

(٢) سورة الحج الآيتان (٣٩، ٤٠).

وجه الدلالة:

أباح الله سبحانه وتعالى لمن قوتل مظلوماً وبغي عليه بغير الحق أن يقاتل دفاعاً عن نفسه وماله وعرضه، فدل ذلك على مشروعية الدفاع عن النفس ومدافعة الصائل على المرء أو ماله أو عرضه.

٣ ـ قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ إِذَا أَصَابَهُمُ الْبَغْيُ هُمْ يَنتَصِرُونَ وَجَزَآءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللهِ إِنَّهُ لاَ يُحِبّ الظَّالِمِينَ وَلَمَنِ انتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُوْلَئِكَ مَا عَلَيْهِمْ مِّن سَبِيلٍ﴾[1].

وجه الدلالة:

جاءت هذه الآية في معرض مدح الذين آمنوا وعلى ربهم يتوكلون، فبيّنت أن من صفاتهم أنهم متى أصابهم البغي ينتصرون لأنفسهم، ويردون الصائل عليهم، ولا شك أن المدح دليل على المشروعية، فلا يمدح الله فعلاً إلاّ إذا كان مشروعاً، كما بينت الآية أن رد الفعل يكون مساوياً له لا زائداً عليه، فجزاء السيئة سيئة مثلها.

وأما السنة:

فقد وردت أحاديث كثيرة تدل على مشروعية الدفاع عن النفس أو المال أو العرض ومنها ما يلي:

١ ـ ما رواه أبو هريرة[2] ـ رضي الله عنه ـ قال: جاء رجل إلى رسول الله

---

(١) سورة الشورى الآيات (٣٩، ٤٠، ٤١).

(٢) **أبو هريرة**: عبد الله وقيل عبد الرحمن بن صخر الدوسي، كان اسمه في الجاهلية عبد شمس وسمي في الإسلام عبد الله، وهو أحد الحفّاظ المعدودين في الصحابة، روى عنه أكثر من خمسة آلاف حديث تلقاها عنه العديد من الأعلام، منهم ابن عباس وأنس بن مالك وجابر بن عبد الله وسعيد بن المسيب وعروة وابن سيرين وعطاء بن أبي رباح وغيرهم حتى قال البخاري روى عنه ثمانمائة رجل أو أكثر، وله في الصحيحين =

ـ ﷺ ـ فقال: يا رسول الله أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟، قال: فلا تعطه مالك، قال: أرأيت إن قاتلني؟، قال ﷺ: «قاتله، قال: أرأيت إن قتلني؟، قال: فأنت شهيد، قال: أرأيت إن قتلته؟، قال: هو في النار»[1].

وجه الدلالة:

الحديث صريح الدلالة في المطلوب، وأن دفع الصائل مشروع، ومن قتل مدافعا عن نفسه فهو شهيد، وأن دم الصائل هدر متى كان بغير حق.

٢ ـ ما رواه سعيد بن زيد[2] ـ رضي الله عنه ـ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون دينه فهو

ثلاثمائة وخمسة وعشرون حديثاً، ولُقّب بأبي هريرة لأنه كان دائم الحمل لهرة صغيرة فلقّبه النبي ﷺ بها، وقد اتهم أبو هريرة بالإكثار من الحديث عن رسول الله ـ ﷺ ـ وقد دافع عن نفسه قائلاً «إنكم تقولون إني أكثر عن رسول الله ـ ﷺ ـ والله الموعد، كنت رجلاً مسكيناً أخدم رسول الله ـ ﷺ ـ على ملء بطني، وكان المهاجرون شغلهم الصفق بالأسواق، وكانت الأنصار يشغلهم القيام على أموالهم، وقال رسول الله ـ ﷺ ـ يوماً «من بسط ثوبه فلن ينسى شيئاً سمعه مني» فبسطت ثوبي حتى قضى حديثه فضممته إليّ فما نسيت شيئاً سمعته بعد، وقد توفي رحمه الله سنة تسع وخمسين وله ثمان وسبعون سنة، وقيل توفى سنة سبع وخمسين رضي الله عنه.
انظر في ترجمته: تاريخ الإسلام ٢/ ٣٩١ وما بعدها، الطبقات الكبرى ٢/ ٣١٢، وانظر ما كتبه الدكتور محمد عجاج الخطيب في كتابه «أبو هريرة راوية الإسلام».

(١) رواه مسلم في صحيحه، انظر صحيح مسلم بشرح النووي ٢/ ١٦٣ ط دار الفكر بيروت.

(٢) سعيد بن زيد: أبو الأعور سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل القرشي، أبوه زيد بن عمرو بن نفيل أحد نفر طلبوا الدين الحق وتوفوا على ملّة إبراهيم وعرفوا بالحنفية، أسلم زيد مع النبي ﷺ وهاجر معه إلى المدينة فنزل على رفاعة بن عبد المنذر، وروى بعض الأحاديث عن النبي ﷺ، وهو أحد العشرة المبشرين بالجنة، وقد مات رحمه الله بالعقيق ونقل إلى المدينة فدفن بها، وكان يوم موته ابن بضع وسبعين سنة.
انظر الترجمة له في: سير أعلام النبلاء للذهبي ١/ ١٢٤، تهذيب الكمال للمزي ١٢/ ٤٤٦، الطبقات الكبرى لابن سعد ٣/ ٣٥٢.

شهيد، ومن قتل دون دمه فهو شهيد، ومن قتل دون أهله فهو شهيد»[1].

وجه الدلالة:

بيّن رسول الله أن من قتل دفاعاً عن نفسه أو ماله أو دينه فهو شهيد، والشهادة درجة عالية، فدل ذلك على مشروعية الدفاع الشرعي، إذ لو لم يكن مشروعاً ما كان المقتول فيه دفاعاً من الشهداء.

٣ ـ ما رواه ابن عمر[2] ـ رضي الله عنهما ـ قال: قال رسول الله ﷺ «من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد»[3].

---

(١) رواه الترمذي في سننه وقال: حديث حسن صحيح، سنن الترمذي ٤/ ٣٠، وصححه الشيخ الألباني.

(٢) **عبد الله بن عمر**: أبو عبد الرحمن عبد الله بن عمر بن الخطاب القرشي صاحب رسول الله ـ ﷺ ـ وابن أمير المؤمنين عمر، هاجر مع أبيه قبل أن يبلغ، وتقدم يعرض نفسه على الرسول ـ ﷺ ـ يوم أحد فاستصغره، ثم شهد بعدها الخندق والمشاهد كلها مع رسول الله ـ ﷺ ـ، وشهد فتح مصر وفتح فارس، وكان رضي الله عنه عابداً، زاهداً، قلّما ينام الليل من الصلاة قال عنه عبد الله بن مسعود: «إن من أملك شباب قريش لنفسه عن الدنيا عبد الله بن عمر»، وقال جابر بن عبد الله: «ما من أحد أدرك الدنيا إلاّ وقد مالت به إلاّ ابن عمر»، وتميز رضي الله عنه بحافظته القوية، وذاكرته النقية، فكان إذا سمع حديثاً من النبي ـ ﷺ ـ لا يزيد ولا ينقص، ولم يكن أحد من الصحابة في ذلك مثله، وكذلك تميز بتتبعه لأثر الرسول ـ ﷺ ـ في كل مكان صلى فيه حتى أن النبي ـ ﷺ ـ نزل تحت شجرة فكان ابن عمر يتعاهدها فيصب في أصلها الماء كي لا تيبس، كما كان ابن عمر أيضاً من أجلاء الصحابة وأكثرهم اهتماماً بالعلم والفقه ورواية الحديث على ما به من الزهد والورع، وقد توفى رضي الله عنه بمكة وصلى عليه الحجاج، وكانت وفاته سنة أربع وسبعين هجرية وله من العمر أربع وثمانون سنة رضي الله عنه وأرضاه.
انظر ترجمته وأخباره في: تاريخ الإسلام ٢/ ٥٩٤ وما بعدها، الطبقات الكبرى ٢/ ٣٢١.

(٣) رواه الترمذي في سننه، وقال: حديث حسن صحيح، انظر: صحيح الترمذي بشرح ابن العربي ٦/ ١٩٠.

وأما الآثار:

فمنها ما يلي:

١ ـ ما رواه الزهري[١] أن رجلاً أضاف إنساناً من هذيل فذهبت جارية منهم تحتطب، فراودها عن نفسها، فرمته بحجر، فقتلته، فرفع إلى عمر بن الخطاب[٢] ـ رضي الله عنه ـ فقال: «ذاك قتيل لا يودى أبداً، وفي

---

(١) الزهري: أبو بكر محمد بن مسلم بن شهاب الزهري نسبة لبني زهرة، تابعي جليل من أهل المدينة، ولد سنة ٥٠ هـ، أخذ العلم عن كثير من صغار الصحابة وكبار التابعين كابن عمر وسهل بن سعد وأنس بن مالك وسعيد بن المسيب، وهو أول من دَوّن الحديث، وأحد كبار الحفاظ والفقهاء، وهو أستاذ الإمام مالك، وقد توفي رحمه الله سنة ١٢٤ هـ.

انظر ترجمته في: تذكرة الحفاظ للذهبي ١/ ١٠٨، ط دار الفكر العربي ـ د. ت، وفيات الأعيان لابن خلكان ٤/ ١٧٧، شذرات الذهب ١/ ١٦٢، تهذيب التهذيب ٩/ ٤٤٥.

(٢) عمر بن الخطاب: هو الصحابي الجليل عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى، وأمه حنتمة بنت هشام المخزومية أخت أبي جهل، أسلم في السنة السادسة من البعثة، وكان سنه وقتها سبعاً وعشرين سنة، قيل في صفته إنه كان أبيض تعلوه حمرة، طوالاً، أصلع، أشيب، له مهابة في قلوب الناس، وكان له درة يتخذها أهيب في قلوب الناس من أعظم الأسلحة، قال عبد الله بن مسعود عن إسلامه: ما زلنا أعزة منذ أسلم عمر، وقد كان عمر ـ رضي الله عنه ـ شديداً في الحق لا يخاف لومة لائم، وكانت شدته على أهله بعد الخلافة أكثر من غيرهم، قال عنه ـ ﷺ ـ فيما روته عائشة «إن الشيطان يفرق من عمر»، وقال: «إني لأنظر إلى شياطين الجن والإنس قد فروا من عمر»، كما كان عمر ـ رضي الله عنه ـ ملهماً، سديد الفكر، وطالما نزل القرآن يؤيد رأيه ويسدّد قوله، وهو أول من أنشأ الدواوين، واتخذ التاريخ الهجري، وتوسع الإسلام في عهده توسعاً كبيراً، وقد رويت عنه قصص في العدالة وحب الحق أكثر من أن تحصى ملئت بها كتب السير والتراجم، وتحاكاها الناس في كل الأعصار والأمصار، وتوفي رحمه الله شهيداً كما تمنى ودعا الله بذلك، وكان ذلك في أواخر ذي الحجة سنة ثلاث وعشرين من الهجرة، بعد أن طعنه أبو لؤلؤة المجوسي بخنجر له نصلان وهو يؤم الناس في صلاة الصبح.

وقد وردت الترجمة له في كتب عدة انظر منها: الطبقات الكبرى لابن سعد ٣/ ٢٤٥ وما بعدها، تاريخ الإسلام للذهبي ٢/ ٩٩ وما بعدها، عبقرية عمر لعباس محمود العقاد، ط هيئة الكتاب بمصر عام ٣٠٢ م.

رواية هذا قتيل الله لا يودى أبداً»[1].

وجه الدلالة:

إن المعتدى عليها هنا قد قامت برد الاعتداء عن نفسها وعرضها فقتلت المعتدي، ولم يجعل له عمر ـ رضي الله عنه ـ دية ولا غيره، بل أهدر دمه، فدل ذلك على مشروعية دفع الصائل عن النفس والعرض والمال، وقد عمل به الصحابة ـ رضوان الله عليهم ـ دون نكير من أحد فكان إجماعاً.

٢ ـ ما روي أن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ كان يوماً يتغدى إذ جاءه رجل يعدو وفي يده سيف ملطخ بالدم، ووراءه قوم يعدون خلفه، فجاءه حتى جلس مع عمر، فجاء الآخرون فقالوا: «يا أمير المؤمنين إن هذا قتل صاحبنا، فقال له عمر: ما يقولون؟، فقال: يا أمير المؤمنين إني ضربت فخذي زوجتي، فإن كان بينهما أحد فقد قتلته، فقال عمر: ما يقول؟، فقالوا: يا أمير المؤمنين إنه ضرب بالسيف فوقع في وسط الرجل وفخذي المرأة، فأخذ عمر سيفه، فهزه، ثم دفعه إليه، وقال: إن عادوا فعد»[2].

وجه الدلالة:

إن سيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ قد أقر الرجل على فعلته بالدفاع عن نفسه وعرضه ولو أدى الدفاع إلى قتل الصائل عليه، بل مدحه على ذلك حيث هز سيفه ودفعه إليه وقال له «إن عادوا فعد»، فدل هذا القول على

---

(١) رواه البيهقي في سننه، السنن الكبرى ٨/ ٣٣٧، ورواه عبد الرزاق في مصنفه، المصنف ٩/ ٤٣٥ ط المكتب الإسلامي بيروت.

(٢) رواه الترمذي في سننه، وقال: حديث حسن صحيح، انظر: صحيح الترمذي بشرح ابن العربي ٦/ ١٩٠.

إباحة دفع الصائل عن العرض، ومثله الصائل على المال والنفس، ولو أدى دفعه إلى موته.

وأما الإجماع:

فقد أجمع الفقهاء في كل الأعصار والأمصار[1] على مشروعية دفع الصائل في الجملة، وإن اختلفوا بعد ذلك في حكم دفعه في كل حالة تفصيلاً مما سيأتي الحديث عنه فيما بعد، وقد نقلت كتبهم هذا الإجماع في مواضعه.

شروط مشروعية دفع الصائل:

لكي يكون دفع الصائل أو الدفاع الشرعي مشروعاً على الوجه السابق فقد اشترط الفقهاء فيه شروطاً لا بد من توافرها، وهذه الشروط هي:

١ ـ أن يكون فعل الصائل عدواناً بغير حق، بمعنى أن يكون فعله بغير وجه معتبر شرعاً، فلو كان فعله مشروعاً ما جاز دفعه، مثال ذلك أن يضرب الرجل ولده أو زوجته تأديباً لهما، أو يقطع الجلاد يد السارق تنفيذاً للحد المحكوم عليه به، فهنا لا يجوز للآخر دفعه وقتله، ولو فعل كان معتدياً تجب عليه عقوبة القتل العمد، لأن الفعل هنا مشروع فلم يتوافر شرط الدفاع الشرعي ضده.

٢ ـ أن يقع الاعتداء حالاً، بمعنى أن يباشر المعتدي اعتداءه بالفعل في

---

(١) انظر في ذلك: بدائع الصنائع، للكاساني ٧/ ٩٣، تبيين الحقائق، للزيلعي ٦/ ١١١، حاشية ابن عابدين ٥/ ٤٨١ وما بعدها، مواهب الجليل، للحطاب ٦/ ٣٢٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣٥٧، الأم للشافعي ٦/ ٢٧، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للشربيني ٢/ ٢٣٤ وما بعدها، حاشيتا قليوبي وعميرة ٤/ ٢٠٦، المغني لابن قدامة ١٠/ ٣٥١، المحلى لابن حزم ١١/ ٣١٤.

وقت دفعه، فلو كان مجرد تهديد بفعل في المستقبل لم يكن هناك وجه لدفعه والدفاع عن النفس ضده، إذ إن هناك فرصة لإبلاغ الحاكم ودفع شر المعتدي بطريق السلطة، فإن قاتله وقتله كان المدافع حينئذ هو المعتدي.

٣ ـ أن يكون القتل أو الضرب أو الجرح وسيلة متعينة لدفع المعتدي والدفاع عن النفس، بمعنى ألا تكون هناك وسيلة أخرى يمكن دفعه بها غير ذلك، فلو كان يندفع بالصراخ أو الاستغاثة فإنها تكون واجبة عليه حينئذ، ولا يكون له دفعه بغير هذا وإلاّ عد متجاوزاً كما سيأتي.

٤ ـ أن يكون الدفع بالقدر المناسب فلو كان الصائل يندفع بالضرب فقط فلا يدفعه بالقتل، ولو كان يندفع بالجرح فلا يدفعه بالقتل كذلك، ولو كان يندفع بعصا لم يكن له أن يدفعه بطلق ناري وهكذا، فإن دفعه المدافع بما لا يناسب كان متجاوزاً[1]، وعوقب على تجاوزه هذا كما سيأتي.

الحكمة من مشروعية الدفاع الشرعي:

إن الله عز وجل قد أنزل الشرائع وبعث الرسل من أجل إصلاح البشرية، ولما كانت الشريعة الإسلامية خاتمة الشرائع فإنها جاءت كاملة لا يعتورها نقص، ولا يشوبها كدر، وقد راعت هذه الشريعة حماية

---

(١) انظر هذه الشروط في:
بدائع الصنائع للكاساني ٧/ ٩٣، تبيين الحقائق للزيلعي ٦/ ١١١، حاشية ابن عابدين ٥/ ٤٨١ وما بعدها، مواهب الجليل للحطاب ٦/ ٣٢٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣٥٧، الأم للشافعي ٦/ ٢٧، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للشربيني ٢/ ٢٣٤ وما بعدها، حاشيتا قليوبي وعميرة ٤/ ٢,٦، المغني لابن قدامة ١٠/ ٣٥١، المحلى لابن حزم ١١/ ٣١٤.

مصالح الناس، إذ هي من وسائل تكريم الله لهم، قال تعالى ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً﴾[1].

وهذا التكريم يقتضي المحافظة على الضروريات التي لا تتوافر معاني الحياة الإنسانية الكريمة إلاّ بتوافرها، فجلب المصالح ودفع المضار مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهي الحفاظ على الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال، فكان كل ما يتضمن المحافظة على هذه الخمس مصلحة، وكل ما يفوتها مفسدة ودفعها مصلحة[2]، ومن هنا كان الدفاع عن هذه الخمس عند الاعتداء عليها مشروعاً حفاظاً عليها، وتكريماً للإنسان الذي جعل الله ما يحميه ضرورات ينبغي الحفاظ عليها وعدم المساس بها، وقد جاءت الآيات والأحاديث ـ التي سبق بيانها ـ لتبيح للمرء حق الدفاع عن نفسه وماله وعرضه متى تعرض للاعتداء من مجرم أثيم بغير حق عمداً وعدواناً، ولم يكن هناك من طريق في الدفاع عنها إلاّ بدفعه، ومن هنا يتضح أن الحكمة من مشروعية الدفاع الشرعي المحافظة على الضرورات التي لا غنى للآدمي عنها في معاشه، وعند تعرضها للخطر يتعرض كيانه معها لذلك الخطر، فكان له المحافظة عليها بكل طريق، ومن ذلك الدفاع عنها عند العجز عن الاستعانة بالسلطة لدفع الأذى الواقع عليها.

---

(١) سورة الإسراء الآية رقم (٧٠).

(٢) انظر في هذا تفصيلاً:
الموافقات للإمام الشاطبي ٢/ ٤ وما بعدها ط هيئة الكتاب بمصر ٦٠٢ م، الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ٣/ ٧١ ط مطبعة محمد علي صبيح بمصر عام ١٣٨٧ هـ، نهاية السول شرح منهاج الوصول للإسنوي ٢/ ٢٥٧ ط مطبعة السعادة بمصر، المستصفى في أصول الفقه لحجة الإسلام الغزالي ١/ ١٣٩ وما بعدها ط دار الفكر.

الفرع الثاني

مشروعية الدفاع الشرعي في القانون الوضعي

إن الأصل قانوناً في أفعال الإنسان الإباحة، ولكن الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه يؤدي إلى أن تسود الفوضى بين الناس وتهدر الحقوق، ولذا فإن المشرع القانوني يضفي حمايته على بعض الحقوق، ويجرم كل فعل غير مشروع يمسها من قريب أو من بعيد، ومن ضمن هذه الحقوق حق الإنسان في سلامة جسمه وصيانة ماله وعرضه، ومتى تعرض له أحد كان له إبلاغ السلطات المختصة بحمايته لتجنيبه أثر هذا الاعتداء، ولكن قد تطرأ ظروف خاصة تجعل إبلاغ السلطات متعذراً، ولا يكون أمام المعتدى عليه إلاّ الدفاع عنها، ومن هنا كان الدفاع الشرعي مشروعاً قانوناً، وقد نصت المادة (٢٤٥) من قانون العقوبات على أنه «لا عقوبة مطلقاً على من قتل غيره أو أصابه بجراح أو ضربه أثناء استعمال حق الدفاع الشرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس غيره أو ماله».

ومن هذا النص يتضح أن القانون الوضعي يجيز للمرء الدفاع عن نفسه أو ماله أو نفس غيره أو ماله، فهو لا يقصر الدفاع على الشخص فقط، بل يوسع من نطاقه ليكون رادعاً لكل معتد على الغير أو ماله أو عرضه.

كما أن المادة السابقة حددت أفعال الدفاع، ووصفتها وصفاً دقيقاً،

وهي القتل، والضرب، والجرح، فيجوز للمدافع استخدام أي منها حسب نوع الخطر الواقع[1].

شروط مشروعية الدفاع الشرعي:

مما سبق يظهر أن القانون الوضعي يشترط لثبوت حق الدفاع الشرعي شروطاً في الخطر الواقع، وفي فعل الدفاع نفسه.

فأما الخطر فهو فعل يدل وفقاً للمجرى العادي للأمور على احتمال وقوع جريمة، ومن ثم فالاحتمال من الأمور الموضوعية التي تقاس بمعيار الشخص العادي الذي يوجد في مثل ظروف الفعل، ولا يقتصر الخطر على ذلك الفعل المهدد للشخص بل يتعداه إلى المهدد لغيره، وشروط الخطر ثلاثة هي:

١ ـ أن يكون الخطر غير مشروع، وهذا هو أهم الشروط في الدفاع الشرعي، إذ لا بد أن ينطوي السلوك المهاجم به على فعل يشكل خطراً يهدد سلامة الجسم بدون وجه حق، ومن ثم فهو خطر غير مشروع، فلو لم يكن ممثلا تهديداً لسلامة الجسم، أو كان كذلك بحق فإن الفعل يكون مشروعاً حينئذ، ويتضح من هذا الشرط أنه متى كان الفعل مشروعاً، فإنه لا يجوز الدفاع ضده، كما لو كان بناء على سبب من أسباب الإباحة، كأن كان بغرض تأديب الزوجة أو الابن، وكذا من يتعرض لجرح من طبيب بغرض العلاج لا يعد مهدداً، ومن ثم لا يجوز له الدفاع عن نفسه ضد الطبيب.

---

(١) انظر في هذا: شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٢. وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ١٢٩ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣١٧ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون سلامة ص ٢٠٦ وما بعدها.

٢ ـ أن يكون الخطر حالاً، ويستحيل دفعه باللجوء إلى السلطة، فلا بد إذن من أن يكون الاعتداء على وشك الوقوع، وهذا الشرط نصت عليه ضمناً المادة (٢٤٧) عقوبات، حيث أفاد النص أنه متى كان في الإمكان الالتجاء إلى السلطات للاحتماء بهم لم يقم الدفاع الشرعي حينئذ، ولا يعني كون الخطر حالاً أن يقع بالفعل حتى يكون للمدافع استعمال حقه في الدفاع، بل المقصود أن يكون وشيك الوقوع، وليس هناك وقت لإبلاغ السلطات والاحتماء بها، وينتهي هذا الحق بانتهاء الخطر، فلا يحق الدفاع بعد وقوعه، وانتهاء الخطر يختلف باختلاف الجرائم، ففي جريمة الضرب ينتهي بالمساس بالجسم وفرار الجاني بعدها، واستحال على المجني عليه ملاحقته في هذا الوقت، وفي جريمة السرقة ينتهي باستيلاء السارق على المسروق ونقله إلى حوزته نقلاً تاماً، فلو كان الجاني في حالة فرار، وأمكن للمدافع ملاحقته كان ذلك من باب الدفاع الشرعي، أمّا بعد ذلك فلا يمكنه إلاّ إبلاغ السلطات لاقتضاء حقه بالطرق القانونية المعروفة.

٣ ـ أن يكون موضوع الخطر من جرائم النفس أو جرائم المال الواردة حصراً، فقد نص القانون على الجرائم التي يجوز فيها الدفاع الشرعي نصاً، ولم يجعل الأمر حسب التقدير الشخصي للمدافع، إذ ربما غالى بعض الناس واستخدموا الدفاع ذريعة للاعتداء على الغير بدون وجه حق على أساس أنهم في حالة دفاع شرعي.

ففي جرائم النفس حدد القانون صراحة الأخطار التي يجوز الدفاع ضدها، والتي اعتبرها جرائم نفس، وهي كما يلي:

أ ـ جرائم الاعتداء على حياة الإنسان وسلامة جسمه، كالقتل، والجرح، والضرب.

ب ـ جرائم الاعتداء على العرض، كالاغتصاب، وهتك العرض.

ج ـ جرائم الاعتداء على الشرف والاعتبار، كالسب، والقذف، والتهديد.

ولا محل للتفرقة بين هذه الجرائم بحسب نوعها أو جسامتها، فكلها تبيح الدفاع الشرعي.

وفي جرائم الأموال حصرت المادة (٢٤٦) من قانون العقوبات الجرائم التي تبيح الدفاع الشرعي وهي:

أ ـ جرائم الحريق العمد.

ب ـ جرائم السرقة والغصب.

ج ـ جرائم التخريب والتعييب والإتلاف.

د ـ جرائم انتهاك حرمة ملك الغير.

فمتى توافرت جريمة واقعة بالفعل أو وشيكة الوقوع من جرائم النفس أو المال السابقة، ولم يكن هناك مفر من الدفاع عنها، وعجز المهدد عن إبلاغ السلطات، فإنه يباح له الدفاع الشرعي في هذه الحال عما يتعرض له هو أو غيره من اعتداءات[1].

وأما شروط فعل الدفاع نفسه فشرطان هما:

١- لزوم الدفاع، وهذا الشرط نصت عليه المادة (٢٤٦) من قانون العقوبات بقولها «حق الدفاع الشرعي يبيح للشخص استعمال القوة

---

(١) انظر في هذا: قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ١٢٩ وما بعدها، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٢٠ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣١٧ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون سلامة ص ٢٠٦ وما بعدها.

اللازمة لدفع كل فعل يعتبر جريمة. . .»، فهذا النص يبين أن فعل الدفاع لكي يكون مشروعاً لا بد أن يكون لازماً لدفع خطر الجريمة، فلو كان في استطاعة المدافع أن يرتكب فعلاً لا يعد جريمة ليرد به الخطر لا يباح له الفعل الذي يشكل جريمة عندئذ، وإن كان الفعل من شأنه أن يرد الاعتداء كان لازماً حينئذ.

وعلى هذا فإن حق الدفاع ينتفي متى كان من الممكن إبلاغ السلطات دون دفع المعتدي بالقوة، على أن يؤخذ في الاعتبار أن القانون لا يلزم المدافع بالهرب لتفادي الخطر المهدد به، وإلاّ كان يعلمه الهرب وهو جبن ممقوت، ما لم يكن مصدر الخطر غير مشين، كما لو كان صادراً من صبي أو مجنون، فالهرب حينئذ لا يكون مشيناً.

٢ ـ أن يكون فعل الدفاع متناسباً مع جسامة الخطر، بمعنى أن يكون فعل الدفاع مناسباً في قوته مع جسامة الخطر الواقع بالفعل، فمن يهاجم ومعه آلة قاتلة يجوز دفعه بكل طريق، بخلاف من معه سوط أو عصا صغيرة وهكذا.

وهذا الشرط لم ينص عليه القانون صراحة، وإنما هو مستخلص من نص المادة (٢٥١) عقوبات التي تكلمت عن تجاوز حدود الدفاع، والتي سيأتي الحديث عنها تفصيلاً فيما بعد بإذن الله تعالى.

وقد اختلف شرّاح القانون في المقصود بالتناسب هنا، ففريق يرى أن التناسب يكون ظاهرياً بين الأفعال المهدد بها وأفعال الدفاع، وفريق آخر يرى أن التناسب يكون بين الوسيلة التي استخدمها بالفعل والوسيلة التي كان في مقدوره استخدامها، وفريق ثالث يرى أن التناسب يكون على حسب ظروف الجريمة وظروف استعمال الشخص العادي في هذا الوقت، وأيّاً كان الأمر فإن تحديد المناسبة بين الخطر وفعل الدفاع متروك لتقدير

القاضي حسب كل حالة على حدة، وما فيها من ظروف تختلف من قضية لأخرى[1].

وسوف يأتي مزيد تفصيل لها عند الكلام عن شروط الخطر ولزوم الدفاع ضده في محله من البحث بإذن الله تعالى.

الحكمة من مشروعية الدفاع الشرعي:

لا شك أن الدفاع عن النفس والعرض والمال أمر تقره الفطرة، وتبيحه الأعراف المختلفة التي هي أصل القوانين الوضعية، والتخاذل عن الدفاع أمر تمجده الفطرة السليمة، وتعتبره لوناً من ألوان الجبن، ونوعاً من أنواع التخاذل، فمنذ أن خلق الله الإنسان جعل في فطرته أن الدفاع عن النفس وعن العرض والمال شرف ينبغي العمل به، ومن ثم جاءت القوانين الوضعية كلها مبيحة لهذا الحق وإن كانت متدرجة فيه، كما سيأتي عند الحديث عن تطور نظرية الدفاع الشرعي[2].

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

بالنظر فيما سبق يتضح أن القانون الوضعي يتفق مع الفقه الإسلامي في مشروعية الدفاع الشرعي، وإن كان لكل مستنده الخاص، فالفقه الإسلامي يستند في هذه المشروعية لنصوص صحيحة صريحة من القرآن والسنة مع

---

(١) انظر في هذا: قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣٢٩ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ١٣٠، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٢١ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون سلامة ص ٢١٨ وما بعدها.

(٢) انظر في هذا المعنى: قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣٢٩، قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ١٣٠، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٢١.

مصادر التشريع الأخرى وهي كثيرة منها المتفق عليه ومنها المختلف فيه، على عكس القانون الوضعي الذي يستند على أحكام العقل، ولذا فإن نصوصه تكون عرضة دوماً للتغيير والتبديل والتطور.

كما يتفق القانون الوضعي في الجملة في شروط الدفاع الشرعي مع تلك التي يقول بها الفقه الإسلامي، ويظل للفقه الإسلامي فضل السبق الذي تقدم به على كل القوانين الوضعية التي مهما بلغت من أوجه فإنها تصل في أعلى حالاتها إلى ما قال به الفقه الإسلامي من قبل منذ قرون عديدة.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

المطلب الثالث

أهمية الدفاع الشرعي

وفيه فرعان:

الفرع الأول: أهمية الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي

سبق القول في حكمة مشروعية الدفاع الشرعي أنه يحقق مصالح ضرورية ينبغي المحافظة عليها، فإن من المتفق عليه بين علماء الفقه والأصول[1] أن الهدف الأسمى للشريعة الإنسانية هو حماية المصالح البشرية وصيانة الحقوق بين الناس، فهذه السمة هي التي تحقق تكريم الله للإنسان، والذي ذكره في قوله تعالى ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾[2].

وهذا التكريم يستلزم المحافظة على الضروريات التي لا يحيا الإنسان

---

(١) راجع في هذا:
الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ٣/ ٧١ وما بعدها، الموافقات للشاطبي ٢/ ٤ وما بعدها، نهاية السول للإسنوي ٢/ ٢٥٧ وما بعدها.

(٢) سورة الإسراء الآية رقم (٧٠).

بدونها، وهي المحافظة على دينه، ونفسه، وعقله، ونسله، وماله، ومن ثم شرعت الحدود التي تحفظ هذه الضروريات، وترعاها من كل اعتداء يقع عليها، ولكن قد يكون الاعتداء في طريقه للوقوع فهل يكون معنى ذلك أن ينتظر الإنسان وقوعه عليه ثم يطالب بحقه الشرعي في القصاص من الجاني أو عقوبته؟، إن الشريعة التي كرمت الآدمي هي التي جعلت له الحق في الدفاع عن نفسه، وهي نفسها التي أهدرت دم المعتدي على النفس والعرض، وأجازت لمن اعتدي على حقه ولم يكن ثمة وسيلة لرد العدوان إلاّ الدفاع عن نفسه أن يصد المعتدي عليه أو على عرضه أو ماله.

ومن هنا تنبع أهمية الدفاع الشرعي فهو لا غنى عنه في تدعيم القيم الخلقية للمجتمع، وخطاب الفطر الطبيعية التي فطر الله الناس عليها، فكل حي متى أحس بوقوع عدوان عليه فإنه ينشط لرد هذا العدوان، فإننا نرى الحيوانات عندما تهاجم من غيرها تحاول الدفاع عن نفسها بكل طريق، فما بالك بالإنسان الذي كرمه الله سبحانه وسخر له هذا الكون.

يقول حجة الإسلام الغزالي[1] في هذا الشأن «إن جلب المنفعة ودفع

---

(١) الغزالي: حجة الإسلام ومجدد المائة الخامسة زين الدين أبو حامد محمد بن محمد بن أحمد الغزالي الطوسي، ولد سنة ٤٥٠ هجرية وقيل غير ذلك، كان فقيهاً فيلسوفاً متصوفاً من كبار فقهاء الشافعية، وكتبه من أهم كتب الشافعية ومن الأصول فيها، ومنها كتاب الوجيز الذي شرحه الرافعي في كتابه فتح العزيز، وقد اختصر الإمام النووي العزيز هذا في كتابه الشهير روضة الطالبين، واختصر الرافعي الوجيز في كتاب آخر سماه المحرر، ولأبي حامد كتب أخرى أهمها المستصفى في أصول الفقه، والمنخول في أصول الفقه أيضاً، وله كتاب في علوم الدين شهير هو كتاب إحياء علوم الدين الذي قيل عنه «من لم يقرأ الإحياء فليس من الأحياء» وغيرها من الكتب، وقد توفي رحمه الله تعالى في جمادى الآخرة سنة ٥٠٥ هجرية وله من العمر خمس وخمسون عاماً.

المضرة من مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، ولكنا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليهم دينهم وأنفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة»[1].

فهذا النص يوضح أن المصالح المذكورة والتي اتفق عليها العلماء هي مقاصد ضرورية لا يستطيع أحد الاستغناء عنها أو التفريط فيها، ولذا جاء الشرع الشريف بنصوص ترعاها، وتجعل من حق المرء الدفاع عن نفسه، وحمايتها من كل اعتداء، وتعده بالمراتب العليا في الجنة إن هو دافع عنها وكانت نتيجة ذلك قتله.

ومن هذه النصوص ما يلي:

١ ـ قوله تعالى ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ وَاتَّقُواْ اللهَ وَاعْلَمُواْ أَنَّ اللهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾[2].

٢ ـ قوله تعالى ﴿أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتَلُونَ بِأَنَّهُمْ ظُلِمُواْ وَإِنَّ اللهَ عَلَىٰ نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ الَّذِينَ أُخْرِجُواْ مِن دِيَارِهِم بِغَيْرِ حَقٍّ إِلاَّ أَن يَقُولُواْ رَبُّنَا اللهُ وَلَوْلاَ دَفْعُ اللهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَّهُدِّمَتْ صَوَامِعُ وَبِيَعٌ وَصَلَوَاتٌ وَمَسَاجِدُ يُذْكَرُ فِيهَا اسْمُ اللهِ كَثِيراً وَلَيَنصُرَنَّ اللهُ مَن يَنصُرُهُ إِنَّ اللهَ لَقَوِيٌّ عَزِيزٌ﴾[3].

= وقد وردت ترجمته في كتب كثيرة انظر: وفيات الأعيان لابن خلكان ٣/ ٣٥٣، طبقات الشافعية للإسنوي ص ٣٠٧ الطبعة الأولى ١٩٩٦ م دار الفكر، شذرات الذهب لابن العماد الحنبلي ٤/ ١٠ وما بعدها، البداية والنهاية لابن كثير ١٢/ ٢١٤ وما بعدها.

(١) انظر: المستصفى ١/ ١٣٩ وما بعدها.

(٢) سورة البقرة الآية رقم (١٩٤).

(٣) سورة الحج الآيتان (٣٩، ٤٠).

٣ ـ قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ إِذَآ أَصَابَهُمُ الْبَغْيُ هُمْ يَنتَصِرُونَ وَجَزَآءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللهِ إِنَّهُ لاَ يُحِبّ الظَّالِمِينَ وَلَمَنِ انتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُوْلَئِكَ مَا عَلَيْهِمْ مِّن سَبِيلٍ﴾[1].

٤ ـ ما رواه أبو هريرة ـ رضي الله عنه ـ قال: «جاء رجل إلى رسول الله ـ ﷺ ـ فقال: يا رسول الله أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟، قال: فلا تعطه مالك، قال: أرأيت إن قاتلني؟، قال ﷺ: قاتله، قال: أرأيت إن قتلني؟، قال: فأنت شهيد، قال: أرأيت إن قتلته؟، قال: هو في النار»[2].

٥ ـ ما رواه سعيد بن زيد ـ رضي الله عنه ـ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون دينه فهو شهيد، ومن قتل دون دمه فهو شهيد، ومن قتل دون أهله فهو شهيد»[3].

ولم تأت هذه النصوص إلاّ لتقرر الفطرة التي فطر الله الناس عليها، وتحاكي الطبيعة الإنسانية التي تعترف للمرء بحقه في الدفاع عن مصالحه وضرورياته، وتسعى لتحقيق ذلك حتى يتحقق الانزجار للمعتدي، ويرتدع عن غيه، ولو كان الدفاع غير مشروع لتمادى في الاستهانة بحقوق غيره.

ومن كل ما سبق تتضح أهمية الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي.

---

(١) سورة الشورى الآيات (٣٩، ٤٠، ٤١).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) سبق تخريجه.

الفرع الثاني

أهمية الدفاع الشرعي في القانون الوضعي

إن الدفاع الشرعي أمر له خطورته وأهميته في مجال قانون العقوبات، ولذا نص القانون تفصيلاً على أحكامه، وبين شروطه، وما يكون فيه من أحوال، منعاً لأي لبس يتعلق به أو بشيء من أحكامه، وتكفل شراح القانون بتوضيح الغامض من هذه الشروط، وشرحها، وبيان أحكامها تفصيلاً بناء ما استنبطوه من نصوص قانونية، وما جادت به قرائح المفكرين الغربيين وغيرهم في مجال العقوبات وغيرها.

والدفاع الشرعي ليس نظاماً جديداً، ولا أمراً مستحدثاً، بل هو نظام يضرب بجذوره في أعماق التاريخ ـ كما سبق القول ـ، فقد عرفته كل الشعوب، وفي مختلف مراحل الحضارة نظراً لكونه أمراً تقره الفطرة، وتدعو إليه العقول السليمة، فليس من المنطق أو العقل أن يطلب من المعتدى عليه أن يقف مكتوف الأيدي أمام مجرم أثيم يعتدي عليه بإزهاق روحه أو قطع طرف من أطرافه، أو يعتدي على عرضه دون أن يحرك ساكناً، وقد تعذّر عليه الاحتماء بالسلطة الموجودة، أو استحال عليه اللجوء إليها، وكان قادراً على رد العدوان عن نفسه بنفسه، ولذا يمكن القول إن المشرع القانوني في الدول المختلفة لم يقرر مبدأ الدفاع

الشرعي، وإنّما أقره فقط، فهو لم يوجده من عدم، أو يبتكره من تلقاء نفسه، وإنّما قام بتقرير ما تعارفت عليه البشرية في مراحل تطوّرها المختلفة، ومضى مع ما يحكم به العقل في مثل هذه الأمور.

والدفاع الشرعي ليس أمراً قاصراً على الحقوق الفردية فحسب، بل هو أمر مقرر لكل جماعة اعتدي على حقّها، وقد أقرّته التشريعات الدولية المختلفة، وعمل به في فروع القانون الأخرى، لأنه من النظم العامة، وقد نص عليه القانون المدني صراحة في المادة (١٦٦) منه، كما أقره القانون الدولي وعمل به، حيث جعل لكل دولة الحق في الدفاع عن نفسها ورد العدوان الواقع عليها من الغير[1].

ومن كل ما سبق يظهر ما للدفاع الشرعي من أهمية تاريخية لم يكن أمام المشرع القانوني من مجال سوى إقرارها وبيان أحكامها وتنظيمها تفصيلاً.

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

بالنظر فيما سبق يتضح أن القانون الوضعي يتفق مع الفقه الإسلامي في أهمية الدفاع الشرعي، وأنه لا غنى عنه، لأنه نداء الفطرة، وحكم الطبيعة الذي أقرته الشرائع السماوية والوضعية جميعها فلم يخرج قانون عنه فيما نعلم.

---

(١) انظر في هذا المعنى:
قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ١٢٥، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٢٠٣، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣١٤ وما بعدها.

المبحث الثاني

تطور نظرية الدفاع الشرعي

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تطور نظرية الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية

لقد وضعت الشريعة الإسلامية للدفاع الشرعي (دفع الصائل) نظرية خاصة متكاملة، فهي لم تجعل حق الدفاع مقصوراً على حق دون آخر، بل جاءت النصوص كلية متكاملة، وراعت الفطرة الإنسانية التي فطر الله الناس عليها، وقد سبق ذكر جملة من هذه النصوص تجعل في مجملها للفرد حق الدفاع عن نفسه وماله وعرضه، ولذا لا يمكن القول بأن هذه النظرية تعرضت للتطور، أو أنها جاءت في البداية مقررة لحق دون آخر، وفي مرحلة تالية أكملت النقص، وإنما جاءت كاملة منذ البداية، ولا غرو في ذلك فهي شريعة من لدن عليم خبير.

وممّا تتميز به الشريعة الإسلامية أنها لم تقصر الدفاع الشرعي على النفس فقط، بل وسعت من مجاله، وجعلت الاعتداء على الدولة أمراً

يبيح الدفاع عن النفس، وهو الذي ينظمه القانون الدولي حالياً، ولم تقتصر على هذا بل وسعت من جانب هذا الدفاع، فجعلت دفع الصائل دفاعاً خاصاً عن النفس وهو ما نحن بصدده الآن.

وجعلت الاعتداء على مبادئ الجماعة وأخلاقها اعتداء خطيراً يبيح حق الدفاع عنها، وهو لون من ألوان الدفاع الشرعي، ولكنه دفاع عام[1]، ولذا فقد اتفق الفقهاء[2] على مشروعية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر باعتباره نوعاً من أنواع الدفاع الشرعي العام، وإن اختلفوا في حكمه على أقوال عدة، فجمهور الفقهاء يرون أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر من فروض الكفاية لا الأعيان، فمتى قام به البعض سقط عن الباقين.

ويرى البعض أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فرض عين في بعض المواضع، وهي إذا كان المنكر في موضع لا يعلم به إلاّ هو، وكان متمكناً من إزالته، وكذا من يرى المنكر من زوجته أو أحد أولاده، وكذا والي الحسبة لاختصاصه بذلك.

---

(١) انظر في تفصيل هذه الأنواع وأحكامها كتب الفقهاء المختلفة، وانظر التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عودة ١/ ٤٧٢ وما بعدها ط دار التراث بالقاهرة سنة ١٩٧٧ م، نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي للدكتور يوسف قاسم ص ٢٠ وما بعدها، وهي في الأصل رسالة دكتوراه، ط دار الاتحاد العربي سنة ١٩٧٩ م.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ١/ ٣٦١، ٢/ ٤٤ وما بعدها ط دار الفكر بيروت، أحكام القرآن لابن العربي ١/ ٢٠٤، ٣٤٩، ٣٨٣ ط دار الفكر، المنتقى للباجي ١/ ١٢٩، أنوار البروق للقرافي ٤/ ٢٥٧ ط عالم الكتب، بيروت، التاج والإكليل للمواق ٤/ ٥٣٨ ط دار الكتب العلمية بيروت، أسنى المطالب للأنصاري ٤/ ١٨٠، تحفة المحتاج لابن حجر ٩/ ٢١٧، الأحكام السلطانية للماوردي ص ٣٠٣، ٣٠٨ وما بعدها، أدب الدنيا والدين للماوردي ص ٩٥ وما بعدها ط مكتبة الحياة بيروت، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١/ ٥٥، الآداب الشرعية والمنح المرعية لابن مفلح المقدسي ١/ ١٥٥، الطرق الحكمية لابن القيم ص ٢٠١.

ويرى ابن شبرمة[1] والحسن البصري[2] أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر نافلة لا فريضة، ومن ثم لا يطالب الشخص به فرضاً.

ويرى بعض الشافعية[3] أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يأخذ حكم الفعل ذاته، بمعنى أنه يكون واجباً في الواجب فعله أو تركه، ويكون مندوباً في المندوب فعله أو تركه، وهكذا.

وقيل إن النهي عن المنكر يكون مشروعاً متى كان يزول كلية ويخلفه

---

(١) ابن شبرمة: عبد الله بن شبرمة بن الطفيل الكوفي، أحد الفقهاء الأعلام في العراق، حدث عن أنس بن مالك والشعبي وإبراهيم النخعي والحسن البصري ونافع وأبي زرعة، وقد كان شاعراً كريماً جواداً، ولاه يوسف بن عمر قضاء الكوفة، ثم عزله وولى ابن أبي ليلى مكانه بعد أن بعثه إلى سجستان، قال عنه أحمد العجلي «كان عفيفاً، صارماً، عاقلاً، يشبه النسّاك»، وقال عبد الوارث «ما رأيت أحداً أسرع جواباً من ابن شبرمة»، وقد كان رحمه الله ورعاً تقياً يخشى الله في السرّ والعلن، ومن أشهر ما روى عنه في ذلك قوله «عجبت للناس يحتمون من الطعام مخافة الداء، ولا يحتمون من الذنوب مخافة النار»، وتوفي رحمه الله سنة ١٤٤ هجرية.
وقد ترجمت له كتب عدة منها: أخبار القضاة لوكيع ٣/ ٣٦ وما بعدها، تهذيب الكمال للمزي ١٥/ ٧٦ وما بعدها ط مؤسسة الدراسة بيروت، شذرات الذهب لابن العماد الحنبلي ١/ ٢١٥، ط دار الآفاق الجديدة، سير أعلام النبلاء للذهبي ٦/ ٣٤٧ ط مؤسسة الدراسة بيروت.

(٢) الحسن: أبو سعيد الحسن بن يسار البصري مولى الأنصار، وأمه خيرة مولاة أم سلمة، ولد في خلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه، ورأى الكثير من الصحابة وكبار التابعين وروى عنهم، وكان فقيهاً ورعاً محدثاً، عظمت هيبته في القلوب، فكان يدخل على الولاة فيأمرهم وينهاهم ولا يخاف في الحق لومة لائم، قال عنه يونس بن عبيد «رأينا الفقهاء فما رأينا أكمل مروءة من الحسن»، وقال الأعمش «ما زال الحسن يعي الحكمة حتى نطق بها»، وتوفي رحمه الله سنة ١١٠ هـ.
وقد وردت ترجمته في كتب كثيرة منها: تهذيب التهذيب لابن حجر ٢/ ٢٦٣ ط مجلس المعارف النظامية بالهند، شذرات الذهب لابن العماد ١/ ١٣٦، سير أعلام النبلاء للذهبي ٤/ ٥٦٣، تاريخ الإسلام للذهبي ٣/ ٢٣٤ الطبعة الأولى دار الغد العربي سنة ١٩٩٦ م.

(٣) أسنى المطالب للأنصاري ٤/ ١٨٠، تحفة المحتاج لابن حجر ٩/ ٢١٧.

ضده، أو يقل المنكر وإن لم يزل كلية، ويكون موضع اجتهاد ممن يقوم به إن كان يخلفه ما هو مثله، أما إن كان المنكر يخلفه ما هو شر منه فإن النهي عنه يكون حراماً[1]، وهو ما ذهب إليه ابن تيمية[2]، وابن القيم[3].

وأرى أن الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بأن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر من فروض الكفايات، والله أعلم.

---

(١) الطرق الحكمية لابن القيم ص ٢٠١.

(٢) ابن تيمية: الإمام أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيميه الحراني الدمشقي، ولد بحران سنة ٦٦١ هـ، وقدم مع والده إلى دمشق وأخذ عن علمائها، وبرع في الفقه والحديث والتفسير، ويعد مجدد الفقه الحنبلي ومن أشهر أعلامه، وكان رحمه الله متمسكاً بالحق، وله جرأة في الرأي، فكانت له آراء ألّبت عليه الحكّام، ولكنه لم يتراجع عن رأيه رغم أنه حبس ونفي، وأثر عنه مقولته الشهيرة «قتلي شهادة وسجني خلوة بربي ونفيي سياحة في سبيل الله»، وله مؤلفات كثيرة أثرت الفقه الحنبلي، ومنها السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، ومجموع الفتاوى، وله في العقائد كتاب اقتضاء الصراط المستقيم مخالفة أصحاب الجحيم، وغيرها، وتوفي رحمه الله ليلة الإثنين ٢٠ من ذي القعدة سنة ٧٢٨ هجرية بقلعة دمشق.
وقد وردت ترجمته في كتب كثيرة منها: الذيل على طبقات الحنابلة لابن رجب الحنبلي ٢/ ٣٨٧، معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة ١/ ٢٦١، البداية والنهاية لابن كثير ١٤/ ١٥٦ وما بعدها.

(٣) ابن القيم: هو الإمام أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي الدمشقي الشهير بابن قيم الجوزية، ولد سنة ٦٩١ هـ، وكان أبوه قيماً (ناظراً) لمدرسة الجوزية في دمشق ولذا عرف بابن قيم الجوزية، تفقه في المذهب الحنبلي، وبرع فيه، وأفتى به، ولازم الشيخ تقي الدين ابن تيميه، وأخذ عنه، وتأثر به، وله مؤلفات في علوم عدة تدل على مدى سعة علمه بلغت أكثر من ستين كتاباً، ومنها مدارج السالكين شرح منازل السائرين وهو كتاب في التصوف، وزاد المعاد، والفوائد، والروح، وإعلام الموقعين، وأحكام أهل الذمة، والطرق الحكمية في السياسة الشرعية، وغيرها، وتوفي في رجب سنة ٧٥١ هـ.
وقد وردت ترجمته في كتب كثيرة منها: الذيل على طبقات الحنابلة لابن رجب ٢/ ٤٤٧، معجم المؤلفين ٩/ ١٠٦، ١٠٧، شذرات الذهب لابن العماد ٦/ ١٦٨ وما بعدها، الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة لابن حجر ٤/ ٢١.

وأكتفي هنا بهذا التعريف لهذا اللون من الدفاع الشرعي لأنه خارج عن محل هذه الدراسة التي تقتصر على الدفاع الشرعي فقط عن النفس والعرض والمال، وهو ما يسميه الفقهاء دفع الصائل كما سلف القول.

ومما سبق، يتضح أن الدفاع الشرعي كنظرية جاءت في الشريعة الإسلامية متكاملة واضحة المعالم، فلم تتطور بتطور الزمن حتى تصل لدرجة الكمال المظنون كما يحدث في القوانين الوضعية، بل جاءت كاملة من البداية، لأنها نزلت من القادر على كل شيء الذي لا يشوب قوله ولا فعله نقص أو قصور.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

المطلب الثاني

تطور نظرية الدفاع الشرعي في القانون الوضعي

من المعروف أن الشريعة الإسلامية كانت هي الحاكمة والمطبقة في سائر القوانين الصادرة في البلاد الإسلامية حتى فترة الغزو الاستعماري الأوروبي، فتخلّت كثير من الدول الإسلامية عن الشريعة كمصدر أساسي ووحيد لقوانينها، وجلبت القوانين الأوروبية، وبقيت الشريعة عندها مصدراً من المصادر لا المصدر الوحيد كما كانت من قبل، ثم تمّ إزاحة المصدر الشرعي وجلبت القوانين الوضعية على هيئتها في البلاد الإسلامية، وطبّقت برمتها دون نظر للبعد الاجتماعي الذي يتغير، ودون النظر إلى مخالفة الأعراف والتقاليد، ودون نظر للدين الإسلامي الذي هو شامل لكل كبيرة وصغيرة، وأن شريعته الخالدة هي واجبة التطبيق في كل المعاملات، ومن هنا فإن تاريخ نظرية الدفاع الشرعي يرتبط بتاريخ هذه القوانين.

والناظر في القانون الوضعي يجد أنّه لم تأت نظرية الدفاع متكاملة منذ البداية، فعندما نقل المشرع المصري قانون العقوبات الصادر سنة ١٨٨٣ م عن القانون الفرنسي جاء مطابقاً له في الموضوعات والصياغة، وشابه ما شاب القانون الفرنسي من عيوب ونقص، فالقانون الفرنسي لم يكن يُبيح

الدفاع عن المال إلاّ في حالة واحدة وهي الاعتداء على حرمة المساكن وما شابهها من الأمكنة المسورة، كما أن النص الخاص بالدفاع عن النفس جاء مطلقاً عن القيود ممّا جعله نصاً غامضاً هلامياً مطاطاً، وقد أخذ القانون المصري ذلك على عيبه، فعابه ما عاب القانون الفرنسي[1].

ولما ظهرت العيوب السابقة في مجال التطبيق عدّل المشرع المصري النصوص الخاصة بالدفاع الشرعي والمذكورة في القانون السابق تحت رقم (٢٢٥ إلى ٢٢٩) وذلك في القانون الصادر سنة ١٩٠٤ م، واستعاض عنها بمواد أخذها من قانون العقوبات الهندي، وهي المواد رقم (٢٠٩ إلى ٢١٥)[2] وأقر فيها حق الشخص في الدفاع عن ماله، كما قيّد الإطلاق، وأوضح الغموض الذي اكتنف المواد السابقة في القانون القديم، ولما صدر التشريع الحالي لقانون العقوبات جاءت المواد الخاصّة بالدفاع الشرعي مقابلة ومتطابقة مع مواد قانون سنة ١٩٠٤ م وهي المواد (٢٤٥ إلى ٢٥١) من القانون الحالي[3].

وبهذا وصلت نظرية الدفاع الشرعي إلى الحال الذي بقيت عليه إلى

---

(١) انظر في ذلك: نظرية الدفاع الشرعي، للدكتور حامد الشريف ص ٥ وما بعدها ط مطبعة الشباب بمصر سنة ١٩٢٥ م وهي في الأصل رسالة علمية حصل بها الباحث على دكتوراه الدولة من جامعة باريس، تجاوز حدود الدفاع الشرعي، للدكتور داود العطار، رسالة سابقة الذكر ص ٥ وما بعدها، المسؤولية الجنائية للدكتور مصطفى القللي ص ٣٢٢ وما بعدها ط مطبعة الاعتماد بمصر سنة ١٩٤٥ م.

(٢) وهي التي أخذها من المواد من ٩٦ إلى ١٠٥ من قانون العقوبات الهندي.

(٣) انظر في ذلك: شرح قانون العقوبات العام لأحمد صفوت ص ٢١٣ ط مطبعة الاعتماد بمصر سنة ١٩٢٨ م، القسم العام من قانون العقوبات لعلي زكي العرابي ص ٢٧ ط مطبعة الاعتماد بمصر سنة ١٩٢٥ م، شرح قانون العقوبات العام للدكتور محمد كامل مرسي، ود السعيد مصطفى ص ١٩٦ ط سنة ١٩٣٩ م دون ناشر، الموسوعة الجنائية لجندي عبد الملك ١/ ٥١٧ الطبعة الأولى دار إحياء التراث العربي بيروت.

اليوم من تحديد دقيق لأحوالها وشروطها وقيودها على ما سيأتي تفصيله في ثنايا البحث بإذن الله تعالى.

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

بالنظر إلى ما سبق يتضح أن القانون الوضعي عندما وصل إلى المرحلة النهائية لتطور نظرية الدفاع الشرعي لم يأت بجديد يخالف الفقه الإسلامي، بل وصل إلى ما وصل إليه الفقه الإسلامي، مع بقاء فضل السبق وروعة التنظيم للفقه الإسلامي الذي لم يقصر الدفاع على النفس فقط، بل وسّع من مجاله ليكون دفاعاً عن مبادئ المجتمع، ودفاعاً عاماً عن الدولة، وإن كان الدفاع الشرعي الذي هو دفع الصائل له أحكام خاصة وهو موضوع هذا البحث.

ومن العجب أن القانون الوضعي في مصر حينما شابه القصور في موضوع الدفاع الشرعي لم يلجأ إلى الشريعة الإسلامية التي هي الأصل في التشريع، بل لجأ إلى القانون الهندي ليكمل هذا النقص، وكان الأولى اللجوء إلى الشريعة الإسلامية، خاصة وأنه في النهاية قد استقر على ما جاءت به الشريعة من قبل.

المبحث الثالث

حكم الدفاع الشرعي وأساسه

وفيه مطلبان:

المطلب الأول:
حكم الدفاع الشرعي

وفيه فرعان:

الفرع الأول:
حكم الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي

سبق القول إن الفقهاء جميعاً يتفقون على مشروعية الدفاع الشرعي عن النفس والمال والعرض، وأوردت الأدلة على هذه المشروعية، ولكنهم اختلفوا بعد ذلك في حكم هذا الدفاع وذلك حسب نوع الحق المعتدى عليه، ولذا يلزم هنا بيان كل نوع على حدة، وحكمه شرعاً، وذلك فيما يلي:

أولاً: حكم الدفاع عن العرض:

اتفق الفقهاء[1] على أن الدفاع عن العرض واجب، فمتى راود رجل امرأة عن نفسها وجب عليها دفعه بكل وسيلة ولا تمكنه من نفسها، فإن لم يكن هناك طريق غير القتل جاز لها قتله، ولو استسلمت له مع قدرتها على دفعه كانت راضية بالزنى، ويطبق عليها الحد لانتفاء حالة الإكراه عنها، وهذا الحكم غير قاصر على المرأة بل هو شامل للجميع، فيجب على الرجل أن يدافع عن عرضه بكل وسيلة، ولو لم يكن هناك مفر من قتل المعتدي جاز قتله ولا شيء على القاتل هنا، وكذا لو كان الاعتداء على عرض الغير، حيث يجوز لأي رجل أن يقاتل من يعتدي على عرض غيره ولو كان دفاعه بالقتل.

واستدلوا على ذلك بالسنة والأثر والمعقول...

أمّا السنة:

فمنها ما يلي:

١ ـ قوله ﷺ «من قتل دون أهله فهو شهيد»[2].

وجه الدلالة:

بين النبي ﷺ أن من قتل دون أهله أي دفاعاً عن عرضه فهو شهيد،

---

(١) انظر في ذلك:
حاشية ابن عابدين ٣/ ٢٤٧، شرح الخرشي ٨/ ١١٢، حاشية الدسوقي ٤/ ٣١٧، نهاية المحتاج للرملي ٨/ ٢٤، أسنى المطالب للأنصاري ٤/ ١٦٦، الغرر البهية للأنصاري ٥/ ١١٢، حاشينا قليوبي وعميرة ٤/ ٢,٦، كشاف القناع للبهوتي ٦/ ١٥٥، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣/ ٣٧٩، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية لابن تيمية ص ١١٧ ط مكتبة ابن تيمية.

(٢) جزء من حديث سبق تخريجه.

فدل ذلك على أن الدفاع هنا واجب، لأن هذا الجزاء ـ وهو الشهادة ـ يأتي للواجب.

٢ ـ قوله ﷺ «انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً»[١].

وجه الدلالة:

أمر النبي ﷺ المسلم أن ينصر أخاه ظالماً أو مظلوماً، وفي الدفاع عن العرض نصر لهما معاً، فهو ينصر المرأة بدفع الفحشاء عنها، وينصر الصائل بدفعه عن انتهاك هذه الحرمات ولو بالقوة.

وأما الأثر:

فمنه ما يلي:

١ ـ ما روي عن الزبير بن العوام[٢] ـ رضي الله عنه ـ أنه كان قد تخلف عن الجيش يوماً ومعه جارية له، فأتاه رجلان فقالا: أعطنا شيئاً، فألقى إليهما طعاماً كان معه، فقالا: خل عن الجارية،

---

(١) رواه البخاري عن أنس رضي الله عنه، انظر صحيح البخاري ٦/ ٢٥٥٠.

(٢) **الزبير بن العوام**: أبو عبد الله الزبير بن العوام بن خويلد، حواري رسول الله ﷺ وابن عمته صفية بنت عبد المطلب، وأحد العشرة المشهود لهم بالجنة، وأحد الستة أهل الشورى، وأول من سل سيفه في سبيل الله، أسلم وهو حدث له ست عشرة سنة، وروى الليث عن أبي الأسود عن عروة قال أسلم الزبير ابن ثمان سنين، وقد ورد أن الزبير كان رجلاً طويلاً إذا ركب خطت رجلاه الأرض، وكان خفيف اللحية والعارضين، روى أحاديث يسيرة، وقال يتيم عروة: هاجر الزبير وهو ابن ثمان عشرة سنة، وكان عمه يعلقه ويدخن عليه، وهو يقول لا أرجع إلى الكفر أبداً، وكان أول فارس شهد الوغى في اللامة الصفراء نزلت بسيماه الملائكة نصرة بالحوض يوم تألب الأعداء، وكانت وفاته مقتولاً في سنة ٣٦ هـ على مقربة من البصرة.
انظر الترجمة له في: سير أعلام النبلاء ١/ ٤١ وما بعدها، تهذيب الكمال ٩/ ٣١٩ وما بعدها.

فضربهما بسيفه، فقطعهما بضربة واحدة[1].

وجه الدلالة:

أن الزبير بن العوام هنا دافع عن الجارية التي معه، ودفع عن عرضها أذى الرجلين، وقتلهما دفاعاً عنها وعن عرضه لأنها جاريته، فدل ذلك على أن الدفاع عن العرض واجب، لأنه لو لم يكن واجباً ما قتلهما بسببه، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة في ذلك.

٢ ـ ما روي أن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ كان يوماً يتغدى إذ جاءه رجل يعدو وفي يده سيف ملطخ بالدم، ووراءه قوم يعدون خلفه، فجاءه حتى جلس مع عمر، فجاء الآخرون فقالوا: «يا أمير المؤمنين إن هذا قتل صاحبنا، فقال له عمر: ما يقولون؟، فقال: يا أمير المؤمنين إني ضربت فخذي زوجتي، فإن كان بينهما أحد فقد قتلته، فقال عمر: ما يقول؟، فقالوا: يا أمير المؤمنين إنه ضرب بالسيف فوقع في وسط الرجل وفخذي المرأة، فأخذ عمر سيفه، فهزه، ثم دفعه إليه، وقال: إن عادوا فعد»[2].

وجه الدلالة:

الأثر واضح الدلالة على أن من يدافع عن عرضه غير مسؤول عن نتيجة فعله، وقد امتدح عمر الرجل وأمره بالعود إلى الدفاع إن عادوا للاعتداء على عرضه، فدل ذلك على أن الدفاع عن العرض واجب، ولو لم يكن كذلك ما أمره عمر بفعله هذا، ولعاقبه عليه.

---

(١) ذكره ابن قدامة في المغني ٩/ ٣٣٦.

(٢) سبق تخريجه.

وأما المعقول:

فمن وجهين:

الأول: أنه لا مجال للإباحة في العرض، بخلاف المال، فكان الدفع عنه واجباً[1].

الثاني: إن التمكين من المرأة حرام، وفي ترك الدفاع منها أو ممن يقدر عليه تمكين للمعتدي منها، فكان ترك الدفاع حراماً، لأن ما يؤدي إلى الحرام حرام، ومن ثم يكون الدفاع عن العرض واجباً[2].

ثانياً: حكم الدفاع عن النفس:

اختلف الفقهاء في حكم الدفاع عن النفس على رأيين..

الرأي الأول:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[3] والمالكية في قول[4] والشافعية في المذهب[5] والحنابلة في قول[6] إلى أن الدفاع عن النفس واجب مطلق، فمن اعتدي عليه كان عليه أن يدفع عن نفسه ولا يدعها للقتل.

---

(١) الغرر البهية للأنصاري ٥/ ١١٢.

(٢) نظرية الدفاع الشرعي للدكتور يوسف قاسم ص ٩٦.

(٣) تبيين الحقائق للزيلعي ٦/ ١١٠.

(٤) مواهب الجليل للحطاب ٦/ ٣٢٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣٥٧، شرح الخرشي لمختصر خليل ٨/ ١١٢.

(٥) وذلك إذا كان الصائل كافراً أو مسلماً غير محقون الدم.
انظر: مغني المحتاج للشربيني ٤/ ١٩٥، نهاية المحتاج للرملي ٨/ ٢٥.

(٦) وذلك إذا كان الصيال في غير زمن الفتنة.
انظر في ذلك: المبدع لابن مفلح ٩/ ١٥٥، منار السبيل لإبراهيم بن سالم بن ضويان ٢/ ٣٥٠ ط مكتبة المعارف بالرياض سنة ١٤٠٥ هـ، كشاف القناع للبهوتي ٦/ ١٥٥، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣/ ٣٧٨.

الرأي الثاني:

ذهب المالكية في المشهور من المذهب[1] والشافعية في الأظهر[2] والإمام أحمد في رواية[3] إلى أن الدفاع عن النفس جائز لا واجب.

الأدلة

أدلة الرأي الأول:

استدل جمهور الفقهاء على ما ذهبوا إليه من وجوب الدفاع عن النفس ضد الصائل بالكتاب والسنة والمعقول..

أما الكتاب:

فآيات منها:

١ ـ قوله تعالى ﴿وَلاَ تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾[4].

وجه الدلالة:

نهى الله سبحانه عن إلقاء النفس في التهلكة والنهي يقتضي التحريم ـ

---

(١) أنوار البروق للقرافي ٤/ ١٨٣، التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق ٨/ ٤٤٢، تبصرة الحكام لابن فرحون ٢/ ٣٤٧.

(٢) إذا كان الصائل مسلماً محقون الدم.
انظر: تحفة المحتاج لابن حجر ٩/ ١٨٤، أسنى المطالب للأنصاري ٤/ ١٦٦، الغرر البهية للأنصاري ٥/ ١١٢، مغني المحتاج للشربيني ٤/ ١٩٥، نهاية المحتاج للرملي ٨/ ٢٥.

(٣) إذا كان الصيال في زمن الفتنة.
انظر: المبدع لابن مفلح ٩/ ١٥٥، الفروع لابن مفلح ٦/ ١٤٦، كشاف القناع للبهوتي ٦/ ١٥٥، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣/ ٣٧٨.

(٤) سورة البقرة الآية رقم (١٩٥).

كما يقول علماء الأصول ـ ما لم توجد قرينة صارفة ولا قرينة، فدل على أن إلقاء النفس في التهلكة حرام، وترك الدفاع عن النفس ضد الصائل إلقاء لها في التهلكة فيكون حراماً، وفي المقابل يكون الدفاع عنها ضد الصائل واجباً[1].

٢ ـ قوله تعالى ﴿وَلاَ تَقْتُلُوۤاْ أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيماً﴾[2].

وجه الدلالة:

نهى الله سبحانه عن قتل الإنسان نفسه أو نفس غيره، والنهي يقتضي التحريم كما سبق، فكان قتل الإنسان نفسه محرّماً، وترك الدفاع من باب قتل الإنسان نفسه فيكون حراماً، ويكون الدفاع عن النفس ضد الصائل واجباً.

وأما السنة:

فأحاديث منها:

١ ـ قوله ﷺ «من قتل دون دمه فهو شهيد»[3].

وجه الدلالة:

جعل النبي ﷺ من قتل دفاعاً عن نفسه شهيداً، والشهادة جزاء فعل حسن، فدل على أن الدفاع عن النفس واجب.

٢ ـ عن عائشة[4] ـ رضي الله عنها ـ قالت: سمعت رسول الله ﷺ

---

(١) انظر في هذا المعنى، نظرية الدفاع الشرعي للدكتور يوسف قاسم ص ٧٥.
(٢) سورة النساء من الآية رقم (٢٩).
(٣) جزء من حديث سبق تخريجه.
(٤) عائشة: الصديقة بنت الصديق أم المؤمنين عائشة بنت أبي بكر أم عبد الله، فقيهة نساء الأمة، تتلمذ عليها كثير من الأعلام منهم مسروق بن الأجدع، وسعيد بن المسيب، =

يقول: «من أشار بحديدة إلى أحد من المسلمين يريد قتله فقد وجب دمه»[1].

وجه الدلالة:

الحديث صريح الدلالة في وجوب قتل من أشار بحديدة إلى أحد من المسلمين متى كان معتديا، فكان الدفاع عن النفس واجبا.

وأما المعقول:

فهو من وجهين:

الأول: قياس المصول عليه على المضطر لأكل الميتة، حيث يجب على المضطر الأكل إن تيقن الهلاك بعدم الأكل ليدفع عن نفسه الموت،

وعطاء بن أبي رباح، ومجاهد، وعكرمة، وابن أختها عروة بن الزبير والقاسم بن محمد الضبي، وابن أبي مليكة، ونافع مولى ابن عمر وغيرهم كثير، قال عنها ـ ﷺ ـ فضل عائشة على النساء كفضل الثريد على سائر الطعام»، وقال «خذوا نصف دينكم عن هذه الحميراء»، وقد كانت رضي الله عنها أفقه الناس، وأعلمهم بالأحكام، وأكثرهم رواية للسنن وفقهاً لها حتى قال الزهري «لو جمع علم عائشة إلى علم جميع النساء لكان علم عائشة أفضل»، وقال عطاء «كانت عائشة أفقه الناس وأحسن الناس رأياً في العامة»، وقال مسروق «رأيت مشيخة الصحابة يسألونها عن الفرائض، وقد كانت مع ذلك راوية للشعر عالمة بمعانيه، ولها حظ وافر من الفصاحة والبلاغة مع ما لها من المناقب، فربما روت أبياتاً كثيرة في معنى واحد، وقلّما يخفى عليها شيء من معانيه»، وتوفيت رضي الله عنها سنة سبع وخمسين هجرية، وقيل في رمضان سنة ثمان وخمسين، ودفنت بالبقيع ليلاً، وصلى عليها أبو هريرة ـ رضي الله عنهما.
انظر الترجمة لها في: تاريخ الإسلام ٢/ ٣٥٤ وما بعدها، الطبقات الكبرى ٢/ ٣٢٢، الصديقة بنت الصديق لعباس محمود العقاد، ط دار المعارف، سلسلة اقرأ.

(١) رواه الحاكم في المستدرك وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، انظر: المستدرك ٢/ ١٧١، ١٧٢، ورواه الإمام أحمد في مسنده عن عائشة رضي الله عنها، انظر: المسند للإمام أحمد ٦/ ٢٦٦.

فكذا يجب على المصول عليه أن يدافع ويقاتل ليدفع عن نفسه الموت[1].

ونوقش هذا:

بأن هذا القياس مع الفارق، ووجه الفارق أن من ترك القتال فمات يعد شهيداً بنص الحديث، بخلاف من مات جوعاً فإنه لا يعد شهيداً، لأنه ترك الأكل من الميتة[2].

ويجاب على هذا:

بأن نص الحديث يفيد وجوب الدفاع ليكون المقتول عن نفسه شهيداً، فقوله ﷺ «من قتل دون دمه» يفيد أنه قاتل دفاعاً عن دمه لا أنه ترك القتال كلية، فدل ذلك على أن القتال واجب لا جائز.

الثاني: أنه يحرم على الإنسان قتل نفسه، فكذا يحرم عليه إباحتها، وعدم دفع الصائل إباحة للنفس فكان حراماً[3].

أدلة الرأي الثاني:

استدل أصحاب هذا الرأي على أن الدفاع عن النفس جائز لا واجب بالسنة والأثر..

أمّا السنة:

فأحاديث منها:

١ ـ ما رواه عبد الله بن عمر[4] ـ رضي الله عنهما ـ أن رسول الله ﷺ

---

(١) مغني المحتاج للشربيني الخطيب ٤/ ١٩٥، المبدع لابن مفلح ٩/ ١٥٥، كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ٦/ ١٥٦.
(٢) المراجع السابقة الصفحات نفسها.
(٣) كشاف القناع للبهوتي ٦/ ١٥٦.
(٤) سبقت الترجمة له.

قال: «ما يمنع أحدكم إذا جاءه من يريد قتله أن يكون مثل ابني آدم القاتل في النار والمقتول في الجنة»[1].

٢ ـ ما رواه أبو موسى الأشعري[2] ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال «إن بين يدي الساعة لفتنا كقطع الليل المظلم يصبح الرجل فيها مؤمناً ويمسي كافراً، ويمسي مؤمناً ويصبح كافراً، القاعد فيها خير من القائم، والقائم خير من الماشي، والماشي خير من الساعي، كسروا فيها قسيكم، وقطعوا أوتاركم، واضربوا بسيوفكم الحجارة، فإن دخل على أحد بيته فليكن كخير ابني آدم»[3].

٣ ـ عن عبد الله بن خباب[4] ـ رضي الله عنهما ـ قال: سمعت رسول الله

---

(١) رواه الإمام أحمد في مسنده، المسند ٢/ ١٠٠.

(٢) **أبو موسى الأشعري**: عبد الله بن قيس بن سليم، أحد الصحابة الأجلاء والمنافحين عن الدين الحنيف، أسلم بمكة، وهاجر إلى الحبشة، ثم قدم مع أهل السفينتين ورسول الله ﷺ بخيبر، وكان رضي الله عنه حسن الصوت حتى قال عنه النبي ﷺ «لقد أوتي مزماراً من مزامير آل داود»، وكان أبو موسى قصيراً خفيف الجسم، ولي القضاء في أيام عمر، وقد بعثه والياً على بعض البلاد، ونصحه نصيحة عظيمة أثبتتها الكتب، وأصبحت أحد الدعائم التي يقوم عليها القضاء في الإسلام، وتوفي رضوان الله عليه سنة ٥٢ هجرية.
انظر الترجمة له في الكتب التالية: الطبقات الكبرى لابن سعد ٢/ ٢٩٧، ٤/ ٩٨ وما بعدها، سير أعلام النبلاء للذهبي ٢/ ٣٨٠، تهذيب الكمال للمزي ١٥/ ٤٤٦.

(٣) رواه ابن حبان في صحيحه، صحيح ابن حبان ١٣/ ٢٩٧، ورواه أبو داود في سننه، سنن أبي داود ٤/ ١٠٠.

(٤) **عبد الله بن خباب**: هو عبد الله بن خباب بن الأرت التميمي ابن صاحب رسول الله ﷺ، وأحد الممتحنين في بداية الإسلام، كان عبد الله من كبار التابعين ثقة، وقد عده الطبراني من الصحابة، ولد عبد الله في زمان رسول الله ﷺ، فقيل إن أول مولود ولد في الإسلام عبد الله بن الزبير وعبد الله بن خباب، وكان موصوفاً بالخير والصلاح والفضل، وورد المدائن، وقتله الخوارج بالنهروان، وقيل قتلته الحرورية أرسله على إليهم فقتلوه، فأرسل إليهم أقيدونا بعبد الله بن خباب، فقالوا كيف نقيدك به وكلنا قتله، فنفذ إليهم فقاتلهم.

ﷺ يقول «تكون فتن، فكن فيها عبد الله المقتول ولا تكن القاتل»[1].

وجه الدلالة:

حبّب رسول الله ﷺ للمصول عليه من مسلم أن يترك الدفع عن نفسه، وأن يكون مثل ابني آدم القاتل في النار والمقتول في الجنة، ولو كان الدفع واجباً لبيّن ذلك، ولما رغب في أن يكونا مثل ابني آدم.

ويناقش هذا:

بأن هذين الحديثين وردا في حكم قتال الفتنة، فكانا خاصين بتلك الحال، والكلام هنا مختلف فهو في دفع الصائل فافترقا، وكان دفع الصائل غير داخل في نص الحديث ودلالته.

كما أن حديث عبد الله بن خباب المذكور هنا ضعيف فقد ضعفه كثير من علماء الحديث[2].

وأما الأثر:

فما روي عن عثمان بن عفان[3] ـ رضي الله عنه ـ أنه ترك قتال من بغى

= انظر الترجمة له في: معرفة الثقات لأبي الحسن العجلي الكوفي ٢/ ٢٦ الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ، ١٩٨٥ م مكتبة الدار بالمدينة المنورة، الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر ٤/ ٧٣ ط الأولى ١٤١٢ هـ ١٩٩٢م مكتبة الجيل بيروت، تاريخ بغداد ١/ ٢٠٥، الطبقات الكبرى ٥/ ٢٤٥.

(١) رواه الإمام أحمد في مسنده، المسند ١/ ١٦٩.

(٢) انظر في ذلك: التلخيص الحبير لابن حجر ٤/ ٩٤ ط دار المعرفة، سبل السلام للصنعاني ٤/ ٣٢٨ ط دار الحديث.

(٣) **عثمان بن عفان:** أمير المؤمنين ذو النورين عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية، كان يلقّب بذي النورين لزواجه من اثنين من بنات الرسول ـ ﷺ ـ، كما لُقّب بصاحب الهجرتين، لأنه هاجر إلى الحبشة وإلى المدينة، تزوج السيدة رقية بنت الرسول الكريم فولدت له عبد الله، ثم توفيت فزوجه ـ ﷺ ـ بأم كلثوم، وتوفيت هي الأخرى، فقال

عليه مع القدرة عليه، ومنع غيره من قتالهم، وصبر على ذلك، فقد روي عن الحسن قال: «أنبأني وثاب[1] قال: بعثني أمير المؤمنين عثمان قال: ادع لي الأشتر[2]، فجاء...، فقال: يا أشتر ما يريد الناس مني؟ قال:

= له ـ ﷺ ـ لو كانت عندنا ثالثة لزوجناك، وكان يكنّى بأبي عبد الله نسبة لولده من بنت رسول الله ـ ﷺ ـ الذي توفي سنة أربع من الهجرة وله ست سنوات، وكان ـ رضي لله عنه ـ حسن الوجه، كبير اللحية، لا بالطويل ولا بالقصير، وقد اشتهر بالسخاء، فقد بذل الكثير من ماله في سبيل الله، وجهز جيش العسرة من ماله فجاء إلى النبي ـ ﷺ ـ بألف دينار في ثوبه فصبها في حجره فجعل النبي يقلبها بيده ويقول «ما ضر عثمان ما عمل بعد اليوم» وقال أبو سعيد «رأيت رسول الله ـ ﷺ ـ رافعاً يديه يدعو لعثمان» وقال عنه ـ ﷺ ـ «رحم الله عثمان تستحيه الملائكة»، وقد كان رضي الله عنه، عالماً، حافظاً للقرآن، فقيهاً فيه، وفي عهده تم نسخ المصاحف وتوحيد الناس على مصحف واحد خشية الاختلاف، وقد استشهد رضي الله عنه في الفتنة التي اندلعت في عهده، وقد قتله الغوغاء من الناس وهم له ظالمون، وكان ذلك في سنة خمس وثلاثين من الهجرة.

انظر في الترجمة له: تاريخ الإسلام للذهبي ٢/ ١٨٥ وما بعدها، الطبقات الكبرى لابن سعد ٣/ ٥١ وما بعدها، عبقرية عثمان للعقاد، ط هيئة الكتاب.

(١) وثاب: مولى عثمان بن عفان ـ رضي الله عنه ـ روى عن عثمان بن عفان، وروى عنه الحسن البصري، كان فيمن أدركه عتق أمير المؤمنين عمر، وكان بين يدي عثمان يوم قتله، وكانت بحلقه أثر طعنتين كأنهما كبتان طعنهما يومئذ يوم الدار دار عثمان.

انظر: الجرح والتعديل للرازي ٩/ ٤٨، الطبقات الكبرى ٣/ ٧٢، التاريخ الكبير للبخاري ٨/ ١٩١ ط دار الفكر بيروت.

(٢) الأشتر: ملك العرب مالك بن الحارث بن عبد يغوث بن مسلمة النخعي، أحد الأشراف والأبطال المذكورين، حدث عن عمر وخالد بن الوليد، وفقئت عينه يوم اليرموك، وكان شهماً مطاعاً، ألب على عثمان وقاتله، وكان ذا فصاحة وبلاغة، شهد صفين مع علي وتميز يومئذ وكاد أن يهزم معاوية فحمل عليه أصحاب علي لما رأوا مصحف جند الشام على الأسنة يدعون إلى كتاب الله وما أمكنه مخالفة علي فكف، قال عبد الله بن سلمة المرادي نظر عمر إلى الأشتر فصعد فيه النظر وصوبه ثم قال: إن للمسلمين من هذا يوماً عصيباً، ولما رجع علي من موقعة صفين جهز الأشتر والياً على مصر فمات في الطريق مسموماً فقيل إنّ عبداً لعثمان عارضه فسم له عسلاً.

انظر الترجمة له في: سير أعلام النبلاء للذهبي ٤/ ٣٤، الثقات لابن حبان ٥/ ٣٨٩ ط دار الفكر ١٣٩٥، ١٩٧٥ م، تهذيب التهذيب ١٠/ ١٠.

ثلاثاً ليس لك من إحداهن بد، يخيرونك بين أن تخلع لهم أمرهم، وتقول هذا أمركم اختاروا من شئتم، وبين أن تقص من نفسك، فإن أبيت هاتين فإن القوم قاتلوك، قال عثمان: ما من إحداهن بد؟ قال الأشتر: ما من إحداهن بد. . . . قال: ثم دخلوا عليه حتى قتلوه»[1].

وجه الدلالة:

أن عثمان ـ رضي الله عنه ـ ترك القتال هنا وهو قادر عليه، ومنع غيره من القتال، ولو كان واجباً ما فعل ذلك، ولو وقع منه الترك مع وجوبه لأنكر عليه الصحابة الموجودون في ذلك الوقت، ولكنه لم يدافع عن نفسه، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ممن عاصر هذا الأمر، فدل على عدم لزوم دفع الصائل على النفس[2].

ويناقش هذا:

بأن ترك عثمان ـ رضي الله عنه ـ للقتل هنا إنّما كان درءاً للفتنة، وصيانة لدم المسلمين، فالأثر هنا استدلال في غير موضعه، لأن الكلام عن دفع الصائل لا ترك القتال في زمن الفتنة فاختلفا.

الرأي الراجح:

بعد ذكر الرأيين السابقين وأدلتهما أرى أن الرأي الراجح هو الرأي الأول القائل بأن دفع الصائل واجب، وذلك لما يلي:

أولاً: ما أبداه من أدلة قوية من الكتاب والسنة.

---

(١) من قصة طويلة رواها الحاكم في المستدرك ٣/ ٦٦، ورواها ابن أبي شيبة في مصنفه، المصنف لأبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة ٧/ ٤٤١، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد بالرياض.

(٢) المبدع لابن مفلح ٩/ ١٥٥، المغني لابن قدامة ٩/ ١٥٣.

ثانياً: أن الإنسان لا يملك نفسه حتى يبيحها لمن يشاء.

ثالثاً: إذا كان الإنسان له أن يمنع قتل غيره ويدفع عنه، وهو ممنوع من قتل الغير، وممنوع من قتل نفسه، فلأن يمنع من التمكين من قتل نفسه، ويلزم بالدفع عنها من باب أولى.

رابعاً: إن القول بغير هذا في أيامنا هذه يطمع من لا خلاق لهم في العدوان على الناس.

ثالثاً: حكم الدفاع عن المال

اختلف الفقهاء في حكم الدفاع عن المال على أربعة آراء..

الرأي الأول:

ذهب الحنفية[1] والحنابلة[2] والظاهرية[3] إلى أن الدفاع عن المال جائز مطلقاً، سواء أكان المال ذا روح أم غير ذي روح، وسواء أكان المال قليلاً أم كثيراً، فيجوز للمصول على ماله أن يدافع عنه أو يترك الدفاع عنه، ولا إثم عليه في أي من الحالتين.

واستدلوا على ذلك بالسنة والمعقول..

أما السنة:

فقوله ﷺ «من قتل دون ماله فهو شهيد»[4].

---

(١) تكملة البحر الرائق للطوري ٨/ ٣٤٥، حاشية ابن عابدين ٥/ ٤٨٢.
(٢) كشاف القناع ٦/ ١٥٦، المغني لابن قدامة ٨/ ٣٢٩.
(٣) المحلى لابن حزم ١١/ ١٣.
(٤) جزء من حديث سبق تخريجه.

وجه الدلالة:

إن القتال هنا مطلق لم يقيد بمال معين، فكان القتال دفاعاً عن المال أيا كان نوعه ومقداره جائزاً لا واجباً.

وأما المعقول:

فوجهه أن المال محترم ولكنه يباح بإباحة صاحبه، ولذا جاز له أن يدافع عنه أو أن يترك الدفاع عنه دون إثم في كليهما[1].

الرأي الثاني:

ذهب المالكية[2] إلى أن الدفاع عن المال واجب إذا أدى ترك الدفاع عنه إلى هلاك أو شدة أذى، وإلاّ لم يجب ويكون الدفاع جائزاً على أن يكون المال ذا قيمة، فإن كان قليلاً أو تافهاً فلا يجوز الدفاع عنه ضد المسلم الصائل عليه.

واستدلوا على ذلك بالمعقول، ووجهه أن الله تعالى نهى عن إهلاك النفس فقال ﴿وَلاَ تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾[3]، وشدة الأذى تأخذ حكم الإهلاك فتكون محرمة، فيحرم ما يؤدي إليها، وترك الدفاع عن المال إن كان يؤدي إليها يمنع، ومن ثم يكون الدفاع عن المال واجباً.

ويناقش هذا:

بأن تقدير هذه الحالة متعذر، فقد تكون الشدة ثم يأتي الرخاء بعدها بدقائق، ومن ثم فهو ضابط غير دقيق، والأفضل القول بالجواز.

---

(١) كشاف القناع ٦/ ١٥٦، المغني لابن قدامة ٨/ ٣٢٩.
(٢) مواهب الجليل ٦/ ٣٢٣، حاشية الدسوقي ٤/ ٣٥٧.
(٣) سورة البقرة من الآية رقم (١٩٥).

الرأي الثالث:

ذهب الشافعية[1] إلى أن الدفاع عن المال جائز إذا كان المال غير ذي روح، ولم يكن المصول عليه من الولاة، ولم يكن قد تعلق بالمال حق الغير، ولم يكن المال الذي في يد المصول عليه مال غيره واستحفظ عليه.

أما إذا كان المال ذا روح، أو كان المصول عليه من الولاة ـ إذ عليهم أن يدفعوا عن مال الرعية ـ، أو كان المال تعلق به حق الغير كرهن أو إجارة، أو كان مالاً موقوفاً، أو مالاً محجوزاً عليه، أو مالاً مودعاً لديه، فإنه في هذه الحالة يجب على من بيده هذا المال الدفاع عنه وإلاّ كان آثماً.

ويناقش هذا:

بأن المسألة في المال الذي يملكه الشخص أيضاً لا مال غيره فقط، ومن ثم يحق له الدفاع عن ماله أو ترك الدفاع عنه حسبما يرى من مصلحة في ذلك.

الرأي الرابع:

ذهب الغزالي[2] من الشافعية[3] إلى أن الدفاع عن المال واجب مطلق، وعلى أي حال من الأحوال، مستدلاً في ذلك بالأدلة المطلقة التي تجعل من مات دفاعاً عن ماله شهيداً.

---

(١) مغني المحتاج للشربيني ٤/ ١٩٥، حاشيتا قليوبي وعميرة ٤/ ٢٠٦.
(٢) سبقت الترجمة له.
(٣) حاشيتا قليوبي وعميرة ٤/ ٢٠٦.

ويناقش هذا:

بأن الأدلة أيدت وجوب الدفاع عن النفس والعرض لخطرهما، على عكس المال الذي يمكن استعادته ثانية عن طريق الحكام، ولو لم يعد لم يحصل ضرر عظيم، بخلاف النفس والعرض فلا سبيل لعودتهما، فكان الدفاع عنهما واجباً، والدفاع عن المال جائزاً.

الرأي الراجح:

بعد ذكر الآراء السابقة وما استند عليه كل رأي يظهر لي ـ والله أعلم ـ أن الرأي الأول القائل بجواز الدفاع عن المال مطلقاً هو الرأي الراجح، لأن المال ممّا يجوز بذله، وما يجوز بذله لا يجب منعه، بخلاف النفس والعرض، فهما ممّا لا يصح بذلهما ولا إباحتهما، لتعلق الحق فيهما بالله تعالى، ولذا كان الدفاع عن المال جائزاً لا واجباً، والله تعالى أعلى وأعلم.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

الفرع الثاني

حكم الدفاع الشرعي في القانون الوضعي

لقد نص القانون الوضعي صراحة على حق من يُعتدى على نفسه أو ماله أو عرضه في الدفاع عن نفسه، وأنه متى فعل ذلك لم يكن عليه عقاب، لأنه إنما استعمل رخصة خوّلها له القانون، وسوف تتضح في ثنايا البحث ـ بإذن الله تعالى ـ الشروط والضوابط التي وضعها لذلك وحكم تجاوزها.

ورغم النص القانوني الواضح بمشروعية الدفاع الشرعي إلاّ أن النص لم يبين ما إذا كان هذا الدفاع واجباً أم جائزاً، أو بعبارة أخرى طبيعته القانونية ـ كما سبق القول عند تعريف الدفاع الشرعي ـ، ولذا اختلف شراح القانون في حكم الدفاع الشرعي وبيان طبيعته على آراء عدة على الوجه التالي:

الأول: يرى بعض الشراح[1] أن الدفاع الشرعي حق ثابت للمدافع، وهو

---

(١) انظر في هذا:
شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني، ص ١٩١ وما بعدها، محاضرات عن المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية للدكتور توفيق الشاوي ص ٩٩ ط المؤلف سنة ١٩٥٨ م.

حق عام يقرره المشرع في مواجهة كافة الناس، ويقابله التزام الناس باحترامه، وعلى هذا فإن الدفاع الشرعي ليس حقاً شخصياً، وإنما هو حق مقرر لظروف معينة يظهر بظهورها وينتهي بانتهائها.

ولكن أُخذ على هذا الاتجاه أنه يعتبر الدفاع حقاً، واعتبار الدفاع الشرعي استعمالاً لحق شخصي يجافي التعريف المقرر للحق الشخصي[1].

وقد رد هذا القول بأنه ضعيف من هذا الوجه، لأن الاتجاه القائل بأنه حق قد قرر أنه حق عام لا حقٌّ شخصي، ومن ثم لا وجه لهذا الاعتراض.

الثاني: يرى بعض الشراح[2] أن الدافع الشرعي واجب، بمعنى أنه يجب على من وقع عليه الاعتداء أن يقوم برده.

ولكن هذا الاتجاه منتقد، لأنه متى اعتبر الدفاع الشرعي واجباً فإن عدم القيام به يعرض المتقاعس عنه للجزاء، لأن كل واجب يقابله جزاء، ولم يجعل المشرع المصري على المدافع جزاء إن لم يقم به سواء كان الاعتداء على ماله أو نفسه أو عرضه.

الثالث: ويرى أصحابه[3] أن الدفاع الشرعي مجرد ترخيص من القانون

---

(١) شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ١٧٧.

(٢) ذكر هذا الاتجاه ورد عليه، في:
شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ١٩٢، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ١٧٨، تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ١١.

(٣) انظر في هذا:
قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ٢١٨، الجريمة والمجرم والجزاء للدكتور رمسيس بهنام ص ٢٣٠، ط منشأة المعارف بالإسكندرية سنة =

للمدافع ليرد الاعتداء الواقع عليه، فهو ليس واجباً ولا حقاً كما قرر الاتجاهان السابقان، وإنما هو مجرد رخصة قانونية جاء بها القانون ليقرر للمدافع الحق في رد الاعتداء الواقع عليه.

وقد انتقد هذا الرأي بأن الدفاع الشرعي حق مقرر منذ أقدم العصور فكيف يأتي القانون بعد كل هذه الأزمنة ليقول بأنه رخصة مع أنه مقرر سابقاً عليه، ولم يكن للقانون دور إلاّ في إقرار ما هو موجود سلفاً؟!

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

بعد ذكر موقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من حكم الدفاع الشرعي يتضح اختلاف وجهة النظر بينهما، فبينما فرّق فقهاء الشريعة بين حكم الدفاع حسب كل حالة على حدة نجد فقهاء القانون جمعوها كلها في مضمار واحد.

فالفقه الإسلامي يجعل الدفاع عن العرض واجباً لكل من يرى الواقعة، للمرأة المعتدى عليها، ولكل واحد من أهلها، وللغير ممن لا يعرفها، نظراً لأنه اعتداء على حق الله تعالى، ومن ثم كان للعرض هذا الحكم الخاص المتفق عليه بين الفقهاء.

أمّا النفس فقد اختلفوا في حكم الدفاع عنها حسب وجهة نظر كل منهم، وقد رجحت الرأي القائل بوجوب الدفاع عن النفس، لأن الإنسان لا يملك إباحتها أو التفريط فيها فكان الدفاع عنها واجباً، لأن في ترك الدفاع تفريطاً محرماً على الوجه السابق.

أمّا المال فله حكم خاص فهو ممّا يبذل بالبذل، ويستباح بالإباحة،

١٩٧٢ م، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٠٦، تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ١١.

ومن ثم كان الحكم الشرعي عند الجمهور هو جواز الدفاع عنه لا وجوبه، وهو ما رجحته.

وكل هذا يختلف عما قال به شراح القانون الوضعي فهم لم يفرقوا بين كل حالة على حدة، وإنما ذكروا للدفاع ككل حكماً واحداً، فمنهم من جعله رخصة، ومنهم من جعله حقاً، ومنهم من جعله واجباً، ولا شك أن الأخذ بأحد الاتجاهات الثلاثة فيه نقد، لأن في الأخذ بأنه رخصة تفريط في العرض والنفس إذا لم يستعمل المدافع تلك الرخصة، وكذا في القول بأنه حق، وفي القول بأنه واجب حجر عليه في بذل المال الذي يجوز إباحته بالإباحة، فكانت وجهة نظر فقهاء الشريعة هي الأفضل والأدق في هذا المجال.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

المطلب الثاني

أساس الدفاع الشرعي

وفيه فرعان:

الفرع الأول

أساس الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي

إن من ينظر إلى الدفاع الشرعي عند فقهاء الشريعة، ومن يراجع كتب القواعد الفقهية التي تبنى عليها مثل هذه المسائل يجد أنهم يجعلون أساس الدفاع الشرعي قائماً على أمور كثيرة ونظريات عديدة منها ما يلي:

الأولى: يرى بعض الفقهاء أن أساس الدفاع الشرعي يقوم على نظرية الإكراه المعنوي، بمعنى أن المصول عليه مكره على رد الاعتداء الواقع عليه، يدل على ذلك ما جاء في العناية في صدد حديثه عن المصول عليه «فأشبه المكره، يعني أن المكره لما صار مسلوب الاختيار من جهة المكره أضيف التلف إلى الكره، وكذلك المصول عليه»[1].

---

(١) شرح العناية على الهداية للبابرتي ٨/ ٢٦٩.

وجاء في البناية «لأن المشهور عليه يعني السلاح يصير محمولاً على قتله أي قتل الشاهر بفعله أي بفعل الشاهر فأشبه المكره يعني مع علمه أن هذا الفعل يسقط عصمة دمه صار كأنه أكرهه على قتله فيكون المشهور عليه مكرهاً بهذا الطريق»[1].

فمن هذين النصين يتضح أن الأساس الذي يقوم عليه الدفاع الشرعي حسب هذا الرأي هو الإكراه الواقع من الصائل على المعتدى عليه يضطره به إلى الدفاع عن نفسه ولو أدى ذلك إلى قتل الصائل.

ولكن يعيب هذا الرأي أن الدفاع الشرعي لا يجعل الإنسان مكرهاً في فعله، ولا يفقده حريته في الاختيار كما يقولون، بدليل أن الدفاع عن النفس عند البعض جائز لا واجب، كما أن البعض يترك الدفاع مع قدرته على ذلك، ومن هنا كان القول بهذه النظرية على إطلاقها غير مقبول.

الثانية: ويرى بعض الفقهاء أن الدفاع الشرعي يقوم على أساس قاعدة فقهية عظيمة ذكرها الفقهاء وهي قاعدة «الضرر يزال»[2]، وتلك القاعدة أصلها قوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار»[3]، وهذه القاعدة ينبني عليها كثير من أبواب الفقه ومنها دفع الصائل، فالصائل باعتدائه على مال غيره أو نفسه أو عرضه إنما يجلب له الضرر، والضرر يجب إزالته، فكان للمدافع إزالة هذا الضرر بنفسه إن تعذر إزالته عن طريق الحاكم، فيكون له عندئذ دفع الصائل عليه.

---

(١) البناية في شرح الهداية للعيني ١٣ ١٠٦ ط دار الكتب العلمية بيروت.

(٢) لمزيد تفصيل عن تلك القاعدة انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٧ ط دار الكتب العلمية بيروت، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٣ وما بعدها ط دار الكتب العلمية بيروت، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموي ١/ ٢٧٤ ط دار الكتب العلمية بيروت.

(٣) رواه ابن ماجه في سننه عن ابن عباس رضي الله عنهما، سنن ابن ماجه ٢/ ٧٨٤، ورواه البيهقي في سننه، السنن الكبرى ٦/ ١٥٧، والحديث صححه الشيخ الألباني انظر: إرواء الغليل ٧/ ٤٤.

والحديث الذي استنبطت منه القاعدة وهو قوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار» ينهى فيه النبي ﷺ عن الضرر بصفة عامة وأياً كان مصدره[1].

وقد أكد علماء الفقه وأصوله أن أحد ما تنبني عليه هذه القاعدة هو دفع الصائل، فمن ذلك مثلاً ما يقوله السيوطي[2] بعد ذكره لهذه القاعدة، حيث يقول «اعلم أن هذه القاعدة ينبني عليها كثير من أبواب الفقه ومنها الرد بالعيب. . . . ودفع الصائل»[3]، وقال أيضاً «ويتعلق بهذه القاعدة (الضرر يزال) قواعد، منها الضرورات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها عنها، ومن ثم جاز أكل الميتة عند المخمصة، وإساغة اللقمة بالخمر. . . ودفع الصائل ولو أدى إلى قتله»[4].

---

(١) انظر في ذلك: نظرية الدفاع الشرعي للدكتور يوسف قاسم ص ٤٨.

(٢) السيوطي: أبو الفضل جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر الكمال الأسيوطي، ولد بالقاهرة عام ٨٤٩ هـ، ونسبه إلى مدينة أسيوط بصعيد مصر والتي ولد بها أبوه عام ٨٠٦ هـ، قدم أبوه إلى القاهرة حيث ولد له عالمنا، وتوفي بعد ولادته بزمن يسير، فربي جلال الدين يتيماً وكان الوصي عليه الكمال بن الهمام، فعني به وبتربيته تربية سليمة لينشأ عالماً، وقد كان له ما أراد، وساعده على ذلك ما بدا عليه الإمام السيوطي من نباهة ونبل منذ صغره، فقد حفظ القرآن وهو دون الثامنة، ثم حفظ كثيراً من متن الكتب في اللغة والنحو والفقه حتى أصبح أشهر علماء عصره ومجدد المائة التاسعة، وقد رزق السيوطي التبحر في علوم عدة وألف فيها حتى يحتار المترجم له، فهو فقيه نحوي لغوي مفسر أديب مؤرخ، له في كل علم كتب هي الأصل المعتمد عليه، وقد بلغت كتبه ما يربو على سبعمائة كتاب، فقد كان رحمه الله غزير التأليف، وقد ترجم السيوطي على غير عادة أهل عصره لنفسه فألف في ذلك كتاباً كاملاً هو كتاب التحدث بنعمة الله، كما ترجم لنفسه في كتابه الشهير حسن المحاضرة، وتوفي السيوطي رحمه الله سنة ٩١١ هـ.
انظر ترجمته في: التحدث بنعمة الله للسيوطي وهو الكتاب الذي ألفه عن نفسه، وطبعته هيئة قصور الثقافة بمصر في سلسلة الذخائر العدد ١٠٦ لسنة ٢٠٠٣ م، وانظر شذرات الذهب ١/ ٥٣، بدائع الزهور لابن إياس ٤/ ٨٣.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٤.

(٤) المرجع السابق الصفحة نفسها.

ويقول ابن نجيم[1] أيضاً «ويبتني على هذه ـ أي قاعدة الضرر يزال ـ كثير من أبواب الفقه فمن ذلك الرد بالعيب. . . ونصب الأئمة والقضاة ودفع الصائل»[2].

وجاء في الفروع «ومن قفز إلى بلد العدو ولم يندفع ضرره إلاّ بقتله جاز قتله كالصائل»[3].

فقد جعل الفقهاء هنا دفع الصائل مبنياً على أساس قاعدة الضرر يزال التي هي قاعدة كلية كبرى، وما يتفرع عنها من قواعد أخرى تندرج تحتها من مثل قاعدة «الضرورات تبيح المحظورات» وقاعدة «ارتكاب أخف الضررين لاجتناب أشدهما» وهكذا.

ولكن يعيب هذا الرأي أن دفع الصائل لا يهدف إلى إزالة الضرر في جميع الأحوال وإنما الغرض منه منع شره وأذاه الواقع فعلاً أو الحيلولة دون وقوع هذا الضرر، يدل على ذلك أن الدفاع الشرعي يصح ولو قبل وقوع الاعتداء وعند توهم خطر الوقوع، ولو كان الدفاع الشرعي لمجرد دفع الضرر وإزالته لما جاز إلاّ بعد وقوع الاعتداء فعلاً[4].

---

(١) **ابن نجيم**: الشيخ زين الدين بن إبراهيم بن عمر بن بكر الشهير بابن نجيم نسبة لأحد أجداده، ولد في مصر سنة ٩٢٦ هـ، وتعلم بها على يد أعلامها آنذاك من أمثال الشيخ أحمد يونس الشهير بالشلبي، والشيخ قاسم بن قطلوبغا، والبرهان الكاكي، وشرف الدين البلقيني، وغيرهم، وانتفع بعلمه خلق كثير منهم أخوه عمر بن نجيم صاحب الشرح الشهير النهر الفائق شرح كنز الدقائق، وقد ترك ابن نجيم مؤلفات رائعة وفريدة في بابها منها، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الحنفية، وشرح المنار في الأصول، والبحر الرائق الذي لم يكمله وأكمله بعده الطوري، وغيرها من المصنفات المفيدة، وتوفي رحمه الله سنة ٩٧٠ هـ.
انظر: مقدمة كتابه الأشباه والنظائر ص ٥ ط دار الكتب العلمية بيروت.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٧.

(٣) الفروع لابن مفلح ٦/ ١٥٠.

(٤) الدفاع الشرعي للدكتور محمد سيد عبد التواب ص ١١٧.

الثالثة: يرى بعض الفقهاء أن الدفاع الشرعي يقوم على أساس قاعدة الموازنة بين المصالح والمفاسد، فلو أن ضررين سيقع أحدهما لوجب ارتكاب الأخف دفعاً للأشد، ومن ذلك دفع الصائل، بناء على قاعدة «إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما»[1].

وقد أفاض علماء القواعد في شرح هذه النظرية، وبيان تطبيقاتها، ومنها دفع الصائل، حيث إن في دفعه ارتكاباً لأخف الضررين، لأن الصائل رغم صياله نفس مصونة، لكن نفس المصول عليه أولى بالصيانة والحفظ من نفسه، وكذا في العرض والمال، لأن المصول عليه في المال له الحق في الدفاع عنه، ولو أدى ذلك إلى قتل الصائل، فلا ضمان حينئذ.

وقد بين العز بن عبد السلام[2] في كتابه البديع قواعد الأحكام في مصالح الأنام[3] رتب المصالح والمفاسد، فذكر أن المصالح ضربان،

---

(١) انظر في هذه القاعدة الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٧.

(٢) **العز بن عبد السلام**: سلطان العلماء أبو محمد عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسين السلمي الدمشقي المعروف بالعز بن عبد السلام، برع في الفقه الشافعي حتى صار من أعلامه، كان معروفاً بالجهر بالحق، والقوة والجرأة في الرأي خاصة أنه عاصر محنة التتار، وشارك في الدفاع عن الإسلام، وخرج من دمشق بسبب هجومه على حاكمها الصالح إسماعيل الذي كان يماري الفرنجة على حساب المسلمين، وكان يتولى في دمشق الخطابة بمسجدها الكبير، وحين جاء إلى مصر تولى الخطابة في جامع عمرو بن العاص، كما تولى القضاء زمناً، وله مصنفات كثيرة منها قواعد الأحكام في مصالح الأنام، وإحكام الإحكام شرح عمدة الأحكام وغيرها، وتوفي رحمه الله سنة ٦٦٠ هـ.
وقد وردت ترجمته في كتب كثيرة انظر: معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة ٥/ ٢٤٩، البداية والنهاية لابن كثير ١٢/ ٢٢٥، الأعلام للزركلي ٤/ ١٤٤.

(٣) قواعد الأحكام ١/ ٥٤ وما بعدها ط دار الكتب العلمية بيروت.

ضرب أحدهما مصلحة أوجبها الله لعباده، وهي متفاوتة الرتب منقسمة إلى الفاضل والأفضل والمتوسط بينهما، فأفضل المصالح ما كان شريفاً في نفسه، دافعاً لأقبح المفاسد، جالباً لأرجح المصالح، وقد سئل عليه السلام «أي الأعمال أفضل؟ فقال: إيمان بالله، قيل: ثم أي؟ قال: جهاد في سبيل الله، قيل ثم أي؟ قال: حج مبرور»[1]، فقد جعل الإيمان أفضل الأعمال لجلبه لأحسن المصالح ودرئه لأقبح المفاسد... والثاني من رتب المصالح ما ندب الله عباده إليه إصلاحاً لهم، وأعلى رتب الندب دون أدنى رتب مصالح الواجب.

ثم بين بعد ذلك مراتب المفاسد، فذكر[2] أنها ضربان، ضرب حرم الله قربانه وضرب كره الله إتيانه، والمفاسد مما حرم الله قربانه رتبتان، إحداهما رتبة الكبائر، وهي منقسمة إلى الكبير والأكبر والمتوسط بينهما، فالأكبر أعظم الكبائر مفسدة، وكذلك الأنقص فالأنقص، ولا تزال مفاسد الكبائر تتناقص إلى أن تنتهي إلى مفسدة لو نقصت لوقعت في أعظم رتب مفاسد الصغائر وهي الرتبة الثانية... وقد أبان ﷺ من تفاوت الكبائر ثلاث مراتب، إذ سئل ﷺ «أي الذنوب أكبر؟ فقال: أن تجعل لله نداً وهو خلقك، قيل: ثم أي؟ قال: أن تقتل ولدك مخافة أن يطعم معك، قيل: ثم أي؟ قال: أن تزاني حليلة جارك»[3].

وبعد أن اتضح ذلك تتم المفاضلة بين المصالح والمفاسد عند اجتماعها فذكر:

---

(١) متفق عليه رواه البخاري في صحيحه، صحيح البخاري ١/١٨، ٢/٥٥٣، ورواه مسلم في صحيحه، صحيح مسلم ١/٨٨.

(٢) قواعد الأحكام ١/٥٦ وما بعدها.

(٣) متفق عليه رواه البخاري في صحيحه، صحيح البخاري ٤/١٦٢٦، ورواه مسلم في صحيحه، صحيح مسلم ١/٩٠.

١ ـ أنه إذا تعارضت المصلحتان وتعذر جمعهما فإن علم رجحان إحداهما قدمت[١].

٢ ـ وإذا اجتمعت المفاسد المحضة فإن أمكن درؤها درأنا، وإن تعذر درء الجميع درأنا الأفسد فالأفسد والأرذل فالأرذل، فإن تساوت فقد يتوقف وقد يتخير[٢].

٣ ـ وإذا اجتمعت مصالح ومفاسد، فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلنا ذلك امتثالاً لأمر الله تعالى فيهما بقوله ﴿فَاتَّقُواْ اللهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾[٣]، وإن تعذر الدرء والتحصيل، فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة ولا نبالي بفوات المصلحة[٤].

وبناء على ما سبق فإن مقصود الشرع الشريف هو تحصيل المصالح للناس، ولكن إذا تعارضت هذه المصالح مع مفاسد وجب درء المفاسد أولاً، لأن درء المفسدة أولى من جلب المصلحة.

وعلى هذا فإن دفع الصائل من باب دفع الضرر الواقع على نفس الغير أو ماله أو عرضه، وهذا الدفع قد يتم بارتكاب ضرر أو مفسدة وهي إتلاف نفس الصائل الجاني، ولكن لا عبرة بمصلحته هنا لأننا نرتكب ضرراً أخف لدفع ضرر أشد وهو ضرر المجني عليه، فقد ساعد الصائل في إهدار دم نفسه بالعدوان على غيره.

الرابعة: ويرى بعض الفقهاء أن الدفاع الشرعي يقوم على أساس التعزير، فما يقوم به المدافع إنما هو من أفعال التعزير، وفي ذلك جاء في

---

(١) قواعد الأحكام ١/ ٦٠ وما بعدها.
(٢) قواعد الأحكام ١/ ٩٣.
(٣) سورة التغابن الآية رقم (١٦).
(٤) قواعد الأحكام ١/ ٩٨.

حاشية ابن عابدين[1] «ويكون التعزير بالقتل كمن وجد رجلاً مع امرأة لا تحل له ولو أكرهها فله قتله ودمه هدر. . . إن كان يعلم أنه لا ينزجر بصياح وضرب بما دون السلاح»[2].

وبناء على هذا الرأي يكون الدفاع الشرعي نوعاً من أنواع التعزير المباحة لكل من اعتدي على حقه أو حق غيره من الناس سواء أكان المصول عليه نفساً أم مالاً أم عرضاً.

ويعيب هذا الرأي أنه جعل الدفاع الشرعي عقوبة للصائل، وهو في الحقيقة ليس كذلك، لأن أفعال الدفاع ليست عقوبة، وإنما هي أفعال لدفع شر المعتدي ومنع خطره، ومن المعروف أن التعزير نوع من أنواع العقوبة في الفقه الإسلامي.

الخامسة: يرى البعض أن الأساس الذي يقوم عليه دفع الصائل هو البغي الواقع من الصائل والذي يستلزم دفعه بكل سبيل، فالصائل الذي يريد إتلاف نفس غيره أو ماله أو يريد أن يعتدي على عرضه باغ، وقد أمر الله بقتل الباغي في قوله تعالى ﴿وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُواْ فَأَصْلِحُواْ بَيْنَهُمَا فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الأُخْرَىَ فَقَاتِلُواْ الَّتِي تَبْغِي حَتَّىَ تَفِيَءَ إِلَىَ أَمْرِ اللهِ﴾[3]، فقد أمر الله بقتال الفئة الباغية،

---

(١) ابن عابدين: الفقيه الجليل والعالم الكبير محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، فقيه الديار الشامية، ولد بدمشق سنة ١١٩٨ هـ، كان إمام عصره في الفقه والعلم، وهو من أشهر علماء الحنفية المتأخرين، ألف الكثير من الكتب منها حاشية رد المحتار على الدر المختار والرسائل والعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ونسمات السحار على شرح المنار والرحيق المختوم في الفرائض وغيرها من الكتب المفيدة، وتوفي رحمه الله سنة ١٢٥٢ هـ ودفن بدمشق التي عاش بها حياته.
انظر الترجمة له في: الأعلام للزركلي ٦/ ٤٢.

(٢) حاشية ابن عابدين ٤/ ٦٢.

(٣) سورة الحجرات من الآية رقم (٩).

ولا بغي أشد من قصد إنسان بالقتل من غير استحقاق[1]، ولذا كان الصائل باغياً فيحل دمه ويكون هدراً أياً كان المصول عليه نفساً أو عرضاً أو مالاً.

ولهذا جاء في البناية «قوله أحل دمه ـ أي الصائل ـ أي أهدر دمه إذ هدره صار دمه مباحاً، لأنه باغ أي ولأن شاهر السيف باغ، لأنه شهر سيفه عليهم ـ أي المسلمين ـ وقصد قتلهم صار حرباً عليهم فكان باغياً، فتسقط عصمته ببغيه»[2]، فقد أوضح هذا النص أن الصائل باغ فيعامل معاملة الباغي.

ويعيب هذا الرأي أن القياس فيه مع الفارق، فالباغي خارج على الأمة بتأويل، كما أنهم جماعة من المسلمين وليس فرداً واحداً، بخلاف الصائل فهو معتد بدون تأويل، وغالباً ما يكون فرداً واحداً يعتدي على مال أو نفس أو عرض بغرض ما في نفسه.

يضاف إلى ذلك أن قتال البغاة لا يجوز إلاّ بإذن الإمام، بخلاف قتال الصائل فهو بدون إذنه، ولو كان بإذنه لما جاز، لأن من يستطيع اللجوء إلى السلطان لا يقاتل من يعتدي عليه بل يبلغها لتقوم بمهمتها في حمايته والأخذ على يد المعتدي.

السادسة: يرى بعض الفقهاء أن الدفاع الشرعي يقوم على أساس المصلحة أي مصلحة المعتدى عليه في دفع الخطر الواقع عليه، ويستند هذا الرأي على أصل عام وهو نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، حيث إن من الثابت شرعاً أن جميع الأحكام في التشريع الإسلامي تقوم على أساس مراعاة مصالح العباد وتحقيقها، والمصالح

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٤٠١.

(٢) البناية في شرح الهداية للعيني ١٣/ ١٠٤.

المعتبرة خمسة وهي الدين، والنفس، والنسب، والعقل، والمال[1].

ويعيب هذا الرأي أن المصلحة ليست مختصة بالدفاع الشرعي فقط أو قائمة من أجله، وإنما هي ثابتة في جميع الأحكام الشرعية، ولذا لا تصلح أساساً دقيقاً للدفاع الشرعي.

السابعة: ويرى البعض أن الدافع الشرعي يقوم على أساس انتفاء عصمة الصائل، فهو باعتدائه على الغير في نفس أو مال أو عرض إنّما ينفي عصمته ويجعل دمه هدراً، فيحق للمصول عليه قتله لانتفاء عصمته، وقد جاء في تبيين الحقائق «إذا شهر رجل سلاحاً فضربه الشاهر فانصرف ثم إن المضروب وهو المشهور عليه ضارب وهو الشاهر فقتله فعليه القصاص، لأن الشاهر لما انصرف عاد معصوماً مثلما كان، لأن حل دمه كان باعتبار شهره وضربه فإذا رجع على وجه لا يردي ضربه ثانياً اندفع شره فلا حاجة إلى قتله لارتفاع شره بدونه فعادت عصمته، فإذا قتله بعد ذلك فقد قتل رجلاً معصوماً ظلماً»[2].

وجاء في جواهر الإكليل «ولا تجب الكفارة على من قتل شخصاً مسلماً صائلاً عليه لأنه ليس معصوماً»[3].

فهذان النصان قد أوضحا أن الأساس الذي يقوم عليه الدفاع الشرعي هو انتفاء عصمة الصائل، ومن ثم يكون دمه هدراً لذلك، وهو ما أيده كثير من الباحثين المعاصرين[4].

---

(١) انظر في ذلك: الأحكام العامة للنظام الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي للدكتور عبد الفتاح الصيفي ص ٣٩١ ط دار النهضة العربية.
(٢) تبيين الحقائق ٦/ ١١٠ وما بعدها.
(٣) جواهر الإكليل ٢/ ٢٩٧.
(٤) الدفاع الشرعي للدكتور محمد السيد عبد التواب ص ١٣٣.

ويعيب هذا الرأي أنه جعل الصائل مهدر العصمة مطلقاً، وليس الأمر على هذا الوجه، بل إن الصائل ما زال معصوم الدم، ولا يجوز انتهاك حرمته إلاّ بالقدر المناسب لدرء خطره ودفع اعتدائه، بدليل أنه يجب مراعاة التناسب بين قدر الاعتداء وقدر الدفاع، وإن تجاوز المدافع عوقب على ذلك كما سيأتي.

الثامنة: ويرى البعض أن الأساس الذي يقوم عليه الدفاع الشرعي هو دفع الشر بالشر، أو درء الفساد والشر في الأرض، وهو ما يظهر في أغلب النصوص الفقهية، حتى النصوص السابقة نفسها تدور في معناها حول درء شر المعتدي وإيقاف خطره الواقع عليه بالفعل أو الحيلولة دون وقوعه إن كان وشيك الوقوع.

ولذلك جاء في المغني «إذا دخل منزل غيره بغير إذنه فلصاحب الدار أمره بالخروج من منزله سواء كان معه سلاح أو لم يكن، لأنه متعد بدخول ملك غيره فكان لصاحب الدار مطالبته بترك التعدي»[1].

وجاء في تبيين الحقائق «ولهذا لا يجب القصاص على الصبي والمجنون بقتلهما، ولا ضمان بفعل الدابة، فإذا لم يسقط كان قضيته أن يجب القصاص، لأنه قتل نفساً معصومة إلاّ أنه لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر»[2].

الأساس الراجح:

بعد ذكر النظريات الفقهية والنصوص المتعددة التي بينت الأسس التي يقوم عليها الدفاع الشرعي في رأي كل منها أرى أن أفضل هذه الأسس

---

(١) المغني ١٠/ ٢٥١ وما بعدها.

(٢) تبيين الحقائق ٦/ ١١٠.

في نظري هو الرأي الأخير القائل بأن الأساس الذي يقوم عليه الدفاع الشرعي هو دفع الشر والفساد في الأرض، فدفع الصائل مشروع لدفع أذاه وإبعاد شره ولذا هو مقدر بما يدفع هذا الشر وما يتناسب معه من قوة، كما أن الرأي الأخير هو الذي يتناسب وطبيعة الدفاع الشرعي وحدود مشروعيته، والله تعالى أعلى وأعلم.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

الفرع الثاني

أساس الدفاع الشرعي في القانون الوضعي

إذا كان أساس الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي متفقاً عليه ومبنياً على القواعد الفقهية المقررة التي سبق ذكرها، فإن القانون الوضعي على العكس من ذلك، حيث اختلف شراح القانون في الأساس الذي يقوم عليه الدفاع الشرعي، وتعددت آراؤهم واتجاهاتهم في ذلك حسب تعدد النظريات والمدارس القانونية المختلفة وفكرها فيما تذهب إليه من فلسفة قانونية تقوم عليها في منهجها. وقد اشتهرت في هذا المجال عدة مدارس أو نظريات بنيت على اتجاهين سوف أبينهما وأبين وجهات نظر المدارس التي اندرجت تحتهما هنا بتفصيل مناسب، بعيداً عن التطويل الذي ذكره شراح القانون في كتبهم.

الاتجاه الأول:

وهو الاتجاه الشخصي، ويبحث هذا الاتجاه عن أساس الدفاع الشرعي في ذات الشخص الذي صدر منه فعل الدفاع باعتبار أنه يمر بموقف يجعله معذوراً فيما أقدم عليه، فلا يعاقب على ارتكابه، فأنصار هذا الاتجاه يعتبرون الدفاع الشرعي مانعاً من موانع العقاب.

الاتجاه الثاني:

الاتجاه الموضوعي، وهذا الاتجاه يبحث عن أساس الدفاع الشرعي في ذات الفعل الذي ارتكبه المدافع لا شخص من ارتكبه، باعتبار أن المدافع قد استعمله لحق ثابت له، مما يجعل صفة الجريمة منتفية عنه، وبهذا يعتبر أنصار هذا الاتجاه الدفاع سبباً للإباحة[1].

وبناء على هذين الاتجاهين فقد ظهرت نظريات كثيرة في تحديد الأساس الذي يقوم عليه الدفاع الشرعي، وهو أمر مهم لأنه بناء عليه يمكن بيان الآثار التي تترتب على الدفاع وعلى تجاوز حق الدفاع الذي هو صلب هذا البحث.

وقد اختلف شراح القانون في الأساس الذي يقوم عليه الدفاع الشرعي بناء على الاتجاهين السابقين على آراء عدة منها ما يلي:

أولاً: ذهب فريق منهم[2] إلى أن أساس الدفاع الشرعي هو الإكراه المعنوي الواقع على المدافع، فالشخص الموجود في حالة دفاع عن نفسه يعتبر مسلوب الإرادة إلى حد بعيد؛ فهو إمّا أن يمتثل للاعتداء الواقع عليه، وإمّا أن يرد الاعتداء بآخر مثله، فالخطر الواقع عليه أو في سبيله للوقوع عليه يشل إرادته ويفقده الاختيار،

---

(١) القانون الجنائي للدكتور لي راشد ص ٣٢٣ الطبعة الثانية للمؤلف سنة ١٩٥٣ م، نظرية الدفاع الشرعي للدكتور يوسف قاسم ص ٥٦.

(٢) انظر: قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ١١٥، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢١٧، القانون الجنائي للدكتور محمد محيي الدين عوض ص ٥٩٢ ط الدار العالمية سنة ١٩٦٣ م، شرح القانون الجنائي القسم العام، لأحمد صفوت ص ٢١٤، شرح القسم العام من قانون العقوبات لعلي زكي العرابي ص ٧٦، المسؤولية الجنائية للدكتور مصطفى القللي ص ٣١٥.

حيث يكون حينئذ مدفوعاً بغريزته إلى الدفاع عن نفسه حفظاً لها على البقاء الذي هو فطرة إنسانية لا يلام عليها ولا يعاقب لأجلها، ومن هنا لا تقوم المسؤولية قبله على ما قام به من أفعال بغية الدفاع عن نفسه ضد من يهاجمه بغير حق.

ورغم أن لهذا الرأي وجاهته إلاّ أنه لا يصلح أساساً لقيام الدفاع الشرعي، حيث **وردت عليه انتقادات عدة** من الشراح أهمها ما يلي:

١ ـ أنه بنى رأيه على فكرة غير سليمة، حيث يغالي في القول بفقدان المدافع لاختياره، فهو يأتي الفعل باختياره لا مضطراً إليه كما بين هذا الرأي، يدل على ذلك أن فعل الدفاع مجرد تقدير منه لمداه، حيث يستطيع أن يتحمل الأذى ولا يدفعه بارتكاب جريمة، وكونه قد أقدم على الفعل دليل على اختياره له.

٢ ـ أن هذا الرأي يتصادم مع النصوص القانونية الخاصة بالدفاع الشرعي، حيث ينص القانون على جواز الدفاع ضد كل اعتداء ولو كان يسيراً، وهذا الرأي يتطلب أن يكون الاعتداء جسيماً، فهو وحده الذي يفقد المدافع اختياره.

٣ ـ إن الأخذ بهذه الفكرة قد يصور للغير جواز الدفاع مطلقاً متى كان المدافع مفقود الاختيار، مما يوهم بجواز الدفاع ضد أي اعتداء ولو كان مشروعاً، وهو خلاف ما ينص عليه القانون في شروط الدفاع ومبرراته وما يباح منه.

٤ ـ إن هذا الرأي لا يجمع بهذا كل صور الدفاع الشرعي ومنها الدفاع عن الغير، حيث يجوز الدفاع ولو في حالة الاعتداء على الغير في نفسه أو ماله، ولكن هذا الرأي يجعل المدافع مضطراً وهو ما ينطبق على المدافع ضد فعل واقع عليه هو دون الواقع على غيره فلا

اضطرار حينئذ، ولا يكون بهذا داخلاً ضمن الدفاع الشرعي مع أنه منه[1].

ثانياً: ذهب فريق ثان إلى أن الدفاع الشرعي يقوم على أساس أنه حق طبيعي، فلكل إنسان الحق في أن يحمي حياته بنفسه، وله أن يستعمل كل الوسائل في هذه الحماية بما فيها حمل السلاح ضد من يعتدي عليه بغير حق متى اقتضى الأمر ذلك.

وقد انتقد هذا الرأي أيضاً بما يلي:

١ ـ انتقد بما انتقد به الرأي السابق على اعتبار أنه قاصر على الدفاع عن النفس فقط، ولا يشمل الدفاع عن الغير.

٢ ـ أنه قاصر على الدفاع عن النفس فقط دون الدفاع عن المال، في حين أن المقرر قانوناً جوزاً الدفاع عن النفس والمال[2].

ثالثاً: وذهب فريق ثالث من الشراح إلى أن الدفاع الشرعي يقوم على أساس أن الدفاع نفي لمخالفة القانون، حيث إن الاعتداء مخالفة لحكم القانون، والدفاع نفي لهذه المخالفة، ونفي النفي إثبات أي إثبات لسلطات القانون أو إقرار لحكمه، أي أن أساس الدفاع

---

(١) انظر في ذلك:
شرح قانون العقوبات القسم العام لعلي زكي العرابي ص ٧٦، الأحكام العامة لقانون العقوبات للدكتور السعيد مصطفى ص ١٨٧ الطبعة الثالثة سنة ١٩٥٧ م، قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ١١٥، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢١٧.

(٢) انظر هذا الرأي والرد عليه في:
المسؤولية الجنائية للدكتور محمد مصطفى القللي ص ٣٠٨، خطر الاعتداء في الدفاع الشرعي للدكتورة/ فوزية عبد الستار ص ١٦٣ بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، العددان الثالث والرابع لسنة ١٩٧٢ م، تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ١٩.

الشرعي ما هو إلاّ تأكيد لاحترام القانون، ويطلق الشراح على هذه النظرية مسمى إبطال البغي.

وقد انتقد هذا الرأي على أساس أنه يؤدي إلى نتائج غير سليمة ولا يمكن التسليم بها، لأنه يصور الدفاع وكأنه جزاء مخالفة القانون، فلا عقاب على المعتدي إلاّ ما قام به المدافع تجاهه من فعل الدفاع وإلاّ كان عقابه مرتين من أجل فعل واحد، وهو ما يتعارض مع مبدأ الشرعية الجنائية، فمن المتفق عليه أن الدفاع الشرعي لا يحول دون خضوع المعتدي للمساءلة الجنائية عن عدوانه وفقاً لأحكام القانون، يضاف إلى ذلك أن هذا الرأي يجعل كل فرد ممثلاً للسلطة العامة في توقيع العقاب، ولا شك أن في ذلك خطورة كبيرة على الأمن العام والنظام الاجتماعي[1].

رابعاً: وذهب فريق رابع إلى أن أساس الدفاع الشرعي هو مقابلة الشر بالشر، بمعنى أن فعل المدافع هنا مجرم ولكنه لما كان رداً على فعل المهاجم فهو مجرم أيضاً، ولذا كان مقابلة للشر بالشر، ومن ثم ليس هناك محل لعقاب المدافع بناء على هذا الرأي.

وقد انتقد هذا الرأي أيضاً بما يلي:

١ ـ إنه يتعارض مع طبيعة الدفاع الشرعي، حيث يعتبر هذا الرأي فعل الدفاع عقوبة تقع من المدافع على المعتدي، والأمر ليس كذلك، فالدفاع لم يشرع لعقوبة المعتدي وإنّما لرد عدوانه، كما أنه وسيلة للمدافع يحفظ بها حقوقه.

---

(١) انظر هذا الرأي والرد عليه في:

مبادئ القسم العام من التشريع العقابي للدكتور رؤوف عبيد ص ٤٤٣، تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ١٩، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ١٩٧، المسؤولية الجنائية للدكتور مصطفى القللي ص ٣١٨.

٢ ـ إن تطبيق هذا الرأي ينتج عنه أن المعتدي لا يعاقب اكتفاء بما ناله من دفاع، وهو على خلاف الصواب.

٣ ـ إن هذا الرأي يفترض أن هناك مساواة تامة بين الاعتداء والدفاع مع أن الأمر بخلاف ذلك، حيث يجوز الدفاع ضد الخطر وشيك الوقوع ـ كما سيأتي ـ، فكيف يكون هناك مقابلة شر بشر حينئذ؟![1].

خامساً: وذهب البعض إلى أن أساس الدفاع الشرعي هو عجز السلطة، وتفويض الفرد بعض صلاحياتها للدفاع عن نفسه، فحين تكون السلطة التي هي صاحبة حق الدفاع عن الأفراد عاجزة عن ذلك لظروف خاصة، فإنها تمنح الأفراد تفويضاً بالدفاع عن أنفسهم، وحماية الآخرين إن تطلّب الأمر، وغالى البعض في هذا الرأي حتى جعلوا الدفاع الشرعي حلولاً موقتاً من الفرد محل من يملك ذلك أصلاً وهو رجل الأمن.

وقد عيب على هذا الرأي ما يلي:ـ

١ ـ إن السلطة هنا ليست عاجزة عن حماية الشخص الذي سمح له بالدفاع عن نفسه، وإنما العجز من جانبه هو، فهو عاجز عن الوصول إليها ليحتمي بها، فلو تمكن من ذلك ما جاز له الدفاع عن نفسه حينئذ.

٢ ـ إن هذا الرأي وإن كان يوضح شرطاً من شروط الدفاع وهو العجز عن

---

(١) انظر هذا الرأي ونقده في:
قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ١٢٦، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ١٨٥، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٣٧٣، النظرية العامة للقانون الجنائي للدكتور رمسيس بهنام ص ٣٧٨، المسؤولية الجنائية للدكتور مصطفى القللي ص ٣١٦.

إبلاغ السلطات والاحتماء بها إلاّ أنه غير كاف لتبرير فكرة عجز السلطة عن حماية الأفراد، وتفويضهم حق الحلول محلها، لأن التفويض يقتضي الحصول على صلاحيات الطرف المفوض، وهذا ليس بصحيح، لأن المدافع غير ممكن من كل شيء، وإنما له الحق في الدفاع عن نفسه بما يضمن له انتهاء الخطر المهدد به في ماله أو نفسه أو عرضه أو نفس الغير أو ماله في ظنه هو لا كل الصلاحيات كما بين هذا الرأي[1].

٣ ـ إن القول بأن الدفاع الشرعي تفويض من قبل الدولة للمدافع يجعل من الدفاع الشرعي واجباً لا حقّاً إن شاء مارسه وإن شاء تركه.

٤ ـ إن حق الدفاع الشرعي يبيح لمن يقف موقف الدفاع أن يرتكب أفعالاً كانت في الأصل خاضعة لنصوص التجريم لولا الحق في الدفاع وهي أفعال لا يجوز للمفوض بها من قبل السلطة من رجال الشرطة القيام بها فكيف تكون جائزة لغيرهم بناء على نفس التفويض.

سادساً: وذهب رأي آخر إلى أن الدفاع الشرعي يقوم على أساس تنازع الحقوق والمصالح، والتضحية بأهون المصلحتين المتعارضتين، حيث تقابل هنا حقّان، حق المعتدي وحق المدافع، ولا يمكن الاحتفاظ بهما معاً، بل لا بد من فقد أحدهما، فكان الأفضل التضحية بالأقل منهما، وهنا التضحية تكون بنفس المعتدي، لأنها

---

(١) انظر في سرد هذا الرأي ونقده:
الدفاع الشرعي للدكتور محمد السيد عبد التواب ص ١٣٥، تجاوز الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ٢٣، الموسوعة الجنائية لجندي عبد الملك ١/ ٥١٧، قانون العقوبات ـ القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٢٠٥، شرح قانون العقوبات ـ القسم العام للدكتور محمود محمود مصطفى ص ١٧٨، القانون الجنائي للدكتور علي راشد ص ٥٢٠.

الأهون، نظراً لاعتدائه على غيره، فمن يعتدِ على حق غيره في سلامة جسمه يفقد حقه في سلامة جسمه هو وهكذا، وقد سادت هذه النظرية عند أغلب شراح القانون في مصر ودافع عنها الكثيرون منهم على اعتبار أنها الأساس السليم والذي يجب الأخذ به في الدفاع الشرعي.

ورغم وجاهة هذا الرأي ظاهراً إلاّ أنه معيب من قبل شراح القانون، **ووجهت له انتقادات عديدة منها ما يلي:**

١ ـ إن واجب الدولة هو المحافظة على سائر الحقوق دون الإخلال بأحدها، ودون التفريق بين هين وعظيم، وهو ما ناقضه هذا الرأي الذي أهمل أحدهما.

٢ ـ إن هذا الرأي لا يصح قوله بإطلاق، بدليل أنه لو فقد كل شخص معتدٍ ما يقابل حقه لفقد السارق ـ مثلاً ـ حقه في احترام ملكه باعتدائه على ملك الآخرين، وكذا يفقد من يعتدي على عرض الآخرين حقه في حفظ عرضه، وهذا غير صحيح[1].

سابعاً: وذهب البعض إلى أن الأساس الذي يقوم عليه الدفاع الشرعي هو اعتبار أن المقاومة التي يمارسها المجني عليه صادرة من بواعث حميدة من الناحيتين القانونية والاجتماعية، حيث يكشف الاعتداء الواقع على المجني عليه عن خطورة فاعله وعدائه للمجتمع، ومن ثم فإن مصلحة

---

(١) انظر هذا الرأي ونقده في:
شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٠٧، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ١٩٤، قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ١٢٧، أصول قانون العقوبات القسم العام للدكتور أحمد فتحي سرور ص ٢٥٢، المسؤولية الجنائية للدكتور مصطفى القللي ص ٣١٧، تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود سليمان العطار ص ١٨.

المجتمع تقتضي أن تمارس القوة والشدة ضد هذا المعتدي، ويكون المدافع بفعله ذاك ليس مدافعاً عن نفسه فقط بل مدافعاً عن المجتمع كله.

وقد انتقد هذا الرأي أيضاً على أساس أنه عاجز عن إعطاء أساس سليم للدفاع الشرعي، فالمصلحة من الدفاع قد تكون منتفية بالنسبة للمجتمع في كثير من الأحيان، فمثلاً نتساءل ما المصلحة التي تعود على المجتمع ويحميها المدافع إذا كان التطاول من شرير ورد الاعتداء من شرير مماثل؟ يضاف إلى ذلك أنه ليست هناك ضمانة للقول باتفاق قواعد استعمال حق الدفاع الشرعي دائماً مع المصلحة الاجتماعية[1].

ثامناً: وذهب معظم الشراح إلى أن الأساس الصحيح الذي يقوم عليه الدفاع الشرعي هو فكرة الموازنة بين المصالح المتعارضة للأفراد، وإيثار مصلحة أولى بالرعاية تحقيقاً للصالح العام، فهنا تنازعت مصالح عدة، فاختار القانون إحداها، وجعلها أولى بالرعاية من غيرها، وتلك المصلحة المختارة هي مصلحة المدافع الذي اعتدي عليه في مال أو نفس أو عرض، فكلٌّ من المدافع والمعتدي يرتكب عملاً غير مشروع، ولكن المشرع رأى أن المصلحة العامة تقتضي مراعاة مصلحة المدافع نظراً لما تعرض له من ظروف اضطرته إلى القيام بما فعل.

ويرجع أساس هذا الرأي إلى فكرة الفيلسوف الألماني «هيجل» الذي ألّف كتاباً وضح فيه هذه الفكرة، وجعل كل شيء من الحقوق المالية دون حق النفس، وقدم حق النفس عليها، ثم طور شراح القانون هذه الفكرة،

---

(١) انظر هذا الرأي ونقده في:
قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٢٠٥، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٣٧٢، الدفاع الشرعي للدكتور محمد سيد عبد التواب ص ١٣٥.

وجعلوها أساساً للدفاع الشرعي، وهذا الرأي هو ما يرجحه الغالبية العظمى من شراح القانون، ويجعلونه أساساً صالحاً لفكرة الدفاع الشرعي[1].

وخلاصة القول إنه مهما تعددت النظريات في أساس الدفاع الشرعي فإن قانون العقوبات المصري قد انتزع سبب هذا الخلاف، إذ جعل الدفاع الشرعي حقاً للمعتدى عليه وليس واجباً، ولا الهدف منه دفع الشر، أو التضحية بأهون المصلحتين، أو غير ذلك مما قالت به النظريات المختلفة، فقد جعل المشرع المصري الدفاع الشرعي سبباً من أسباب الإباحة، ونص على أحكامه وما يشرع فيه تفصيلاً في أغلبها، تاركاً للفقه بيان ما غمض من تلك النصوص في ضوء روحه العامة وقواعده الأصلية.

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

من التوضيح السابق لنظرة الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يظهر أن الفقه الإسلامي يوازن بين مصلحتين، ويقدم إحداهما ويجعلها الأولى بالرعاية، وهو ما سبق قوله من الحكم في حال اجتماع المفاسد والمضار وتعارض المصالح.

وقد اقترب شراح القانون وبعد محاولات عدة من هذه الفكرة،

---

(١) انظر في هذا:

شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢١٨، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ١٩٩، أصول قانون العقوبات للدكتور أحمد فتحي سرور ص ٢٥٢ ط دار النهضة العربية سنة ١٩٧٢ م، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٢٠٥، المسؤولية الجنائية للدكتور مصطفى القللي ص ٣١٧، قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ١٢٧.

وأجمعوا عليها بعد طول مناقشة، وجعلوها أساساً للدفاع الشرعي، ويظل للفقه الإسلامي فضل السبق من ناحية، وفضل التنظيم البديع الذي سبق بيانه في التوازن بين المصالح والمفاسد، وكيفية درء المفاسد، وكيفية الجمع بين المصالح أو تقديم الأولى منها عند التعارض بما لا يحتاج إلى مزيد بيان، ويظهر منه بوضوح مدى عظمة الفقه الإسلامي وروعته في بيان الأحكام، وأن القانون الوضعي بعد زمن وجهد يصل إلى قرب ما وصل منه الفقه منذ قرون بعيدة، ولا غرو في ذلك فالفقه مستنبط من أصول عامة وقواعد جاءت بها هذه الشريعة الغراء التي هي من لدن عليم خبير يعلم خبايا النفس وما يصلحها في معاشها ومعادها، والله أعلم.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

الباب الأول



الباب الأول

إباحة الدفاع الشرعي والتجاوز فيه

وفيه فصلان:

الفصل الأول: المقصود بنظرية الإباحة وتطبيقاتها

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: نظرية الإباحة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

المبحث الثاني: التجاوز في الإباحة.

المبحث الثالث: الآثار المترتبة على التجاوز.

الفصل الثاني: التجاوز في حق الدفاع الشرعي

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: نشوء حق الدفاع الشرعي.

المبحث الثاني: حكم تجاوز المناسب في دفع الاعتداء.



الفصل الأول

المقصود بنظرية الإباحة وتطبيقاتها

وفيه ثلاثة مباحث.

المبحث الأول: نظرية الإباحة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الإباحة وأنواعها.

المطلب الثاني: علة الإباحة.

المطلب الثالث: الأثر المترتب على الإباحة.

المطلب الرابع: الغلط في الإباحة والجهل بها.

المبحث الثاني: التجاوز في الإباحة

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: المقصود بالتجاوز.

المطلب الثاني: متى يحدث التجاوز؟

المطلب الثالث: تطبيقات للتجاوز وأحكامها.

المبحث الثالث: الآثار المترتبة على التجاوز.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تكييف واقعة التجاوز.

المطلب الثاني: المسؤولية عن التجاوز.

المطلب الثالث: كيفية العقاب على التجاوز في سبب الإباحة.

والله الموفق

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

مدخل

لما كان الكلام على الدفاع الشرعي يقتضي بيان أنه من الأمور المباحة شرعاً، ونظراً لكون التجاوز فيه خروج عن الإباحة فإنه يلزمنا هنا بيان نظرية الإباحة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، والضوابط الموضوعة لها حتى يتسنى لنا الكلام عن حدود هذه الإباحة في الدفاع الشرعي، وحكم تجاوز هذه الإباحة، ولذا سوف أتكلم في هذا الباب عن نظرية الإباحة ونظرية الدفاع الشرعي كما بيّنها الفقهاء وشراح القانون، وكما وردت في نصوص قانون العقوبات المصري، وذلك في المباحث القادمة بإذن الله تعالى.

المبحث الأول

نظرية الإباحة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول:
تعريف الإباحة وأنواعها

وفيه فرعان:

الفرع الأول:
تعريف الإباحة وأنواعها في الفقه الإسلامي

أولاً: تعريف الإباحة

في اللغة:

الإباحة مأخوذة من مادة «بوح»، والإباحة تطلق في اللغة على عدة معان، فتطلق على الإحلال، يقال أباحه الشيء أي أحله له، وتطلق على الإقدام على الشيء، يقال استباحه الناس أي أقدموا عليه، وتطلق على

الظهور، يقال باح بسره أي أظهره، وتطلق على الإذن، يقال أباح الرجل ماله أي أذن في الأخذ والترك، والمباح ضد المحظور، والإباحة هنا في جملتها تعني الإذن والإطلاق[1].

في الاصطلاح:

إن من يقرأ في كتب الفقهاء القدامى يجد أن الإباحة عندهم تعني الحل وعدم الحرمة، كما تعني إباحة المحظور لأمر خارج قهري، أي أن الإباحة عندهم إباحة أصلية وإباحة طارئة مقررة لظروف اضطرارية، ولا يتعرضون لتعريف لفظ الإباحة، وإنما يعرفون متعلق هذه الإباحة وهو ما يعرفه علماء الأصول تحت اسم المباح الذي هو أحد أقسام الحكم التكليفي، فهذا الحكم ينقسم إلى الواجب والحرام والمندوب والمكروه والمباح. وقد تعرض بعض الفقهاء لتعريف الإباحة على اعتبار أنها عفو من المالك للشيء لغيره فيه، فقد عرفها الزركشي[2] بقوله هي تسليط من

---

(١) مختار الصحاح للرازي ص ٥٩، لسان العرب لابن منظور مادة «ب و ح» ٣/ ٢٣٩، المصباح المنير للفيومي ١/ ٨٢، المعجم الوسيط ١/ ٧٥ ط دار المعارف.

(٢) **الزركشي**: العالم العلامة المصنف المحرر بدر الدين أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله المصري الزركشي، مولده سنة خمس وأربعين وسبعمائة، أخذ عن الشيخين جمال الدين الإسنوي وسراج الدين البلقيني، ورحل إلى حلب إلى شهاب الدين الأذرعي، وتخرج بمغلطاي في الحديث، وسمع الحديث بدمشق وغيرها، قال بعض المؤرخين كان فقيهاً أصولياً أديباً فاضلاً في جميع ذلك، ودرس وأفتى، وولي مشيخة خانقاه كريم الدين بالقرافة الصغرى، وحكى أنه كان منقطعاً إلى الاشتغال بالعلم لا يشتغل عنه بشيء وله أقارب يكفونه أمر دنياه، وقد ألف الكثير من الكتب المهمة ومنها البحر المحيط وتشنيف المسامع في الأصول، والمنثور في القواعد وغيرها، توفي رحمه الله في رجب سنة أربع وتسعين وسبعمائة ودفن بالقرافة الصغرى بالقرب من تربة الأمير بكتمر الساقي.
انظر الترجمة له في: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٣/ ١٦٧ وما بعدها.

المالك على استهلاك عين أو منفعة ولا تمليك فيها[1]، ولكن هذا التعريف مقصور على إباحة الملك فقط فلا تشمل كل أنواع الإباحة المشروعة، كما أنها إباحة من الفرد وما نقصده هنا هي الإباحة مطلقاً وخاصة من الشارع جل وعلا.

ولكن الأشهر أنهم يعرفون الإباحة بمتعلقها وهو المباح، وقد اختلفت تعبيرات الأصوليين والفقهاء ومناهجهم في تعريف المباح إلى منهجين:

الأول: ويرى أن المباح مستوي الطرفين ففعله وتركه سواء، فإن قام المكلف بفعله فلا ثواب له ولا عقاب عليه، ولو تركه كان الأمر كذلك، فهو مستوٍ في نظر الشارع فعله وتركه.

ولذا عرفوا المباح بتعريفات عدة توضح هذا المعنى مع اختلاف ألفاظها، فعرف بأنه ما استوى طرفاه لا في فعله ثواب ولا في تركه عقاب[2].

كما عرف بأنه ما أذن في فعله وتركه من حيث هو ترك له من غير تخصيص أحدهما باقتضاء مدح أو ذم[3]، فخرج بالإذن بقاء الأشياء على حكمها قبل ورود الشرع فإنه لا يسمى مدحاً.

وقيل هو ما خُيِّر المكلف بين فعله وتركه من غير استحقاق ثواب ولا عقاب[4].

وقيل هو فعل مأذون فيه من الشارع خلا من مدح وذم[5].

---

(١) المنثور في القواعد الفقهية ١/ ٧٣ ط وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت.
(٢) المدخل لمحمد بن محمد العبدري الشهير بابن الحاج ١/ ٢٣ ط دار التراث.
(٣) البحر المحيط لبدر الدين محمد بن بهادر الزركشي ١/ ١/ ٣٦٤ ط دار الكتبي.
(٤) الجوهرة النيرة لأبي بكر محمد بن علي الحدادي العبادي ٢/ ٢٨٠ ط المطبعة الخيرية.
(٥) شرح الكوكب المنير لأبي البقاء تقي الدين الفتوحي ص ١٣٠ ط مطبعة السنة المحمدية.

وكل هذه التعريفات مع تغايرها لفظاً إلاّ أنها استوت معنى في جعلها المباح ما استوى عند الشارع فعله وتركه، فلا عقاب ولا ثواب على فعله أو تركه، ويلاحظ في هذه التعريفات أنها تصدق على حالة الإباحة الأصلية لا الطارئة، فهي تبين أن الفعل مباح الأصل حتى يستوي فعله وتركه، فلا يكون له ثواب ولا عليه عقاب، ومن ذلك مثلاً قوله تعالى ﴿وَاذْكُرُواْ اللهَ فِيَ أَيّامٍ مّعْدُودَاتٍ فَمَن تَعَجّلَ فِي يَوْمَيْنِ فَلاَ إِثْمَ عَلَيْهِ وَمَن تَأَخّرَ فَلاَ إِثْمَ عَلَيْهِ لِمَنِ اتّقَىَ﴾[1]، فهنا رفعت الآية الإثم عن الحاج في التبكير والتأخير، فلم تجعل لأي منهما ثواباً، ولم يكن لأي منهما عقاب، وتلك هي صورة المباح كما أوضحتها هذه التعريفات، ومثال ذلك أيضاً ما قال الفقهاء بإباحته في كتب الفقه من الأبواب المختلفة من مثل البيع والشراء، والإجارة، والوكالة، والكفالة، والتزين، وأكل الطيبات، والتمتع بالحلال من الزينة، وغير ذلك من أمور وأفعال.

الثاني: ويجعل هذا المنهج الإباحة وصفاً في الفعل، وذلك بجعله ليس واجباً وإن كان تركه محظوراً، وممن قال بهذا الوصف الإمام الشوكاني[2] في كتابه الفريد إرشاد الفحول[3] حيث عرف المباح

---

(١) سورة البقرة الآية رقم (٢٠٣).

(٢) **الشوكاني**: محمد بن علي بن محمد الشوكاني الصنعاني، إمام من الأئمة العظام، ولد سنة ١١٧٢ هـ، وتفقه على يد أعلام الفقه الزيدي وغيرهم، ومنهم الإمام الصنعاني، وعلى يد والده، ونشأ رحمه الله زيدياً، ولكنه تحرر، وأصبح يغلب عليه القول بالاجتهاد وتتبع الحق دون الانتساب إلى فرقة بعينها، وكتبه لها وزنها عند جمهور أهل السنة، فهي من الكتب المعتمدة، نظراً لاعتدال الرجل وعلمه الغزير، وقد ترك الشوكاني مؤلفات كثيرة رائعة، منها شرحه لمنتقى الأخبار المسمى نيل الأوطار، والسيل الجرار، وشرح فتح القدير في التفسير، وإرشاد الفحول في أصول الفقه، وغيرها، وتوفي رحمه الله سنة ١٢٥٠ هـ وله من العمر ثمان وسبعون سنة.
انظر: الأعلام للزركلي ٦/ ٢٩٨ ط دار العلم للملايين، بيروت.

(٣) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ص ٦ الطبعة الأولى ١٣٥٦ هـ =

بأنه ما لا ضرر على فاعله وإن كان تركه محظوراً، ومثاله إباحة دم المرتد، فهنا أطلقت الإباحة على وصف الفعل وأنه ليس واجباً وإن كان تركه محظوراً، وهذا التعريف يوسع من دائرة الإباحة حتى ليجعلها شاملة للواجب على عكس منهج الفريق الأول، والمثال الذي أورده للتدليل على المباح يوضح هذا، فدم المرتد مباح فلا ضرر ولا عقاب على من أراقه، وإن كان يستحق التأديب لافتئاته على الإمام، وبناء على هذا الرأي يكون الواجب والمندوب مباحاً، وإن كان يتفق مع وجهة نظر الفريق الأول في كون المباح لا ضرر على فاعله، وهو بهذا يصدق على الإباحة الطارئة أكثر من إطلاقه على الإباحة الأصلية[1].

أنواع الإباحة:

سبق القول إن الفقهاء يعرفون الإباحة بما ورد في تعريف الأصوليين لها، وأنها تعني ما ورد في المعنى اللغوي من الإطلاق والإذن، ومن ينظر في كتب الفقهاء وما ورد بشأن كلامهم على الإباحة يجد أن الإباحة عندهم نوعان، إباحة أصلية، وإباحة طارئة، وقد ذكر بعضهم ذلك صراحة حيث ذكر أن «الإباحة المستعملة في عرف الشرع تطلق على معنيين، أحدهما الإباحة الأصلية الثابتة قبل الشرع اتفاقاً، والثانية تخيير المكلف بين الفعل والترك»[2] وسوف ألقي الضوء على كل منهما مع التمثيل لكل نوع باختصار يوضح المعنى وذلك فيما يلي:

مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر.

(١) لمزيد تفصيل حول هذين المنهجين أو المسلكين في تعريف المباح راجع: نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء للدكتور محمد سلام مدكور ص ٣٩ وما بعدها، الطبعة الثانية سنة ١٩٦٥ م الدار العالمية للطباعة والنشر.

(٢) حاشية البناني على جمع الجوامع ١/ ٨٣.

اولاً: الإباحة الأصلية:

وهي ما ذكره أصحاب المنهج الأول السابق ذكره من قولهم إنها تعني ما يعنيه المباح الذي سبق تعريفه بأنه ما استوى طرفاه لا في فعله ثواب ولا في تركه عقاب[١]، أو هو ما أذن في فعله وتركه من حيث هو ترك له من غير تخصيص أحدهما باقتضاء مدح أو ذم[٢] حتى عبر البعض عنه بقوله المباح ما استويا أي الفعل والترك[٣].

وقد ورد هذا المعنى في كثير من تعبيراتهم وأمثلتهم، ومن ذلك مثلاً ما يلي:

١ ـ ما ذكروه من إباحة الرهن في السفر والحضر[٤].

٢ ـ وما ذكر أيضاً من إباحة الطلاق[٥].

٣ ـ وما ذكروه من أن صيد البحر مباح للمحرم[٦].

٤ ـ وما ذكروه من قولهم يباح التناول من هدي المتعة والقران[٧].

٥ ـ وما ذكروه من كون الاصطياد مباحاً[٨].

٦ ـ وما ذكروه من إباحة قول الشعر وإنشاده واستماعه متى كان في

---

(١) المدخل لابن الحاج ١/ ٢٣.
(٢) البحر المحيط للزركشي ١/ ١/ ٣٦٤.
(٣) بريقة محمودية للخادمي ١/ ٢٥٠ ط دار إحياء الكتب العربية.
(٤) انظر الأم للشافعي ٣/ ١٤١.
(٥) الأم ٥/ ١٩٢.
(٦) المنتقى للباجي ٢/ ٢٤٥، المجموع للنووي ٧/ ٣٥٥ ط مطبعة المنيرية، طرح التثريب لعبد الرحيم بن الحسين العراقي ٦/ ١٣ ط دار إحياء الكتب العربية.
(٧) المبسوط للسرخسي ٤/ ٧٦ ط دار المعرفة بيروت.
(٨) المبسوط ١١/ ٢٢٠.

أغراض مباحة[1].

٧ ـ وما ذكروه من قولهم الأصل في البيع مطلقاً الإباحة[2].

٨ ـ وقولهم كل إناء طاهر يباح اتخاذه واستعماله[3].

٩ ـ وما جاء في كتبهم من إباحة مطلق الدواء[4].

١٠ ـ وما جاء من قولهم ويباح فيه ـ أي المسجد ـ عقد النكاح[5].

فهذه الأمثلة وغيرها كثير مما تذخر به كتب الفقه يظهر فيها أنهم استعملوا لفظ المباح للدلالة على النوع الأول منه وهو ما كان مباح الأصل يستوي فيه فعله وتركه، وهذا هو النوع الأشهر في الإباحة وما عناه الأصوليون في تعريفهم له كما سبق.

ثانياً: الإباحة الطارئة

وهذا النوع من الإباحة يقصد به أن يكون الشيء ممنوعاً في الأصل ولكنه أبيح لظروف قهرية اضطرت إلى هذه الإباحة، أو هي إخراج الفعل المحظور أصلاً من دائرة الحظر إلى دائرة الحل لمعنى خاص، على أنه متى انتهى هذا المعنى رجع الحظر كما كان، وعبر عنها البعض بأنها «ما لم يرد فيه خطاب بالتخيير لكن دل الدليل السمعي على نفي الحرج عن

---

(١) الفتاوى الهندية ٥/ ٣٥١ ط دار الفكر، المغني لابن قدامة ١٠/ ١٧٦، غذاء الألباب في شرح منظومة الآداب للسفاريني ١/ ١٨٠ ط مؤسسة قرطبة.

(٢) شرح فتح القدير لكمال الدين بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام ٧/ ١٠ ط دار الفكر.

(٣) الإنصاف للمرداوي ١/ ٧٩ ط دار إحياء التراث العربي.

(٤) بريقة محمودية للخادمي ١/ ٢٧٣.

(٥) غذاء الألباب للسفاريني ٢/ ٣١٢.

فعله وتركه، فقد عرف بدليل السمع ولولاه لكان يعرف بدليل العقل نفي الحرج عن فاعله، فهنا دل دليل غير صريح وأيده العقل على نفي الحرج»[1].

والإباحة هنا دوماً تكون لظروف طارئة قهرية، وقد رفع الشارع الحرج عن الناس، قال تعالى ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكمْ فِي الدّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[2]، ورفع الحرج يقتضي إباحة المحرم أحياناً، فيجعله مباحاً، ولكنه ليس مباحاً مطلقاً وفي كل الأحوال، بل يكون مباحاً في وقت معين، ولظروف خاصة متى انتفت عاد إلى حالته الأصلية كما كان فيكون محرماً، وقد وردت في الفقه الإسلامي أمثلة كثيرة لهذا النوع من الإباحة سوف أذكر هنا بعضاً منها في السطور التالية:

أ ـ من المعروف أن الأصل حرمة الاعتداء على الناس أو استحلال دمائهم، فقد اتفق الفقهاء[3] على تحريم القتل العمد للإنسان بدون وجه حق أيّاً كان السبب، وأيّاً كان عمر المقتول أو حالته ولو كان مريضاً أو يحتضر، ومن قتل إنساناً عمداً قتل به.

واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والإجماع...

أما الكتاب:

فآيات عدة منها ما يلي:

---

(١) المستصفى للغزالي ص ٧٥.

(٢) سورة الحج الآية رقم (٧٨).

(٣) المبسوط للسرخسي ٢٧/ ٨٤، تبيين الحقائق للزيلعي ٦/ ٩٨، ط دار الكتاب الإسلامي بيروت، الأم للشافعي ٦/ ٣، المغني لابن قدامة ٨/ ٢٠٧، المحلى لابن حزم ١٠/ ٢١٣ ط دار الفكر.

١ ـ قوله تعالى ﴿وَلاَ تَقْتُلُواْ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ ذَلِكُمْ وَصَاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ﴾[١].

٢- قوله تعالى ﴿وَلاَ تَقْتُلُواْ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللهُ إِلاَّ بِالحَقِّ وَمَن قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً فَلاَ يُسْرِف فِّي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُوراً﴾[٢].

٣ ـ قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ لاَ يَدْعُونَ مَعَ اللهِ إِلَهًا آخَرَ وَلاَ يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ وَلاَ يَزْنُونَ وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَاماً﴾[٣].

٤ ـ قوله تعالى ﴿أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْساً بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعاً وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعاً﴾[٤].

٥ ـ قوله تعالى ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُتَعَمِّداً فَجَزَآؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِداً فِيهَا وَغَضِبَ اللهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَاباً عَظِيماً﴾[٥].

وجه الدلالة:

فقد نهى الله سبحانه في هذه الآيات عن قتل النفس بغير حق، والنهي يقتضي التحريم ما لم توجد قرينة صارفة ولا قرينة، فكان قتل النفس بغير حق حراماً، وتوعد سبحانه من يفعل ذلك بالعذاب المقيم في جهنم والعياذ بالله، فدل كل ذلك على حرمة قتل النفس بغير حق وأنها من الكبائر.

وأما السنة:

فأحاديث كثيرة منها ما يلي:

---

(١) سورة الأنعام من الآية رقم (١٥١).
(٢) سورة الإسراء من الآية رقم (٣٣).
(٣) سورة الفرقان من الآية رقم (٦٨).
(٤) سورة المائدة من الآية رقم (٣٢).
(٥) سورة النساء من الآية (٩٣).

١ ـ عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ عن رسول الله ﷺ قال: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلاّ الله ويؤمنوا بي وبما جئت به، فإذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم إلاّ بحقها وحسابهم على الله »[١].

٢ ـ عن ابن عباس[٢] ـ رضي الله عنهما ـ أن قتيلاً قتل على عهد رسول الله ﷺ لا يدرى من قتله، فقال النبي ﷺ «يقتل قتيل لا يدري من قتله، لو أن أهل السماء وأهل الأرض اشتركوا في قتل مؤمن لعذبهم الله إلاّ أن لا يشاء ذلك»[٣].

٣ ـ عن عبد الله بن عمرو[٤] ـ رضي الله عنهما ـ أن النبي ﷺ قال:

---

(١) متفق عليه، واللفظ لمسلم، رواه في صحيحه ١/ ٥٢، ورواه البخاري في صحيحه ٣/ ١٠٧٧.

(٢) ابن عباس: حبر الأمة أبو العباس عبد الله بن عباس بن عبد المطلب، ابن عم رسول الله ـ ﷺ ـ، ولد في شعب بني هاشم قبل الهجرة بثلاث سنين، وتوفي رسول الله ـ ﷺ ـ وهو ابن ثلاث عشرة سنة، صحب النبي ـ ﷺ ـ ودعا له الرسول مرتين بالحكمة، فكان من أكثر الناس حكمة ومعرفة بكتاب الله سبحانه، امتلأ علماً وحكمة، وفاض علمه على الناس فتوى في الأحكام، وتفسيراً لآي القرآن، واشتهر بدقة معرفته للغة العرب، وطلبه لغريبها، وروايته لشعر فحول شعرائها، فكان يروي القصيدة تزيد على مائة بيت استظهاراً وحفظاً، روى الحديث عن النبي ـ ﷺ ـ وأبي بكر وعمر وعثمان وعلي وأبي بن كعب وأبيه العباس وأبي ذر وغيرهم من الصحابة، وروى عنه ابنه علي ومواليه، ومجاهد وطاووس وعطاء وعروة وسعيد بن جبير وغيرهم من العلماء والأعلام، وقد كانت له مكانة خاصة لدى عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فكان يستشيره في الأمر الذي يهمه، ويقول عنه (غوّاص) وقال عنه يوماً «لا يلومني أحد على حب ابن عباس»، وقد مات رضي الله عنه بالطائف سنة ثمان وستين، وله إحدى وسبعون سنة.
انظر الترجمة له في: تاريخ الإسلام ٢/ ٤٦٤ وما بعدها، الطبقات الكبرى ٢/ ٣١٤.

(٣) رواه البيهقي في سننه، السنن الكبرى ٨/ ٢٢.

(٤) عبد الله بن عمرو: الصحابي ابن الصحابي أبو نصير عبد الله بن عمرو بن العاص بن وائل بن هاشم، يقال كان اسمه العاص فغيره النبي ﷺ، كان طوالاً أحمر، عظيم =

«لزوال الدنيا أهون على الله من قتل رجل مسلم»[1].

٤ ـ عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ قال: قال رسول الله ﷺ «من أعان على قتل مسلم بشطر كلمة لقي الله يوم القيامة مكتوب على جبهته آيس من رحمة الله»[2].

٥ ـ عن أبي الدرداء[3] ـ رضي الله عنه ـ قال: سمعت رسول الله ﷺ

الساقين، أبيض الرأس واللحية، وعمي في آخر عمره، أسلم قبل أبيه، وروى عن النبي ﷺ كثيراً وعن عمر وأبي الدرداء ومعاذ وابن عوف وعن والده عمرو، وحدث عنه من الصحابة ابن عمر وأبو أمامة والمسور والسائب بن يزيد وأبو الطفيل، وعدد كثير من التابعين، منهم سعيد بن المسيب وعروة وطاووس وأبو العباس السائب وعطاء بن يسار وعكرمة ويوسف بن ماهك ومسروق بن الأجدع وعامر الشعبي وأبو زرعة، وقد تردّدت الأخبار في وفاته فقال الواقدي مات بالشام سنة خمس وستين وهو يومئذ بن اثنتين وسبعين، وقيل مات بمكة وقيل بالطائف وقيل بمصر ودفن في داره قاله يحيى بن بكير، وحكى البخاري قولاً آخر إنه مات سنة تسع وستين.
انظر الترجمة له في: الإصابة لابن حجر ٤/ ١٩٢ وما بعدها، الطبقات الكبرى ٤/ ٢٦١، الاستيعاب ٣/ ٩٥٦ وما بعدها، طبقات الفقهاء لأبي إسحاق الشيرازي ١/ ٣٢ ط دار القلم بيروت.

(١) رواه الترمذي في سننه وصححه، انظر سنن الترمذي ٤/ ١٦ ط دار إحياء التراث العربي.

(٢) رواه البيهقي في سننه، السنن الكبرى ٨/ ٢٢ وقال، فيه يزيد بن أبي زياد الشامي، وقيل إنه منكر الحديث.

(٣) **أبو الدرداء**: عويمر بن زيد بن قيس صحابي أنصاري من الخزرج، والدرداء ابنته التي تزوجها عبد الله بن سعيد بن خيثمة، كان أبو الدرداء آخر أهل داره إسلاماً، وبعد أن أسلم حسن إسلامه وصار من أعبد الصحابة وأكثرهم تفكراً واعتقاداً، حتى إن زوجته حين سئلت عن أفضل عبادته قالت: التفكر والاعتبار، وقد آخى النبي ﷺ بينه وبين سلمان الفارسي، وله معه في ذلك قصة مشهورة رواها أصحاب السنن حين رآه مقبلاً على العبادة وحدها مهملاً حق نفسه وحق أهله، وتوفي رضوان الله عليه بالشام سنة ٣١ هـ.
انظر الترجمة له في: الطبقات الكبرى ٤/ ٣٥١ وما بعدها، الإصابة في تمييز الصحابة لابن الأثير ٤/ ٧٤٧، سير أعلام النبلاء ٢/ ٣٤٨ وما بعدها.

يقول «كل ذنب عسى الله أن يغفره إلاّ من مات مشركاً أو مؤمن قتل مؤمناً متعمداً»[1].

وجه الدلالة:

فقد بينت هذه الأحاديث عظم الذنب الذي يكون على قتل امرئ مسلم، ويكفي أن زوال الدنيا بما فيها أهون عند الله من قتل امرئ مسلم بغير حق، فدل ذلك على حرمة قتل مسلم أو غيره عمداً بدون حق.

وأما الإجماع:

فقد أجمع المسلمون في كل العصور على حرمة القتل العمد بغير حق ولو لغير مسلم[2]، وتشتد الحرمة في قتل المسلم بغير حق، فهو من أكبر الكبائر عند الله تعالى بعد الشرك به سبحانه.

هذا هو الأصل العام، ولكن هذا الأصل يتوقف العمل به، ويصبح الإنسان حلال الدم في أحوال معينة ذكرها النبي ـ ﷺ ـ بقوله «لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلاّ الله وأنّي رسول الله إلاّ بإحدى ثلاث الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة»[3].

فقد أباح هذا الحديث دم المرتد، ودم قاتل النفس بغير حق، والإباحة هنا طارئة لوجود فعل معين من مباح الدم نفسه، وليست إباحة أصلية كالسابقة.

---

(١) رواه البيهقي في سننه، السنن الكبرى ٨/ ٢١، وروى الحاكم مثله في المستدرك عن معاوية بن أبي سفيان وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، المستدرك ٤/ ٣٩١.

(٢) وقد نقلت كتب الفقه هذا الإجماع، انظر: تبيين الحقائق ٦/ ٩٨، المغني لابن قدامة ٨/ ٢٠٧.

(٣) متفق عليه، واللفظ لمسلم، رواه في صحيحه ٣/ ١٣٠٢، ورواه البخاري في صحيحه ٦/ ٢٥٢١.

وكذا أباح الشارع دفع الصائل ولو بقتله حماية لحق المعتدى عليه في الدفاع عن حرمة دمه، وحفظ حياته وما يتصل بها دفعاً لشر الصائل وأذاه، ورعاية لمصلحة أرجح من المصلحة في حظره، فمصلحة المصول عليه أولى بالرعاية وأرجح من مصلحة الصائل الذي أهدر حقه في الحياة بصياله على النفس أو العرض أو المال المعصومين شرعاً، فحظر القتل هنا كان بنصوص قاطعة كما سبق، ورفع الحظر عنه وإباحته بمقتضى الحق في دفع الصائل يجعل من دفع الصائل سبباً للإباحة الطارئة بعد الحظر.

ب ـ إن الأصل العام المتفق عليه بين الفقهاء أنه لا يجوز الأكل من الميتة بأي سبب من أسباب الموت دون الذكاة، أو الأكل من الدم، أو لحم الخنزير، لقوله تعالى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ لِغَيْرِ اللهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَآ أَكَلَ السَّبُعُ إِلاَّ مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَنْ تَسْتَقْسِمُواْ بِالأَزْلاَمِ ذَلِكُمْ فِسْقٌ﴾[1]، وهذا النص صريح الدلالة في التحريم فهو لا يحل بحال من الأحوال.

ولكن هذا الأصل يتوقف العمل به في حال الاضطرار والمخمصة، فقد اتفق الفقهاء[2] على أنه يجوز للمضطر أن يتناول المحرمات من الأطعمة ولو كانت ميتة أو لحم خنزير أو دماً وذلك في حال المخمصة متى خشي

---

(١) سورة المائدة من الآية رقم (٣).

(٢) المبسوط للسرخسي ١٠/١٩٦، أحكام القرآن للجصاص ١/ ١٨١، غمز عيون البصائر للحموي ١/ ٢٧٧، شرح منح الجليل ٢/ ٤٥٥، حاشية العدوي على شرح الخرشي ٢/ ٤٢٠ ط دار الفكر، الفواكه الدواني ١/ ٣٨٧، بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ١/ ٣٨٤ ط دار الفكر، أسنى المطالب ١/ ٥٧٠، المجموع للنووي ٩/ ٤١، المغني لابن قدامة ٩/ ٣٣١، العدة شرح العمدة للمقدسي ص ٤٦٤ ط عيسى الحلبي، الفتاوى الكبرى لابن تيميه ١/ ٢٤١ ط دار الكتب العلمية، المحلى لابن حزم ٦/ ١٠٥.

على نفسه التلف، أو خشي تلف عضو من أعضائه إن امتنع عن تناول هذه المطعومات[1].

واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فآيات منها:

١ ـ قوله تعالى ﴿وَمَا لَكُمْ أَلاَّ تَأْكُلُواْ مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلاَّ مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾[2].

٢ ـ قوله تعالى ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلاَ إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[3].

٣ ـ قوله تعالى ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لإِثْمٍ فَإِنَّ اللهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[4].

وجه الدلالة:

فقد حرم الله عز وجل الميتة والدم ولحم الخنزير وغيرها من الأطعمة

---

(١) وإن كان هناك خلاف بينهم بعد ذلك في القدر الذي يجوز للمضطر أكله من الميتة **فذهب الحنفية، والشافعية في الصحيح، والإمام أحمد في رواية** إلى أن المباح للمضطر سد الرمق فقط دون زيادة ولا يباح له الشبع منه، لأن ما أبيح لأجل الضرورة اقتصر منه على ما يزيلها، وزوال الضرورة هنا بالأكل بما يسد الرمق دون الشبع.
وذهب المالكية، والشافعية في وجه، والإمام أحمد في رواية إلى أنه يجوز له الشبع منها، لأن ما أبيح له الأكل ولم يحدد بمقدار معين فجاز له الشبع منه، انظر في هذا: أحكام القرآن للجصاص ١/ ١٧٩، أحكام القرآن لابن العربي ١/ ٨٢، المجموع شرح المهذب للنووي ٩/ ٤٤، تحفة المحتاج لابن حجر ٩/ ٣٩١، وما بعدها، حاشيتا قليوبي وعميرة ٤/ ٢٦٣، العدة للمقدسي ص ٤٦٤.

(٢) سورة الأنعام الآية رقم (١١٩).

(٣) سورة البقرة الآية رقم (١٧٣).

(٤) سورة المائدة الآية رقم (٣).

المحرمة المذكورة تفصيلاً في غير موضع، واستثنى منها حالة الضرورة، فأباح الأكل منها حفظاً للنفس من الهلاك، فدل ذلك على جواز الأكل من المحرم في حالة الضرورة.

وأما السنة:

فما رواه أبو داود[1] والبيهقي[2] بسنديهما أن رجلاً نزل بالحرة ومعه

---

(١) أبو داود: سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو بن عمران أبو داود السجستاني ولد سنة ٢٠٢ هـ، حدث عن أبي داود الطيالسي وسليمان بن حرب ومسلم بن إبراهيم الأزدي وأبي عمر الحوضي وأبي سلمة التبوذكي ومسدد بن مسرهد وغيرهم، وطاف البلاد وصنف الكتب، وكان إماماً من أئمة أهل النقل، روى عنه ابنه عبد الله وأبو عيسى الترمذي وأبو عبد الرحمن عبد الله بن أحمد بن حنبل وأبو عبد الرحمن بن شعيب النسائي وأحمد بن محمد بن هارون الخلال وغيرهم، ومن أهم كتبه السنن والذي يقول فيه «كتبت عن رسول الله ﷺ خمسمائة ألف حديث انتخبت منها ما ضمنته هذا الكتاب يعني كتاب السنن جمعت فيه أربعة آلاف وثمانمائة حديث، ذكرت الصحيح وما يشبهه ويقاربه»، وتوفي رحمه الله في السادس عشر من شوال سنة ٢٧٥ هـ.
انظر الترجمة له في: التقييد لأبي بكر محمد بن عبد الغني البغدادي ١/ ٢٧٩ وما بعدها الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ دار الكتب العلمية بيروت، تذكرة الحفاظ ٢/ ٥٩١ وما بعدها، طبقات الحفاظ للسيوطي ١/ ٢٦٥ وما بعدها، تقريب التهذيب لابن حجر العسقلاني ١/ ٢٥٠ الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ ١٩٨٦ م دار الرشيد بسوريا.

(٢) البيهقي: أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروردي البيهقي، الحافظ الإمام صاحب كتاب السنن الكبير والسنن الصغير ودلائل النبوة وكتاب الأدب وغير ذلك، كان مولده سنة أربع وثمانين وثلاثمائة، وسمع بنيسابور من أبي عبد الله محمد ابن عبد الله الحاكم، والسيد أبي الحسن محمد بن الحسين العلوي، وأبي طاهر محمد بن محمد بن محمش الزيادي، وأبي بكر أحمد بن الحسن الحيري وغيرهم، واشتهر بفنون عديدة أهمها الحديث وكان كتابه السنن الكبرى من أهم المصنفات في الحديث، وقد طبع أكثر من طبعة في بلاد مختلفة، وتوفي بنيسابور في عاشر جمادى الأولى من سنة ثمان وخمسين وأربعمائة ونقل تابوته إلى بيهق حيث دفن رحمه الله.
انظر الترجمة له في: التقييد لأبي بكر البغدادي ١/ ٣٧ وما بعدها، تذكرة الحفاظ للذهبي ٣/ ١١٣٢، سير أعلام النبلاء للذهبي ١٩/ ٣١٤.

أهله وولده، فقال له رجل: إن لي ناقة قد ضلت فإن وجدتها فأمسكها، فوجدها فلم يجد صاحبها، فمرضت الناقة، فقالت امرأته: انحرها، فأبى، فنفقت، فقالت اسلخها حتى نقدد شحمها ولحمها ونأكله، فقال: حتى أسأل رسول الله ﷺ، فأتاه فسأله، فقال له ﷺ: هل عندك ما يغنيك؟ قال: لا، قال: فكلوه، قال: فجاء صاحبها فأخبره خبرها، فقال: هلا كنت نحرتها، قال: استحيت منك»[1].

فهذا الحديث صريح الدلالة على أن المضطر له إمساك الميتة، والأكل منها عند فقد الطعام، فقد رخّص رسول الله ﷺ لهذا الرجل في إمساك الناقة النافقة وأكلها هو وأهله بعد أن علم أن لا مال له ولا طعام غيرها، فدل على أن إباحتها هنا إباحة طارئة لظروف خاصة لو انتفت هذه الظروف لانتفى الحكم معها[2].

وأما الإجماع:

فقد أجمعت الأمة كلها من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا على إباحة الميتة وغيرها من الأطعمة المحرمة عند الضرورة، ولم يخالف في ذلك أحد ممن يعتبر قوله[3].

ففي المثالين السابقين الأصل العام هو الحرمة للفعل، ولكنه أبيح للضرورة فكانت الإباحة فيه طارئة أو استثنائية لا أصلية، ولذا فإنها مباحة بضوابط صارمة لا بد من توافرها لتوافر الإباحة، ومتى انتفت هذه

---

(١) رواه أبو داود في سننه حديث رقم ٣٨١٦، سنن أبي داود ٣/ ٣٥٨ ط دار الفكر بيروت د. ت، ورواه البيهقي في سننه، السنن الكبرى ٩/ ٣٥٦.

(٢) إعلام الموقعين لابن القيم ٤/ ٢٩٢ ط دار الكتب العلمية بيروت.

(٣) وقد نقلت الكتب الفقهية هذا الإجماع:
انظر في ذلك: حاشية العدوي على الخرشي ٢/ ٤٢٠، المجموع شرح المهذب للنووي ٩/ ٤٣، المغني لابن قدامة ٩/ ٣٣٠، العدة شرح العمدة للمقدسي ص ٤٦٤.

الضوابط أو أحدها انتفت الإباحة، فمثلاً لو رجع المرتد إلى الإسلام بعد استتابته لم يكن مهدر الدم وعاد دمه إلى الإحصان مرة أخرى، وكذا لو وجد المضطر ما يطعمه من حلال لم يبح له الأكل من الميتة أو لحم الخنزير أو غيره من الأطعمة المحرمة، وهكذا.

ومما يجب اعتباره هنا أن الإباحة الطارئة ليس لها بعد الحظر أسباب محددة على سبيل الحصر، فالشريعة الإسلامية ليس فيها حصر لأسباب الإباحة أكثر من أن ما لم ينص على الإباحة فيه فهو مرتبط بالموازنة بين المصالح والمفاسد مما هو موكول إلى النظر الفقهي المعتبر عند الشارع، فنظرية الإباحة الطارئة وأسبابها متوفرة في الفقه الإسلامي[1].

موقع الدفاع الشرعي من نوعي الإباحة:

بعد ذكر ما سبق فإن السؤال الذي يثور هنا عن موقع الدفاع الشرعي من هذين النوعين من الإباحة، ولا شك أنه وللوهلة الأولى يظهر أن الدفاع الشرعي يندرج تحت النوع الثاني وهو الإباحة الطارئة لا الأصلية، فليس مباحاً للشخص الاعتداء على الغير بدون سبب، ولكن لما كان هناك اعتداء واقع عليه أو على ماله أو عرضه أو على عرض غيره أو ماله أو نفسه أبيح لأجل هذه الضرورة دفع المعتدي بالسبيل الذي ينفع به، ولو قتل المهاجم أو الصائل هنا فدمه هدر، لأنه أخرجه من دائرة الإحصان إلى دائرة الإهدار بفعله وتعديه على حقوق الغير.

والله أعلم.

---

(١) نظرية الإباحة للدكتور محمد سلام مدكور ص ٤٤٧.

الفرع الثاني

تعريف الإباحة وأنواعها في القانون الوضعي

رغم أن شراح القانون في مصر اهتموا اهتماماً بالغاً بأسباب الإباحة وذكروها تفصيلاً لبيان أحكامها إلاّ أنهم لم يتعرضوا لتعريف الإباحة، وإنما تعرضوا لتعريف المقصود بأسباب الإباحة، وربما كان ذلك لأنهم لا يهدفون لتعريف الإباحة ذاتها بقدر ما يهدفون إلى معرفة كنه أسباب الإباحة وأوصافها وشروطها كما بيّنها القانون.

يضاف إلى ذلك أن شراح القانون في غالب الأحيان لا يلجأون إلى تعريف ماهية الشيء، ولا يهتمون بوضع تعريفات له باعتبار أن توضيح شروطه وخصائصه وسماته وطرق تطبيقه تبين المقصود به تفصيلاً.

ولا يكاد يخلو مرجع من المراجع القانونية أو كتاب من كتب الشراح من وضع تعريف لأسباب الإباحة أو على الأقل محاولة بيان المقصود بها.

ومن ذلك مثلاً قول بعضهم[1] أسباب الإباحة كما يفصح عنها اسمها أحوال تبدو فيها الواقعة من حيث الظاهر مستجمعة كل العناصر التي تلزم

---

(١) قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ٨٧.

لاعتبارها جريمة ولكنها مع ذلك لا تعد جريمة وذلك لوجود قاعدة قانونية ترخص بارتكاب الفعل في تلك الأحوال أو توجبه.

وعرفها بعضهم بأن المقصود بها أن تتوافر أركان الجريمة في الظاهر بحيث يعد الفاعل معاقباً بها ومع ذلك يخرج فعل الجاني عن نطاق المسؤولية الجنائية والمدنية معاً[1].

وتعريفات الشراح[2] كلها لا تخرج تقريباً عن هذه المعاني وإن اختلفت الصياغات والألفاظ، فهي تعني في مجملها أن الواقعة المرتكبة تتوافر فيها شروط الجريمة ظاهراً ولكنها مع ذلك تخرج عن نطاقها لتوافر سبب معين قرره القانون وأوجب فيه أو أباح لمرتكبه القيام بما فعل دون مسؤولية جنائية أو مدنية على فعله.

ولكن من ينظر للتعريفات السابقة أو غيرها مما ورد في كتب الشراح يجدها تفصيلاً لأسباب الإباحة وليس تعريفاً لها بالمعنى الدقيق، فهي تتسم بالطول والشرح المسهب للأسباب أو بيان جدواها أو أثرها على العقاب والتجريم دون بيان لماهيتها والمقصود بها أو بالإباحة كما هو

---

(١) شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات لمحمود إبراهيم إسماعيل ص ١٠٣.

(٢) انظر مثلاً:

النظرية العامة للقانون الجنائي للدكتور رمسيس بهنام ص ٣١٣ ط مكتبة المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٦٨ م، الأحكام العامة لقانون العقوبات للدكتور السعيد مصطفى ص ١٦٧، أصول قانون العقوبات للدكتور أحمد فتحي سرور ص ٢٠٥، الأسس العامة لقانون العقوبات القسم العام للدكتور سمير الجنزوري ص ٤٨٩، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ١٦٩، شرح قانون العقوبات للدكتور محمود مصطفى ص ١٣٠، تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ٣٥، وقد كتب الدكتور محمود نجيب حسني دراسة مفصلة عن أسباب الإباحة وفصلها تفصيلاً دقيقاً في التشريعات العربية المختلفة ونشرها معهد الدراسات العربية سنة ١٩٦٢ م، القانون الجنائي مبادئه ونظرياته العامة للدكتور محمد محيي الدين عوض ص ٤٩٢ ط مطبعة جامعة القاهرة.

الحال في التعريفات أو كما هو المراد من التعريفات ككل، يضاف إلى ذلك أن بعض هذه التعريفات يتسم بالغموض وعدم الدقة في الصياغة، وكل هذه التعريفات تقتصر على بيان الأثر دون بيان الماهية كما سبق القول.

وحتى من اعتنى بالإباحة اعتناء خاصاً من الشراح والباحثين[1] رغم دراسته لنظرية الإباحة ككل إلاّ أنه لم يضع لها تعريفاً، وإنما اهتم بإبراز أسباب الإباحة والإسهاب في شرحها وبيان ضوابطها القانونية وأحكام تجاوزها دون التعريف بالإباحة نفسها وما تعنيه من مفهوم، وإن كان يفهم من كلامه أنه جعل لمفهوم الإباحة صورة واسعة وهي التي تتمثل في الأصل العام من سلوك الإنسان، وأنه على الإباحة ما لم يرد حظر قانوني بنص معين، وصورة أخرى ضيقة تجعل الفعل في الأصل مجرماً ولكنه أبيح لوجود سبب ما منصوص عليه قانوناً لظروف خاصة تخرج الفعل من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة.

ولما كان الأمر كذلك ولم نجد من شراح القانون من يضع تعريفاً محدداً ومقبولاً للإباحة ـ كما فعل الفقهاء والأصوليون ـ فإنني أذكر تعريفاً لها حسبما يظهر من كلامهم عنها ومن نصوص القانون في أسبابها، فأقول إن الإباحة في نظر الفقه الوضعي تعني إخراج الفعل المرتكب من دائرة الحظر والتجريم رغم توافر أركان الجريمة به إلى دائرة المشروعية لعدم تعارضه مع المصلحة الجنائية المعتبرة.

---

(١) فقد كتب الدكتور عثمان سعيد عثمان رسالة مفصلة في هذا الشأن بعنوان استعمال الحق كسبب للإباحة حصل بها على درجة الدكتوراه من كلية الحقوق بالقاهرة ونشرتها دار الجبلاوي للطبع والنشر عام ١٩٦٨ م.

وهذا التعريف لا أدعي كماله ولا خروجه عن دائرة المناقشة، فكل تعريف عرضة للاعتراض، ولكنه ـ في رأيي ـ يلم بصور الإباحة الطارئة أكثر من الإباحة الأصلية لأنها لا تدخل في هذا التعريف، ولأن القانون لم ينص على هذه الإباحة، ولم يعتبرها، لخروجها عن نطاقه، فهو يهتم بذكر الأفعال الإجرامية ووصفها ومن ثم بيان العقوبة الواجبة لها، والإباحة الأصلية ليست كذلك، وإنما هو يشمل الإباحة الطارئة فقط.

أنواع الإباحة:

مما سبق يتضح أن القانون يهتم بذكر الأوضاع المخالفة له لبيان حدود الجريمة فيها ومن ثم تحديد العقاب اللازم لها، ومن هنا فإن القانون لا يعرف الإباحة الأصلية على أساس أنها موجودة ولا تحتاج إلى نص، فالأصل العام في سلوك الإنسان هو الإباحة، والسبب الوحيد لإباحة هذه الأفعال هو عدم نص المشرع الوضعي على تجريم لها، فمن أصول الفقه الجنائي المبدأ المعروف «لا جريمة ولا عقوبة إلاّ بنص» وهذا المبدأ يفيد من معناه أن المباح يشمل المنصوص على إباحته، ويشمل ما لم يرد به نص، ومن الطبيعي أن الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه يؤدي إلى أن تسود الفوضى وتهدر الحقوق، لذا فإن كل قانون يضفي حمايته الجنائية على بعض الحقوق التي يرى جدارتها لهذا النوع من الحماية، وكل فعل غير مشروع يمس هذه الحقوق يضع له القانون عقوبة أو تدبيراً احترازياً، فإذا زالت عن فعل المساس بالحق الصفة غير المشروعة صار الفعل مشروعاً، وهذه الصفة هي التي يعرفها شراح القانون ويذكرونها تحت عنوان أسباب الإباحة.

فالقانون إذاً يعرف الإباحة الطارئة على أساس أنها تخرج الفعل من

كونه غير مشروع وتضفي عليه صفة المشروعية، وتنفي عه الصفة الإجرامية، لعدم تعارضه مع المصلحة المعتبرة التي يراد حمايتها حينئذ، وهذا ما يتضح من كلام شراح القانون وإن لم يذكروه صراحة، ولكنه واضح من تعبيراتهم عن موقع أسباب الإباحة[1].

تقسيم أسباب الإباحة الطارئة:

جرى شراح القانون على تقسيم أسباب الإباحة الطارئة إلى نوعين، أسباب عامة وأخرى خاصة، فأما الأسباب العامة فهي تلك التي لا تختص بجريمة معينة، ولا تتقيد ببعض الجرائم بل تبيح الفعل الذي ارتكب مهما كان وصفه في القانون، فهو يتصور توافره بالنسبة لكل الجرائم، ومثال الأسباب العامة استعمال الحق، والقيام بالواجب.

وأما الأسباب الخاصة فهي تلك التي تتوافر بالنسبة لجرائم معينة، وبالتالي لا تنتج أثرها إلاّ بالنسبة لهذا النوع من الجرائم، فالأسباب الخاصة لا يمكن تصور توافرها إلاّ في جرائم محددة، كحق الدفاع أما المحاكم الذي نصت عليه المادة (٣٠٩) من قانون العقوبات، فهو سبب خاص للإباحة، إذ لا يبيح غير القذف والسب والإبلاغ الكاذب والجرائم المنصوص عليها في المواد من (٣٠٢ إلى ٣٠٨) من قانون العقوبات[2].

---

(١) انظر في ذلك مثلاً:
النظرية العامة للقانون الجنائي للدكتور رمسيس بهنام ص ٣١٣، الأحكام العامة لقانون العقوبات للدكتور السعيد مصطفى ص ١٦٧، أصول قانون العقوبات للدكتور أحمد فتحي سرور ص ٢٠٥، الأسس العامة لقانون العقوبات القسم العام للدكتور سمير الجنزوري ص ٤٨٩، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ١٦٩، شرح قانون العقوبات للدكتور محمود مصطفى ص ١٣٠، تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ٣٥.
(٢) انظر في ذلك:

موقع الدفاع الشرعي من أنواع الإباحة:

ممّا سبق يظهر بوضوح أن القانون جعل الدفاع الشرعي أحد أسباب الإباحة والإباحة هنا طارئة لا أصلية، فالأصل أن الاعتداء على الغير مجرم ويستحق فاعله عقوبة على ارتكابه ولكنه أبيح لظروف قهرية استدعت هذه الإباحة، فالمهاجم قد أخرج الفعل المرتكب ضده من دائرة الحظر إلى دائرة المشروعية.

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

بالنظر في تعريف الإباحة وأنواعها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي نجد أن الفقه الإسلامي أكثر دقة في توضيح المقصود بالإباحة وذكر تعريفاتها وأنواعها وتفصيل ذلك في كتبهم بالأمثلة والأدلة، وقد سبق بيان أكثر من مثال على ذلك، على عكس القانون الوضعي الذي يذكر أسباب الإباحة دون بيان المقصود بها، فهو لا يهمه بيان ذلك بقدر ما يهمه توضيح الجرائم وعقوباتها.

يضاف إلى ذلك أن الفقه الإسلامي قد خدم بعلم لم يخدم به أي تشريع وضعي آخر وهو علم أصول الفقه الذي يبين ماهية الإطلاقات المذكورة في كتب الفقهاء، فيوضح المقصود بالإباحة والتجريم والحلال والحرام والواجب والمكروه تحديداً دقيقاً، فأصول الفقه علم خادم للفقه ونادر الوجود، وقد برع الفقهاء في كتاباته ممّا يبهر القارئ، ويجعل نصوص

= شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ١٧١، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون سلامة ص ١٧٤، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٣٣، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ٩٢.

الفقه والتشريع واضحة المعالم دون لبس أو غموض يكتنفها، وهذا ما خلا منه بالطبع القانون الوضعي فجاءت نصوصه مبتورة وغير دقيقة، ومن ثم احتاجت للتطور وإعادة الصياغة، فهو صناعة بشرية على العكس من التشريع الإسلامي إلهي المصدر والذي يتمتع بالأصالة التي لا توجد ولن توجد في تشريع آخر في الدنيا، وما عمل الفقهاء فيه إلاّ الاستنباط من مصادره، والفقه فيها دون بعد عنها أو حيف عليها.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

المطلب الثاني

علة الإباحة

وفيه فرعان:

الفرع الأول
علة الإباحة في الفقه الإسلامي

والمقصود بعلة الإباحة هنا المعنى الذي جعل أسباب الإباحة مشروعة على خلاف الأصل المعمول به في مثلها.

ولبيان هذه العلة ينبغي أولاً الإشارة سريعاً إلى المقصود بالعلة عند الفقهاء.

فالعلة في اللغة بمعنى المرض، يقال اعتل فلان بمعنى مرض، واعتل إذا تمسك بحجة معينة[1]، وبهذا يتضح أن العلة هي الأمر المؤثر في الشيء كما يؤثر المرض في صحة الإنسان.

وفي الاصطلاح اختلفت تعريفات الأصوليين في العلة، فمنهم من

---

(١) المصباح المنير ص ٤٢٦، مختار الصحاح ص ٣٩٦ وما بعدها.

عرفها بالمعرف للحكم، ومنهم من عرفها بالمؤثر، ومنهم من قال إنها الموجبة للحكم بذاتها، ومنهم من قال إنها الوجبة للحكم بجعل الشارع لها، ومنهم من قال إنها الباعث على التشريع، ومنهم من قال إنها الموجبة بالعادة[١]، ومن تعريفات بعض الأصوليين للعلة قولهم العلة هي المعنى الذي عند حدوثه يحدث الحكم[٢].

وقيل هي ما يضاف إليه وجوب الحكم ابتداء[٣].

وأيّاً كان الأمر فإن المراد هنا البحث عن العلة التي أبيحت لأجلها أسباب الإباحة، ومن يقرأ كتب الفقهاء في ذكرهم لأسباب الإباحة الأصلية والطارئة والتي ضربنا لها أمثلة فيما سبق يجد أن الفقهاء لم يتعرضوا صريحاً للعلة في الإباحة، وإن كان من ينعم النظر في كلامهم عن مقاصد الشريعة الإسلامية يجد أن العلة في إباحة الطيبات وتحريم الخبائث هي مراعاة مصالح الخلق وضروراتهم في المعاش، وقد سبق الذكر أن حجة الإسلام الغزالي يقول في هذا الشأن «إن جلب المنفعة ودفع المضرة من مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، ولكنا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليهم دينهم وأنفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة»[٤].

فهذا النص يوضح أن المصالح المذكورة والتي اتفق عليها العلماء هي

---

(١) انظر: شرح التلويح على التوضيح لمسعود بن عمر التفتازاني ٢/ ١٢٤ ط مكتبة محمد علي صبيح بمصر، البحر المحيط للزركشي ٧/ ١٤٣ وما بعدها.
(٢) الفصول في الأصول للجصاص ٤/ ٩ ط وزارة الأوقاف بالكويت.
(٣) كشف الأسرار عن أصول البزدوي لعبد العزيز ٤/ ١٧٤ ط دار الكتاب الإسلامي.
(٤) انظر: المستصفى ١/ ١٣٩ وما بعدها.

مقاصد ضرورية لا يستطيع أحد الاستغناء عنها أو التفريط فيها، ولذا جاء الشرع الشريف بنصوص ترعاها، فهنا كانت المصلحة الشرعية المعتبرة هي العلة من الإباحة، خاصة وأن جمهور الفقهاء يعتبرون الإباحة من الأحكام الشرعية.

ومن يقرأ نصوص القرآن والسنة، أو يتتبع الأحكام الفقهية الواردة في الإباحة والحظر يجد أنها في غالب الأحيان ترد بالعلة التي أباحت الفعل أو حرمته، ومن ذلك مثلاً:

١ ـ عندما أرسل الله سبحانه الرسل بيّن العلة من ذلك وهو هداية الناس ولئلاّ يكون لهم على الله حجة بعد ذلك، فقد قال تعالى ﴿رُّسُلاً مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلاَّ يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ﴾[1].

٢ ـ بيّن الله سبحانه العلة من خلق العباد فقال تعالى ﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالإِنسَ إِلاَّ لِيَعْبُدُونِ مَآ أُرِيدُ مِنْهُم مِّن رِّزْقٍ وَمَآ أُرِيدُ أَن يُطْعِمُونِ﴾[2].

٣ ـ بيّن الله سبحانه العلة من تشريع الصيام فقال تعالى ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾[3].

٤ ـ عندما شرع الله سبحانه القصاص من القاتل بيّن العلة من تشريعه فقال تعالى ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَأُولِي الأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾[4].

٥ ـ عندما حرم الله الخمر بيّن الفقهاء أن العلة منها الإسكار، فكل شراب مسكر مذهب للعقل محرم بناء على هذه العلة.

---

(١) سورة النساء الآية رقم (١٦٥).
(٢) سورة الذاريات الآيتان (٥٦، ٥٧).
(٣) سورة البقرة الآية رقم (١٨٣).
(٤) سورة البقرة الآية رقم (١٧٩).

ولذا اشتهر عند الفقهاء قولهم الأصل في النصوص التعليل[1]، أو الأصل في النصوص أن تكون معقولة المعنى، أو الأصل في النصوص أن تكون معللة، وقد بحثوا عن العلة عند حكمهم على الأشياء، وكانت العلة هذه أصلاً في القول بالقياس والحكم على كثير من الفروع الفقهية.

ولما كان الأمر كذلك فإن من ينظر في الإباحة وأسبابها يجد أن العلة في الإباحة هي رعاية مصالح معتبرة أدت إلى هذه الإباحة الطارئة، فمصلحة المدافع (المصول عليه) في الدفاع الشرعي أولى بالرعاية والاهتمام من مصلحة الصائل المهاجم، ولذا أخذت في الاعتبار وكانت أولى بالتقديم.

---

(١) انظر: كشف الأسرار ١/ ٣٠٩، ٣١٢، ٣/ ٣٢٣، تبيين الحقائق ١/ ٣٢، ١١٠، العناية على الهداية للبابرتي ٩/ ٤٨١، شرح التلويح على التوضيح ١/ ٨١، ٢/ ١٢٩ وقد اختار التفتازاني هذا الرأي بعد أن ذكر الآراء الأخرى بتفصيل في الصفحة السابقة، التقرير والتحبير في شرح التحرير لمحمد بن محمد ابن أمير الحاج ٣/ ١٥٨، ط دار الكتب العلمية بيروت، بريقة محمودية للخادمي ١/ ٢٩٧، حاشية ابن عابدين ١/ ٤٤٨.

الفرع الثاني

علة الإباحة في القانون الوضعي

لم يأت القانون بنص صريح يبيّن علة الإباحة في الأسباب المذكورة فيه وإنما ترك ذلك لاجتهادات الشراح نظراً لأنه لا يهتم بذكر العلة من نصوصه، ولذا ثار خلاف بين شراح القانون حول العلة من الإباحة، واتسع الجدل الفقهي بينهم حول الأفكار التي ينبغي بناء هذه العلة عليها، ووجدت في سبيل ذلك نظريات وأفكار عدة أعرض لها باختصار فيما يلي:

أولاً: ذهب بعض الشراح إلى أن علة الإباحة تقوم على فكرة شرف الباعث أو ما يسمى بسمو الغاية[1]، ويقصد بهذه الفكرة ـ كما عرضها أصحابها ـ أن المشرع القانوني يبيح الفعل المجرم أصلاً لينال من ورائه غاية الفاعل وسموها، فالمشرع مثلاً يجعل الضرب جريمة نظراً لما فيه من المساس بالجسم الآدمي، ومع ذلك فهو يبيحه في حالة تأديب الأب لابنه، لأنه يهدف من وراء ذلك إلى

---

(١) انظر في عرض هذه الفكرة ونقدها:

مبادئ القسم العام من التشريع العقابي للدكتور رؤوف عبيد ص ٤٩٦ وما بعدها الطبعة الرابعة ١٩٧٩ م دار النهضة العربية، استعمال الحق كسبب للإباحة للدكتور عثمان سعيد عثمان ص ٣١٢.

نيل غاية الأب السامية وباعثه الشريف على فعله وهو تأديب الصغير وتهذيبه وإصلاحه وتعليمه بما يعود بالنفع عليه وعلى المجتمع الذي يعيش فيه.

ورغم وجاهة هذه الفكرة في ظاهرها إلاّ أنها لم تسلم من نقد الشراح المعارضين لها على اعتبار أن شرف الغاية أو سموها لا يصلح أساساً للإباحة وإن صلح أساساً لتحديد العقوبة وتقديرها لأسباب عدة منها:

١ ـ إن هذه العلة قاصرة فهي لا تتسع لكل أسباب الإباحة الواردة في القانون، فمثلاً لا يمكن تطبيق هذه الفكرة في الإضرابات التي يقوم بها العمال حتى ولو كانوا يعلمون بضررها المؤكد الذي سيقع على صاحب العمل، لعدم وجود شرف الباعث أو سمو الغاية هذا فكيف تطبق عليه؟

٢ ـ إن من المعروف عن الباعث أنه حالة شخصية لا موضوعية، ولذا فإنها تختلف من شخص لآخر، وما دام الأمر كذلك فلن يكون هناك ضابط لتحديد هذا الباعث ووجوده من عدمه، فلا تصلح هذه الفكرة لتكون علة للإباحة.

٣ ـ إن القول بأن الباعث هو علة الإباحة فيه مغالطة، لأن بعض الجرائم لو بررت به لوقع خلط كبير، فمثلاً من يقتل صديقه المريض الذي يعاني آلاماً مبرحة يستحيل شفاؤه منها عقلاً لا يصح تعليل فعله هنا بشرف الباعث حتى ولو كان يهدف من وراء فعلته تلك إراحة صديقه من هذه الآلام.

٤ ـ إن الباعث ـ وكما هو معروف في الفقه الجنائي ـ لا يعد ركناً في الجريمة، ومن ثم لا يصلح جعله علة لمنع تطبيق الحكم الجنائي.

ثانياً: وذهب البعض الآخر إلى أن الإباحة وسيلة لإدراك غرض مشروع، وتقوم هذه الفكرة على أساس أن المشرع يعترف بغرض معين

يحاول حمايته وتحقيقه، ولأجل هذا يبيح كل الوسائل الممكنة لتحقيقه حتى ولو كانت تلك الوسائل غير مشروعة في الأصل، ولكن يشترط في الوسيلة المستعملة هنا أن تكون ملائمة، بمعنى أن تكون كافية لتحقيق الغرض دون تجاوز، فهذه الفكرة تقوم على جناحين لا يمكن الاستغناء عن أحدهما، وهما اعتراف المشرع القانوني بغرض معين ورغبته في تحقيقه من ناحية، وأن تكون الوسيلة لتحقيقه ملائمة له دون تجاوز من ناحية أخرى، فالأب يريد تهذيب ابنه وتربيته، وهو غرض معترف به قانوناً، ولذا أباح الضرب رغم أنه مجرم ـ كما سبق ـ وإنما أبيح لكونه وسيلة لتحقيق الغرض المشروع المعترف به[1].

وقد تعرضت هذه الفكرة للنقد أيضاً، فلم تسلم من الأخذ والرد، وتمثلت الردود عليها فيما يلي:

١ ـ إن اعتراف المشرع القانوني بغرض معين يحتاج لضابط لبيان ما هو هذا الغرض وما هو معيار الاعتراف به هذا، وهو ما لا يوجد في الواقع، ومن ثم كان هذا الرأي قائما على غير أساس.

٢ ـ إن الوسيلة المستعملة تخضع لتقدير القائم بالفعل فكيف يمكن تحديد مقدار استعمالها وملاءمتها لتحقيق الغرض خاصة وأن هذا الاستعمال متروك للتقدير الشخصي؟

ثالثاً: وذهب فريق ثالث إلى أن العلة في الإباحة أنها تقوم على أساس استعمال الحق، فالشخص الذي يقوم بعمل من أسباب الإباحة إنما يقوم بفعل خوله له القانون حتى وإن كان في الأصل مجرماً ومعاقباً

---

(١) انظر هذا الرأي ومناقشته في: أسباب الإباحة في التشريعات العربية للدكتور محمود نجيب حسني ص ١٩ وما بعدها، استعمال الحق كسبب للإباحة للدكتور عثمان سعيد ص ٣١١.

عليه، وليس من المقبول عقلاً أن يبيح القانون لشخص استعمال حق معين ثم يعاقبه عليه بعد ارتكابه[1].

وقد تعرضت هذه الفكرة أيضاً للنقد من جانب شراح القانون، وتمثلت ردودهم عليها فيما يلي:

١ ـ إن هذه الفكرة تحصر أسباب الإباحة في سبب واحد وهو استعمال الحق، وتجعل باقي الأسباب مجرد أمثلة وتطبيقات له وليست أسباباً مستقلة، والواقع بخلاف ذلك كما يشهد شراح القانون كلهم، بدليل إيرادهم كل سبب على حدة وبشروط وضوابط مختلفة.

٢ ـ إن هذه الفكرة فيها قصور، لأنها تجعل كل أسباب الإباحة واحداً وهو استعمال الحق مع أن بعضها قد يكون أداء لواجب، كما في أداء الموظف لعمله واختصاصاته، فهذا ليس حقّاً له وإنّما هو أداء واجب عليه.

رابعاً: ويرى فريق آخر أن العلة في الإباحة هو انتفاء القصد الجنائي، وهذه الفكرة تقوم على أساس أن من يأتي نشاطاً من أسباب الإباحة لا يقوم قصده على أساس ارتكاب فعل إجرامي، وإنما يقوم بالفعل وهو يعرف أنه محظور قانوناً ولكنه مباح استثناء لظروف طارئة أجبرته على القيام به[2].

وقد تعرض هذا الرأي للنقد أيضاً على اعتبار أن القول به يوسع من

---

(١) انظر في إيراد هذا الرأي ونقده: أسباب الإباحة في التشريعات العربية للدكتور محمود نجيب حسني ص ١٩ وما بعدها، المسؤولية الجنائية للدكتور مصطفى القللي ص ٢٤٤ وما بعدها، مبادئ القانون الجنائي للدكتور علي راشد ص ٤٣١.

(٢) انظر في عرض هذا الرأي والرد عليه: مبادئ القسم العام من التشريع العقابي للدكتور رؤوف عبيد ص ٤٩٦ وما بعدها، استعمال الحق كسبب للإباحة للدكتور عثمان سعيد ص ٣١١ وما بعدها.

أسباب الإباحة ويجعلها غير مضبوطة بقيود معينة، وبهذا تكون أسباب الإباحة مجالاً غير محدود وغير معلوم العاقبة، وهو ما لا يريده القانون ولا المجتمع بالفعل، كما أن انتفاء القصد الجنائي هنا متكامل وليس مفتقداً لعنصر منه فقط، فمن يقوم بالفعل المباح يعلم أنه غير محظور، ويقدم عليه وهو مدرك لذلك تماماً، ومن ثم لا مجال للقول بعلمه بعنصر فقط منه كما يقول هذا الرأي.

خامساً: وذهب آخرون إلى أن علة الإباحة هي انتفاء علة التجريم، وتقوم هذه الفكرة على أساس أن علة التجريم هي حماية حق معين أو مصلحة لها اعتبارها في نظر المشرع، فالقاعدة أن المشرع إنما يجرم من الأفعال ما يهدد الحقوق والمصالح الاجتماعية التي يرى ضرورة حمايتها، فإذا تبين له أن فعلاً من هذه الأفعال لا يؤثر في ظروف معينة وبصفة مطردة على تلك الحقوق والمصالح، أو ثبت أنه وإن كان يضر ببعضها إلاّ أنه يكفل الحماية لغيرها ممّا يعد أولى بالرعاية منها فإنه يغلب جانب الإباحة على جانب التجريم[1]، وهذه العلة تتحد في معناها وهدفها مع العلة التي يقول بها أصحاب الرأي الغالب من شراح القانون ـ والتي سوف أعرضها في الرأي السادس ـ وإن اختلفت الصياغة بينهما، فبينما هي في هذا الرأي انتفاء علة التجريم ـ ويقصد بعلة التجريم حماية مصلحة معتبرة ـ يقول الرأي الآخر بأن العلة هي حماية المصلحة المعتبرة، فالتقيا في الفكرة، وإن اختلفا في كيفية عرضها، فكلا الرأيين يهدف إلى القول بأن العلة

---

(١) وممن قال بهذه الفكرة الدكتور محمود نجيب حسني في كتابه أسباب الإباحة في التشريعات العربية ص ١٦ وما بعدها، والدكتور عوض محمد في قانون العقوبات القسم العام ص ٨٨.

رعاية المصلحة ولكن هذا الرأي أتى بها من ناحية انتفاء علة التجريم، والرأي الآخر أتى بها من ناحية رعاية المصلحة المعتبرة.

سادساً: وقال البعض إن علة الإباحة هي حماية المصالح المعتبرة للأفراد والمجتمع، وتقوم هذه الفكرة على أساس أن المشرع القانوني قد أوجد أسباب الإباحة قاصداً حماية مصالح معتبرة للأفراد وللمجتمع ككل، فالأب حين يقوم بتأديب ولده، والزوج حين يقوم بتأديب زوجته إنّما يهدف إلى تحقيق مصلحة معيّنة، وفعله في الأصل مجرم، ولكنه أبيح مراعاة لمصلحة الفرد والمجتمع هنا، وحماية له ودعماً لاستقراره، وكذا الطبيب الذي يقوم بعملية جراحية هو في الأصل يقوم بعمل ممنوع، لما فيه من الاعتداء على جسم آدمي، ولكن لما كان الهدف الحصول على مصلحة معتبرة خرج فعله هذا من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة وكان ذلك علة لها.

وهذا الرأي هو ما عليه غالبية شراح القانون الوضعي[1] حيث يعتبرون أن العلة الحقيقية من الإباحة هي المصلحة المعتبرة من قبل الشارع والتي يحميها بواسطة نصوص التجريم، فما دام أن الفعل ليس متعارضاً مع وسائل ومتطلبات هذه الحماية لعدم كونه اعتداء أو مهدّداً بخطر لتلك المصلحة فإن الفعل في هذه الحالة يكون مباحاً.

---

(١) انظر مثلاً: شرح قانون العقوبات للدكتور محمود مصطفى ص ١٣٥، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي للدكتور رؤوف عبيد ص ٤٩٧، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات لمحمود إبراهيم إسماعيل ص ٤٣٧، استعمال الحق كسبب للإباحة للدكتور عثمان سعيد ص ٣١٥، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون سلامة ص ١٦٩.

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

بإجالة النظر الفاحص فيما سبق يتضح أن الفقه الإسلامي وإن لم ينص فقهاؤه صراحة على علة الإباحة ولكنها واضحة من كلامهم، وهي رعاية المصالح المعتبرة للأفراد والجماعة، ومنهجه في ذلك هو الموازنة بين المصالح والمفاسد، وجعل درء المفاسد مقدما على جلب المصالح، فإن تعارضت المصالح قدم أولاها بالرعاية والاعتبار على وفق ما تقدم الحديث عنه بإفاضة عند الموازنة بين المصالح وكيفية تقديم بعضها على بعض عند التعارض.

أمّا القانون الوضعي فلم ينص هو الآخر على علة الإباحة، وإنما نص على أسباب الإباحة وضوابطها وشروطها تفصيلاً، منعاً لوقوع أي لبس فيها، تاركاً التفصيل لاجتهادات الشراح التي تعددت ـ كما سبق ـ، وبعد شدة لجاج انتهى رأي الأغلبية منهم إلى القول بأن علة الإباحة هي حماية المصالح المعتبرة للأفراد والمجتمع والموازنة بينها، أي أنه وبعد كل هذا التحاور والنقد والأخذ والرد انتهى شراحه في العصر الحديث إلى ما انتهى إليه فقهاء الشريعة منذ عصور عديدة وأزمنة غابرة، بل منذ نزلت هذه الشريعة على رسول الإسلام محمد ﷺ، وبذا يكون لهذا الشريعة فضل السبق من ناحية، وفضل التنظيم البديع الدقيق الذي قام به فقهاؤها من ناحية أخرى، ومن يراجع كتب أصول الفقه وقواعده في هذا المجال يجد حججهم ناصعة البيان، وتقسيماتهم البديعة التي لا يتصور وجود مثيل لها ناهيك عن تجاوزها، أو الإتيان بما هو أبدع منها.

المطلب الثالث

الأثر المترتب على الإباحة

وفيه فرعان:

الفرع الأول

الأثر المترتب على الإباحة في الفقه الإسلامي

يقصد بالأثر المترتب على الإباحة هنا مدى تأثيرها على مسؤولية القائم بفعل منها، وهل يعاقب عليه أم لا؟ وما مدى هذا العقاب إن كان هناك عقاب؟

ومن يقرأ كتب الفقه الإسلامي لا يجد أنهم يتكلمون عن أثر الإباحة صراحة وإنما لهم تعبيراتهم الخاصة في هذا المجال، فهم يعبرون عن الفعل المباح بقولهم «من فعل كذا فلا شيء على الفاعل» أو قولهم «لا ضمان عليه» وهو التعبير الغالب عندهم، أو قولهم «فلا قصاص عليه ولا دية» وهكذا، ومن الأمثلة على ذلك عندما سئل الشافعي[1] عن الرجل

---

(١) **الشافعي**: هو الإمام أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع الذي ينتسب إليه فيسمى بالشافعي، وينتهي نسبه عند عبد مناف، فيلتقي في النسب مع النبي ﷺ، وأمه يمنية من الأزد، ولد الشافعي بغزة في فلسطين سنة ١٥٠ هـ، وقد =

يضرب ولده، أو المعلم يضرب تلميذه، أو الطبيب يقطع عضواً من رجل للتداوي فيموت منه هل في ذلك شيء فقال «إنه ما لم يتعد المأمور به فلا عقل ولا مأخوذية في ذلك»[1]، فهنا جعل التعدي هو السبب في المسؤولية، وغيره ينفي الضمان، لأنه سبب من أسباب الإباحة، ولذا إذا تعدى في تلفه بأن ضربه ضرباً معهوداً فأدى إلى تلفه كانت الدية على عاقلته والكفارة في ماله لأنه تجاوز سبب الإباحة[2].

حفزته أمه إلى طلب العلم، وكانت امرأة صالحة تركت تأثيراً عليه بما تأمره من العلم والبر والمواظبة على العبادة، فحفظ القرآن الكريم وتلقى الحديث الشريف من أعلام مكة، وكان حريصاً على حفظها وتدوينها، ونهل من علوم العربية، وخرج في سبيلها إلى قبيلة هذيل، وكان الإمام الشافعي رحمه الله محباً للعلم، متواضعاً لا يبتغي بعلمه غير وجه الله من عرض الدنيا وزخرفها، فجلّ همه أن يتعلم الناس الفقه ولو لم يذكروه بشيء فيقول «وددت لو أن كل الناس قرأوا كتبي جميعها وانتفعوا بها ولم ينسبوا لي منها حرفاً»، ويقول «ما ناظرت أحداً إلاّ وتمنيت أن يجري الله الحق على لسانه»، وقد تنقل في البلاد المختلفة متعلّماً ومعلماً حتى استقرّ به المقام في مصر وتوفي ودفن بها، وكان ذلك في سنة ٢٠٤ هـ.

وقد كتبت في الإمام الشافعي كتب كثيرة في القديم والحديث عدا ما ذكر عنه في كل كتب التراجم والطبقات، ومن أفضل ما كتب عنه، مناقب الشافعي للبيهقي، الشافعي ناصر السنة وواضع الأصول للمستشار عبد الحليم الجندي طبعة دار المعارف، الإمام الشافعي للشيخ محمد أبو زهرة طبعة دار الفكر العربي، والشافعي للإمام الأكبر الشيخ مصطفى عبد الرازق هدية مجلة الأزهر عدد جمادى الآخرة ١٤٢٣ هـ، والإمام الشافعي ومدرسته الفقهية للدكتور علي جمعة، طبعة المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بالقاهرة في سلسلة دراسات إسلامية، العدد ٥٨ لسنة ١٤٢١ هـ ـ ٢٠٠٠ م، وغيرها الكثير.

(١) الأم للشافعي ٦/ ١٨٩ وما بعدها.

(٢) وقد اختلف الفقهاء في هذه الحالة فمنهم من قال بالضمان كأبي حنيفة والشافعي، ومنهم من قال بعدم الضمان كالصاحبين ومالك والحنابلة، ولكل أدلة ومناقشات ليس هنا مجال ذكرها.

انظر: المبسوط ٣٠/ ٤٨، وقد فرق السرخسي في ضرب المعلم للولد بين التأديب بإذن الوالد وبين التأديب بغير إذنه، وانظر: بدائع الصنائع للكاساني ٧/ ٣٠٥، تبصرة الحكام لابن فرحون ٢/ ٣٤٠، تحفة المحتاج لابن حجر ٩/ ١٩٢، الأحكام السلطانية

أمّا في حالة قيام المسؤولية عن الفعل فيعبر عنه الفقهاء بقولهم عليه الضمان، ومن الأمثلة على ذلك «سئل مالك[1] عن رجل حفر بئراً في غير ملكه فقال: من حفر بئراً حيث لا يجوز له فهو ضامن لما عطب فيها»[2].

وعلى هذا فإنه متى توافر سبب من أسباب الإباحة، كدفع الصائل مثلاً أو التأديب أو فعل الطبيب على الوجه المشروع أو فعل الإمام في التعزير وغيره بحق فإن المسؤولية تنتفي هنا ولا يكون على الفاعل شيء، لأنه قام بفعل صحيح شرعاً.

ومن ذلك مثلاً في تأديب الزوجة والولد ما ذكره ابن قدامة[3] حيث

= للماوردي ص ٢٩٦، المغني لابن قدامة ٩/ ١٥٠، الإنصاف للمرداوي ٦/ ٧٩.

(١) **الإمام مالك**: هو الإمام مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي، نسبة إلى قبيلة ذي أصبح اليمنية، قدم جده أبو عامر إلى المدينة في عهد رسول الله ﷺ واستوطنها، وشهد المغازي كلها مع رسول الله ﷺ خلا غزوة بدر الكبرى، ولد الإمام مالك في المدينة سنة ٩٣ هـ على أشهر الأقوال، وقيل سنة ٩٧ هـ، ونشأ بها، وعاش فيها حياته كلها، ولم يخرج منها إلى غيرها من البلاد إلاّ إلى مكة حاجّاً، ولذا كان أكثر الفقهاء علماً بالسنة، وأقوال الصحابة وفتاويهم وأقضيتهم، ذا باع طويل في معرفة الناسخ والمنسوخ من السنن والآثار، وقد كان الإمام مالك ذا حافظة قوية فاستفاد من كل أولئك، كما كان ذا فراسة تنفذ إلى بواطن الأمور، وقد بارك الله في عمر الإمام مالك فكان ممن طال عمره وحسن عمله، فقد عاش ستّاً وثمانين سنة قضاها في طلب العلم تحصيلاً وتعليماً، وجلس للفتوى والتدريس فيها أكثر من ثمان وستين سنة، وتوفي رحمه الله بالمدينة، ودفن بالبقيع، وكانت وفاته سنة ١٧٩ هـ.
وقد كتبت في الترجمة للإمام مالك كتب كثيرة انظر منها: الإمام مالك للشيخ محمد أبو زهرة، طبعة دار الفكر العربي، والإمام مالك للشيخ محمود عبد المتجلي خليفة، طبعة مجلة الأزهر هدية عددي شوال وذي القعدة سنة ١٤١٣ هـ، ومالك بن أنس إمام دار الهجرة للمستشار عبد الحليم الجندي، طبعة دار المعارف بمصر.

(٢) المدونة للإمام مالك ٤/ ٤٧٤ ط دار الكتب العلمية بيروت.

(٣) **ابن قدامة**: موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي، أحد أشهر أعلام الحنابلة، كان رحمه الله من أكثر ناشري المذهب الحنبلي بكتبه ومؤلفاته، وكان واسع الأفق، وتتميز كتبه بذكر المذاهب الأخرى، فهو يميل =

يقول «وليس على الزوج ضمان الزوجة إذا تلفت من التأديب المشروع في النشوز، ولا على المعلم إذا أدب صبيه الأدب المشروع، وبه قال مالك، وقال الشافعي وأبو حنيفة يضمن»[1].

ويقول ابن فرحون[2] في تأديب الصبي وتعليمه «وأما المعلم فقال مالك في معلم الصبيان في الكتاب أو معلم الصنعة إن ضرب صبياً ضرباً يعلم أنه من الأدب فمات لم يضمن»[3].

ويقول البهوتي[4] في تأديب الزوجة والولد وعدم التعدي فيهما «ومن

إلى المقارنة، ولا يهاجم غير الحنابلة، بل يشرح كل رأي بإنصاف، ويذكر آراء غيرهم من أصحاب المذاهب المندثرة وأدلتهم. وتعد مؤلفاته من أهم كتب الحنابلة، وأشهرها كتاب المغني الذي شرح فيه مختصر الخرقي في الفقه الحنبلي، وله أيضاً كتاب الكافي، وكتاب المقنع، وكتاب العمدة، وله في الأصول كتاب قيم وهو روضة الناظر وجنة المناظر، وتوفي رحمه الله سنة ٦٢٠ هـ. انظر الترجمة له في: شذرات الذهب في أخبار من ذهب لابن العماد الحنبلي ٥/ ٨٨، الذيل على طبقات الحنابلة ٤/ ١٣٢.

(١) المغني لابن قدامة ٩/ ١٥٠، وانظر أيضاً في نفس المعنى الإنصاف للمرداوي ٦/ ٧٩.

(٢) ابن فرحون: القاضي إبراهيم بن نور الدين أبو الحسن علي بن محمد بن فرحون اليعمري المالكي، ولد بالمدينة ونشأ بها وتفقه على جده وأبيه، ودرس الموطأ والبخاري ومسلم وغيرها من المتون، ورحل إلى مصر والشام وتولى القضاء بالمدينة سنة ٧٩٣ هـ، ألف الكثير من الكتب منها إقليد الأصول، وإرشاد السالك إلى أفعال المناسك، وتبصرة الحكام، والديباج المذهب وغيرها من الكتب المفيدة، وهو أحد الأعلام في المذهب المالكي، وأصيب في آخر حياته بالفالج في شقه اليسر فمات بعلته وكان عمره نحو سبعين عاماً، وكانت وفاته عام ٧٩٩ هـ ودفن بالبقيع.
انظر الترجمة له في: شذرات الذهب لابن العماد الحنبلي ٦/ ٣٥٧، معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة ١/ ٦٨، الأعلام للزركلي ١/ ٥٢.

(٣) تبصرة الحكام ٢/ ٣٤٠.

(٤) البهوتي: الفقيه الجليل منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي، شيخ الحنابلة بمصر في عصره، كان رحمه الله عالماً فذا مجتهداً في المذهب الحنبلي، وكتبه فيه من أكثرها اعتماداً عند الحنابلة، له مؤلفات عديدة =

أدب ولده أو أدب زوجته في نشوز، ولم يسرف لم يضمن، أو أدب معلم صبيّه، أو أدب سلطان رعيته، ولم يسرف، أي لم يزد على الضرب المعتاد فيه لا في عدد ولا في شدة فتلف المؤدَّب بذلك لم يضمنه المؤدِّب نصاً، لفعله ما له فعله شرعاً بلا تعد، أشبه سراية القود والحد، وإن أسرف المؤدب أو زاد على ما يحصل به المقصود فتلف بسببه ضمنه لتعديه بالإسراف»[1].

وهذا النص رائع البيان في حدود أثر الإباحة وعدم التجاوز فيها، وسوف يأتي تفصيل لذلك أكثر في موضعه من البحث بإذن الله تعالى.

وفي إباحة عمل الطبيب يقول ابن قدامة «وإن قطع طرفاً من إنسان فيه أكلة أو سلعة بإذنه وهو كبير عاقل فلا ضمان عليه، وإن قطعه مكرهاً فالقطع وسرايته مضمون بالقصاص»[2].

وفي إباحة فعل الإمام يقول المرغيناني[3] «ومن حده الإمام أو عزره

أشهرها كشاف القناع عن متن الإقناع، ودقائق أولي النهي في شرح غاية المنتهى وهو المسمى بشرح منتهى الإرادات، وله أيضاً الروض المربع بشرح زاد المستقنع، وتوفي رحمه الله سنة ١٠٥١ هـ.
انظر: الأعلام للزركلي ٧/ ٣٠٧.

(١) شرح منتهى الإرادات ٣/ ٢٩٩.

(٢) المغني لابن قدامة ٩/ ١٥٠.

(٣) **المرغيناني**: أبو الحسن برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني الفرغاني المرغيناني، ولد بفرغانة سنة ٥٣٠ هـ وينسب إلى ناحية مرغينان بها، كان رحمه الله حافظاً مفسراً من المجتهدين العظام في مذهب أبي حنيفة، كما كان أديباً محقّقاً، ألف الكثير في كتب الحنفية التي هي من القواعد في المذهب أشهرها كتابه الهداية الذي شرح فيه بداية المبتدي، وقد شرح هذا الكتاب بأكثر من شرح، وله غيره كتاب منتقى الفروع، والفرائض، ومناسك الحج، ومختارات النوازل، وغيرها، وتوفي رحمه الله سنة ٥٩٣ هـ.
وقد وردت ترجمته في كتب كثيرة انظر: الفوائد البهية لعبد الحي اللكنوي ص ١٤١،

فمات فدمه هدر، لأنه فعل ما فعل بأمر الشرع، وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة»[1].

ويقول البغدادي[2] «الواجب لا يتقيد بوصف السلامة، والمباح يتقيد به، فلا ضمان لو سرى قطع القاضي إلى النفس وكذا إذا مات المعزر[3]».

ومما سبق يتضح أن الأثر المترتب على الإباحة شرعاً انتفاء مسؤولية القائم بالفعل على أن يكون فعله في حدود وضوابط الإباحة، فمن قال بعدم الضمان من الفقهاء اشترط أن يكون الفعل في حدود المعهود شرعاً، فإن تعدى الفاعل ضمن، ومن ذلك مثلاً ما يقوله أشهب[4] في مؤدب

= الجواهر المضية في طبقات الحنفية للقرشي ١/ ٣٨٣، الأعلام للزركلي ٤/ ٢٦٦.

(١) الهداية للمرغيناني ٥/ ٣٥٢.

(٢) البغدادي: أبو محمد غياث الدين غانم بن محمد بن غانم البغدادي، فقيه حنفي عاش في القرن العاشر والحادي عشر الهجري، وهو عالم موسوعي صنف الكثير من الكتب في العلوم المختلفة، أشهرها كتابه مجمع الضمانات، وله بالإضافة إليه كتاب حصن الإسلام، وهو كتاب في العقائد، وكتاب ملجأ القضاة عند تعارض البينات، وكتاب الوسيط في شرح تهذيب المنطق، وغيرها من التصانيف، وتوفي رحمه الله سنة ١٠٣٠ هـ.
انظر الترجمة له في: كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون لحاجي خليفة ١/ ٦٦٨ ط دار العلوم الحديثة، بيروت، معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة ٨/ ٣٧ وما بعدها، ط مكتبة المثنى، بيروت، الأعلام للزركلي ٥/ ١١٦.

(٣) مجمع الضمانات ص ١٦٦ ط دار الكتاب الإسلامي.

(٤) أشهب: أبو عمرو أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي العامري الجعدي، قيل اسمه مسكين وأشهب لقب له، فقيه مصر في عصره، ولد سنة ١٤٥ هـ، صاحب الإمام مالك وروى عنه، وعن الليث بن سعد وابن عيينة وابن لهيعة وغيرهم، قال عنه الشافعي «ما أخرجت مصر أفقه من أشهب لولا طيش فيه»، وتوفي رحمه الله في شعبان سنة ٢٠٤ هـ بعد وفاة الشافعي رحمه الله بشهر، وقيل بثمانية عشر يوماً.
وقد وردت ترجمته في كتب كثيرة انظر: وفيات الأعيان ١/ ٢٣٨، تهذيب التهذيب =

الصبيان أنه «متى زاد على ثلاثة أسواط اقتص منه»[1]، وفي ذلك دليل على اشتراط عدم التعدي.



لابن حجر ١/ ٣٥٩، الديباج المذهب لابن فرحون ص ٣٠٧، شجرة النور الذكية لمحمد مخلوف ص ٥٩.

(١) التاج والإكليل للمواق ٨/ ٤٣٧.

الفرع الثاني

الأثر المترتب على الإباحة في القانون الوضعي

إن الأثر المترتب على الإباحة في القانون الوضعي هو انتفاء المسؤولية الجنائية والمدنية تجاه الفعل المرتكب، فالقانون يحمي الحق في سلامة البدن، ويجرم من أجله الضرب والجرح، ويعاقب من يرتكب هذا الفعل، ولكنه في الوقت نفسه يسمح للطبيب أن يمارس مهنته ويقوم بالعمليات الجراحية متى اقتضت الضرورة الطبية ذلك، ومن المعلوم أن هذه العمليات قد تؤدي إلى بتر عضو من أعضاء المريض أو وفاته، وهو كذلك يجيز للأب تأديب أولاده، وكذلك يحمي القانون الحرية الشخصية، ويحمي حق الحياة، ويجرم خطف الناس واحتجازهم كما يحرم قتلهم، ولكنه في الوقت نفسه يوجب على المختصين بتنفيذ الأحكام القضائية أن يقبضوا على المتهمين والمحكوم عليهم، وأن يودعوهم السجن، كما يوجب إزهاق روح من حكم عليه بالإعدام شنقاً أو رمياً بالرصاص.

والقاعدة في هذا الشأن أن ما يأذن فيه القانون أو يوجبه لا يمكن أن يكون جريمة، لأنه يمتنع عقلاً أن ترد الإباحة والتأثيم على محل واحد

وفي وقت واحد، ولذا فإن أسباب الإباحة ترفع عن الفعل صفة الجريمة، وتجعله على أصله في الإباحة[1].

وإذا كان للإباحة أثرها في نفي صفة التجريم عن الفعل، وإدخاله في دائرة المباح وإخراجه عن صفة الجريمة والعقاب فإن هذا الأثر لكي يترتب وينتج أثره لا بد للقائم بالفعل أن يلتزم الضوابط والشروط المعينة والموضوعة تفصيلاً في القانون فلا يتجاوزها، فإن حدث التجاوز خرج الفعل من دائرة المباح إلى دائرة التجريم، ويستوي في التقدير القانوني تخلف الشرط وتجاوز الحد، فالفعل في الحالين يكون خاضعاً لنص التجريم، وكل ما بينهما من فرق أن الفاعل عند تخلف الشرط لا يدخل في دائرة المباح أصلاً، أما في حالة التجاوز فإنه يخرج من دائرة المباح بعد دخولها، كما أن العقاب في الحالة الثانية قد يختلف مقداره ونوعه على حسب حسن النية وسوئها، وذلك على اعتبار لا يتصل بفكرة التجاوز ذاتها بل بالركن المعنوي للجريمة[2].

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في الأثر المترتب على أسباب

---

(١) انظر في هذا:
قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ٨٧ وما بعدها، أصول قانون العقوبات القسم العام للدكتور أحمد فتحي سرور ص ٢١٣، القانون الجنائي للدكتور علي راشد ص ٤٣٠، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ١٧٣، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ١٦٣، المسؤولية الجنائية للدكتور مصطفى القللي ص ٢٤٤، تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ٣٦، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور محمد نعيم فرحات ص ٧٩.

(٢) قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ٩١.

الإباحة وهو عدم المسؤولية عن الفعل أو عدم الضمان له كما يعبر فقهاء الشريعة عن هذا الأثر.

ولا مجال للخلاف هنا لأنه أثر طبيعي يترتب على كون الفعل مباحاً، إذ لا مسؤولية شرعاً ولا قانوناً على فعل مباح، وإنما تترتب المسؤولية على ارتكاب فعل محظور.

كما يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في اشتراط عدم التجاوز في الفعل المباح حتى يسري هذا الأثر بعدم ترتب الضمان عليه، فإن حدث تجاوز خرج الفعل من دائرة الإباحة إلى دائرة الحظر ومن ثم يجب الضمان عليه.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

المطلب الرابع

الغلط في الإباحة والجهل بها

وفيه فرعان:

الفرع الأول

الغلط في الإباحة والجهل بها في الفقه الإسلامي

المقصود بالغلط في الإباحة أنّ السبب المبيح للفعل ليس قائماً، ولكن من يقوم بالفعل يقع في غلط يجعله متوهّماً أنّه موجود، فما مدى أثر غلطه هذا على مسؤوليته عن الفعل الذي قام به باعتباره سبباً مبيحاً لفعله؟

وحالة أخرى أن يقوم الشخص بفعله معتقداً أنّه غير مشروع ولكنّه مشروع فعلاً، فهنا القائم بالفعل يجهل سبب الإباحة وأقدم على الفعل معتقداً كونه معتدياً به ولكنّ الأمر بخلاف ذلك، فما مدى تأثير الجهل هنا؟

لتفصيل هاتين الحالتين وبيان أثرهما في الفقه الإسلامي ينبغي الحديث عن كل منهما على حدة فيما يلي:

أولاً: حالة الغلط في الإباحة:

لم يذكر فقهاء الشريعة ـ فيما اطلعت عليه وحسبما تكوّن لديّ من ظن ـ اصطلاح الغلط في كتبهم، ومن ثم لم يوردوا له تعريفاً محدّداً مع أنه موجود في ثنايا كلامهم عن الأحكام الفقهية في القصاص والحدود فيمن غلط في زوجته فوقع على غيرها، ومن غلط في ضرب شيء حسبه حيواناً فإذا هو إنسان، أو غير ذلك.

ومن الأمثلة على ذلك ما ذكره العزّ بن عبد السلام[1] في أنواع الشبهات حيث يقول «الشبهات دارئة للحدود وهي ثلاثة إحداها في الفاعل وهو ظنّ حلّ الوطء إذا وطئ امرأة يظنها زوجته أو مملوكته»[2].

وما قاله القرافي[3] عن الشبهات الدارئة للحدود «أن الشبهات ثلاثة شبهة في الوطء...

فالشبهة الأولى تعمّ الحدود والكفّارات ومثالها اعتقاد أن هذه الأجنبية امرأته أو مملوكته أو نحو ذلك»[4].

---

(١) سبقت الترجمة له.

(٢) قواعد الحكام ٢/ ١٦٠.

(٣) **القرافي**: أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله الصنهاجي الشهير بالقرافي، فقيه من أكبر فقهاء المالكية ولد عام ٦٢٦ هـ، اشتهر بتبحره في علوم عديدة من أشهرها الفقه المالكي وأصوله والفروق بين القواعد الفقهية، انتهت إليه رئاسة المالكية في عصره، وله مصنفات كثيرة منها الذخيرة في الفقه، وهو من أفضل الكتب في الفقه المالكي، وكتاب التنقيح في أصول الفقه، وكتاب أنوار البروق في أنواع الفروق، وتوفي سنة ٦٨٢ هـ وقيل سنة ٦٨٤ هـ.
انظر الترجمة له في: الديباج المذهب لابن فرحون ص ٦٢ وما بعدها، شجرة النور الزكية لمحمد مخلوف ص ١٨٨ وما بعدها، معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة ١/ ١٥٨.

(٤) أنوار البروق في أنواع الفروق ٤/ ١٧٣.

فهذه النصوص تبين أن الغلط شبهة تدرأ الحد وتمنع من المسؤولية، فهو نوع من أنواع الغلط في الإباحة بما يعني أن الإباحة يقصد بها أن يأتي الرجل الفعل ظانّاً حله فإذا هو حرام، فهنا لا يقوم في حقه العقاب كما قرر كثير من الفقهاء[1].

ومثله في أسباب الإباحة ما قرره الشافعي بقوله «إذا أقبل الرجل بالسيف أو غيره من السلاح إلى الرجل فإنّما له ضربه على ما يقع في نفسه، فإن وقع في نفسه أنه يضربه وإن لم يبدأه المقبل إليه بالضرب فليضربه، وإن لم يقع في نفسه ذلك لم يكن له ضربه وكان له القود فيما نال منه بالضرب أو الأرش»[2].

فهذا النص جاء في دفع الصائل وبين فيه الشافعي أن التحديد يقع على

---

(١) وقد اختلف الفقهاء في هذه الحالة ـ وهي حالة زنا الرجل غلطاً في غير زوجته إن وجدها على فراشه ـ على رأيين:

الرأي الأوّل:

ذهب جمهور الفقهاء زفر من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية إلى أنه لا حدّ على من وقع على غير امرأته في فراشه ظانّاً أنّها امرأته لوجود شبهة الحل في نظره وهي دارئة للحد.

الرأي الثاني:

ذهب جمهور الحنفية إلى أن من وقع على غير امرأته في فراشه ظانّاً أنّها امرأته يحد على اعتبار أنّ المسقط للحد عندهم إنما هو شبهة المحل، ولا شبهة هنا أصلاً، لأن وجود امرأة على فراشه ليس دليلاً على أنها زوجته لجواز كونها غيرها.

انظر في ذلك: درر الحكام شرح غرر الأحكام لمنلا خسرو ٢/ ٦٦ ط دار إحياء الكتب العربية، شرح فتح القدير ٥/ ٢٥٠، أنوار البروق في أنواع الفروق للقرافي ٤/ ١٧٣، شرح الزرقاني على مختصر خليل لعبد الباقي الزرقاني ٨/ ٧٨ ط الحلبي بمصر، نهاية المحتاج للرملي ٧/ ٤٠٤، قواعد الحكام ٢/ ١٦٠، كشاف القناع للبهوتي ٦/ ٩٦، الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم الظاهري ٥/ ١٥٥ ط مصطفى الحلبي.

(٢) الأم للشافعي: ٦/ ٣٣.

المدافع، فإن غلط في الإباحة لم يكن عليه شيء، كما لو توقع أن القادم ضاربه ولم يكن الأمر كذلك، أما لو كان متعمداً بأن كان يعرف أنه لن يضربه فهو ضامن له بالقصاص أو الأرش.

ثانياً، الجهل بالإباحة:

لكي أتكلم عن حكم الجهل بأسباب الإباحة وأثرها في الفقه الإسلامي ينبغي أولاً أن أبين معنى الجهل في اللغة واصطلاح الفقهاء.

فالجهل ضد العلم، وقد جهل من باب فهم، وسلم، وتجاهل أري من نفسه ذلك وليس به، واستجهله عده جاهلاً واستخفه أيضاً، والجهالة أن تفعل فعلاً بغير علم.

والمعروف في كلام العرب جهلت الشيء إذا لم تعرفه، تقول: مثلي لا يجهل مثلك[1].

والجهل على ثلاثة أضرب:

الأول: خلو النفس من العلم وهو الأصل، ومنه قوله تعالى ﴿وَاللهُ أَخْرَجَكُم مِّن بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لاَ تَعْلَمُونَ شَيْئاً﴾[2].

الثاني: اعتقاد الشيء بخلاف ما هو عليه.

الثالث: فعل الشيء بخلاف ما حقه أن يفعل، سواء اعتقد فيه اعتقاداً

---

(١) لسان العرب لابن منظور مادة (جهل)، الصحاح للجوهري ٤/ ١٦٦٣، ١٦٦٤ ط الثالثة دار العلم للملايين، المصباح المنير للفيومي ١/ ١١٣، المعجم الوسيط ـ مجمع اللغة العربية ١/ ١٤٣، ١٤٤ ط دار الدعوة بتركيا، مختار الصحاح للرازي ص ١١٥، المعجم الوجيز ص ١٢٤ ط وزارة التربية والتعليم بمصر سنة ١٤١٤ هـ ـ ١٩٩٤ م.

(٢) سورة النحل الآية رقم (٧٨).

صحيحاً أو فاسداً، كمن يترك الصلاة متعمداً، وعلى ذلك قوله تعالى ﴿وَإِذْ قَالَ مُوسَىٰ لِقَوْمِهِ إِنَّ اللهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَذْبَحُواْ بَقَرَةً قَالُوَاْ أَتَتَّخِذُنَا هُزُواً قَالَ أَعُوذُ بِاللهِ أَنْ أَكُونَ مِنَ الْجَاهِلِينَ﴾[1].

والجاهل تارة يذكر على سبيل الذم وهو الأكثر، وتارة لا على سبيل الذم نحو قوله تعالى ﴿لِلْفُقَرَآءِ الَّذِينَ أُحصِرُواْ فِي سَبِيلِ اللهِ لاَ يَسْتَطِيعُونَ ضَرْباً فِي الأَرْضِ يَحْسَبُهُمُ الْجَاهِلُ أَغْنِيَآءَ مِنَ التَّعَفُّفِ﴾[2] أي من لا يعرف حالهم[3].

وقد وردت كلمة الجهل في القرآن الكريم بمعان متعدّدة منها ما يلي:

١ ـ بمعنى فعل المعصية عمداً كانت أو خطأ، وذلك كما في قوله تعالى ﴿إِنَّمَا التَّوْبَةُ عَلَى اللهِ لِلَّذِينَ يَعْمَلُونَ السَّوَءَ بِجَهَالَةٍ ثُمَّ يَتُوبُونَ مِن قَرِيبٍ﴾[4]، فالجهالة هنا بمعنى فعل المعصية، وإن كان من أتى بالمعصية مع الجهل بكونها معصية يكون حاله أخف ممن أتى بها مع العلم بكونها معصية[5]، والسبب في إطلاق اسم الجاهل على العاصي لربه أنه لو استعمل ما معه من العلم بالثواب والعقاب لما أقدم على المعصية، فلما لم يستعمل ذلك صار كأنه لا علم له[6].

---

(١) سورة البقرة الآية رقم (٦٧).

(٢) سورة البقرة الآية رقم (٢٧٣).

(٣) المفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني ص ١٠٠ وما بعدها، طبع بالمطبعة اليمنية على نفقة مصطفى الحلبي. د. ت.

(٤) سورة النساء من الآية رقم (١٧).

(٥) تفسير الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢/ ١٧٥٨ ط دار الغد العربي سنة ١٩٩٦، تفسير جامع البيان للطبري ٤/ ٢٠٢، ٢٠٣ ط دار الحديث سنة ١٩٨٧، مختصر تفسير ابن كثير ـ محمد على الصابوني ١/ ٣٦٧ ـ ط دار التراث العربي للطباعة والنشر سنة ١٩٨٧ م.

(٦) مفاتيح الغيب ـ أو التفسير الكبير للرازي ٥/ ٩٠، ٩١ ط دار الغد العربي سنة ١٩٩٢ م، الكشاف عن حقائق التنزيل للزمخشري ١/ ٣٥٦، ط مطبعة بولاق الأميرية.

٢ ـ فعل ما لا يليق، وذلك كما في قوله تعالى ﴿كَتَبَ رَبُّكُمْ عَلَىٰ نَفْسِهِ الرَّحْمَةَ أَنَّهُ مَن عَمِلَ مِنكُمْ سُوٓءًا بِجَهَالَةٍ ثُمَّ تَابَ مِن بَعْدِهِ وَأَصْلَحَ فَأَنَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[١].

والمعنى أنه من عمل ما يؤدي إلى الضرر في العاقبة وهو عالم بذلك أو ظان فهو من أهل السفه والجهل[٢].

٣ ـ وردت بمعنى الخطأ كما في قوله تعالى ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمْ فَاسِقٌۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓاْ أَن تُصِيبُواْ قَوْمًۢا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُواْ عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَٰدِمِينَ﴾[٣]، فالجهالة في الآية هنا بمعنى الخطأ[٤].

وأما في اصطلاح الفقهاء فإنهم عرفوا الجهل بتعريفات كثيرة، حيث عرف بأنه تصور الشيء على خلاف ما هو به[٥].

وعرف أيضاً بأنه انتفاء العلم بالمقصود[٦].

وقيل إنه: الجزم بكون الشيء على خلاف ما هو عليه، ويطلق ويراد به عدم العلم بالشيء[٧].

---

(١) سورة الأنعام الآية رقم (٥٤).
(٢) تفسير الطبري ٧/ ١٣٣، مفاتيح الغيب للرازي ٦/ ٣٣٣، الكشاف للزمخشري ١/ ٤٥٤.
(٣) سورة الحجرات الآية رقم (٦).
(٤) تفسير القرطبي ٧/ ٦٣١٨، مفاتيح الغيب ١٤/ ٣٧١.
(٥) حاشية النفحات على شرح الورقات للخطيب الجاوي ص ٢٦ ط مصطفى الحلبي بمصر.
(٦) حاشية البناني على شرح الجلال المحلي على متن جمع الجوامع للسبكي ١/ ١٦١ ط الثانية مصطفى الحلبي.
(٧) تشنيف المسامع بشرح جمع الجوامع للزركشي ١/ ٢٢٨، ٢٢٩ ط مؤسسة قرطبة، عوارض الأهلية للدكتور صبري محمد معارك ص ٣٠٦ ط المؤلف سنة ١٩٨١، تهذيب الأسماء واللغات للنوري٣/ ٥٧ ط دار الكتب العلمية ـ بيروت.

وكذلك عرف بأنه اعتقاد الشيء على خلاف ما هو به.

ونوقش هذا التعريف بأنه يستلزم كون المعدوم شيئاً، إذ الجهل يتحقّق بالمعدوم كما يتحقق بالموجود[1].

وأجيب على هذه المناقشة: بأن المعدوم شيء في الذهن وإن لم يكن موجوداً[2].

وأري أن تعريف الجهل بأنه «انتفاء العلم بالمقصود» هو أفضل هذه التعريفات لاختصاره وشموله لمعاني جميع التعريفات، كما أنه أدخل تحته الظن والشك والوهم، لأن هذه الثلاثة لا تعد علماً، كما أنه منع جهل ما لا يتصور جهله كالجماد والبهيمة. والله أعلم.

والكلام السابق ينطبق على تعريف الجهل بمعناه العام، أما تعريفه بالمعنى المراد هنا وهو الجهل بأسباب الإباحة فلم يورده الفقهاء تفصيلاً، ولا حاجة إلى هذا الإيراد اكتفاء بالمعنى العام المذكور هنا، ويكون الجهل بالواقعة إذن ـ وعلى حسب الرأي الراجح في التعريف السابق ـ هو انتفاء العلم بإباحتها بأن يأتي المكلف الفعل ظانّاً أنه محرم عليه ثم يتضح أنه مباح، مثال ذلك من يشرب عصيراً على أنه خمر ثم يتضح أنه عصير، ومن يقتل رجلاً عمداً ثم يتضح أنه كان يريد قتله لو لم يعاجله هو بضربه، ومن يطأ امرأة على أنها أجنبية فإذا هي زوجته أو أمته، أو من يضرب صبياً على أساس أنه غريب فيقتله ثم يتضح أنه ابنه، ففي مثل هذه الصور يجهل من يقوم بالفعل بسبب الإباحة، ويظنّ في نفسه أنه يفعل فعلاً محرماً عليه، فهل يكون هنا معاقباً أم تسري في حقه رغم ذلك أسباب الإباحة؟

---

(١) كشف الأسرار عن أصول البزدوي للإمام علاء الدين البخاري ٤/ ٣٣٠، ط الفاروق الحديثة للطباعة والنشر.

(٢) أنوار الحلك على شرح المنار لابن عبد الملك ص ٩٧٢ ط الحلبي.

وبناء على هذا التفسير يمكن تحديد المقصود بالجهل بأسباب الإباحة بأنه أن يقدم المكلف على الفعل معتقداً حرمته وهو في الواقع بخلاف ذلك.

ويتمثل الجهل في الإباحة هنا في صورتين أو حالتين هما:

الأولى: حالة الجهل بأسباب الإباحة بأن يجهل الفاعل وجود سبب من أسباب الإباحة أصلاً، ومثاله من وطئ زوجته ظانّاً أنها أجنبية، أي أنه معتقد حرمة الفعل الذي أقدم عليه، ورغم أن الفقهاء لم ينصّوا على مثل هذه الحالات صراحة إلاّ أنهم نصّوا عليها ضمناً في تطبيقاتهم لشبيهاتها، فمثلاً «أنهم اشترطوا في تعاطي ما هو مباح في الأمر نفسه أن لا يكون معه نية تقتضي تحريمه كمن جامع امرأته أو أمته ظانّاً أنها أجنبية أو شرب شراباً مباحاً وهو ظانّ أنّه خمر، أو أقدم على استعمال ملكه ظانّاً أنه لأجنبي ونحو ذلك فإنه يحرم عليه تعاطي ذلك اعتباراً بنيته، وإن كان مباحاً له في الأمر نفسه، غير أن ذلك لا يوجب حدّاً ولا ضماناً لعدم التعدي في الأمر نفسه»[1].

وجاء أيضاً «لو وطئ زوجته ظانّاً أنها أجنبية فلا حد»[2].

فهنا احتمل الفاعل الإثم رغم وقوع الجهل، ومع ذلك فإن السبب المبيح كان له أثره في إسقاط العقاب عن الفاعل، فالواطئ لزوجته على أنها أجنبية، والشارب للشراب المباح على أنه خمر فعله مباح في الواقع والأمر نفسه، لأن الموطوءة زوجته وقد أحلها الله له بقوله تعالى ﴿نِسَآؤُكُمْ

---

(١) طرح التثريب لعبد الرحيم بن الحسين العراقي ٢/ ١٨ وما بعدها.
(٢) مغني المحتاج للشربيني ٥/ ٤٤٢، حاشية البيجرمي على الخطيب ٤/ ١٦٩ ط دار الفكر.

حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُواْ حَرْثَكُمْ أَنَّىَ شِئْتُمْ وَقَدّمُواْ لأنْفُسِكُمْ﴾[1]، رغم أن الفعل محظور بحسب قصده ونيته، حيث كان يعتقد أنه يأتي أجنبية عنه وقد قال الله تعالى ﴿وَلاَ تَقْرَبُواْ الزّنَىَ إِنّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَآءَ سَبِيلاً﴾[2].

والشراب مباح وقد أحله الله له بقوله تعالى ﴿قُلْ مَنْ حَرّمَ زِينَةَ اللهِ الّتِيَ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطّيّبَاتِ مِنَ الرّزْقِ﴾[3]، رغم أن الفعل محظور أيضاً بحسب قصده ونيته، فهو يعتقد أنه خمر أو شراب مسكر وقد قال الله تعالى ﴿يَأَيّهَا الّذِينَ آمَنُواْ إِنّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأنصَابُ وَالأزْلاَمُ رِجْسٌ مّنْ عَمَلِ الشّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾[4].

الثانية: أن يجهل الفاعل تفسير سبب الإباحة مع علمه بوجوده، أو يجهل أحد شروطها مع علمه بوجود السبب نفسه، ومثال ذلك من يجهل قيام التناسب بين فعل الدفاع وقدر خطر الاعتداء، مثل من يحذف شخصاً بحصاة كبيرة، لأنه نظر إليه من كوة الباب فأدى فعله إلى عمى الناظر إليه، فقد روي عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ قال: قال أبو القاسم ﷺ «لو أن امرأ يتحقّق عليك بغير إذن فحذفته بحصاه ففقأت عينه لم يكن عليك جناح»[5].

فهنا الفاعل لذلك وهو يجهل مقدار التناسب وإنما كان قاصداً لفعله آثم ديانة، ولكن لا شيء عليه، لأن الحد يدرأ بالشبهة كما ذكر الفقهاء، ومن ثم فلا حد عليه لكونه فعل الفعل هنا دفاعاً عن نفسه ولو جهل بشروط الإباحة أو أحدها أو بتفسير حكمها.

---

(١) سورة البقرة من الآية رقم (٢٢٣).
(٢) سورة الإسراء من الآية رقم (٣٢).
(٣) سورة الأعراف من الآية رقم (٣٢).
(٤) سورة المائدة من الآية رقم (٩٠).
(٥) متفق عليه واللفظ للبخاري رواه في صحيحه، صحيح البخاري ٦/ ٢٥٣٠، ورواه مسلم في صحيحه، صحيح مسلم ٣/ ١٦٩٩.

الفرع الثاني

الغلط في الإباحة والجهل بها في القانون الوضعي

لكي يتضح رأي القانون الوضعي في موضوع الغلط والجهل بأسباب الإباحة وأثرهما لا بد من بيان المقصود بالغلط والجهل وحكم كل منهما على حدة، وذلك فيما يلي:

أولاً: الغلط في الإباحة:

عرّف شراح القانون المدني الغلط على اعتبار أنه أحد عيوب الإرادة بتعريفات كثيرة لا تخرج عن معنى واحد هو أن الغلط عبارة عن وهم يقوم في ذهن الشخص فيصور له الأمر على غير حقيقته، حيث يجعل الإنسان يظن أنّه حقيقي ما ليس كذلك، أو يظن أنّه غير حقيقي ما يكون حقيقياً، ويكون هذا الغلط مؤثراً إذا كان هو الدافع الرئيسي للفعل، وقد ظهرت نظريات عدة في تقسيم الغلط مانعاً كان أو غير مانع، وليس هذا مجال بحثي، وإنما المراد هنا أن أصل إلى مدى الصلة بين الغلط في القانون المدني وفي قانون العقوبات.

وقد يتوهّم البعض أن الغلط هو الجهل في القانون إلاّ أن شراح القانون في مصر أوضحوا أن الغلط يخالف الجهل، وفرقوا بينهما بأن الجهل هو

عدم المعرفة، أما الغلط فهو معرفة مغشوشة، وغير مضبوطة، أو معرفة خاطئة لعدم إلمامها بكل ما يجب أن يستلزمه العلم بالشيء، وإن كان الأثر القانوني الذي يترتب على الاثنين واحداً في القانون المدني أو في الالتزامات المدنية[1].

وفي مجال قانون العقوبات يجعل شراحه الغلط بالمعنى نفسه، فهو العلم بالواقعة على نحو يخالف الحقيقة[2]، فهو يمثل صورة للتفاوت بين ما يقوم في ذهن الفاعل من إدراك لما يفعل وبين الحقيقة الواقعية لذلك الفعل، فالغلط هنا يجعل اعتقاد الإنسان الذي يتواجد في ظروف ما أنه في إحدى حالات المشروعية التي تبرر سلوكه الإجرامي في حين أن الواقع بخلاف ذلك، ومثاله أن يسند شخص إلى موظف بحسن نية واقعة غير صحيحة، أو يفشي سراً أؤتمن عليه اعتقاداً منه برضاء صاحب السر عن إذاعته وهكذا.

---

(١) الإرادة في العمل القانوني وعيوبها لمحمد نصر الدين زغلول ص ٦٩٢ وما بعدها ط المؤلف د. ت. الاعتذار بالجهل بالقانون ـ دراسة تفصيلية تأصيلية مقارنة للمستشار محمد وجدي عبد الصمد ص ٤٧١ ط المؤلف الأولى ١٩٧٣ م، الوسيط في شرح القانون المدني ـ مصادر الالتزام للدكتور عبد الرزاق السنهوري ص ٣٦٣ ط الثالثة ـ دار النهضة العربية سنة ١٩٨١ م، مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور عبد الرزاق السنهوري ٣/ ٥٩ وما بعدها ط معهد البحوث والدراسات العربية بجامعة الدول العربية سنة ١٩٦٧ م، نظرية الالتزام للدكتور سمير تناغو ص ٥٣ وما بعدها ط منشأة المعارف بالإسكندرية، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد للدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٤٤ وما بعدها ط مطبعة مصر ١٩٥٤ م، دراسة موجزة في نظرية الالتزام للدكتور حسين النوري ص ٩٥ وما بعدها ط مكتبة عين شمس، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات للدكتور محمود جمال الدين زكي ص ١٢٤ وما بعدها ط الثالثة ـ مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٧٨ م.

(٢) تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ٦١، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور محمد نعيم فرحات ص ٢١٤.

ولكي يتضح معنى الغلط وأثره لابد من معرفة نوع الغلط الواقع من الفاعل هنا، فإن كان الغلط في الإباحة غلطا في قانون العقوبات فإنه لا يمكن أن تنشأ حالة الإباحة الوهمية، فالمرء لا يعذر بجهله القانون ـ كما سيأتي عند تعريف الجهل وبيان حكمه ـ أي أن الغلط في القانون هنا لا يسقط المسؤولية، ولا يُقبل الاحتجاج به بحال من الأحوال[1].

ولكن لما كان الأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها يؤدي إلى التكليف بالمستحيل خاصة لمن يتعذر عليه معرفة القانون على وجهه الصحيح من سكان البلاد في أيام الحروب والكوارث الطبيعية، فقد حاول البعض التخفيف من غلواء هذه القاعدة، فقرر التفرقة بين الغلط المغتفر الذي يتحقق في حالة يكون الفاعل فيها غير مستطيع تجنبه ببذل القدر الواجب من التحري والانتباه المطلوب من الشخص المعتاد ـ فيكون معياره حينئذ قدرة الشخص العادي على تجنب هذا الغلط، وبين الغلط غير المغتفر الذي يستطيع الفاعل فيه تجنبه بقدرة الشخص العادي، وحينئذ تمتنع المسؤولية عن الأول دون الثاني فيكون الأول مانعا من المسؤولية، والثاني غير مانع منها.

وأما الغلط في الواقعة المبيحة ذاتها أو في أحد عناصرها فإنه لا ينتج أثره، ومن ثم يكون كلا غلط، فمتى ظنّ الفاعل جواز الواقعة غلطاً والأمر بخلاف ذلك فإنه يكون مسؤولاً عن فعله، لأن الإباحة الوهمية لا تتعادل مع الإباحة الحقيقية، كما أن أسباب الإباحة موضوعية لا شخصية بمعنى أنها تستتبع شروطا معينة بغض النظر عن فاعلها.

وهنا يثور سؤال مفاده إذا كان الغلط في الإباحة لا يستتبع مشروعية الفعل فما مدى تأثيره على المسؤولية؟

---

(١) انظر في ذلك: نظرية الدفاع الشرعي للدكتور يوسف قاسم ص ٢٥٩.

اختلف شراح القانون في ذلك على رأيين:

الأول: يرى بعض الشراح[1] أن تأثير الغلط في الإباحة هنا إنما ينصرف إلى أحد عناصر الركن المعنوي للجريمة وهو ما يسمى بالتكوين الطبيعي للإرادة، ولا يكون منصباً على العنصر النفسي الذي يجب أن يكون موجوداً حتى يتوافر الركن المعنوي للجريمة وهو ما يسمى بالقصد الجنائي.

وبناء على هذا فإنه متى كان الخطأ مغتفراً فإنه يمنع قيام المسؤولية بنوعيها سواء أكانت عمدية أم غير عمدية، وذلك لتخلّف التكوين الطبيعي للإرادة الذي هو أحد عناصر الخطيئة المستلزم لقيام المسؤولية الجنائية، على عكس ما لو كان الغلط غير مغتفر فإن الفاعل يسأل مسؤولية عمدية لأن إرادته تكون قد نشأت نشأة طبيعية فتسأل عمّا يقع منها حينئذ.

وبالنظر في هذا الرأي يتضح أنه يرى أن العنصر النفسي سواء أكان متمثلاً في القصد أم في الخطأ غير العمدي هو أحد عناصر الركن المعنوي، ولا أثر للغلط في الإباحة على هذا العنصر، وإنما ينصرف الأثر إلى عنصر التكوين الطبيعي للإرادة، ولذا متى تخلف هذا العنصر بأن كان الغلط مغتفراً فإن القانون في هذه الحالة لا يحكم على الفاعل بتوجيه إرادته إلى مخالفته، ومن ثم لا تقوم المسؤولية الجنائية على الفعل، على خلاف ما لو كان الغلط غير مغتفر فإن الفاعل يسأل مسؤولية عمدية، لأن العمد قد تحقق هنا بإرادة الفاعل الواقعة الإجرامية عالماً بعناصرها.

الثاني: يرى البعض الآخر من الشراح[2] أن الغلط في الإباحة يستوي في

---

(١) انظر في ذلك: تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ٧٠.

(٢) انظر في ذلك:
شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٨٠ وما بعدها، =

تأثيره مع الغلط الجوهري في الوقائع، ومن ثم فإن هناك فرقاً بين الجريمة العمدية والجريمة غير العمدية، حيث يصلح الغلط في الإباحة دفعاً للمسؤولية في الجرائم العمدية، إذ يترتب عليه تخلف القصد الجنائي الذي هو من أهم الأركان في الجرائم العمدية.

أمّا في الجرائم غير العمدية فينبغي التمييز بين الغلط الحتمي أو المغتفر الذي يتعذر تجنب وقوعه ولو ببذل القدر الواجب من التثبت والتحري[1] الذي يبذله الشخص العادي في الأحوال المعتادة، وبين الغلط غير المغتفر الذي يمكن تجنب وقوعه ببذل القدر الواجب من التثبت والتحري الذي يبذله الشخص العادي.

فمتى كان الغلط من النوع الأول وهو المغتفر فإن المسؤولية تنتفي عن جميع صور الجرائم سواء كانت عمدية أم غير عمدية، حيث يفيد هذا النوع من الغلط في هذه الحال تخلف الخطأ اللازم توافره في الجرائم غير العمدية، إضافة إلى تخلف القصد الجنائي.

ومتى كان الغلط من النوع الثاني وهو غير المغتفر فإن القصد الجنائي متف هنا بالطبع لكون الجريمة غير عمدية، ولكن ينظر بالنسبة للواقعة فإن

أسباب الإباحة في التشريعات العربية للدكتور محمود نجيب حسني ص ٣٨، النظرية العامة للقصد الجنائي للدكتور محمود نجيب حسني ص ١٠٦ ط دار النهضة العربية ١٩٧٨ م.

(١) ويقرر الشراح الذين قالوا بهذا الرأي أن معيار القدرة على تجنب الوقوع في الغلط إنما هو معيار الرجل العادي لا الرجل شديد الحيطة والحذر، والذي يتمثل فيما يبذله الشخص المتوسط الحيطة والحذر متى وجد في ظروف الفاعل نفسها، ولكن يؤخذ في الاعتبار هنا أن الغلط الذي كان سبباً في الوقوع في الجريمة هنا مهما كان فإنه دون القصد الجنائي ولا يصل إلى تكوينه أبداً وإنما تظل الجريمة غير عمدية كما كانت.

كان القانون يعتبرها جريمة غير عمدية نشأت مسؤولية مرتكبها عنها بهذا الوصف.

ثانياً: الجهل بالإباحة:

لكي أوضح نظرة الفقه القانوني لحكم الجهل بالإباحة ينبغي أولاً أن أبيّن معنى الجهل في القانون، ثم أتبعه بحكم الجهل بأسباب الإباحة.

وبالقراءة في كتب فقهاء القانون المختلفة اتضح أن الجهل عندهم يعنى معناه اللغوي وهو عدم العلم بالشيء أصلاً، يدل على ذلك أمران:

الأول: أنهم حينما أفاضوا في شرح مبدأ هام هو «مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون» اتضح من كلامهم ومن مضمون المبدأ نفسه أن الجهل يحمل على المعنى اللغوي وهو عدم العلم.

ومضمون المبدأ حتى يتضح الأمر أن القاعدة القانونية إذا تكونت وخرجت من مصادرها الرسمية فإنها تسرى في حق الجميع، ولا يجوز لأي فرد التنصل من الخضوع لها والالتزام بأحكامها بدعوى جهله بها، إعمالاً للمبدأ المعروف «لا يفترض في أحد الجهل بالقانون» وذلك تأسيساً على وجود قرينة على العلم بالقانون أو على أساس قواعد العدالة التي تتطلب المساواة التامة في معاملة المخاطبين، وذلك ما لم يكن هناك سبب حال بينه وبين العلم بالقانون، كما لو لم تصل الجريدة الرسمية إلى مكان معين بسبب الزلازل أو البراكين أو غير ذلك، ففي هذه الحالة يعذر بجهله القانون.

ويؤكد استعمال فقهاء القانون للجهل بمعناه اللغوي، أنهم واجهوا ظاهرة الجهل بالقانون بقاعدة مضادة هي «افتراض العلم بالقانون» إلاّ في

استثناءات معينة أفاضوا في شرحها[1].

ومن هذا يتضح أن الجهل عندهم يعنى عدم العلم مطلقاً.

الثاني: أنهم عند شرحهم لشرط تعيين محل الالتزام في العقد اتضح أن الجهل يعنى عدم العلم، بل اتضح ذلك من نص القانون المدني نفسه، حيث نص في المادة ١٣٣ منه على أنه «إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط».

وطبقاً لهذا النص يجب أن يكون المحل معيناً تعييناً كافياً نافياً للجهالة، فالتعيين المراد هنا هو التعيين المفيد للعلم النافي للجهالة[2].

---

(١) انظر في ذلك:

شرح القانون المدني ـ الباب التمهيدي، للدكتور محمد كامل مرسى ص ٤٣ وما بعدها ط المطبعة العالمية سنة ١٩٥٤، مبادئ العلوم القانونية للدكتور محمد على عرفة ص ٩٣ وما بعدها ط منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٥١ م، أصول القوانين للدكتور محمد كامل مرسى، سيد مصطفى ص ٣١٣ وما بعدها ط مطبعة الرحمانية بمصر سنة ١٩٢٣، المدخل إلى القانون للدكتور حسن كيره ص ٣١٦ وما بعدها ط الخامسة منشأة المعارف بالإسكندرية، المدخل للعلوم القانونية للدكتور توفيق حسن فرج ص ١١٩ وما بعدها ط مؤسسة الثقافة الجامعية سنة ١٩٨١ م، النظرية العامة للقانون للدكتور سمير عبد السيد تناغو ص ٥٩٣ وما بعدها ط منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٧٤، مبادئ القانون للدكتور شمس الدين الوكيل ص ٢١٠ وما بعدها ط الأولى منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٦٨ م.

(٢) انظر في ذلك:

أصول الالتزامات لحلمي بهجت بدوي ص ١٥١ وما بعدها، ط مطبعة نوري بالقاهرة سنة ١٩٤٣ م، مصادر الالتزامات للدكتور عبد المنعم فرج الصده ص ٢٤. وما بعدها

فالجهل إذن في نظر المشرع الوضعي وفقهاء القانون المدني تعنى عدم العلم أصلاً، وإن كانوا أحياناً يستعملون كلمة «تعيين» بدلاً من كلمة «علم»، ولما كان القانون المدني هو التشريع العام أو الأصلي في الأحكام القانونية فإن ما جاء به ينصب أيضاً على قانون العقوبات.

ومن هنا يمكن القول بأن الجهل بأسباب الإباحة يعني عدم العلم بوجودها أصلاً، ولذا قيل إن الجهل يعني انعدام كل رابطة تصل بين الذهن والواقعة، فهي لم تدر بخلد من ينسب إليه الجهل[1]، فقد يأتي شخص أمراً وهو يعتقد أن القانون يعاقب عليه، بينما يكون هناك سبب من أسباب الإباحة وهو يجهله، ومثاله أن يأمر ضابط بتفتيش منزل شخص دون رضائه نكالاً به، وهو يجهل أنه يؤدي واجبه لصدور أمر بالتفتيش.

والجهل بسبب الإباحة له حالتان أو صورتان هما:

الأولى: الجهل بالسبب المبيح ذاته أو الجهل بوجوده، ومثال ذلك من يلقي القبض على مجرم متلبس بجريمة ليسلمه إلى النيابة العامة، ودافعه في فعله الحقد على الجاني دون أن يكون عالماً بأن القانون يبيح ذلك، وكذلك من يمزق ورقة لشخص يسبه علناً معتقداً أن ذلك جريمة، وهو يجهل أن الدفاع يبيح له صد العدوان ولو بتمزيق وتحطيم وسيلة المعتدي عليه أو منعه من الاستمرار في العدوان، وكذا من يتلف مالاً لغيره برضاه معتقداً أن ذلك جريمة، وهو يجهل أن القانون يجعل رضاء المجني عليه بإتلاف ماله سببا مبيحا

= ط المؤلف سنة ١٩٨٤ م، أصول الالتزامات للدكتور جلال على العدوي ص ١٣٢ وما بعدها ط منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٩٧ م، النظرية العامة للالتزام للدكتور جميل الشرقاوي ص ٢٢٥ وما بعدها ط دار النهضة العربية سنة ١٩٩١، نظرية الالتزام للدكتور عبد الناصر توفيق العطار ص ١١٩ وما بعدها ط المؤلف.

(١) النظرية العامة للقصد الجنائي للدكتور محمود نجيب حسني ص ٨٧.

لذلك، ففي مثل هذه الأمثلة نجد أن الجهل بسبب الإباحة منصباً على الجهل بوجود السبب المبيح ذاته مع وجوده بالفعل.

الثانية: الجهل بتفسير سبب الإباحة، أو توافر شروط الإباحة، فالفاعل هنا يعلم بوجود الإباحة ولكنه يجهل شروطها فيقع في الفعل جاهلاً بها، بمعنى أنه يقدم على سبب الإباحة ويكون فعله صحيحاً قانوناً مع أنه يعتقد جرمه لجهله بشروط الإباحة فيما يقدم عليه، ومثال ذلك من يدافع عن نفسه ضد من يعتدي عليه بسكين فيطلق عليه عياراً نارياً فيقتله وهو يعتقد أنه متجاوزاً لسبب الإباحة أو يجهل شرط التناسب بين الدفاع والعدوان ولو مع اختلاف الآلة المستخدمة في الاعتداء فلا عبرة بها هنا، فالمدافع في هذه الحالة يقدم على فعله جاهلاً أنّه متناسب مع العدوان مع اختلاف الآلة، ومعتقداً أنه بفعله قد جاوز حدود الإباحة مع أنه قد يكون متوافقاً معها[1].

وإذا كانت صور الجهل بالإباحة متعدّدة على الشكل السابق إلاّ أن حكمها واحد تقريباً، وكل ما في الأمر أن شراح القانون اختلفوا في حكم الجهل بالإباحة على آراء عدة، هاك بيانها:-

الأول: ويرى القائلون به أن من يرتكب جريمة معتقدا أنها محرمة جاهلاً لوجود سبب الإباحة لا يصح نسب الجريمة الكاملة له، وإنما يعد معاقباً بجريمة الشروع فيها، وذلك على أساس أن مرتكب الجريمة

---

(١) انظر في ذلك:

النظرية العامة للقصد الجنائي للدكتور محمود نجيب حسني ص ٨٧، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ١٥٨، تجاوز حدود الإباحة للدكتور داود العطار ص ٧٤، النظرية العامة للقانون الجنائي للدكتور رمسيس بهنام ص ٤٢١.

معتقداً تجريمها قد باشر الفعل المجرم في نظره قاصداً له، فالقصد الجنائي موجود ولكن خاب أثر جريمته لسبب خارج عنه، وهو ظهور سبب الإباحة[1].

ورغم وجاهة فكرة هذا الرأي إلاّ أنها لم تسلم من النقد، حيث تعرضت لعدة انتقادات منها ما يلي:

١ ـ يتجاهل هذا الرأي الأثر الذي تتركه نظرية الإباحة وأنها موضوعية لا شخصية، كما أن هذا الأثر لا يتوقف على الحالة النفسية للفاعل متى كانت القاعدة المبيحة لا تشترط علم الفاعل بالسبب المبيح كشرط منشئ لها.

٢ ـ يضاف إلى ذلك أن هناك فرقاً كبيراً بين الواقعة المباحة من ناحية والشروع من ناحية أخرى، حيث إن الواقعة المباحة هنا قد ولدت بالفعل وتمت مستوفية كل صورة العمل المباح وإن اختلف القصد الجنائي فيها، فهي قد استوفت كل صور العمل الإجرامي، ولكنها ليست مشمولة بحكمه لكونها سبباً مباحاً، فلا شروع هنا أصلاً حتى يعاقب الفاعل على أساسه، حيث لا جريمة أصلاً لكون الفعل غير معاقب عليه، وليس هناك فعل خاب أثره، بل ولد الفعل واقعاً، ولكنه مباح وليس مجرماً.

٣ ـ إن هذا الرأي يتناقض في قوله هذا مع حقيقة الشروع ومعناه الصحيح قانوناً، فالشروع في الجريمة وكما تنص المادة (٤٥) من قانون

---

(١) انظر في ذلك:

شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ١٥٨، تجاوز حدود الإباحة للدكتور داود العطار ص ٧٤، النظرية العامة للقصد الجنائي للدكتور محمود نجيب حسني ص ٨٧، النظرية العامة للقانون الجنائي للدكتور رمسيس بهنام ص ٤٢١.

العقوبات عبارة عن البدء في تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جناية أو جنحة إذا أوقف أو خاب أثره لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها، فهنا أوضح هذا النص القانوني الفكرة التي يقوم عليها الشروع في الجريمة ومتى يكون موجوداً، فهو يتحقق في فعل تم ولكن أثره أوقف أو خاب لأسباب لا دخل لمن قام بالفعل فيها، فهو قام بفعله قاصداً تحقيق النتيجة ولكنها لم تتحقق لأمر خارج عنه، ولم يستمر التنفيذ لحين تمام الجريمة، والجهل بسبب الإباحة على خلاف ذلك، فالجريمة فيه قد تمت ولكنّها مشروعة لوجود أحد أسباب الإباحة حتى ولو كان الفاعل يجهلها.

٤ ـ إن هذا الرأي غير جامع لكل أسباب الإباحة وغير مبرر للعديد منها، حيث إن الشروع لا يتصور إلاّ في الجنايات والجنح فقط دون المخالفات، وبعض أسباب الإباحة قد تتعلق بهذه المخالفات فكيف يكون تبريرها حينئذ؟ فمثلاً من يجذب شخصاً من ثوبه في عنقه دون آلة قاتلة، فهنا يقوم للمجذوب من عنقه حق الدفاع عن نفسه ضد تلك المخالفة بمنع المعتدي من الاستمرار في فعله أو الحول دون تكرار فعله ثانية فيقوم بالدفاع عنه، فهنا لا يمكن تكييف مثل هذه الحالة بالشروع لأنها مخالفة، والشروع لا يقوم فيها كما سبق[1].

الثاني: ويرى جانب من الشراح أن السبب المبيح متى تحقق فإنه ينتج أثره، ويصبح الفعل الواقع في دائرته مشروعاً حتى ولو كان في

---

(١) انظر في ذلك:

النظرية العامة للقصد الجنائي للدكتور محمود نجيب حسني ص ٨٧، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ١٥٨، تجاوز حدود الإباحة للدكتور داود العطار ص ٧٤، النظرية العامة للقانون الجنائي للدكتور رمسيس بهنام ص ٤٢١.

علم القائم بالفعل أن فعله غير مشروع، فالإباحة حسب هذا الرأي تتوافر ولو لم يكن الفاعل عالماً بها أو بالسبب المبيح، وذلك لأن أسباب الإباحة ذات طبيعية موضوعية، ومن ثم لا يكون للجهل بها أي أثر في نفيها، وعلى هذا تكون الصفة الموضوعية لأسباب الإباحة هي التي تؤدي إلى عدم الاعتداد قانوناً بالجهل بالإباحة[1].

وهذا الرأي أيضاً تعرض كسابقه للنقد من قبل بعض الشراح حيث أخذ عليه أنه يصف أسباب الإباحة بالموضوعية المطلقة وبصفة عامة متغاضياً عن الأسباب الشخصية أو النسبية منها والتي تستلزم العلم بالإباحة، والناظر في أسباب الإباحة يجدها غير ذلك فهي ذات طبيعة مزدوجة، فبالنظر إلى أثرها نجدها ذات طبيعة موضوعية، حيث تجرد الفعل من صفته غير المشروعة، وبالنظر إلى شروطها وقيامها نجدها ذات طبيعة شخصية، فهي تتطلب شروطاً تتعلق بالحق القانوني وحسن النية في استعماله وعدم تجاوز حدوده، وهذه الشروط تضفي عليها صفة الشخصية أكثر من صفة الموضوعية.

الثالث: ويطلق على القائلين به اسم التصوير الغائي أو التصوير الهدفي للسلوك الإنساني، بمعنى أنه ينظر لله من الفعل ويحاسب عليه باعتباره مراداً من الإقدام عليه دون اعتبار لكونه عالماً بسبب الإباحة أو جاهلاً بها، وعلى هذا فإن أصحاب هذا الرأي يرون أن

---

(١) انظر في ذلك:

النظرية العامة للقانون الجنائي للدكتور رمسيس بهنام ص ٤٢٥، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ١٧٦، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ١٥٩، تجاوز حدود الإباحة للدكتور داود العطار ص ٧٩، مبادئ القسم العام من قانون العقوبات للدكتور رؤوف عبيد ص ٤٩٩، الأسس العامة لقانون العقوبات القسم العام للدكتور سمير الجنزوري ص ٤٩٢.

أنه متى لم يعلم الفاعل بسبب الإباحة فإن الجريمة تعد عمدية، وبناء على هذا الرأي يلزم لكون الجهل غير مفيد لسبب الإباحة أن يكون الفاعل قائماً بالفعل الإجرامي ن وأن تكون إرادته منصرفة إلى إحداث أثره مع جهله بالسبب المبيح، وهنا يكون مسؤولاً عن فعله وكأنه كان متعمداً في فعله مع أن السبب المبيح متوافر[1]، مثال ذلك أن يكون الشخص في حالة دفاع شرعي عن النفس وهو لا يعلم بسبب الإباحة هنا فيقدم على قتل المعتدي عليه قاصداً قتله دون علم بأنه في حالة دفاع تبيح له ذلك، فهنا يكون الفعل مكوناً لجريمة قتل عمد لاقتران النشاط بالتصور الإجرامي وقت تنفيذه لجريمته المبتغاة.

وقد تعرض هذا الرأي أيضاً للنقد والرد من عدة أوجه منها ما يلي:

١ ـ إن الأخذ بهذا الرأي يؤدي إلى إفراز نتائج شاذة في بعض الجرائم، ومن ذلك مثلاً من يرتكب جريمة قذف في حق موظف عام قاصداً النكاية به لأمر بينهما، ثم ثبت أن ما ادعاه الجاني هنا صحيح، فمتى أخذ بهذا الرأي فإن القاذف يعاقب على ما فعل مع أنه تسبب بفعله هذا في كشف غموض أمر يسعى القانون بكل سبيل إلى تحقيقه، وقد حقق بقذفه هذا الحكمة التي يبغيها القانون بإباحة القذف في حق الموظف العام وهي إماطة اللثام عن جرائم هذا الموظف واختلاساته مثلاً، ففي هذه الحالة كيف يعاقب القاذف على أمر كان فيه فائدة.

٢ ـ إن هذا الرأي يعتد بالحالة النفسية للفاعل في حالة الجريمة الظنية إلى درجة ينكر معها الصفة الموضوعية لطبيعة بعض حالات الإباحة حتى

---

(١) انظر: النظرية العامة للقانون الجنائي للدكتور رمسيس بهنام ص ٤٢١، تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ٧٩.

ولو لم يشترط القانون لتوفرها أية صورة للحالة النفسية للفاعل لها، وهو ما لا يتفق وطبيعة أسباب الإباحة[1].

الرابع: ويرى أصحابه أن الأصل في أسباب الإباحة أنها ذات طبيعة موضوعية ينتج عنها أثرها بغض النظر عن القائم بالفعل، وبغض النظر عن حالته النفسية وقت ارتكابه له، فهي تنتج آثارها متى توافرت قيودها وشروطها التي حددها القانون علم بذلك الفاعل أو لم يعلم، إذ العلم عنصر شخصي لا يشترط توافره، فالجهل بالإباحة لا يحول دون توافرها والاستفادة منها، ورغم أن هذه هي القاعدة العامة إلاّ أن هذه القاعدة لها استثناءاتها التي تقوم فيها أسباب الإباحة على عناصر شخصية، ومن ثم يتعطل نص التجريم في الفعل في هذه الحالة ما لم يستلزم القانون صراحة حسن النية كعنصر في الركن المعنوي، وبناء على هذا الرأي فإن الأصل في الفعل الذي اقترن به سبب إباحة أن يكون مباحاً، والاستثناء أن لا يكون كذلك[2].

ورغم أن هذا الرأي له وجاهته وقال به معظم شراح القانون وكبارهم إلاّ أنه لم يسلم أيضاً من النقد، حيث جعل هذا الرأي وصف الموضوعية أصلاً والشخصية استثناء وكان الأولى والأجدر به أن يبتعد عن هذه الصفات، لأن لكل سبب من أسباب الإباحة عناصره المنشأة له مستقلة عن السبب الآخر، وليس السبب ذو الطبيعة الموضوعية أصلاً والآخر ذو

---

(١) النظرية العامة للقانون الجنائي للدكتور رمسيس بهنام ص ٤٢١، تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ٧٩.

(٢) أسباب الإباحة في التشريعات العربية للدكتور محمود نجيب حسني ص ٣١، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ١٦٦، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٨١، تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ٨٠.

الطبيعة الشخصية استثناء منه، وإنما لكل منهما عناصره المستقلة به تماماً عن السبب الآخر.

يضاف إلى ذلك أنه لا يوجد سبب من أسباب الإباحة الأصل فيه أن له طبيعة موضوعية والاستثناء أن له طبيعة شخصية، وإنما الواجب الرجوع إلى الشروط المقررة قانوناً لكل سبب لبيان مدى الحاجة إلى تطلب العلم بالسبب المبيح من الفاعل له من عدمه.

الخامس: ويرى أصحابه أن أسباب الإباحة ذات طبيعة مزدوجة، بمعنى أنها تقوم على الناحيتين الموضوعية والشخصية في آن واحد، فهي بالنظر إلى قيامها ظروف شخصية تتطلب شروطاً تتعلق بالحق القانوني وحسن النية في استعمال هذا الحق وعدم تجاوزه، وبالنظر إلى الآثار المترتبة عليها ذات طبيعة موضوعية تجعل الفعل مشروعاً وتبعد عنه وصف عدم المشروعية، فيكون مباحاً بدل أن يكون مجرماً، وبناء على هذا فمتى كان العلم بتوافر السبب المبيح منشأً للواقعة المباحة فإن الجهل بها يحول دون هذه الإباحة، والعكس فإن كان العلم بها غير منشأ لهذه الواقعة فإن الجهل بها لا يحول دون الإباحة[1].

والأخذ بهذا الرأي يستلزم التمييز بين نوعي أسباب الإباحة[2]،

---

(١) انظر: تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ٧٩.

(٢) حيث قسم شراح القانون أسباب الإباحة إلى أقسام عدة باعتبارات مختلفة، حيث تنقسم من حيث مدى تطبيقها على أساس موضوعي إلى أسباب عامة وأسباب خاصة، ومن حيث تقسيمها على أساس شخصي تنقسم إلى أسباب مطلقة وأسباب نسبية.
فالأسباب العامة هي: التي تبيح أية جريمة، ومثالها استعمال الحق أو السلطة على العموم، وإن كان كل حق على حدة لا يبيح إلاّ جرائم معينة فيعد من هذه الناحية سبباً خاصاً.
والأسباب الخاصة هي: التي يسري مفعولها بالنسبة لجرائم معينة كالدفاع الشرعي =

واستقراء الشروط التي يتطلبها النص القانوني لقيامها، فإن كان العلم بالإباحة من بينها فإن الإباحة تكون ذات طبيعة شخصية، ويترتب على هذا إن تخلف العلم به تخلف السبب المبيح ويكون الفعل غير مشروع، والعكس من ذلك صحيح، وهو أمر مرفوض بطبيعة الحال.

وهذا الرأي هو أفضل الآراء وأولاها بالترجيح في رأيي رغم ما تعرض له من نقد لم تسلم منه جميع الآراء كما سبق.

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

بالنظر فيما سبق من حكم الفقه الإسلامي والقانون الوضعي للغلط في الإباحة والجهل بها يتضح التالي:

أولاً: يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في اعتبار الغلط سبباً في عدم مسؤولية من وقع فيه متى كان مبنياً على مبررات وأسباب معقولة وليس عن ضعف في الحيطة والاحتراز، وإن اختلفوا بعد

ورضاء المجني عليه وفقاً لظاهر النصوص في هذا الأمر. والأسباب المطلقة هي: التي يستفيد منها الناس كافة كالدفاع الشرعي مثلاً.
والأسباب النسبية: هي التي يستفيد منها أشخاص معينون كالموظف الذي ينفذ أمر الرئيس، والخصم الذي يرتكب القذف أثناء المدافعة.
على أن يؤخذ في الاعتبار أن السبب قد يكون عاماً ونسبياً في الوقت نفسه، فطاعة أمر الرئيس سبب عام من حيث إنه يؤثر في أية جريمة، وهو نسبي من حيث إنه لا يفيد إلاّ الموظف العام، وقد يكون السبب خاصاً ومطلقاً كالدفاع الشرعي، فهو لا يبرر كل جريمة من الجرائم ـ كما سيتضح في ثنايا هذا البحث ـ ومع ذلك يستفيد منه كل شخص وقع في ظروف الاعتداء واستحق الدفاع عن نفسه أو عرضه أو ماله.
انظر في ذلك:
شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ١٥٢ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ٩١ وما بعدها، قانون لعقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ١٧٤ وما بعدها.

ذلك في الأساس الذي يقوم عليه هذا الحكم، فالفقه الإسلامي يجعله قائماً على أساس الشبهة التي تدرأ بها الحدود مقتدين في ذلك بقوله ﷺ «ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة»[1].

ولذا اشتهر عند الفقهاء الأخذ بهذا الحديث وصارت عندهم قاعدة في الجنايات «الحدود تدرأ بالشبهات»، واشتهر بينهم القول بأن «الحدود يحتال لدرئها لا لإثباتها»[2].

على خلاف القانون الوضعي حيث اختلف الشراح في بيان هذا الأساس على اتجاهين كما سبق كل منهما يأخذ بمعيار معين، وكلاهما بعيد عن وجهة نظر الفقه الإسلامي التي اتسمت بالدقة والموضوعية والمرونة بحيث يمكن جعلها معياراً عاماً بدلاً من البحث عن معيار التكوين الإرادي وغيره أو البحث عن نوع الغلط وتفسيره أو تبريره، وهل هو من النوع الذي يقدر الشخص العادي على تجنبه أم لا، يضاف إلى ذلك أن معيار الشخص العادي نفسه غير منضبط وإنما هو متفاوت، ولذا

---

(١) رواه الترمذي في سننه وقال: حديث عائشة لا نعرفه مرفوعاً إلاّ من حديث محمد بن ربيعة عن يزيد بن زياد الدمشقي عن الزهري عن عروة عن عائشة عن النبي ﷺ، ورواه وكيع عن يزيد بن زياد نحوه ولم يرفعه، ورواية وكيع أصح، وقد روي نحو هذا عن أكثر من واحد من أصحاب النبي ﷺ أنهم قالوا مثل ذلك، ويزيد بن زياد الدمشقي ضعيف في الحديث، ويزيد بن أبي زياد الكوفي أثبت من هذا وأقدم، انظر سنن الترمذي ٤/ ٣٣، ورواه عنها أيضاً الدار قطني في سننه، سنن الدار قطني ٣/ ٨٤.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٤/ ٢٠، كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري ٢/ ١٠٤، تبيين الحقائق ٣/ ٢٠، ١٩٧، ٤/ ٢٣٤، ٢٩٩، العناية على الهداية للبابرتي ٥/ ٢٨٦، ٣١٥، ٧/ ٤٤٤، معين الحكام لعلاء الدين علي بن خليل الطرابلسي ص ٦٧ ط دار الفكر.

يكون من الصعب بيانه ويتوقف على تقدير القاضي، ومن ثم لا يكون حكماً عاماً في الغالب على عكس اتجاه الشريعة الذي يحقق العمومية المرادة والعدالة المبتغاة.

ثانياً: يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في تكييف واقعة الجهل بالإباحة، وأنها تقوم على أساس توافر السبب المبيح للفعل وجهل الفاعل به، بحيث يرتكب الفعل معتقداً أنه جريمة ولا يدري أنه مباح، واختلفوا بعد ذلك في حكم الجهل بالإباحة، حيث اتفق الفقهاء في الفقه الإسلامي على أنه في حالة الجهل بالإباحة يعمل قصد الفاعل السيئ ويجعل في الاعتبار، ويعد بفعله هذا آثماً تطبيقاً لقاعدة الأمور بمقاصدها، ومع ذلك فإنهم أخذوا بتأثير سبب الإباحة واعتبار موافقة الفعل لقصد الشارع فأسقطوا العقوبة عن الفاعل مع استحقاقه الإثم، بمعنى أنه يكون آثماً ديانة بناء على قصده ونيته ولكنه لا يعاقب قضاء على اعتبار أن الفعل الذي أقدم عليه مباح له شرعاً ولا يشكل جريمة في نظر الشارع، ومن ثم فإنه لا يعاقب عليه عقوبة الفعل الأصلي ذاته، لأنه لا يشكل جريمة وإن كان فاعله آثماً ديانة لكونه كان قاصداً الفعل على أساس أنه جريمة، وهذا يحافظ على الأمن والأمان للمجتمع، ويحافظ على حقوق الأفراد، ويسد باب الشر على من ينوي القيام به، فمن علم أنه سيعذر على فعله سوف يفكر قبل الإقدام عليه وارتكابه فعلاً.

وهو خلاف ما عليه شراح القانون الوضعي الذين تعددت آراؤهم وتعددت الانتقادات الموجهة لها وإن كان الرأي الأخير منها هو أفضلها والذي يقترب من قول فقهاء الشريعة وتصويرهم للمسألة وحكمها بدقة.

وبالنظر المجرد إلى نظرة الفقه الإسلامي والقانون الوضعي نجد أن

نظرة فقهاء الشريعة أدق وأحكم من تلك الآراء القانونية، فمن العجيب أن نقول بمشروعية الفعل ثم نحاسب الفاعل على قصده ونيته السيئة ونعترف بقصده فيه؟!، كما أن في القول بما ذهب إليه فقهاء الشريعة توازنًا لا يوجد في الآراء القانونية المختلفة، والله تعالى أعلى وأعلم.



المبحث الثاني

التجاوز في الإباحة

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول
المقصود بالتجاوز

وفيه فرعان:

الفرع الأول
المقصود بالتجاوز في الفقه الإسلامي

سبق القول عند الحديث عن التجاوز في الدفاع الشرعي[1] أن التجاوز في اللغة يأتي بمعنى التعدي والتفريط، يقال جاوز الشيء إلى غيره أي تجاوزه، وجاوز المكان أي سلكه، واجتاز الطريق قطعها، وتجاوز في فعله بمعنى تعدى فيه[2] وهو المراد هنا.

---

(١) ورد تفصيله سابقاً.

(٢) انظر: مختار الصحاح للرازي مادة (جوز) ص ١٠٣، لسان العرب لجمال الدين =

وأما في الاصطلاح فإن كتب الفقه الإسلامي لم تذكر تعريفاً للتجاوز صراحة وإن كانت مذكورة في كتبهم بمعنى التعدي والتفريط كما في المعنى اللغوي، فإن المطالع لهذه الكتب في موضوع دفع الصائل أو ما يسمى بالدفاع الشرعي يجد أنهم اشترطوا في الفعل المدافع به أن يكون متناسباً مع قدر الاعتداء وما يدفع به المعتدي، بمعنى أنه لو زاد على ذلك كانت تلك الزيادة تجاوزاً.

وإذا كان الأمر كذلك فإن من الطبيعي أن لا يأتي تعريف للتجاوز في الإباحة عامة، حيث لم تذكر كتب الفقه حداً واضحاً له، وهذا يستدعي الاجتهاد في بيان هذا التعريف أو المعنى العام لكلمة تجاوز ومدى ورودها في كتب الفقه، وما تدل عليه من معنى عند ورودها حتى يمكننا بيان معنى التجاوز في الإباحة.

ومن يقرأ كتب الفقهاء القدامى يجد أنهم يستعملون كلمة التجاوز في الإباحة بمعنى الإسراف في الفعل حتى يتعدى به الفاعل القصد، فينتقل الفعل من محل الإباحة إلى محل التجريم والضمان.

وسوف أورد هنا بعض النصوص الفقهية لنتبين منها معنى التجاوز في الإباحة.

يقول البهوتي[1] في تأديب الزوجة والولد وعدم التعدي فيهما «ومن أدب ولده أو أدب زوجته في نشوز ولم يسرف لم يضمن أو أدب معلم صبيه أو أدب سلطان رعيته ولم يسرف أي لم يزد على الضرب المعتاد فيه لا في عدد ولا في شدة فتلف المؤدَب بذلك لم يضمنه المؤدِب نصاً،

ابن منظور، مادة (ج و ز)، المصباح المنير للفيومي مادة (ج و ز) ص ١١٥، القاموس المحيط للفيروز آبادي مادة «ج و ز» ٢/ ١٧٠.

(١) سبقت الترجمة له في ص ٩٧ من هذا البحث.

لفعله ما له فعله شرعاً بلا تعد أشبه سراية القود والحد، وإن أسرف المؤدب أو زاد على ما يحصل به المقصود فتلف بسببه ضمنه لتعديه بالإسراف»[1].

ففي هذا النص يظهر أن الإسراف في سبب الإباحة يجعل الفاعل ضامناً وهو نفسه معنى التجاوز ن إذ هو إسراف في الفعل وتعد فيه، والمتعدي ضامن.

وعندما سُئِل الشافعي ـ رحمه الله ـ عن الرجل يضرب ولده أو المعلم بضرب تلميذه أو الطبيب يقطع عضواً من رجل للتداوي فيموت منه هل في ذلك شيء فقال «إنه ما لم يتعد المأمور به فلا عقل ولا مأخوذية في ذلك»[2].

ويقول الشافعي أيضاً عند الحديث عن كيفية الدفاع الشرعي ضد الصائل «ولا يجاوز (أي المدافع في دفع الصائل) ما يرميه به أولاً حتى يمتنع»[3].

ففي هذين النصين يتضح أن التجاوز يعني التعدي في قدر الفعل أو عدم التناسب بين الفعل والمباح منه.

ومن ذلك أيضاً ما يقوله أشهب[4] في مؤدب الصبيان أنه «متى زاد على ثلاثة أسواط اقتص منه»[5]، وفي ذلك دليل على اشتراط عدم التعدي.

وفي هذا النص مثال واضح لمعنى التجاوز وهو الزيادة على القدر

---

(١) شرح منتهى الإرادات ٣/ ٢٩٩.
(٢) الأم للشافعي ٦/ ١٨٩ وما بعدها.
(٣) الأم ٦/ ٢٧.
(٤) سبقت الترجمة له.
(٥) التاج والإكليل للمواق ٨/ ٤٣٧.

المطلوب شرعاً، فمتى زاد الفاعل عنه كان متجاوزاً، ومن ثم يكون مسؤولاً عن فعله.

ويقول ابن قدامة[1] في صدد حديثه عن استيفاء الإمام للحدود «ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً في سائر الحدود أنه إذا أتى بها على الوجه المشروع من غير زيادة فإنه لا يضمن من تلف بها، لأنه فعلها بأمر الله وأمر رسوله فلا يؤاخذ به، ولأنه نائب عن الله تعالى فكان التلف منسوباً إلى الله تعالى، وإن زاد على الحد فتلف وجب الضمان بغير خلاف نعلمه، لأنه تلف بعدوانه فأشبه ما لو ضربه في غير حد»[2].

وهذا النص خير مثال على المقصود بالتجاوز، وأنه تعدي الفعل من حالة الإباحة إلى حالة الاعتداء، ومن ثم يكون المتجاوز مسؤولاً عمّا فعل وتعدى فيه.

وجاء في سراج السالك «فإن ضربها (أي زوجته) ضرباً مبرحاً عُدّ متعدياً وإن علم أنها لا تنزجر إلاّ به فعليه القصاص ولها التطليق إن شاءت لمجاوزة الحد»[3].

فهذا النص قد بين أن التجاوز هو الزيادة على الحد المباح من الشيء، فمن يؤدب زوجته يقوم بفعل مباح، ولكنه متى زاد عليه وتعدى انقلب فعله إلى التجاوز، ومن ثم كان مسؤولا عنه.

وبعد فإن من يقرأ النصوص السابقة، ويمعن النظر فيها يتضح له بجلاء

---

(١) سبقت الترجمة له.

(٢) المغني لابن قدامة ٩/ ١٤٠.

(٣) سراج السالك شرح أسهل المسالك إلى مذهب الإمام مالك لعثمان بري الجعلي ٢/ ٦٩ الطبعة الأولى ١٩٦٣ م مكتبة ومطبعة الحلبي.

أن الفقهاء عند استعمالهم لكلمة التجاوز لم يخرجوا عن المعنى اللغوي السابق ذكره وهو التعدي والتفريط في الفعل والزيادة فيه عن القدر الواجب أو الجائز فعله، وبناء على هذا ولكون الفقهاء لم يضعوا تعريفاً للتجاوز هنا فإنه يمكن القول بأن التجاوز كما يقرره الفقهاء هو خروج القائم بالفعل عن الحد المسموح به شرعاً طبقاً لقواعد الشريعة ونصوصها وأصولها.

وإذا كان هذا معنى التجاوز فإنه يثور هنا سؤال حول بداية هذا التجاوز أو بعبارة أخرى متى يبدأ حد التجاوز؟ أو متى يكون الإنسان متجاوزا؟

من يقرأ كتب الفقه الإسلامي في هذا الشأن يجد أنّهم لم يذكروا شيئاً عن هذا الأمر، فهم لم يضعوا تعريفاً لتجاوز الإباحة، فطبيعي أن لا يذكروا شيئاً عن بداية هذا التجاوز، ومع ذلك فنحن لا نعدم نصاً يبين هذه الحدود ضمناً ما دام أنها لم تظهر صراحة، وسوف أقوم هنا باستقراء بعض النصوص الفقهية التي تبيّن متى يبدأ التجاوز ضمناً، وأستخرج منها تلك الأحكام التي توضح بداية التجاوز في أسباب الإباحة.

ففي دفع الصائل مثلاً ذكر الفقهاء أن «دفع الصائل يكون بالتدريج فيدفع أولاً برفع صوت عليه أو هرب منه أو استغاثة بأحد ثم إن لم يندفع بذلك دفع بضربه الأخف فالأخف، فيضربه باليد ثم بالسوط ثم بالعصا، ثم يدفع بجرح، ثم قطعه الطرف، ثم بالقتل، فإن دفع بالأثقل من يندفع بما دونه فهلك ضمنه»[1].

ففي هذا النص جعل الدفاع الشرعي متدرجاً، فيكون البدء في التجاوز عند بداية الدفع بما هو أثقل مع القدرة على الدفع بالأخف والأقل.

---

(١) الغرر البهية للأنصاري ٥/ ١١٢، ومثله في حاشيتي قليوبي وعميرة ٤/ ٢٠٨.

ويقول الزيلعي[1] «ومن شهر على رجل سلاحاً ليلاً أو نهاراً في المصر أو غيره أو شهر عليه عصا ليلاً في مصر أو نهاراً في غيره فقتله المشهور عليه فلا شيء عليه... وإن شهر عصا نهاراً في مصر فقتله المشهور عليه قتل به، لأن العصا تلبث، والغوث غير منقطع في المصر، فكان بالقتل متعدّياً، وهذا عند أبي حنيفة[2] رحمه الله ظاهر»[3].

فهذا النص يظهر منه أنه يجب عند تحديد بداية التجاوز مراعاة الظروف المحيطة بالفعل، ووقت الاعتداء، فإن كان قتل الصائل مناسباً في الحالة

---

(١) الزيلعي: فخر الدين أبو محمد عثمان بن علي الزيلعي، أحد أعلام الفقه الحنفي، وكتبه من أشهر كتب الحنفية وأكثرها انتشاراً لما تتميز به من سهولة العبارة ووضوح المعنى، وأشهر كتبه تبيين الحقائق الذي شرح فيه المتن الحنفي الشهير كنز الدقائق، قدم إلى القاهرة سنة ٧٠٥ هـ، فدرس فيها وتولى الإفتاء زمنا، وتوفي بها سنة ٧٤٣ هـ رحمه الله. انظر ترجمته في: الأعلام للزركلي ٤/ ٣٧٣.

(٢) أبو حنيفة: هو الإمام الأعظم أبو حنيفة النعمان بن ثابت بن زوطي الفارسي، ولد سنة ٨٠ هجرية، قيل كان أبوه مولى من الموالي، وقيل هو فارسي الأصل، نشأ الإمام أبو حنيفة بالكوفة، وبدأ حياته العلمية بها، فدرس علم الكلام ونبغ فيه حتى ألّف فيه كتابه الشهير الفقه الأكبر، ثم اتجه إلى دراسة الفقه فتتلمذ على الأعلام فيه مثل عطاء بن أبي رباح وقتادة، ولزم أستاذه حماد بن أبي سليمان ثمان عشرة سنة، فأخذ عنه فقه أهل الرأي كعلقمة بن قيس، والأسود بن يزيد، وإبراهيم النخعي، وكان رحمه الله ثرياً يعمل في أثناء تعلّمه وتدريسه بتجارة الخز، كما كان أبو حنيفة رحمه الله ذكياً، فطناً، حاضر الذهن، يحسن التخلص في المواقف المختلفة، وبعد حياة حافلة بالعلم والعمل توفي رضي الله عنه سنة ١٥٠ هـ وصلى عليه خمسون ألفاً من المسلمين حتى أنهم صلوا عليه جماعات متعددة لتعذّر الصلاة عليه مرة واحدة.
وقد وردت ترجمته في العديد من الكتب وألف عنه كتب كثيرة انظر منها: تاريخ بغداد للخطيب البغدادي ١٣/ ٣٢٠ وما بعدها، تذكرة الحفاظ للذهبي ١/ ١٥٩ وما بعدها، أبو حنيفة للشيخ محمد أبو زهرة، ط دار الفكر العربي، وأبو حنيفة بطل الحرية والتسامح للمستشار عبد الحليم الجندي ط دار المعارف بمصر.

(٣) تبيين الحقائق ٦/ ١١٠، وانظر في المعنى نفسه العناية ١٠/ ٢٣٢، الجوهرة النيرة للعبادي ٢/ ١٤٥، تكملة شرح فتح القدير ١٠/ ٢٣٢، تكملة البحر الرائق للطوري ٨/ ٣٤٤، مجمع الضمانات للبغدادي ص ١٦٦.

الأولى وهي حالة شهر السلاح ليلاً أو نهاراً في المصر وغيره أو شهر العصا في المصر ليلاً وفي غير المصر نهاراً، فإن هذا القتل غير مناسب في الحالة الثانية وهي حالة شهر العصا في المصر نهاراً، ويكون الفاعل حينئذ متجاوزاً منذ بدء الفعل المدافع به.

وفي مجال تأديب الزوجة يقول الكاساني[1] «ومنها ولاية التأديب للزوج إذا لم تطعه فيما يلزم طاعته بأن كانت ناشزة، فيعظها أولاً على الرفق واللين، فيقول لها كوني من الصالحات القانتات الحافظات للغيب، ولا تكوني من كذا وكذا، فلعلها تقبل الموعظة فتترك النشوز، فإن نجعت فيها الموعظة ورجعت إلى الفراش وإلاّ هجرها... فإذا هجرها فتركت النشوز وإلاّ ضربها عند ذلك ضرباً غير مبرح»[2].

فهذا النص يمكن عن طريقه وما ماثله معرفة بداية التجاوز، حيث يعد

---

(١) **الكاساني**: أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الملقب بملك العلماء علاء الدين الحنفي مصنف البدائع الكتاب الجليل، تفقه صاحب البدائع على علاء الدين محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي صاحب كتاب تحفة الفقهاء، وقرأ عليه معظم تصانيفه مثل التحفة في الفقه وغيرها من كتب الأصول، وزوجه شيخه ابنته الفقيهة العالمة، وقيل إن سبب تزويجه بابنة شيخه أنها كانت من حسان النساء وكانت حفظت التحفة تصنيف والدها، وطلبها جماعة من ملوك بلاد الروم فامتنع والدها، فجاء الكاساني، ولزم والدها واشتغل عليه، وبرع في علم الأصول والفروع، وصنف كتاب البدائع وهو شرح التحفة، وعرضه على شيخه فازداد فرحاً به وزوجه ابنته، وجعل مهرها منه ذلك، فقال الفقهاء في آلاف شرح تحفته، وزوجه ابنته، وبعد عمر مليء بالعلم والعمل حانت وفاته، قال ابن العديم سمعت ضياء الدين محمد بن حبش الحنفي يقول عن الكاساني عند موته إنه شرع في قراءة سورة إبراهيم حتى إذا انتهى إلى قوله تعالى ﴿يثبت الله الذين آمنوا بالقول الثابت في الحياة الدنيا وفي الآخرة﴾ خرجت روحه ثم فراغه من قوله وفي الآخرة، وقد كان ذلك في يوم الأحد العاشر من رجب سنة ٥٨٧ هجرية.
انظر الترجمة له في كتاب: طبقات الحنفية لأبي الوفاء القرشي ١/ ٢٤٤ وما بعدها.
(٢) بدائع الصنائع ٢/ ٣٣٤.

الزوج متجاوزاً متى أقدم على الضرب دون أن يبدأ بالموعظة والهجر، لأن تأديب الزوجة متدرج يبدأ فيه بالوعظ، ثم الهجر، ثم الضرب بعد ذلك[1].

وبناء على النصوص السابقة وما يماثلها يمكن القول إنّ بدء التجاوز يختلف باختلاف كل واقعة على حدة، ولذا فإن من الصعب وضع قاعدة عامة في هذا المجال، وإن كان من الممكن الاسترشاد بهذه النصوص لبيان هذه البداية وتطبيقها على ما يتشابه معها من أحوال.



(١) وانظر في هذا: أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٢٦٧ وما بعدها، شرح الخرشي على مختصر خليل ٤/ ٧ وما بعدها، مواهب الجليل للحطاب ٤/ ١٥، جواهر الإكليل للآبي ١/ ٣٢٨ ط مصطفى الحلبي بمصر، الأم للشافعي ٥/ ٢,٧، أحكام القرآن للشافعي ١/ ٢,٩ ط دار الكتب العلمية بيروت، تحفة المحتاج ٧/ ٤٥٤، أسنى المطالب للأنصاري ٤/ ١٦٢ وما بعدها، الإنصاف للمرداوي ٨/ ٣٧٦، شرح منتهى الإرادات ٣/ ٥٤.

الفرع الثاني

المقصود بالتجاوز في القانون الوضعي

لما كان قانون العقوبات المصري قد جاء خلواً من أيّ نص يقرر حدّاً معيّناً لكل الأسباب المعفية من الجزاء الجنائي والسالبة له كأسباب العفو عن العقوبة أو أسباب الإباحة، فإنه من الطبيعي أن يكون خالياً من وضع أي تعريف لمعنى التجاوز في الإباحة، ولم يأت في هذا الصدد أي نص قانوني يبين المراد به، وكل ما ورد به هو نص المادة ٢٥١ الخاص بتجاوز حدود الدفاع الشرعي وهذا النص يعمل به في الحالة التي ورد بشأنها، أما التجاوز في غيرها فيخضع للقواعد العامة[١].

ولما كان الأمر كذلك فقد اجتهد شراح القانون في مصر في وضع تعريف للتجاوز في الإباحة، وقد تعدّدت تعريفاتهم له وتنوعت حسب ما يراه كل منهم.

فقد عرّف بعضهم[٢] التجاوز في الإباحة بأنه الخروج عن الحدود

---

(١) شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ١٥٦.

(٢) وهو التعريف الذي أورده الدكتور نعيم فرحات في كتابه النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي ص ٢٤٧.

المقررة شرعاً وقانوناً من جانب مرتكب السلوك بعد نشأة الحق صحيحاً ومشروعاً ومستوفياً لشروطه وأركانه.

ولكن هذا التعريف يؤخذ عليه أنه لم يوضح مقدار هذه الحدود التي يعد الفاعل فيها متجاوزاً لها، فكلمة الحدود الشرعية والقانونية كلمة مطاطة لم تحدد الأمر تحديداً دقيقاً، يضاف إلى ذلك أن التعريف به تطويل غير مطلوب ولا أهمية له، وهو قوله بعد نشأة الحق صحيحاً مستوفياً لشروطه وأركانه، حيث إن كلمة التجاوز في حد ذاتها تدل على أن الحق المبيح قد نشأ صحيحاً مستوفياً لشروطه وأركانه، فلا داعي لتلك الزيادة من غير فائدة، كما أنها أدت لتطويل التعريف، والتعريفات تكون دقيقة متى اقتصرت على المطلوب في إيجاز.

ولما كان التعريف السابق غير مقبول فقد وضع البعض تعريفاً آخر له فعرف التجاوز بأنه عدم مطابقة حدود الواقعة المرتكبة لحدود السبب المبيح المقترن بها[1].

وهذا التعريف بدوره لا يخلو من الرد والمناقشة، حيث إن هذا التعريف لا يصح هكذا على إطلاقه، لأن بعض أسباب الإباحة لا يشترط فيها التطابق التام كما يذكر التعريف، ومن ذلك مثلاً في الدفاع الشرعي لا يشترط مطابقة الدفاع تماماً مع فعل المعتدي فقد يكون أقل أو أكثر دون أن يكون هناك تجاوز يذكر، وإنما يقع التجاوز فيها متى كان هناك عدم تطابق في القدر الذي كان بوسع المدافع فعله وزاد عنه كثيراً حتى جاوز الحد المقدر له.

وإذا كان التعريفان السابقان لم يخلوا من الرد والنقد فهذا أمر طبيعي

---

(١) تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ١٠٩.

فلا يكاد يخلو تعريف من نقد، ولكن على كل حال فإن التجاوز قانوناً يعني التعدي في سبب الإباحة أو بعبارة أخرى أن يتعدى الفاعل للواقعة الحد المقرر له بمقتضى القاعدة المقررة للسبب المبيح.

وبعد أن ظهر المراد بالتجاوز في الإباحة هنا وأنه عبارة عن التعدي عن القدر المباح والمسموح به قانوناً في حالة الإباحة كلاً على حدة، فإنه يثور التساؤل حول الوقت الذي يبدأ فيه هذا التجاوز، أو تلك اللحظة التي يتعدى فيها الفاعل القدر المباح له استعماله، وقد جعل شراح القانون لهذا الوقت أو تلك اللحظة صورتين:

الأولى: ويبدأ فيها التجاوز منذ ارتكاب الواقعة، بمعنى أن التجاوز يبدأ ببداية الفعل الذي كان في الأصل مباحاً، فيخرج من بدايته محظوراً، ومثال ذلك من يضربه شخص صفعة فيرد عليه بضربه بطلق ناري أو بسكين فيقتله، فهنا التجاوز بدأ منذ بداية الفعل أو الواقعة المبيحة للرد، فلو أنه دافع بما يكفي أو بالقدر المستلزم لله هجوم لما كان هناك تجاوز، لكنه تجاوز منذ بدء الفعل.

الثانية: ويبدأ فيها التجاوز بعد فترة من ممارسة الفعل المباح، فالفاعل هنا قد ارتكب قدراً من الفعل بطريق مشروع ومباح، وحدث التجاوز بعد هذا القدر، فخرج بفعله من نطاق الإباحة إلى نطاق التجاوز، ومثال ذلك من يرد على من يصفعه بعدة صفعات أو لكمات وكان يكفيه أن يرد بواحدة أو اثنتين فقط، فهنا كانت اللكمات الزائدة بداية للتجاوز في الإباحة.

وقد رتّب شراح القانون على هذه التفرقة بين الصورتين أثراً مهما يتعلق بنوع العقوبة في حالة التجاوز، فهو في الحالة الأولى أو الصورة الأولى يكون مسؤولاً مسؤولية كاملة، لأن فعله وقع متجاوزاً منذ بدايته فكان مسؤولاً عنه، على خلاف الصورة الثانية التي يكون مسؤولاً فيها عن القدر

الزائد فقط، بمعنى أنه يكون مسؤولاً عن اللكمات أو الصفعات الزائدة دون أن يكون مسؤولاً عن الواقعة بأكملها، لاشتمالها على قدر مباح إضافة إلى القدر الزائد.

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

بالنظر فيما سبق يتضح أن القانون الوضعي كما بينه شراحه يتفق مع الفقه الإسلامي في المقصود بالتجاوز وأنه التعدي عن القدر المطلوب في سبب الإباحة، كما يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي فيما ورد بشأن الصور المتعلقة ببدء التجاوز، فالتجاوز يبدأ إما منذ البداية إذا كان المرتكب للواقعة منذ البداية قد ارتكب أمراً محظوراً يزيد في قدره عن المطلوب، ومثله في الفقه من يبدأ في قتال الصائل بالأثقل دون اتباع التدرج الذي ذكره فقهاء الشافعية، ومثله أيضاً من يبدأ في تأديب زوجته بالضرب دون البدء بالوعظ والهجر كما قرر القرآن الكريم والسنة النبوية.

وكذا تتحقّق الصورة الثانية في حالة تجاوز القدر المباح أو المسموح، فيكون المرتكب للواقعة هنا مسؤولاً عنها، ومثلها في الفقه الإسلامي ما ذكره أشهب عن مؤدب الصبيان من أنه لا يتجاوز في الضرب ثلاثة أسواط وإلاّ عد مسؤولاً عن فعله وضامناً لأي تلف يقع لمن يؤدبه، وهو ما ذكره فقهاء القانون في الصورة الثانية من صور بدء التجاوز.

المطلب الثاني

متى يحدث التجاوز؟

إن التجاوز في الإباحة كما سبق القول يعني أن تقوم حالة الإباحة، ويقوم المباح له بارتكاب الفعل، ولكنه يتجاوز فيه إمّا ابتداء وإمّا بعد أن يرتكب قدراً من المسموح به، وهذا يدعونا إلى التساؤل عن الشروط المطلوبة لكي يحدث هذا التجاوز، أو كما عبرت في عنوان المطلب متى يحدث التجاوز؟، وسوف أبيّن ذلك في فرعين أحدهما في الفقه الإسلامي، والآخر في القانون الوضعي، وذلك على الوجه التالي:

الفرع الأول

متى يحدث التجاوز في الإباحة في الفقه الإسلامي؟

من يقرأ كتب الفقه الإسلامي فيما يتعلّق بموضوع تجاوز حدود الإباحة يجد أن الفقهاء لم ينصّوا صراحة على شروط حالة التجاوز أو بيان وقت حدوثها وشروطه، وإنّما يفهم ذلك من سياق حديثهم، ويستنبط من ثنايا كلامهم عن الإباحة، وحكم التعدي فيها، ومتى يكون المتعدي في الإباحة ضامناً.

ومن خلال القراءة يمكن القول إن الفقهاء يشترطون لتوافر حالة التجاوز في الإباحة شرطين هما:

١ ـ توافر حالة الإباحة ابتداء، وهذا شرط بدهي لا يحتاج إلى كثير عناء لإثباته، وذلك لأن الكلام عن تجاوز حد الإباحة يستلزم بالطبع والبداهة أن تكون حالة الإباحة متوافرة بالفعل في الجريمة المتجاوز فيها، وإلاّ كانت جريمة مستقلة تامّة بأركانها ولا مجال فيها للقول بتجاوز إباحة أو غيرها، فمثلاً من يعتدي على غيره بالضرب أو القتل يعد متعدياً، ولا يمكن القول بتوافر سبب الإباحة ما لم يكن فاعلاً ذلك دفاعاً عن نفسه أو عرضه أو ماله ضد صائل عليه، فهنا يمكن تقدير فعله هذا وما يدفع به هذا الصائل ومدى التجاوز الواقع ممن ارتكب هذا الفعل[1].

٢ ـ تعدي المكلف في فعله القدر المباح شرعاً، وهذا الشرط مكمل للسابق، فلا مسؤولية على المكلف متى قام بفعل مباح له شرعاً، فإن تعدى المكلف حدود الإباحة في الفعل عادت المسؤولية عنه للظهور من جديد.

وعلى هذا فإن وجود حالة التجاوز المستلزمة لقيام المسؤولية ينبغي فيها أن تكون هناك حالة إباحة، ويتعدى القائم بالفعل هذه الحالة إلى فعل يكون به مسؤولاً مسؤولية تجاوزية.

وسوف أقوم هنا بعرض بعض الأحكام الفقهية التي ذكرها الفقهاء في

---

(١) انظر في هذا المعنى: الجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري للعبادي الحدادي ٢/ ٣٨٠ وما بعدها، حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ٥/ ٣٢٨ وما بعدها، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣١٧ وما بعدها، مغني المحتاج للشربيني ٤/ ١٩٦ وما بعدها، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣/ ٣٧٨ وما بعدها.

حالات الإباحة المختلفة، وأعرض لبعض النصوص من كتبهم والتي يظهر منها بيان هذين الشرطين:

أولاً: في مجال التأديب، اتفق الفقهاء[1] على أنه يجوز للرجل تأديب زوجته متى كانت ناشزاً امتنعت من معاشرته أو رأى منها اعوجاجاً[2]، وذلك بعد أن يعظها حتى تترك النشوز، ثم يهجرها في المضجع، ثم يضربها بعد ذلك إن لم يجد ما سبق، كما يجوز له تأديب ولده، ويجوز للمعلم تأديب الصبيان الذين يعلمهم.

واستدلوا على ذلك بما يلي:

١ ـ قوله تعالى ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ اللهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنْفَقُواْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللهُ وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللهَ كَانَ عَلِيّاً كَبِيراً﴾[3].

٢ ـ ما روي عن عبد الله بن عمر ـ رضي الله عنهما ـ قال «لا تضرب

---

(١) بدائع الصنائع ٢/ ٣٣٤، أحكام القرآن للجصاص ٣/ ٥٦٦، المنتقى للباجي ٧/ ٧٧، أحكام القرآن لابن العربي ٤/ ٢٦١، الأم للشافعي ٦/ ١٩٠، إحكام الإحكام ٢/ ٢٥٢، تحفة المحتاج ٩/ ١٧٩، مغني المحتاج ٥/ ٥٢٥، طرح التثريب ٢/ ٩٧، المغني ٧/ ٢٤٢، الفروع ٥/ ٦,٧، شرح منتهى الإرادات ٣/ ٢٩٩، الإنصاف ٨/ ٣٧٨، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام لمحمد بن إسماعيل الكحلاني الصنعاني ٢/ ٢,٧ ط دار الحديث.

(٢) والاتفاق هنا في حكم تأديبها لحق نفسه، أمّا تأديبها لحق الله تعالى ففيه خلاف فمنهم من أجاز له تأديبها لحق الله تعالى باعتباره الراعي لها ولأسرتها ومن له القوامة عليها، ومنهم من منع ذلك.
انظر المراجع السابقة في كل مذهب.

(٣) سورة النساء الآية رقم (٣٤).

خادمك واضرب امرأتك وولدك»[1] أي بقصد التأديب.

٣ ـ ما روي عن الزهري[2] قال: «كان عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ يضرب النساء والخدم»[3]، أي يضربهن تأديباً ضرباً غير مبرح.

فهذه الأدلة وغيرها تنطق صراحة بأن تأديب الرجل لزوجته وأولاده حق مشروع وفعل مباح، ومتى لم يتعد وتلف واحد منهم نتيجة هذا الفعل فلا ضمان عليه عند الجمهور.

ولكن متى حدث التعدي فإنه يكون مسؤولاً عن فعله حينئذ، وسوف أعرض هنا بعضاً من نصوص الفقهاء في هذا الشأن حتى يتبين المراد من التجاوز، وتفصيل الشرط الثاني من شروط بيان حد التجاوز.

يقول البهوتي[4] في تأديب الزوجة والولد وعدم التعدي فيهما «ومن أدب ولده أو أدب زوجته في نشوز ولم يسرف لم يضمن، أو أدب معلم صبيه أو أدب سلطان رعيته ولم يسرف أي لم يزد على الضرب المعتاد فيه لا في عدد ولا في شدة فتلف المؤدَب بذلك لم يضمنه المؤدِب نصاً، لفعله ما له فعله شرعاً بلا تعد، أشبه سراية القود والحد، وإن أسرف المؤدب أو زاد على ما يحصل به المقصود فتلف بسببه ضمنه لتعديه بالإسراف»[5].

وجاء في سراج السالك «فإن ضربها (أي زوجته) ضرباً مبرحاً عد

---

(١) رواه عبد الرزاق في مصنفه، المصنف ٦/١٠٦ ط دار الفكر.
(٢) سبقت الترجمة له في ص ٢٢ من البحث.
(٣) رواه عبد الرزاق في مصنفه ٦/١٠٦.
(٤) سبقت الترجمة له في ص ٩٧ من هذا البحث.
(٥) شرح منتهى الإرادات ٣/٢٩٩.

متعدياً، وإن علم أنها لا تنزجر إلاّ به فعليه القصاص ولها التطليق إن شاءت لمجاوزة الحد»[1].

ومن ذلك أيضاً ما يقوله أشهب[2] في مؤدب الصبيان أنه «متى زاد على ثلاثة أسواط اقتص منه»[3]، وفي ذلك دليل على اشتراط عدم التعدي.

ثانياً: في مجال استيفاء الحقوق، اتفق الفقهاء[4] على أن استيفاء الحد يكون للإمام لا غيره، وأن الإمام ليس ضامنا لما يترتب على إقامة الحد من تلف ما دام أنه غير متعد في فعله، لأنه فعل ما فعل بأمر الشرع، وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة، فإن تعدى في فعله ضمن.

يقول ابن قدامة[5] في صدد حديثه عن استيفاء الإمام للحدود «ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً في سائر الحدود أنه إذا أتى بها على الوجه المشروع من غير زيادة فإنه لا يضمن من تلف بها، لأنه فعلها بأمر الله وأمر رسوله فلا يؤاخذ به، ولأنه نائب عن الله تعالى فكان التلف منسوباً إلى الله تعالى، وإن زاد على الحد فتلف وجب الضمان بغير خلاف نعلمه، لأنه تلف بعدوانه فأشبه ما لو ضربه في غير حد»[6].

---

(١) سراج السالك لعثمان بري الجعلي ٢/ ٦٩.

(٢) سبقت الترجمة له.

(٣) التاج والإكليل للمواق ٨/ ٤٣٧.

(٤) بدائع الصنائع ٧/ ٨٨، العناية للبابرتي ٥/ ٣٥٢، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لداماد أفندي ١/ ٦١٢ ط دار إحياء التراث العربي، الجوهرة النيرة للعبادي ٢/ ١٦٣، حاشيتا قليوبي وعميرة ٤/ ١٠٦، ١٨٤، نهاية المحتاج ٧/ ٤٣٢، حاشية البيجرمي ٤/ ٢١٤، مطالب أولي النهي شرح غاية المنتهى للرحيباني ٦/ ١٥٩، ط المكتب الإسلامي، شرح منتهى الإرادات ٣/ ٣٣٥.

(٥) سبقت الترجمة له.

(٦) المغني لابن قدامة ٩/ ١٤٠.

وعبارة ابن قدامة هذه تفرق بين إتيان الفعل على الوجه المشروع وغيره، ففي الحالة الأولى لا تكون هناك مسؤولية، وفي الحالة الثانية تقوم المسؤولية.

ثالثاً: في مجال دفع الصائل، اتفق الفقهاء[1] على مشروعية الدفاع عن النفس والمال والعرض ضدّ الصائل على أحدها في الجملة، وإن اختلفوا بعد ذلك في حكم كل حالة تفصيلاً، وما إذا كان هذا الدفاع واجباً أم جائزاً.

ولكن يشترط لهذا الدفع أن يكون بوسيلة متناسبة مع قدر الاعتداء، وأن لا يتجاوز المدافع في دفاعه فينقلب دفاعه اعتداء، وسوف أورد هنا نصوصاً تبين ذلك فيما يلي:

ذكر فقهاء الشافعية أن «دفع الصائل يكون بالتدريج فيدفع أولاً برفع صوت عليه أو هرب منه أو استغاثة بأحد، ثم إن لم يندفع بذلك دفع بضربه الأخف فالأخف، فيضربه باليد، ثم بالسوط، ثم بالعصا، ثم يدفع بجرح، ثم قطعه الطرف، ثم بالقتل، فإن دفع بالأثقل من يندفع بما دونه فهلك ضمنه»[2].

وذكر الزيلعي[3] «ومن شهر على رجل سلاحاً ليلاً أو نهاراً في المصر أو غيره أو شهر عليه عصا ليلاً في مصر أو نهاراً في غيره فقتله المشهور

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ٧/ ٩٣، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٦/ ١١١، حاشية ابن عابدين ٥/ ٤٨١ وما بعدها، مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب ٦/ ٣٢٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣٥٧، الأم للإمام الشافعي ٦/ ٢٧، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للشربيني ٢/ ٢٣٤، حاشيتا قليوبي وعميرة ٤/ ٢,٦، المغني لابن قدامة ١٠/ ٣٥١، المحلى لابن حزم ١١/ ٣١٤.

(٢) الغرر البهية للأنصاري ٥/ ١١٢، ومثله في حاشيتا قليوبي وعميرة ٤/ ٢٠٨.

(٣) سبقت الترجمة له.

عليه فلا شيء عليه. . . وإن شهر عصا نهاراً في مصر فقتله المشهور عليه قتل به، لأن العصا تلبث والغوث غير منقطع في المصر فكان بالقتل متعدياً، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ظاهر»[1].

وبعد فهذه النصوص وغيرها يفهم منها أن التجاوز في الإباحة يكون متى توافرت شروط الإباحة وتجاوز الفاعل لها الحدود المرسومة والمقررة لها شرعاً، فأتى بها على غير الوجه الذي أبيحت به، ومن ثم تقوم مسؤوليته عن هذا التجاوز.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

---

(١) تبيين الحقائق ٦/ ١١٠، وانظر في المعنى نفسه العناية ١٠/ ٢٣٢، الجوهرة النيرة للعبادي ٢/ ١٤٥، تكملة شرح فتح القدير ١٠/ ٢٣٢، تكملة البحر الرائق للطوري ٨/ ٣٤٤، مجمع الضمانات للبغدادي ص ١٦٦.

الفرع الثاني

متى يحدث التجاوز في الإباحة في القانون الوضعي؟

لكي يكون هناك مجال للقول بتجاوز حدود الإباحة قانوناً لا بد أن تكون هناك حالة إباحة، وتجاوز لحالة الإباحة هذه، ومن ثم لا بد لتوافر حالة التجاوز من وجود شرطين لا غنى عنهما، وهما، توافر الظرف المبيح، أو كما أطلق عليه البعض تحقق سبب المشروعية، وتجاوز حدود الظرف المبيح، وسوف أقوم بشرح كل منهما اختصاراً فيما يلي:

أولاً: توافر الظرف المبيح:

وهو ما يطلق عليه بعض الشراح شرط تحقق المشروعية، وهو يعني أن يتوافر سبب من أسباب الإباحة لدى من يقوم بالفعل، فمتى انتفى الظرف المبيح لم يكن هناك محل للقول بتوافر الإباحة، فمثلاً متى انتفى قيام حالة الدافع الشرعي لا يكون هناك مجال للقول بوجود تجاوز للدفاع الشرعي، إذ لا بد من وجود سبب الإباحة أولاً قبل القول بوجود تجاوز له[1].

---

(١) انظر: تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ١١١، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور محمد نعيم فرحات ص ٢٧٠.

ومن ذلك في مجال استعمال الحق لكي يمكن القول بوجود تجاوز من عدمه لا بد من وجود الحق ذاته وتوافر سببه، ولذا قررت المادة (٦٠) أن هناك شروطاً لاستعمال الحق وأول هذه الشروط وجود حق مقرر بمقتضى القانون[١]، فإن لم يكن هناك حق فلا وجود لسبب الإباحة ومن ثم يكون الفعل المرتكب ادعاء لحق مقرّر مكوناً لجريمة من الجرائم العادية لا الجرائم التجاوزية كما سيأتي.

وفي نطاق حق الطبيب في العلاج أجاز القانون للطبيب إحراز المواد المخدرة بقصد العلاج، وكذا إجراء العمليات الجراحية للمرضى مع ما فيها من الاعتداء على أجسامهم وقد يؤدي بعضها إلى الوفاة، ولكن لكي يتوافر هذا الظرف المبيح لا بد من توافر شروط معينة ذكرها القانون ومن أهمها أو أولها أن يكون من أجرى العمل الطبي مرخصاً له قانوناً بإجرائه، بمعنى أن يكون الظرف أو السبب المبيح متوافراً لديه[٢]، وهو ما نطلبه هنا، وإلاّ كان عمله مجرماً ولو كان طبيباً غير مرخص له.

وفي نطاق حق التأديب ينبغي لكي يمكن القول بوجود تجاوز في الإباحة من توافر سبب الإباحة ذاته أولاً، فمثلاً لكي يتوافر الحق في التأديب لا بد أن يكون القائم به ذو صفة معينة وهو الزوج بالنسبة للزوجة، ومن يلتزم بالرقابة قانوناً أو اتفاقاً بالنسبة للصبي، وأن يوجد سبب للتأديب، فهنا لا يحق لأي أحد ضرب امرأة بدعوى تأديبها، أو

---

(١) انظر في ذلك: شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ١٦١ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ٩٦ وما بعدها.

(٢) انظر في ذلك: شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ١٧٨ وما بعدها.

ضرب صبي تحت ذريعة تأديبه وليست له ولاية رقابته قانوناً أو اتفاقاً، فهذا عمل مجرّم حينئذ[1]، ولكي يمكن القول بوجود تجاوز لسبب الإباحة في التأديب لا بد من توافر الحق في التأديب أولاً، ثم تجاوز القائم به في فعله.

وفي مجال الدفاع الشرعي يشترط لكي يمكن القول بوجود تجاوز من عدمه أن تتوافر حالة الدفاع ذاتها، بأن يكون هناك خطر يهدد المدافع، ولا يمكنه دفعه إلاّ عن طريق رد الاعتداء مباشرة[2]، فهنا توافر الظرف المبيح ومن ثم يمكن النظر في مدى تجاوزه بعد ذلك.

وبعد ففي تلك الأمثلة السابقة توافر الظرف المبيح فكان هناك مجال للقول والبحث عن مدى تجاوز القائم بسبب الإباحة من عدمه حينئذ.

ثانياً: تجاوز حدود الظرف المبيح:

ويقصد بهذا الشرط أن من توافر له سبب الإباحة تعدى في فعله الحدود المقررة والمسموح بها قانوناً في نطاقه[3]، حيث إن من المسلم به قانوناً أن لكل حق حدوداً، فمن يخرج عليها أو يتجاوز أو يسيء استعمال الحق، فيكون شأنه حينئذ شأن من لا يستعمل حقّاً أصلاً، ولذا نصت المادة (٦٠) من قانون العقوبات المصري على قيد من قيود استعمال الحق

---

(١) انظر في ذلك: شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ١٧٤ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ١٠٠ وما بعدها.

(٢) انظر في ذلك: شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٢٠ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ١٢٩ وما بعدها.

(٣) انظر: تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ١١١، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور محمد نعيم فرحات ص ٢٧٠.

وهو حسن نية من يقوم به، وليس معنى هذا أنه القيد الوحيد.

ولذا يكون الشخص متجاوزاً حدود الحق في الأحوال التالية:

١ ـ متى قام به بقصد الإضرار أو لم يقصد منه سوى الإضرار، كما لو ضرب الزوج زوجته بدافع البغض والكراهية لا رغبة في تأديبها، وكما لو ضرب المعلم تلميذه انتقاماً من أبيه أو أحد من أهله، ومتى كان القصد الإضرار فقط دون التأديب انتفى الحق حينئذ، وأصبح القائم به متجاوزاً، وعوقب على ذلك بالعقوبات المقررة قانوناً لفعلته.

٢ ـ إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر جراء استعمال الحق، فمن يدافع عن ماله ضد السرقة مثلاً يشترط أن تكون المصلحة التي تتحقق بالدفاع متناسبة مع الضرر الذي يحدثه، فجنحة السرقة لا تبرر الدفاع بالقتل.

٣ ـ إذا كانت المصالح التي يرمي إليها غير مشروعة قانوناً، أي مصلحة تمس النظام العام والآداب، كما لو استعمل الطبيب حقه في التطبيب بإجهاض امرأة حامل بدون مسوغ إلاّ لمجرد الإجهاض فقط، وكذا لا يكون للأب أن يؤدب ولده لو كان ما يأمره به غير مشروع قانوناً كأن يأمره بالسرقة فيرفض فيعاقبه على ذلك، أو يأمر ابنته بالدعارة فترفض فيعاقبها على ذلك، لأن هذه الأفعال غير جائزة قانوناً، ومن ثم كان استعمال الحق في أمر مخالف للنظام العام والآداب، ومن هنا يكون الأثر المترتب عليه تجاوزاً يعاقب عليه القائم به[1].

---

(١) انظر في ذلك: شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ١٧٠ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ٩٨ وما بعدها.

وسوف يأتي مزيد تفصيل لهذه الأمور عند الحديث عن الفرق بين التجاوز في الإباحة والتعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي، وذلك في الفرع الثاني من المطلب القادم بإذن الله تعالى.

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

بالنظر فيما سبق من الحديث عن شروط توافر حالة تجاوز الإباحة أو شروط حدوث التجاوز في الإباحة نجد أن القانون الوضعي يتفق مع الفقه الإسلامي في الشرطين اللذين قال بهما، فقد اشترط الفقه الإسلامي والقانون الوضعي لثبوت حالة التجاوز أن تتوافر حالة الإباحة أولاً، وأن يتعدى من توافرت له تلك الحالة حدودها، فيكون مسؤولاً عن هذا التعدي.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

المطلب الثالث

الفرق بين جريمة التجاوز وغيرها من الجرائم

وفيه فرعان:

الفرع الأول

الفرق بين جريمة التجاوز وغيرها من الجرائم في الفقه الإسلامي

وبعد بيان ما سبق يثور السؤال حول علاقة التجاوز هنا بالجريمة العادية، وكذا الفرق بين الجريمة التجاوزية والتعسف في استعمال الحق، والجريمة التي يتعدى فيها القصد إلى غيرها، وهي ما تسمى عند شراح القانون الجريمة المتعدية القصد، وسوف أوضح ذلك فيما يلي:

أولاً: التعسف في استعمال الحق:

لم يرد في كتب الفقه الإسلامي استعمال الفقهاء لكلمة التعسف بالنسبة للحقوق وإن وردت في غيرها بمعنى الخروج عن النطاق المشروع في

الشيء، أو التأويل أو غيره من الأحكام[1]، أما التعسف في استعمال الحق فلم يذكروا عنه شيئاً مفصلاً، ولكن من يطالع كتب الفقهاء في هذا الشأن يجد أن الحقوق عندهم نوعان، حقوق الله تعالى وحقوق العباد، واشتهر بينهم هذا التقسيم، وتكلموا عن حكم تعارض حق الله وحق العباد، فمنهم من قدم حق الله تعالى لكونه أولى بالرعاية، ومنهم من قدم حق العبد على اعتبار أن الله سبحانه غني والعبد فقير فيقدم حق العبد عليه لغناه سبحانه، مما لا مجال لتفصيله هنا[2].

ومن يقرأ كتب الفقه ومقاصد الشريعة يجد أن الشرع الشريف حينما يقر حقّاً ينشئ في الوقت ذاته واجباً مقرراً على الكافة نحو هذا الحق وهو واجب احترام هذا الحق في نطاق الحدود المرسومة له، وهذا الحق يتحدّد بمحله وما يتضمنه من مكنات، فلا يجوز لصاحبه أن يتخطى ذلك، فلا يجوز للزوج مثلاً حينما يؤدب زوجته أن يضربها ضرباً مبرحاً، لأن ذلك خروج عن حدود الحق المقرر له، وكذا لا يجوز للمصول عليه أن يدفع الصائل بأكثر ممّا يندفع به مثله كأن يقتله مع أنه يندفع بالضرب أو الزجر أو الاستغاثة[3].

---

(١) انظر في ذلك مثلاً:
المبسوط ١٥/ ١٧٩، تبيين الحقائق ١/ ٢٨، العناية ٩/ ٤٠٢، الجوهرة النيرة ٢/ ١٣٦، أحكام القرآن للجصاص ١/ ٨٤، ٢/ ٢٧٤، ٤٢٣، الفصول في الأصول ١/ ١٢٩، ٣٩٣، ٤/ ٢٢٥، المنتقى للباجي ١/ ٧٠ ١٦٢، كشف الأسرار ١/ ٤٤، أدب الدنيا والدين للماوردي ص٧١، المستصفى للغزالي ص ٨٩، ١٩٤، ٢١٩، المجموع للنووي ١٠/ ٢٠٦، ٤٧٢، ١١/ ١٨١، إحكام الأحكام ١/ ١١١، المحلى لابن حزم ٩/ ٢٧٥.

(٢) انظر هذا التفصيل في: الموافقات في أصول الشريعة للشاطبي ٢/ ١٥ وما بعدها.

(٣) انظر في هذا المعنى: المدخل للفقه الإسلامي للأستاذ عيسوي أحمد عيسوي ص ٣٤١، الطبعة الأولى ١٣٨٣ هـ، التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون للدكتور سعيد أمجد الزهاوي ص ٢٨، رسالة دكتوراه من كلية الحقوق =

ولكن هل يجوز للشخص أن يستعمل حقه بإطلاق ولو تغيرت النية وكان استعماله في الحدود المقررة له؟ مثال ذلك من يضرب زوجته ضرباً خفيفاً بقصد التأديب وكان غرضه الأساسي الانتقام منها، فهو هنا حسب الظاهر يستعمل الحق المقرّر له وفي حدوده، ولكنه يقصد في الباطن إيذاءها والانتقام منها، يلزمني هنا قبل بيان ذلك أن أبين المقصود بالحق أو تعريف الحق عند الفقهاء.

والحق في اصطلاح الفقهاء يأتي بمعنيين:

الأول: هو الحكم المطابق للواقع، ويطلق على الأقوال والعقائد والأديان والمذاهب باعتبار اشتمالها على ذلك، ويقابله الباطل.

الثاني: أن يكون بمعنى الواجب والثابت وهو قسمان حق الله وحق العباد، أمّا حق الله فقد عرفه البعض بأنه ما يتعلق به النفع العام للعالم من غير اختصاص بأحد، فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه، أو كما قيل حق الله ما لا مدخل للصلح فيه[1].

وأمّا حق العبد فهو ما يتعلق به مصلحة خاصة له كحرمة ماله، أو كما قيل هو الذي يقبل الصلح والإسقاط والمعاوضة عليه[2].

أمّا الحق بمعنى عام فلم يأت في كتب الفقهاء القدامى تعريف صريح لكلمة الحق، ولم يصطلحوا على تفسير خاص له، ممّا جعل الفقهاء المعاصرين يحاولون تدارك هذا الأمر فوضعوا تعريفات عدة للحق حسبما

بالقاهرة سنة ١٣٩٥ هـ ـ ١٩٧٥ م، ط دار الاتحاد العربي للطباعة والنشر بالقاهرة.

(١) كشف الأسرار للبخاري ٤/ ١٣٤، شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني ٢/ ٣٠١، التقرير والتحبير لابن أمير الحاج ٢/ ١٠٤، غمز عيون البصائر للحموي ٤/ ١٦١.

(٢) كشف الأسرار ٤/ ١٣٥، شرح التلويح على التوضيح ٢/ ٢٩٩، التقرير والتحبير ٢/ ١٠٤، غمز عيون البصائر ٤/ ١٦١.

يأتي معناه في كتب الفقهاء واهتداء بمقاصد الشريعة في هذا الأمر، فعرفه بعضهم بأنه مصلحة ثابتة للشخص على سبيل الاختصاص والاستئثار يقررها الشرع الحكيم[1].

ورغم أن هذا التعريف يوضح أن المصلحة التي يراعيها الحق لا تكون معتبرة ما لم يقررها الشرع ويمنحها الحماية، إلاّ أنه يؤخذ عليه أنه غير شامل لكل الحقوق التي يقرّرها المشرع للمجتمع أو تلك التي يقرّرها للفرد والمجتمع معاً، لأنه قصر الحقوق بأنها ثابتة للشخص فقط دون الأخرى.

وقد حاول بعض الفقهاء تدارك هذا المأخذ الوارد على هذا التعريف مع الاحتفاظ بما فيه من مزايا، فذكر أن الحق هو مصلحة ثابتة للفرد، أو للمجتمع، أو لهما معا يقررها المشرع الحكيم[2].

وهذا التعريف يظهر منه أن الحق منحة من الخالق جل وعلا ينصرف إلى أثر خطاب الشارع لا ذات الخطاب، ولذا كانت الحقوق في الشريعة الإسلامية مقيدة لا مطلقة، ولذا يقول الإمام الشاطبي[3] «إن طلب الإنسان

---

(١) المدخل للفقه الإسلامي للأستاذ عيسوي أحمد عيسوي ص ٣٣٩.

(٢) المدخل للفقه الإسلامي للدكتور محمد سلام مدكور ص ٤١٢ الطبعة الأولى ١٩٦٠ م.

(٣) **الشاطبي**: أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي الشهير بالشاطبي، من كبار علماء الأندلس، مالكي المذهب، ولذا يذكره علماء المالكية في تراجمهم، كان رحمه الله عالماً وَرِعاً تقياً نقياً، مقرباً من تلاميذه، محبّباً إلى نفوسهم لما يتمتع به من صفاء الذهن وجودة القريحة وروعة المناقشة، وهو ما يظهر في آثاره الفقهية البديعة، فهو من القلائل الذين كتبوا في مقاصد التشريع الإسلامي، وقد أبدع في بيان ذلك، وكان كتابه الموافقات آية في الإبداع وجودة التأليف، وكذا له كتابه الاعتصام غاية في الروعة والدقة، وتوفي رحمه الله في سنة ٧٩٠ هـ.
انظر الترجمة له في: شجرة النور الزكية لمحمد مخلوف ص ٢٣١.

لحظه حيث أذن له لابد فيه من مراعاة حق الله وحق المخلوقين»[1].

فقد بيّن هذا النص أن الحقوق في الشريعة ليست مطلقة بل هي مقيدة بمراعاة حقوق العباد وحقوق الله سبحانه وتعالى، ومن هنا فإن استعمال الحقوق يجب أن يكون سبيلا إلى تحقيق المصالح وجلبها وإلى دفع المفاسد وتجنبها[2] مراعاة لمبدأ المحافظة على الكليات الخمس التي هي أصول الشريعة والتي جاءت بحمايتها والمحافظة عليها.

وأعود بعد ذلك إلى الإجابة على السؤال الذي سبق إثارته وهو هل يجوز للشخص أن يستعمل حقه بإطلاق ولو تغيرت النية وكان استعماله في الحدود المقررة له؟

وللإجابة على هذا أقول إنه بناء على ما سبق لكي يتصف فعل ما بأنه مشروع أو مباح فمن الواجب أن تتجه نية القائم به إلى تحقيق الغرض المشروع له دون تجاوز، فإن حدث غير ذلك بأن اتجهت نيته إلى تحقيق غاية أخرى لا تتفق ومبادئ الشريعة صح في هذا الوقت أن يقال عنه إنه متعسف في استعمال حقه، وصح أيضاً أن يكون محلاً للمساءلة والعقاب الموضوع له شرعاً.

وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد عرفت التعسف في استعمال الحق على النحو السابق ذكره فإنما أقامت نظرتها له على أساسين مهمين يمثلان قواعد كبرى في الفقه الإسلامي وهما:

الأول: أساس معروف لدى الفقهاء وهو القصد والنية كما اتضح ممّا سبق، وما يتجه إليه صاحب الحق من غاية يهدف إليها في

---

(١) الموافقات في أصول الشريعة للشاطبي ٢/ ١٢٥.

(٢) الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية للشيخ علي الخفيف ١/ ١١٨ ط مطبعة الجبلاوي سنة ١٩٦٩ م.

استعماله، وهذا الأساس يستند إلى الحديث المروي عن النبي ﷺ في قوله «إنما الأعمال بالنيات وإنّما لكل امرئ ما نوى»[1].

فهذا الحديث يشير إلى أهمية النية ومكانتها في التشريع الإسلامي، فهي مدار الأعمال كلها، فلا عمل بدون نية، ولهذا كان هذا الحديث أساساً لقاعدة فقهية كبرى في الفقه الإسلامي يعبر عنها الفقهاء بقولهم «الأمور بمقاصدها»[2]، وهذه القاعدة لها تأثيرها في كل أبواب الفقه الإسلامي، فلا يخرج عنها باب منه، ولذا سموها قاعدة كلية كبرى، فالطهارة والصلاة والصيام وسائر العبادات لا تصح ولا تقبل بدون نية، والمدار في المعاملات كلها من بيع وشراء وإجارة ووكالة وكفالة وشركة وحوالة وغيرها، والجهاد والشهادة والقضاء والنكاح والطلاق على النية، بل ولا يفرق بين القتل العمد والخطأ إلاّ بالنية، وهكذا في كل أبواب الفقه ومسائله.

كما يهدف هذا الحديث إلى أن قصد المكلف من العمل يجب أن يكون كما قصد الشارع منه ومتوافقاً مع ما طلبه، ولذا يقول الإمام الشاطبي «من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل»[3].

وتطبيقاً لذلك فقد قرر الفقهاء في مجال دفع الصائل أنه يجب على المصول عليه أن يكون هدفه من الدفع مجرد إبعاد الأذى عن نفسه وليس الانتقام من الصائل ورجاء إيذائه، فإن انصرف قصده إلى مجرد إلحاق

---

(١) رواه البخاري في صحيحه عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، صحيح البخاري ١/ ٣.

(٢) لمزيد تفصيل حول هذه القاعدة وفروعها الفقهية انظر ما كتبه عنها الإمام السيوطي في كتابه الأشباه والنظائر، ص ٣٩ وما بعدها، الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٩ وما بعدها.

(٣) الموافقات في أصول الشريعة للشاطبي ٢/ ٢٤٤.

الأذى وليس مجرد دفع الاعتداء فإنه في هذه الحالة يعد متعسفاً في استعمال حقه، ويعاقب بناء على ذلك حسب نيته وما اتجه إليه قصده وما أبدته الوقائع الظاهرية من هذا القصد.

الثاني: أساس مادي مشهور وهو ينبني على قوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»[1]، فهذا الحديث دل على تحريم الضرر والضرار، ويقصد بالضرر هنا الإيذاء الخالص المبتدأ به، والضرار رد الاعتداء باعتداء مماثل دون تحويل جانب الضرر إلى ذمة المعتدي الذي هو الأصل في ضرر الأموال، فقد طلب النبي ﷺ في هذا الحديث الكف عن الفعل، ويلزم منه عدم ذات الفعل فاستعمل النفي في النهي هنا استعمال اللازم في الملزوم[2].

وقد كان هذا الحديث أساساً لقاعدة فقهية كبرى عبر عنها الفقهاء بقولهم «الضرر يزال»[3]، وفرعوا عنها الكثير من القواعد من مثل قولهم «الضرر لا يزال بالضرر»، وقولهم «يتحمل الضرر الأصغر لدفع الضرر الأكبر، أو «يتحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد»، وقولهم «يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام» وقولهم «الضرورات تبيح المحظورات»، وغيرها من القواعد المتفرعة عنها والتي أكثر الفقهاء في ذكرها وتفصيلها والتطبيق بناء عليها.

---

(١) رواه الحاكم في المستدرك عن أبي سعيد الخدري وقال: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجها، المستدرك ٢/ ٦٦، ورواه عنه البيهقي وقال: تفرد به عثمان بن محمد عن الدراوردي سنن البيهقي ٦/ ٦٩، ورواه الهيثمي عن جابر بن عبد الله، مجمع الزوائد ٤/ ١١٠.

(٢) التعسف في استعمال حق الملكية للدكتور سعيد الزهاوي ص ١١١.

(٣) انظر في هذا: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٧، ٨٣، ٨٦، غمز عيون البصائر ١/ ٢٧٤، ٢٧٨، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي ٢/ ٣٩٨، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر، المادة ٢٠ ص ٣٧، ط دار الجيل بيروت.

وبناء على هذا فإنه إذا كان من المقبول أن يقوم المصول عليه بدفع الصائل ولو بإلحاق الضرر به فإنه من المتعين شرعاً أن يكون هذا الدفع بالقدر اللازم لدفعه فقط، فإن اتجه قصده إلى مجرد إلحاق الضرر به دون دفعه فقط وإبعاد أذاه وشره فإنه يكون متعسفاً في استعمال حقه.

وبعد ذكر ما سبق فإنه يجدر بنا أن نبين مدى الصلة بين التعسف في استعمال الحق على وجهه السابق وبين التجاوز في الإباحة، فالتعسف في استعمال الحق يفارق الفعل التجاوزي، فالفعل التجاوزي لا يكون له مستند من الحق أصلاً، ولا يعد من السلطات التي يمنحها الحق لصاحبه، ولذا يعد الفعل غير مشروع لذاته، أمّا الفعل التعسفي فهو مشروع في ذاته، ولكنه غير مشروع في غرضه ومآله[1].

ويترتب على هذا الاختلاف بين الفعل التجاوزي والفعل التعسفي أن الفعل التجاوزي إنما كان ممنوعاً لذاته، ولذا فإن هذا الوصف لا ينفك عنه إلاّ لضرورة معتبرة شرعاً، كحالة الإكراه المعنوي مثلاً، فالذم والتحريم فيه وارد على ذات الفعل ومضمونه، أمّا الفعل التعسفي فلم يكن التحريم لذاته وإنّما لهدفه وغايته والغرض منه، فالذم فيه ليس لاستعماله هو وإنّما للتوجه الذي قصده الفاعل من فعله، فعدم المشروعية فيه ليس أصلياً وإنما هو عارض طارئ، ولذا فإنه يزول بزوال العارض الطارئ هذا ويعود إلى مشروعيته كما كان.

ثانياً: سراية الجريمة:

يقصد بسراية الجريمة في الفقه الإسلامي أن يقصد الفاعل جريمة أخف

---

(١) الملكية في الشريعة الإسلامية للشيخ علي الخفيف ١/ ١١٥ وما بعدها، الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي للدكتور محمد فاروق العكام ص ٣٧١ وما بعدها رسالة دكتوراه كلية الحقوق بالقاهرة، ط دار المصطفى للنسخ والطباعة سنة ١٩٧٧ م.

ولكن يسري فعله إلى جريمة أشد، وهو ما يعرف في القانون الوضعي بالجريمة المتعدية القصد كما سيأتي، وسراية الجريمة حالة مقابلة لحالة التجاوز في الإباحة، وتقترب منها في المقصد والمآل وإن اختلف الغرض والفعل بينهما، ففي حال السراية يتجه قصد الفاعل إلى الفعل المفضي إلى تحقيق النتيجة الأخف جسامة، ولكن ينشأ عن فعله نتيجة أشد جسامة عن تلك التي يقصدها[1].

وتعد السراية من باب العمد والخطأ معاً، فهو عمد من ناحية الفعل، وخطأ من ناحية القصد، فالفاعل أقدم على فعله ولكنه لم يرد النتيجة التي حدثت، ومن تطبيقات السراية في الفقه الإسلامي ما يسميه بعض الفقهاء بالقتل شبه العمد، ولذا يحسن هنا أن نبين آراء الفقهاء فيه وأدلتهم حتى ينسنى لنا بيان علاقته بالجريمة التجاوزية، وذلك على الوجه التالي:

فقد اختلف الفقهاء في القتل شبه العمد على رأيين:

الرأي الأول:

ذهب الحنفية[2] والإمام مالك في رواية[3] والشافعية[4] والحنابلة[5] إلى أن القتل شبه العمد ثابت وموجود في الشرع.

---

(١) انظر في هذا:
الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي للشيخ محمد أبو زهرة ٢/ ٤٩٧ وما بعدها ط دار الفكر العربي، القصاص في الفقه الإسلامي لأحمد فتحي بهنسي ص ١٤٣ ط دار الشروق بالقاهرة سنة ١٩٦٤ م، التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عودة ٢/ ٩٤.

(٢) تبين الحقائق ٦/ ١٠٠، المبسوط للسرخسي ٢٦/ ٦٤ وما بعدها، العناية للبابرتي ٨/ ٢٥٠.

(٣) المنتقى للباجي ٧/ ١٠٠.

(٤) نهاية المحتاج ٧/ ٢٥٠، مغني المحتاج ٤/ ٤، تحفة المحتاج ٤/ ٤.

(٥) المغني لابن قدامة ٩/ ٣٣٧، الكافي في فقه الإمام أحمد لموفق الدين بن قدامة ٤/ ٣ ط المكتب الإسلامي بيروت.

واستدلوا على ذلك بالسنة وإجماع الصحابة.

أمّا السنة:

١ ـ ما رواه عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي ﷺ قال «ألا إن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الإبل منها أربعون في بطونها أولادها»[١].

٢ ـ ما روي أن النبي ﷺ قال «عقل شبه العمد مغلظ مثل عقل العمد ولا يقتل صاحبه»[٢].

فقد نص هذان الحديثان صراحة على ثبوت القتل شبه العمد، ومن ثم يكون موجوداً ويصح القول به شرعاً.

وأما إجماع الصحابة:

فقد ذكر السرخسي[٣] «أن الصحابة اتفقوا على شبه العمد حيث أوجبوا

---

(١) رواه الإمام أحمد في مسنده، المسند ٥/ ٤١٢، ورواه النسائي في سننه، سنن النسائي ٨/ ٤٠ وما بعدها، ورواه ابن ماجه في سننه، السنن ٣/ ٨٧٧، ورواه أبو داود، السنن ٤/ ١٨٥، وصححه ابن حبان ويحيى بن قطان، انظر: نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية للزيلعي ٤/ ٣٣١، والتلخيص الحبير لابن حجر ٤/ ١٩.

(٢) رواه الإمام أحمد في مسنده، المسند ٢/ ١٨٣، وقال عنه الشوكاني: هذا الحديث في إسناده محمد بن راشد الدمشقي المكحولي وقد تكلم فيه غير واحد ووثقه غير واحد، انظر: نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ٧/ ٢٢ ط دار الحديث بالقاهرة.

(٣) السرخسي: هو شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل، قاض من كبار الحنفية، ومن المجتهدين العظام في المذهب، ولد وعاش في بلدة «سرخس» في خراسان، ومن أشهر كتبه، المبسوط في ثلاثين جزءاً، أملاه وهو في السجن في «أوزجند» بفرغانة، وكان يمليه على تلاميذه من غير مطالعة كتاب، كما أملى شرح السير الكبير فيه أيضاً، ولما وصل إلى باب الشروط حصل له الفرج فأطلق، فخرج في آخر عمره إلى فرغانة، فأكرمه أميرها، وكان سبب سجنه كلمة نصح بها الخاقان، ومن كتبه أيضاً شرح الجامع الكبير للإمام محمد، والنكت وهو شرح لزيادات =

الدية فيه مغلظة مع اختلافهم في صفة التغليظ»[1].

الرأي الثاني:

ذهب المالكية في المذهب[2] والظاهرية[3] إلى عدم ثبوت القتل شبه العمد، وأن القتل نوعان فقط عمد وخطأ.

واستدلوا على ذلك بالمعقول من وجهين:

الأول: إن الله تعالى لم يذكر في القرآن الكريم إلاّ نوعين من القتل هما العمد، والخطأ، ولم يذكر نوعاً ثالثاً، فمن زاد نوعاً ثالثاً فقد زاد على النص بغير دليل، وهو لا يصح[4].

الثاني: إن القاتل إن كان يقصد الضرب فهو العمد، وإن كان لا يقصده فهو الخطأ، وهما قسمان عقليان ولا يصح وجود قسم ثالث يجمع بينهما، إذ لا يصح أن يجتمع القصد وعدمه، فهما نقيضان، والنقيضان لا يجتمعان[5].

الرأي الراجح:

بعد ذكر الرأيين السابقين وأدلتهما يترجح لدي القول بوجود القتل شبه العمد لصحة الحديث الأول الذي قال به العلماء، ومتى صح

الزيادات للإمام محمد، والأصول في أصول الفقه، وشرح مختصر الطحاوي، وتوفى رحمه الله سنة ٤٩٠ هـ وقيل سنة ٥٠٠ هجرية.
انظر ترجمته في كتاب: الجواهر المضية للقرشي ٣/ ٧٨، الفوائد البهية لأبي الحسنات اللكنوي ص ١٥٨، الأعلام للزركلي ٥/ ٣١٥.

(١) المبسوط ٢٦/ ٦٥.
(٢) المنتقى للباجي ٧/ ١٠٠، بداية المجتهد لابن رشد ٢/ ٢٣٢.
(٣) المحلى لابن حزم ١٠/ ٣٤٣.
(٤) المنتقى للباجي ٧/ ١٠٠، المحلي ١٠/ ٣٤٣.
(٥) المنتقى ٧/ ١٠٠.

الحديث فلا جدال.

ولما كان الراجح القول بوجود القتل شبه العمد وثبوته شرعاً فإنه ينبغي التفرقة بينه وبين التجاوز في الإباحة، وقبل بيان هذه التفرقة يلزم بيان المقصود بالقتل شبه العمد، وقد اختلف الفقهاء القائلون بشبه العمد في تعريف القتل شبه العمد على رأيين:

الأول: ويرى أصحاب هذا الرأي أن القتل شبه العمد هو أن يقصد ضربه بما لا يقتل غالباً، كالعصا الصغيرة، والحجر الصغير، وهو ما ذهب إليه أبو يوسف(١) ومحمد(٢) من

---

(١) **أبو يوسف**: يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي، صاحب الإمام أبي حنيفة وتلميذه، وأول من نشر مذهبه، كان فقيهاً، علامة، من حفّاظ الحديث، واسع العلم بالتفسير والمغازي وأيام العرب، ولد بالكوفة ورُبّي يتيماً، فأسلمته أمه قصّاراً ليعمل عنده، وتتلمذ على أبي حنيفة، فتعاهده أبو حنيفة سبعة عشر عاماً، وكان يمده بالمال مائة بعد مائة، كما تلقى العلم عن ابن أبي ليلى، وقد نصحه الإمام أبو حنيفة نصيحة عظيمة أثبتتها الكتب تدل على عظم محبته له، ألّف الكثير من الكتب، منها الخراج ألّفه للرشيد، والآثار وهو مسند أبي حنيفة، والنوادر، واختلاف الأمصار، والجوامع في أربعين كتاباً ألّفه ليحيى بن خالد البرمكي، وولي القضاء ببغداد أيام المهدي والهادي والرشيد، وهو أول من دعي قاضي القضاة، وتوفي في خلافة الرشيد سنة ١٨٢ هجرية.

وقد وردت ترجمته في كتب كثيرة انظر منها: أخبار القضاة لوكيع ٣/ ٢٥٤ ط عالم الكتب، الجواهر المضية ٣/ ٦١١، تاريخ بغداد للخطيب البغدادي ١٤/ ٢٤٢، وفيات الأعيان ٦/ ٣٧٨، شذرات الذهب ١/ ٢٩٨، سير أعلام النبلاء ٨/ ٥٣٥، تاريخ الإسلام ٥/ ٣٩٦.

(٢) **محمد**: هو أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني من موالي شيبان، أصله من غوطة دمشق، وولد بواسط، ونشأ بالكوفة، وهو من أوائل من نشر مذهب أبي حنيفة، كما روي الموطأ عن الإمام مالك، فجمع بذلك بين مدرستي الرأي والحديث، كما تولى القضاء أيضاً، قال عنه الشافعي «إذا تكلم محمد بن الحسن خيل إليك أن القرآن نزل بلغته» من شدة فصاحته، ألف الكثير من الكتب التي هي ظاهر الرواية في مذهب الحنفية منها المبسوط والزيادات والسير الصغير والكبير، والأصل

الحنفية[1]، والشافعية[2]، والحنابلة[3].

الثاني: ويرى أن شبه العمد هو أن يتعمد ضربه بما ليس بسلاح، ولا ما أجري مجرى السلاح، كالعصا والحجر، سواء كانا كبيرين أو صغيرين[4]، وهو ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة.

ولكل رأي أدلته، ولكن لا داعي لذكرها منعاً للتطويل دون فائدة، وما يهمنا هنا هو أن هذه التعريفات رغم اختلافها إلاّ أنها تلتقي في النهاية في المعنى الأساسي المتمثل في أن الجاني في القتل شبه العمد يكون متعمداً في الفعل، ولكنه غير متعمد في النتيجة، ودليل عدم تعمده النتيجة الآلة المستعملة في ارتكاب الجريمة وهي التي لا تقتل غالباً، لأن أمر القتل أمر باطني لا يعرف إلاّ بدليله، والآلة تكون في الغالب دليلاً عليه، فاستعمال غير آلة القتل دليل على عدم قصده.

ونصل بعد ذلك إلى السؤال المثار والمهم من كل ما سبق وهو ما علاقة التجاوز في دفع الصائل بالقتل شبه العمد؟

والجواب أن من الواضح كما سبق أن جمهور الفقهاء يقولون بالقتل شبه العمد ويجعلونه عمداً في الفعل وخطأ في القصد، وهنا يتبادر السؤال حول ما إذا دخل لص إلى بيت رجل وكان من الممكن دفعه بالأخف فدفعه بالأشد، كأن كان يندفع بأمره بالخروج ولكن صاحب المنزل رغم

= والأمالي، وتوفي رحمه الله في الري سنة ١٨٩ هـ حيث كان مصاحباً للرشيد في خروجه إلى خراسان.
وقد وردت ترجمته في كتب كثيرة انظر منها: الجواهر المضية ٣/ ١٢٢، وفيات الأعيان ٤/ ١٨٤، تاريخ بغداد ٢/ ١٧٢، ميزان الاعتدال ٦/ ١٠٧، سير أعلام النبلاء ٩/ ١٣٤، شذرات الذهب ١/ ٣٢١، تاريخ الإسلام ٥/ ٣٤٦.

(١) تبيين الحقائق ٦/ ١٠٠، العناية على الهداية للبابرتي ٨/ ٢٥٠.

(٢) نهاية المحتاج ٧/ ٢٥٠، مغني المحتاج ٤/ ٤، تحفة المحتاج ٤/ ٤.

(٣) المغني لابن قدامة ٩/ ٣٣٧، الكافي في فقه الإمام أحمد لموفق الدين بن قدامة ٤/ ٣.

(٤) تبيين الحقائق ٦/ ١٠٠، العناية على الهداية للبابرتي ٨/ ٢٥٠.

علمه بإمكان ذلك دفعه بالضرب بعصا صغيرة، فهنا يعد صاحب المنزل متجاوزاً لحقه في الدفاع الشرعي، ومن ثم يكون مسؤولاً عن هذا التجاوز، ولكن قد يموت الصائل اللص هنا من هذه الضربة فهنا يكون المصول عليه مسؤولاً عن جريمة قتل شبه عمد لا عن قتل عمد، لأنه تعمد ضرب الصائل عالماً بأنه يجاوز القدر المباح له في الدفاع، غير أنه لا يقصد إزهاق روحه.

وممّا ينبغي التنبه له هنا أن النتائج التي لا يقصد المصول عليه تحقيقها لا يكون مسؤولاً عنها متى وقعت في حدود التناسب، ومن ضمن هذه التطبيقات التي ذكرها الفقهاء ما ذكروه فيمن عض ذراع إنسان، وكان المعضوض لا يمكنه تخليص يده من العاض إلاّ بنزع أسنانه فقصد تخليص يده فترتب على ذلك سقوط أسنان العاض، فلا مسؤولية على المعضوض هنا، وتكون أسنان العاض هدراً[1]، فلا دية له ولا قصاص.

وقد أورد الطحاوي[2] في كتابه مشكل الآثار[3] ما ورد عن النبي ﷺ

---

(١) انظر في ذلك: جامع الفصولين لمحمود بن إسرائيل الشهير بابن قاضي سماونه ٢/ ٨٨ ط المطبعة الأميرية، بدائع الصنائع للكاساني ٧/ ٢٧٤، حاشية الدسوقي ٤/ ٣١٦، الأم للشافعي ٧/١٥٨، شرح الجلال المحلي على منهاج الطالبين ٤/٢٠٨، كشاف القناع ٦/ ١٥٧.

(٢) **الطحاوي**: أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي الطحاوي، ولد بمصر في بلدة طحا العامود سنة ٢٣٩ هـ، وهو ابن أخت المزني فقيه الشافعية وتلميذ الإمام الشافعي وراوي كتاب الأم عنه، كان الطحاوي شافعياً كخاله ثم تحول إلى مذهب الحنفية، ورويت في تحوله أسباب عدة أشهرها أنه رأى الشافعي كثيراً ما يأخذ عن أبي حنيفة ويمجده فاتبع مذهبه، وانتهت إليه رئاسة الحنفية في مصر، وقد ألّف كتباً عدة أشهرها المختصر في الفقه، وشرح معاني الآثار، ومناقب أبي حنيفة، ومشكل الآثار، والاختلاف بين الفقهاء، وغيرها وتوفي رحمه الله سنة ٣٢١ هـ.
وقد وردت ترجمته في كتب كثيرة انظر منها: الجواهر المضية ١/ ١٠٢، لسان الميزان لابن حجر ١/ ٢٧٤، وفيات الأعيان لابن خلكان ١/ ١٩، الأعلام للزركلي ١/٢٠٦.

(٣) مشكل الآثار ١/ ٣٢٨ ط دار الكتب العلمية بيروت.

في هذا الأمر، وأنه قضى أن من عض ذراع آخر فنزع ثنيتاه فجعلها هدراً، ونص الحديث «أن رجلاً عض آخر على ذراعه فجذبها فانتزعت ثنيتاه فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فقال أردت أن تأكل أو تقضم ـ شك سعيد ـ لحم أخيك كما يأكل أو يقضم الفحل فأبطلها»[1].

فهنا لا مسؤولية على المصول عليه بالنسبة لأسنان المعتدي، لأنه لا يقصد هذه النتيجة، وإنما يقصد تخليص نفسه من هذه الأسنان، ولم ينتف التناسب بين فعل الدفاع والنتيجة التي وقعت حتى ولو أدى إلى زيادة لم يكن يتوقعها.

أمّا إذا انتفى التناسب بين فعل الدفاع ونتيجته فإن المصول عليه يكون مسؤولاً عن القدر المتجاوز هنا، كما لو أمكن المعضوض أن يجذب يده من فم العاض، ولكنه لم يفعل ذلك وإنما وجه للعاض لكمة أدت إلى تلف أسنانه فإنه يضمن في هذه الحالة، لإمكان تخليص نفسه بما هو أولى منه[2].

وبناء على ما سبق فإن دفع الصائل متى كان الفعل فيه متعمداً، وتعدى قصد الجاني إلى إزهاق روح الصائل فإنه لا يكون مسؤولاً عن جريمة قتل عمد، وإنّما يكون مسؤولاً عن جريمة قتل شبه عمد، وفرّق بين الأمرين عند جمهور الفقهاء كما سبق، على أن يؤخذ في الاعتبار أن النتائج التي تتعدى قصد الفاعل المصول عليه متى كانت في حدود التناسب فإنه لا يسأل عنها باعتبارها فعلاً مباحاً له.

---

(١) متفق عليه، رواه البخاري عن صفوان بن يعلى عن أبيه، صحيح البخاري ٣/ ١٠٨٦، ورواه عنه مسلم في صحيحه، صحيح مسلم ٣/ ١٣٠١.

(٢) انظر في ذلك المغني لابن قدامة ٩/ ١٨٦.

ثالثاً، الجريمة العادية:

يعد هذا المصطلح «الجريمة العادية» قانونيّاً بحتاً، فالفقه الإسلامي لا يعرف هذا المصطلح على الرغم من أنه يعرف هذا النوع من الجرائم، وأنه موجود بالفعل في هذا الفقه، ولكنه لا يضيف له كلمة عادية، فهي في نظره جريمة أو محظور شرعي، وهو ما يظهر عند كلامهم على الجرائم المختلفة، فالجريمة في الفقه الإسلامي وكما عرفها الماوردي[1] هي محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير[2].

أمّا المحظورات الشرعية فهي المحرمات الشرعية، وهي فعل ما نهى الله عنه كالزنى والسرقة وشرب الخمر والغصب وغيره، وترك ما أمر الله به كترك الصلاة والزكاة.

وقد قيد التعريف المحظورات بكونها شرعية قاصدا بذلك بيان أن الحظر والإباحة إنّما هما من عند الله تعالى وحده، وأن التجريم والعقاب إنّما هما لله تعالى وحده.

وقوله «زجر الله عنها بحد أو تعزير» يعني أن الله منع العباد عنها بعقوبة الحد أو عقوبة التعزير، لأن نصب العقوبة من شأنه أن يمنع من إتيان

---

(١) الماوردي: هو أبو الحسن علي بن حبيب الماوردي البصري، فقيه شافعي كبير اشتهر بالفقه والحفظ وكان إمام عصره تشد له الرحال للفوز بعلمه وفتواه، وقد ألف الكثير من الكتب على مذهب الشافعية ومنها كتابه الشهير في فقه الشافعي الحاوي الذي كان ولا يزال موسوعة لفقه الشافعية ومن أهم كتب هذا المذهب، فقد توسع فيه مؤلفه وأتى فيه بنوادر المسائل، وكان اسماً على مسمى بحق فقد حوى آلاف الضوابط والمسائل الفقهية على مذهب الإمام الشافعي، وله كتاب آخر لا يقل قيمة رغم صغر حجمه وهو كتاب الأحكام السلطانية والولايات الدينية، وقد توفي الماوردي رحمه الله سنة ٤٥٠ هـ.

انظر ترجمته في كتاب: طبقات الشافعية الكبرى لابن السبكي ٣/ ٣٠٤.

(٢) انظر الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢١٨.

الجريمة أولاً، وإيقاعها بعد الجريمة يمنع من العود إليها.

وقوله «حد أو تعزير» بيان لنوعي العقوبة التي زجر الله بها من يرتكب الجريمة، والحد هنا هو العقوبات المقدرة من لدن الشارع جل وعلا سواء وجبت حقاً لله كحد الزنى أو وجبت لحق العبد كالقصاص، وأمّا التعزير فهو تلك العقوبة غير المقدرة من الشارع والتي ترك تقديرها لولي الأمر العادل حسب ما يراه محققاً للمصلحة، فالتعزير إذن عقوبة على الجرائم التي لم يجعل لها الشرع عقوبة مقدرة، كتقبيل الأجنبية، والغش في الكيل والميزان، وغير ذلك من الجرائم.

والجريمة العادية نوع من هذه الجرائم التي زجر الله تعالى عنها فهي تمثل عدواناً على مصلحة يعتبرها الشارع جل وعلا دون أن يكون هناك مسوغ شرعي لارتكابها، بمعنى أنه ليس للفاعل حق في إتيانها، ومن ذلك الاعتداء على الأموال والدماء والأعراض، وهو حرام باتفاق الأمة فقد قال ﷺ «لا يحل مال امرئ مسلم إلاّ بطيب نفس منه»[1].

وقال ﷺ أيضاً «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا»[2].

وقال ﷺ أيضاً «كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه»[3].

فهذه الأحاديث وغيرها قد بينت بما لا يدع مجالاً للشك أن الاعتداء

---

(١) رواه البيهقي عن أبي حرة الرقاشي عن عمه عن النبي ﷺ، سنن البيهقي ٦/ ١٠٠، ورواه الإمام أحمد عن عمرو بن يثربي، المسند ٥/ ١١٣.

(٢) متفق عليه، جزء من حديث خطبة الوداع، رواه البخاري، انظر الصحيح ١/ ٣٧، ورواه مسلم، انظر الصحيح ٢/ ٨٨٩.

(٣) جزء من حديث رواه مسلم في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله عنه، الصحيح ٤/ ١٩٨٦.

على شيء من هذه المصالح محرم شرعاً، ويعد فاعله مرتكباً لجريمة يسأل عنها ويعاقب عليها، والاعتداء على شيء ممّا سبق وغيره بدون وجه حق يعد جريمة من الجرائم العادية التي عرفها الفقه الإسلامي بمعناها لا لفظها واهتم الفقهاء ببيانها في كتبهم المختلفة، فاهتموا بجرائم الزنى والقذف والسب والقتل والسرقة والغصب والغش وخيانة الأمانة وغيرها من الجرائم حسب نوعها، ونصوا عليها في كتبهم، وذكروا عقوباتها سواء أكانت حدّاً أم تعزيراً، ولكنهم لم ينصوا على أنها جريمة عادية بل نصوا على حرمتها، وأنها تشكل فعلاً غير مشروع يستحق فاعله العقاب دون ذكر هذا المصطلح الحديث تحديداً، والعبرة دوماً بالمعاني لا بالمباني، ولذا يمكن القول إن هذه الجرائم حسب هذا المصطلح الحديث موجودة في الفقه الإسلامي بمعناها ودلالتها وإن لم تكن موجودة بلفظها.

أمّا الجريمة التجاوزية فقد سبق القول أكثر من مرة إنها موجودة في الفقه الإسلامي، وأوردنا النصوص الدالة على ذلك في دفع الصائل، وأنه يدفع بالأخف إن استطاع المصول عليه ذلك، ويتدرج في دفعه، فلا يدفعه بالأثقل مع إمكان الأقل والأخف وهكذا.

والفقه الإسلامي لم يعرف أيضاً مصطلح الجريمة التجاوزية الذي ذكره الفقهاء وإن كان موجوداً فيه وقال به الفقهاء وعبروا عنه بالتجاوز في حدود الحق كما سبق القول، والعبرة كما قلت آنفا بالمعاني لا بالمباني، ومن ثم فهناك نوعان من الجرائم إذن في الفقه الإسلامي وهما: الجريمة العادية، وهي تلك التي يرتكبها فاعلها دون وجه حق أو دون مسوغ شرعي من البداية[1]، والجريمة التجاوزية وهي تلك التي يرتكبها فاعلها متجاوزاً

---

(١) وقد ذكر الفقهاء في تقسيمات الجريمة أنواعاً عدة، فذكروا أن الجريمة باعتبار القصد وعدمه تنقسم إلى جرائم مقصودة، وهي التي تسمى الجرائم العمدية، وجرائم غير مقصودة، وهي التي تسمى جرائم الخطأ.

حفاً ثابتاً له، بمعنى أن الفعل كان مشروعاً في البداية ولكن خرج به صاحبه من دائرة المباح إلى دائرة المحظور بتجاوزه الحدود المسموح بها شرعاً.

ورغم وجود النوعين من الجرائم في الفقه الإسلامي إلاّ أنه لم يفرق بينهما ولم يرتب على هذا الاختلاف أثراً، فالفقه الإسلامي يرى كل نوع من الجريمة أمراً محظوراً شرعاً يستوجب العقوبة، أو كما ذكر الفقهاء يستوجب الضمان دون فرق بين الضمان في الجريمة العادية والجريمة التجاوزية، فكل منهما متعد، وكل منهما ضامن لارتكابه أمراً محظوراً شرعاً[1].

---

* وتنقسم من حيث الإيجاب والسلب إلى جرائم إيجابية أي تتم بفعل من الجاني. وجرائم سلبية أي تتم بالامتناع والترك.
وتنقسم من حيث اعتبار وقوعها على المجتمع أو على الأفراد إلى جرائم على الجماعة وجرائم على الآحاد.
وتنقسم من حيث عقوبتها إلى جرائم حدود وجرائم قصاص أو دية وجرائم تعزير.
وتنقسم من حيث المصلحة التي أخلت بها إلى خمسة أقسام هي:
١ ـ جرائم الاعتداء على الدين كالردة عن الإسلام وترك الصلاة ومنع الزكاة.
٢ ـ جرائم الاعتداء على النفس كالقتل والجناية على الأطراف.
٣ ـ جرائم الاعتداء على العقل كشرب الخمر والمخدرات.
٤ ـ جرائم الاعتداء على النسل كالزنى وما يؤدي إليه كعناق الأجنبية وتقبيلها وغيره.
٥ ـ جرائم الاعتداء على المال كالسرقة والغصب والنهب والإتلاف وغيرها.
انظر تفصيل هذه التقسيمات في: الجريمة للشيخ محمد أبو زهرة ص ٥٣ وما بعدها.

(١) انظر: تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ١١٥.

الفرع الثاني

الفرق بين جريمة التجاوز وغيرها من الجرائم في القانون الوضعي

للتجاوز في سبب الإباحة ذاتية خاصة ومعنى متفرداً يتميز به عن غيره من الجرائم الأخرى، ومع ذلك قد يختلط مفهومه مع بعض الجرائم المغايرة مثل الجريمة العادية، والتعسف في استعمال الحق، والجريمة المتعدية القصد، وسوف أبين المراد بكل منهم قانونا كما سبق وأن أوضحته شرعاً حتى يمكن التفرقة بين هذه الجرائم وجريمة التجاوز في أسباب الإباحة من ناحية، ثم المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من ناحية أخرى.

أولاً: التعسف في استعمال الحق:

يعد القانون المدني هو الأصل في إنشاء نظرية التعسف في استعمال الحق، فقد ذكرها صراحة في نصوصه، واهتم بها شراحه، ولم يرد لها ذكر صراحة في غيره من القوانين، ولما كان القانون المدني هو الشريعة العامة والأصلية التي يرجع إليها عند عدم النص على ما فيه في القوانين الأخرى فإن هذا القانون قد ذكر في سياق نصوصه المقصود بالتعسف في

استعمال الحق، فقد نصت المادة الرابعة منه على أنه «من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عمّا ينشأ عن ذلك من ضرر»، ونص في المادة التالية وهي المادة الخامسة منه على أنه «يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

١ ـ إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

٢ ـ إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

٣ ـ إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة».

وبهذين النصين يظهر أن القانون المدني قد أخذ بنظرة الحقوق المقيدة لا المطلقة، فالحقوق تتقيد بالدافع الشخصي وبالغرض الاجتماعي الذي أعطيت من أجله[1].

ويقصد بما سبق أن السلطة الممنوحة لصاحب الحق يجب أن يكون استعمالها مقيداً وليس مطلقاً، وهي مقيدة بالغرض الذي أعطيت من أجله، فإن استعملت في غيرها كان استعمالها خطأ يستوجب مسؤولية صاحبها.

ولما كان الأمر كذلك فإن السؤال المثار هنا هو إذا استعمل صاحب الحق حقه لغير ما شرع لأجله هذا الحق فهل يعد فعله هنا إساءة لاستعماله أم خروجاً عن حدوده؟

اتفق الشراح على أن من استعمل حقه لغير ما شرع لأجله مسؤول عن

---

(١) انظر: نظرية الالتزام في القانون المدني للدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ص ٣٢١، الوسيط في شرح القانون المدني للدكتورعبد الرزاق السنهوري، الجزء الثاني ص ١١٧٤، المدخل إلى القانون للدكتور حسن كيرة ص ٧١٧ ط دار النهضة العربية سنة ١٩٦٩ م.

فعله هذا وإن اختلفوا بعد ذلك في تسمية هذه الإساءة في الاستعمال على رأيين:

الأول: ويرى القائلون به إن من يستعمل الحق لغير ما شرع لأجله يعد خارجا عن حدود الحق، ولذا فإن الحق عند هؤلاء الشراح ينتهي حيث يبدأ التعسف في استعماله، ولا يمكن أن يكون هناك تعسف في استعمال حق ما، وذلك لسبب لا يمكن دحضه وهو أن العمل الواحد لا يمكن أن يكون متفقاً مع القانون ومخالفاً له في وقت واحد[1].

وقد رد على هذا الرأي بأن القول بأن العمل الواحد لا يمكن أن يكون متفقاً مع القانون ومخالفاً له في وقت واحد قول صحيح، ولكن قد يكون الفعل الواحد متفقاً مع حدود الحق ويكون في الوقت ذاته مخالفاً للقانون.

الثاني: ويرى أصحابه أن استعمال الحق لغير ما شرع لأجله يعد إساءة لاستعماله وليس خروجاً عن حدوده، لأن المستعمل للحق هنا قد انحرف عن غايته المرسومة وغرضه المقرر له قانوناً، فكان عمله منطوياً على انحراف بالسلطة داخل الحدود الموضوعية وضد غايته المشروعة له والتي قرر لأجلها[2].

ومما تجدر الإشارة إليه أن بعض الشراح[3] لم ير فيما ذكر خلافاً، واعتبره خلافاً لفظياً أكثر منه خلافاً حقيقياً، فكِلا الرأيين يرى مسؤولية

---

(١) الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور عبد الرزاق السنهوري الجزء الثاني ص ١١٧٤، نظرية الالتزام في القانون المدني للدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ص ٣٢٢.

(٢) المدخل إلى القانون للدكتور حسن كيرة ص ٧١٧، الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور عبد الرزاق السنهوري الجزء الثاني ص ١١٧٥.

(٣) الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور عبد الرزاق السنهوري الجزء الثاني ص ١١٧٥.

المتعدي في استعمال حقه، وإنما الخلاف في التسمية فقط.

وكل ما سبق قوله هو في إطار القانون المدني وما يستلزمه من ضوابط لهذه الحقوق، ولكننا هنا نورد هذا في مجال قانون العقوبات، فما جدوى القول بهذه الحقوق؟ وكيف يكون استعمال الحق مشروعاً؟ ومتى يكون غير مشروع؟

اختلف شراح قانون العقوبات في مدى انطباق نظرية التعسف في استعمال الحق على قانون العقوبات على رأيين:

الأول: ويرى أصحابه أن نظرية التعسف في استعمال الحق بقيودها التي وردت في القانون المدني لا قيمة لها في قانون العقوبات، باستثناء بعض الحالات التي ينص القانون فيها صراحة على توافر الفعل التعسفي[1]، وهذا الرأي ضعيف الحجة وكل ما ذكره أنه فرق بين القانونين على اعتبار أن لكل مجاله، ولا مجال لدخول قانون العقوبات في القانون المدني والأخذ من نظرياته، ولذا لا يمكن الأخذ بهذه النظرية فيه على إطلاقها بل يؤخذ بها في الحدود التي نص عليها القانون صراحة، والتي سبق التمثيل لبعضها عند بيان شروط حالة التجاوز.

الثاني: ويرى أصحابه أن نظرية التعسف في استعمال الحق بكامل قيودها تحتفظ بقيمتها كاملة في قانون العقوبات، ولذا تطبق بجميع قيودها وشروطها في مجال العقوبات القائمة على التعسف في استعمال هذا الحق، وقد أيّدوا رأيهم هذا بعدة حجج قانونية منها ما يلي:

١ ـ إن القانون المصري أوضح في سياق وضعه لهذه النظرية في القانون المدني وفي الباب التمهيدي منه ما يبين عن وجهة نظره في انسحاب

---

(١) تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ٣١٤.

هذه النظرية على كامل فروع القانون الأخرى، فقد جعل النصوص فيها تشتمل على العمومية التي تنسحب على فروع القانون كافة دون الاقتصار على القانون المدني فقط.

٢ ـ إن الأصل في النظام القانوني أنه وحدة واحدة متناسقة، والقانون المدني ـ كما سبق القول ـ يمثل الشريعة العامة بالنسبة لباقي فروع القانون الأخرى، ولما كانت هذه النظرية واردة في حدوده ومنصوصا عليها في مواده فذلك دليل على انسحابها على الفروع الأخرى بكامل قيمتها وهيئتها، ومنها بالطبع قانون العقوبات.

٣ ـ إن القانون المدني يتدخل بالتنظيم في العلاقات القانونية تقريباً ومنها العلاقات الناشئة عن ارتكاب الجرائم كما في الدعاوى المدنية، فلا عيب إذن في أخذ النظرية عنه ونقلها بكامل هيئتها إلى قانون العقوبات واعتبارها أساساً في التعسف في استعمال الحق في قانون العقوبات[1].

وبعد ذكر ما سبق يظهر أن نظرية التعسف في استعمال الحق تنطبق على قانون العقوبات بالشروط نفسها في القانون المدني حسبما قال الرأي الثاني هذا، وبناء عليه فإنه يثور التساؤل عن مدى العلاقة أو الاختلاف بين الجريمة التجاوزية والتعسف في استعمال الحق.

ومن يقرأ في كتب شراح قانون العقوبات يجد أنهم عدّدوا هذه الفروق حسب اجتهاداتهم فيها ونظرتهم إلى هذا التعسف على الوجه التالي:

١ ـ يجعل البعض هناك رابطة بين فكرة التعسف في استعمال الحق وسوء

---

(١) انظر في ذلك:
النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور محمد نعيم فرحات ص ٤٥٦، استعمال الحق كسبب للإباحة للدكتور عثمان سعيد عثمان ص ٤٩٠.

النية، فيكون التعسف بناء على هذا الرأي مقترنا بكل سلوك عمدي دون السلوك الواقع بطريق الخطأ، ومن هنا يكون الفرق بين الجريمة التجاوزية والتعسف أن الجريمة التجاوزية تكون في الخطأ فقط دون العمد، على عكس التعسف في استعمال الحق فإنه يكون في الجرائم العمدية.

٢ ـ ويجعل البعض الآخر من الشراح التجاوز والتعسف معاً صورتين من صور الخروج عن الحدود المقررة عمداً أو خطأ، وجعلوا التجاوز مجرّد جزء من فكرة التعسف في استعمال الحق.

ولكن هذا القول منتقد لأن الحصر الذي ادعاه هنا ليس عليه دليل ولا سند من القانون أو من الواقع، فقد يقع التجاوز نتيجة القوة القاهرة، أو الظروف الطارئة، أو يقع بناء على حادث فجائي، كما أن هذا القول فيه تناقض فقد جعل التجاوز خروجاً بالحق عن حدوده المقررة وجعله في الوقت نفسه جزء أو جانباً من التعسف[1].

٣ ـ ويرى أغلب الشراح أن الفرق بين الجريمة التجاوزية والتعسف في استعمال الحق يتمثل في أن التجاوز لا يلتزم فيه الفاعل بحدود الدوافع المادية، بل يزيد على القدر اللازم لرد الاعتداء بالفعل، فيكون الفعل هنا غير مشروع في ذاته أصلاً، أمّا التعسف في استعمال الحق فلا يلتزم الفاعل فيه بالحدود المعنوية أو الغائية للحق، وإنّما يستعمل حقه على وجه يتنافى مع الحكمة التي شرع الحق من أجلها[2].

---

(١) انظر في ذلك: تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ٣١٤، استعمال الحق كسبب للإباحة للدكتور عثمان سعيد عثمان ص ٤٩٠.

(٢) انظر في ذلك:
تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ٣١٦، القانون الجنائي للدكتور

ثانياً: الجريمة المتعدية القصد:

يقصد بالجريمة المتعدية القصد تلك الجريمة التي يتجه قصد الفاعل فيها إلى الفعل المفضي إلى تحقيق النتيجة الأخف جسامة، فينشأ عنه نتيجة أشد جسامة من تلك التي قصد إليها، فهذه الجريمة تقوم على العمد والخطأ في آن واحد، فهي جريمة عمدية من حيث قصد الجاني وفعله وغير عمدية من حيث النتيجة التي قصد إليها، فهو لم يقصد النتيجة الأشد جسامة، بل قصد الأخف ولكن حدث الأشد[1].

وبناء على ما سبق فإن الجريمة المتعدية القصد تعني أن يصدر من الجاني فعل أو امتناع عن فعل قاصداً من ذلك تحقيق نتيجة معينة فينتج عن هذا الفعل أو الامتناع نتيجة أشد جسامة من تلك التي قصدها أو أرادها بالفعل، متى كانت النتيجة التي وقعت مرتبطة بالرابطة والسببية ذاتها مع تلك النتيجة المقصودة فعلاً، أو بعبارة أخرى أن الفاعل في تلك الجريمة قام بسلوكه المادي في الجريمة قاصداً إحداث نتيجة معينة، فتقع بعد توافر

= علي راشد ص ٣٥٣، نظرية الدافع الشرعي للدكتور يوسف قاسم ص ٢٥٠، نظرية الجريمة والمجرم للدكتور رمسيس بهنام ص ٣٠٠ وما بعدها، استعمال الحق كسبب للإباحة للدكتور عثمان سعيد عثمان ص ٤٩٠ وما بعدها.

(١) انظر في هذا:

الأسس العامة لقانون العقوبات للدكتور سمير الجنزوري ص ٤٤٥، النظرية العامة للقصد الجنائي للدكتور محمود نجيب حسني ص ٣٢٣، تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود سليمان العطار ص ٣١٩ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٣٣٣، أصول قانون العقوبات القسم العام للدكتور أحمد فتحي سرور ص٤٦٣، النظرية العامة للجريمة والمجرم للدكتور رمسيس بهنام ص ٥٥٤، وقد كتب الدكتور جلال ثروت مؤلفاً ضافياً عن هذه الجريمة في القانون المصري والقانون المقارن فاق الخمسمائة صفحة، ونشرته منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٦٤م تحت عنوان «نظرية الجريمة المتعدية القصد في القانون المصري والمقارن».

السببية نتيجة أخرى أشد جسامة لم يقصد إحداثها[1].

وهو ما يخالف الجريمة التجاوزية التي يكون فيها الفعل مباحاً بداية، ولكنه يتجاوز القدر المطلوب شرعاً، فيزيد في مقداره عن الحد المقرّر.

وبعد بيان ما سبق يثور هنا السؤال عن مدى العلاقة أو الفرق بين الجريمة التجاوزية والجريمة المتعدية القصد.

وبالنظر في طبيعة كل من الجريمتين يظهر أنهما متفقان في عدم المشروعبة، فكل نتيجة تحققت في الجريمتين غير مشروعة ومعاقب عليها، ويفترقان بعد ذلك في فرق جوهري بينهما هو أن النتيجة غير المشروعة في الجريمة المتعدية القصد تجاوزت ما أراده الجاني، ولكنها غير مشروعة من البداية، فقد كانت النتيجة الأخف مقصودة ولكن تحققت النتيجة الأشد، على عكس التجاوز، فالفعل في ذاته كان مباحاً ولكن النتيجة كانت أكبر من القدر المباح والذي كان كافياً لدفع المعتدي[2].

يضاف إلى ذلك أن التجاوز قد يحدث بطريق العمد أو الخطأ، على عكس الجريمة المتعدية القصد فالفعل قد وقع مقصوداً ومتعمداً ولكن

---

(١) انظر في ذلك:
النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور محمد نعيم فرحات ص ٤٦٣، النظرية العامة للقصد الجنائي للدكتور محمود نجيب حسني ص ٣٢٣، تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ٣١٩ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٣٣٣، أصول قانون العقوبات القسم العام للدكتور أحمد فتحي سرور ص٤٦٣، النظرية العامة للجريمة والمجرم للدكتور رمسيس بهنام ص ٥٥٤.

(٢) انظر: الأسس العامة لقانون العقوبات للدكتور سمير الجنزوري ص ٤٤٥، النظرية العامة للقصد الجنائي للدكتور محمود نجيب حسني ص ٣٢٣، تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ٣٢١ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ١١١، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور محمد نعيم فرحات ص ٤٦٤.

النتيجة الأشد هي التي كانت غير مرادة منه، ومن هنا فإن الجريمة المتعدية القصد لا تنشأ إذا كان الفعل غير عمدي[1].

فمثلاً لو أن شخصاً ضعيفاً صفع آخر قوياً على وجهه، وأراد صفعه ثانية، فقام المجني عليه بضربه بسكين في يده وجسده فهو هنا قد استعمل حقه في الدفاع الشرعي ولكنه تجاوز حدود هذا الحق بكثير، حيث كان يكفيه هنا أن يدفعه بالصفع أو اللكم أو أي طريق آخر، ولكن فعله هذا يعد تجاوزا في الدفاع يسأل عنه، ولو مات المضروب هنا عد المدافع متعدياً وتترتب على هذا جريمة متعدية القصد.

ومن أجل هذا قرر بعض الشراح[2] أن التجاوز في الفعل تختلف مسؤولية المدافع عنه تبعاً لنوع الخطأ الملابس لأفعاله، ومن ثم قد يكون فعله هذا عمداً أو خطأ كما قد يكون متعد القصد، ومن هنا فمن الممكن أن تشتمل جريمة التجاوز في الدفاع الشرعي على جريمة متعدية القصد مادام أن التجاوز كان عمدياً ولم يكن عن طريق الخطأ، والعكس صحيح حيث لا يمكن أن تحدث جريمة متعدية القصد وتشتمل بداخلها على جريمة تجاوزية، وهو أمر طبيعي لانتفاء الدفاع الشرعي ابتداء[3].

مدى العلاقة بين الجريمة التجاوزية والجريمة متعدية القصد:

رأينا فيما سبق أن الجريمة التجاوزية قد ينشأ عنها جريمة متعدية القصد متى كان التعدي في الدفاع عن طريق العمد لا الخطأ، وهنا يثور السؤال

---

(١) انظر: قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ١١١.

(٢) وهو ما قرره الدكتور جلال ثروت في كتابه سابق الذكر نظرية الجريمة المتعدية القصد في القانون المصري والمقارن ص ٥١٥.

(٣) انظر في ذلك: تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ٣٢١، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور محمد نعيم فرحات ص ٤٦٤.

حول مدى المسؤولية عن الجريمة التجاوزية بوصفها جريمة متعدية القصد.

وبالنظر في كتب شراح القانون في هذا الشأن وجدنا أن المسؤولية عن الجريمة التجاوزية بوصفها جريمة متعدية القصد تتمثل في عدة صور على الوجه التالي:

أولاً: حالة تخلف علاقة السببية بين الفعل التجاوزي والنتيجة الأشد التي ترتبت عليه، وذلك أن يتم إرجاع ترتب النتيجة الأشدّ إلى حادث فجائي أو قوة قاهرة، ومثال هذه الحالة أن يقوم شخص بصفع آخر على وجهه فيرد المصفوع بضربه بعصا، فتصادف أن وقع الضرب على ذراعه المريض الذي أجرى به سابقاً عملية جراحية فتسبب الضرب في حدوث عاهة مستديمة في ذراع المضروب، فقد تولد حدوث العاهة هنا عن فعل غير مشروع (وهو التجاوز في حدود الدفاع الشرعي) ولكن علاقة السببية بين الفعل التجاوزي ـ وهو الضرب ـ والعاهة الحادثة منتفية، لأن المرض الموجود في ذراع المضروب يعد حادثاً فجائياً لا يمكن توقعه، ومن ثم لا يمكن تجنبه، ولذا يكون الضارب المدافع هنا مسؤولاً عن الفعل التجاوزي وهو الضرب، وليس مسؤولاً عن العاهة المستديمة، لانقطاع رابطة السببية بينهما.

ثانياً: حالة التجاوز بفعل غير عمدي، حيث لا يسأل الجاني هنا عن النتيجة الجسيمة التي حدثت إلاّ مسؤولية غير عمدية، ولذا لا يسأل عن هذه الجريمة بوصفها جريمة متعدية القصد لتخلف أحد أركان الجريمة المتعدية القصد وهو توافر العمد، بمعنى أن يكون في أساس فعله قد وقع بناء على جريمة عمدية[1].

---

(١) الجريمة المتعدية القصد في القانون المصري والمقارن للدكتور جلال ثروت ص ٥١٥.

ثالثاً: إذا كان لكل من النتيجتين الأخف والأشد اتجاه خاص تتميز به عن الأخرى، بأن كان لكل منهما اتجاهها ولم يكن بينهما تقارب واتساق، بحيث يصح القول بأن النتيجة الأخرى التي لم تتجه إليها إرادة المتجاوز لا تمس ذات الحقوق التي قصد المساس بها، ومثالها أن يعتدي شخص على آخر بصفعه على وجهه فيرد المصفوع عليه بلكمة قوية وهو عالم أنه بذلك متجاوز حدود الدفاع الشرعي، فيندفع من توجهت له اللكمة بقوة فيتلف مالاً لآخر، كأن يقع على فاترينة زجاجية أو واجهة محل، أو يكسر زجاج نافذة أو غير ذلك دون أن يصاب هو بضرر، فهنا لا تعد جريمة الإتلاف جريمة متعدية القصد، لأنها من نوع آخر غير الجريمة التجاوزية التي كانت لكماً أو ضرباً فقط، ولكن في هذه الحالة يسأل المتجاوز عن جريمة تجاوز في الدفاع الشرعي، كما يسأل عن جريمة إتلاف خطأ[1].

وممّا يجب أخذه في الاعتبار أنه إذا ترتب على تجاوز حدود الدفاع الشرعي جريمة متعدية القصد فإن الواجب على القاضي حينئذ ألا يطبق أقصى عقوبة وإلاّ تساوت حالة الإباحة مع عدم الإباحة، ولكن ذلك متروك للسلطة التقديرية للقاضي، والأفضل له أن يجعل الأمر وسطاً بين المسؤولية العمدية والمسؤولية غير العمدية[2].

ثالثاً: الجريمة العادية:

يقصد بالجريمة العادية تلك الجريمة التي تقع اعتداء على مصلحة

---

(١) انظر في ذلك:
النظرية العامة للقصد الجنائي للدكتور محمود نجيب حسني ص ٣٢٤، الجريمة المتعدية القصد في القانون المصري والمقارن للدكتور جلال ثروت ص ٥١٥.

(٢) النظرية العامة للقصد الجنائي للدكتور محمود نجيب حسني ص ٣٢٤، الجريمة المتعدية القصد في القانون المصري والمقارن للدكتور جلال ثروت ص ٥١٥.

حماها القانون بنص معين، وقد أغفل قانون العقوبات المصري تعريف الجريمة تاركاً ذلك لشراحه، ولذا تعددت تعريفاتهم لها، وتعددت أيضاً انتقاداتهم لهذه التعريفات أو تلك.

فعرفت الجريمة بأنها إخلال جسيم بالقيم الخلقية السائدة، وقد أخذ على هذا التعريف أنه لا يطابق الواقع القانوني، فهناك جرائم عمدية كثيرة لا تنافي الخلق، كما أن هناك أفعالاً لا أخلاقية يتغاضى المشرع عنها رغم فحشها، كالوقاع بتراضي الطرفين فهو لا يعتبر جريمة في القانون المصري، وهو زنى بالمعنى العام.

وقد حاول البعض تفادي هذه الانتقادات، فعرف الجريمة بأنها انتهاك لمشاعر الرحمة والأمانة في أوسط درجاتها لدى المجتمع المتحضر نتيجة ارتكاب أفعال ضارة بالجماعة.

ولكن هذا التعريف بدوره لم يسلم من النقد والقصور، ووجه القصور فيه أن هناك جرائم كثيرة تمس مشاعر أخرى غير مشاعر الرحمة والأمانة، كالعفة والثقة والدين والولاء للوطن، والتعريف لا يدخل هذه المشاعر فيه، ومن ثم يكون قاصراً عن جمعها.

وعرفت الجريمة أيضاً بأنها أفعال تحركها بواعث فردية أنانية تخل بشروط الحياة في المجتمع وتنافي قيمه الخلقية.

وقد أخذ على هذا التعريف أن هناك بعض الجرائم تحركها بواعث نبيلة، ومع ذلك فهي جريمة مثل السرقة لإطعام أسرة جائعة أو لعلاج مريض.

ويعد التعريف التقليدي للجريمة هو أفضل هذه التعريفات، فقد عرفها بأنها كل فعل أو ترك نهى المشرع عنه ورصد لفاعله جزاء جنائياً.

ورغم أن هذا التعريف كغيره لم يسلم من النقد إلاّ أنه يظل أفضل التعريفات للجريمة خاصة وأن وضع تعريف يسمو على النقد في هذا الصدد من الصعوبة بمكان[1].

وأيّاً كان الأمر فإن الجريمة العادية هي تلك التي ترتكب بالمخالفة لأحكام القانون وأوامره في شأن ما، سواء أكان الفعل المرتكب إيجابياً أم سلبياً، فقد يرتكب الجاني جريمة بمجرد امتناعه من فعل شيء أوجبه عليه القانون[2].

---

(١) انظر في ذلك:
قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ٢٩ وما بعدها، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٣٥.

(٢) لم يورد التقنين المصري لقانون العقوبات سوى تقسيم واحد للجرائم من حيث جسامتها كما سيأتي، وترك ذلك لاجتهادات الشراح في الأغلب الأعم، واجتهد الشراح فيها، فوجدت في تقسيمات الجرائم أنواع عدة ذكرها شراح القانون منها ما يلي:
من حيث جسامة عقوبتها ـ وكما قسمها المشرع المصري ـ تنقسم الجريمة إلى جنايات وجنح ومخالفات، وقد ورد هذا التقسيم في المادة ٩ وما بعدها من قانون العقوبات.
والجنايات هي الجرائم المعاقب عليها بالإعدام أو الأشغال الشاقة بنوعيها المؤبدة والمؤقتة أو السجن.
والجنح هي الجرائم المعاقب عليها بالحبس الذي يزيد أقصى مدته على أسبوع أو بالغرامة التي يزيد أقصى مقدارها على ١٠٠ جنيه.
وأما المخالفات فهي الجرائم المعاقب عليها بالحبس لمدة أقصاها أسبوع أو بالغرامة التي لا يزيد أقصى مقدارها على ١٠٠ جنيه.
وتنقسم الجرائم من حيث الركن المادي إلى جرائم إيجابية وجرائم سلبية، وجرائم وقتية وجرائم مستمرة وجرائم مركبة وجرائم ذات أفعال متتابعة، وجرائم بسيطة وجرائم اعتياد.
أمّا الجرائم الإيجابية فهي التي يسلك فيها الجاني على خلاف ما نهى المشرع عنه، كالقتل والجرح والضرب والسرقة وغيرها.
أمّا الجرائم السلبية فهي التي لا يسلك فيها الجاني على وفق أمر المشرع، مثل جريمة

وما يهمنا هنا هو مدى الارتباط أو الأثر المترتب على العلاقة بين

= الامتناع عن أداء الشهادة أو الامتناع عن تسليم الطفل لمن له حق حضانته أو عن دفع النفقة أو عن تقديم الإقرار الضريبي.
وأمّا الجرائم الوقتية فهي التي يبدأ فيها النشاط الإجرامي ويتم في وقت واحد، كالقتل والضرب وغيره، وأمّا الجرائم المستمرة فهي التي يشغل النشاط الإجرامي فيها مساحة من الزمن عريضة نسبياً، مثل جريمة إخفاء المسروقات وحيازة السلاح أو المخدرات وحبس الأشخاص بغير حق.
وأمّا الجرائم البسيطة فهي التي تتكون من سلوك إجرامي واحد قدر المشرع كفايته للعقاب، كالرشوة والاختلاس والتزوير.
أمّا جرائم الاعتياد فهي التي تتكون من سلوك إجرامي متكرّر في أوقات مختلفة، مثل ممارسة الدعارة والفجور والاعتياد على الإقراض بالربا الفاحش وغيرها.
وأمّا الجرائم المركبة فهي التي تضم في ثناياها جريمتين أو أكثر، مثل السرقة بإكراه ففيها سرقة بسيطة وإيذاء، ومثل السرقة بالكسر فهي سرقة بسيطة وإتلاف منقولات للغير. وأمّا الجريمة المتتابعة الأفعال فهي التي يتكون النشاط الإجرامي فيها من عدة أفعال متماثلة يباشرها الجاني تباعاً وكل منها بمفرده يعتبر كافياً لقيام الجريمة قانوناً، مثل جريمة سرقة منزل يغيب صاحبه على دفعات.
وتنقسم الجرائم من حيث ركنها المعنوي إلى جرائم عمدية وجرائم خطأ أو جرائم إهمال.
أمّا الجرائم العمدية فهي التي يتوفر فيها القصد الجنائي لدى الجاني وقت ارتكابها.
أمّا الجريمة الخطئية فهي التي لا يتعمد الجاني ارتكابها ولكنها تقع نتيجة إهماله وتقصيره.
وتنقسم من حيث طبيعتها وغايتها إلى جرائم عادية وجرائم سياسية.
أمّا الجرائم العادية فهي التي ترتكب في حق الفرد أو المجتمع ولكنها لا تمس أمن البلاد.
أمّا الجرائم السياسية فهي التي يكون محل العداون فيها حقاً من الحقوق السياسية العامة أو الخاصة، كجريمة المساس باستقلال البلاد أو سلامة أراضيها وجريمة التخابر مع الأعداء، وهذا حسب رؤية أصحاب المذهب الموضوعي أما أصحاب المذهب الشخصي فينظرون إلى الباعث من الجريمة أو الغرض منها، فيجعلون الجريمة سياسية متى ارتكبت بغرض سياسي.
انظر في تقسيمات الجرائم بتفصيل: قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ٣١ وما بعدها، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٤٤ وما بعدها.

الجريمة العادية والجريمة التجاوزية، وممّا سبق يتضح أن أي اعتداء على مصلحة مشروعة يحميها القانون يعد جريمة في نظر القانون الوضعي، سواء أكان الاعتداء بفعل إيجابي أم بفعل سلبي، أما الجريمة التجاوزية فهي تخطي من توافر له سبب الإباحة للحدود المقررة له قانوناً، وقد رتب القانون أثراً على نوعي الجريمة هذين، ففي الجريمة التجاوزية تخفيف قانوني في العقوبة على خلاف الجريمة العادية، وذلك على أساس أن ارتكاب الجاني لجريمة عادية يعني عدم احترام الجاني لقاعدة قانونية مجرمة، بينما الجريمة التجاوزية تعني عدم مراعاة الفاعل لحدود الإباحة المخولة له[1]، وليس من العدل المساواة بين الأمرين أو بين الجريمتين، وليس من المعقول أن يتساوى في العقاب من يدافع عن حياته، فيزيد في قدر هذا الدفاع، ويتجاوز الحد المسموح به قانوناً، مع من يعتدي أصلاً على غيره دون ذنب جناه سوى الاعتداء، وتحصيل منفعة محرمة[2].

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

بالمقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في التفرقة بين الجريمة التجاوزية وغيرها من الجرائم يتضح التالي:

أولاً: بالنسبة للتعسف في استعمال الحق فإن القانون الوضعي في فكر شراحه وبعد تطور وكثير جدل ومنازعة توصل إلى ما قال به الفقهاء

---

(١) انظر في ذلك:
شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٧٩، أسباب الإباحة في التشريعات العربية للدكتور محمود نجيب حسني ص ٣٨، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ١٦٣، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ١٧٥، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الإباحة للدكتور محمد نعيم فرحات ص ٢٦٢.

(٢) انظر: تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ١١٥.

قديماً من اعتبار التعسف في استعمال الحق عملا غير مشروع، لمخالفته للغاية من الحق، فكان التعسف عملاً مشروعاً في ذاته، ولكنه غير مشروع في غرضه وغايته، على خلاف التجاوز فهو عمل غير مشروع في ذاته أصلاً.

وإذا كان الفقه القانوني قد وصل بعد طول جدال إلى تلك الحقيقة المقررة عند فقهاء الشريعة فإنه يظل لفقهاء الشريعة فضل السبق في هذا المجال حيث قالوا بهذه النظرية منذ زمن، ولم يستطع الفقه القانوني الوصول إليها إلاّ بعد لأي وطول نقاش وفي العصر الحديث، وقد سبق الفقه القانوني بقرون عديدة، وذاك يكفي.

ثانياً: بالنسبة للجريمة المتعدية القصد، فإن القانون الوضعي يتفق مع الفقه الإسلامي في كونه جعل الجريمة التجاوزية والجريمة المتعدية القصد فعلا غير مشروع، وكلاهما يشترط لتحقق الجريمة المتعدية وجود العمد للجريمة الأخف، وعدم وجوده للجريمة الأشد أو النتيجة الأشد، وكذا يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في أن من يستعمل حقه في الإباحة لا يكون مسؤولاً عن فعله ما دام أنه قد أوقع هذا الفعل في القدر المناسب لهذا الحق ولم يتجاوز فيه هذا القدر.

ثالثاً: بالنسبة للجريمة العادية والجريمة التجاوزية يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في مفهوم الجريمة التجاوزية والجريمة العادية، غير أنهما يختلفان في الأثر المترتب على التفرقة بينهما، إذ يرتب القانون أثراً مخفّفاً في الجريمة التجاوزية عنها في الجريمة العادية، على أساس أن المساواة بينهما خروجاً عن روح العدالة، بينما لا يوجد ذلك في الفقه الإسلامي الذي يعتبر كِلا من الفعلين جريمة يسأل عنها صاحبها شرعاً ويكون ضامناً لآثارها المترتبة عليها.

ونظرة الفقه الإسلامي ـ في رأيي ـ أكثر دقة، فالجريمتان متفقتان في عدم المشروعية وليس هناك مجال للتفرقة بينهما في الأثر والتخفيف عن المدافع، حيث إن الغرض غير المشروع في كل منهما موجود خاصة وأن المدافع يعلم أنه متجاوز القدر الواجب في الدفاع وينوي ذلك ويريده، فمن الطبيعي أن يسأل عنها، ويضمن الآثار المترتبة عليها، والقول بأن الفاعل في الجريمة العادية معتد على خلاف الجريمة التجاوزية قول غير مقبول، لأن الفاعل في كِلا الجريمتين له غرض غير مشروع وخارج عن الحدود المشروعة فكان من العدل مسؤوليته عن فعله. والله أعلم.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

المطلب الرابع

بعض تطبيقات للتجاوز وأحكامها

وفيه فرعان:

الفرع الأول

بعض تطبيقات للتجاوز وأحكامها في الفقه الإسلامي

بعد أن ذكرنا أحكام التجاوز في الإباحة على الوجه السابق ولكي لا يكون الكلام نظرياً فقط فإني سوف أورد هنا بعض التطبيقات لحالات التجاوز كما ذكرها الفقهاء حتى يتضح المقصود به في أسباب الإباحة.

ولما كانت أسباب الإباحة متعددة وليست واحدة فإني أعرض لكل واحدة منها على حدة بذكر تطبيقات لها بعد ذكر الأصل والحكم العام، وذلك فيما يلي:

أولاً: التجاوز في استعمال الحق:

قد يقع التجاوز في سبب الإباحة أثناء استعمال صاحب الحق لما أبيح له، فيتجاوز بفعله القدر المناسب والمطلوب في حقه، ومن ذلك مثلاً تجاوز الطبيب في استعمال حق الطب والتطبيب، وتجاوز الزوج أو الأب

في استعمال حق التأديب، وتجاوز المدافع في قدر الدفاع الواجب له، وسوف أعرض لكل حالة مثالاً منها فيما يلي:

أ ـ **بالنسبة لتجاوز الطبيب في العلاج**، فمن المتفق عليه بين الفقهاء أن التداوي مشروع في الجملة[1]، وإن اختلفوا بعد ذلك في حكمه هل واجب أم مباح أم مستحب؟ وكذا هل يجوز تركه؟ وهل هو الأفضل أم العلاج الأفضل؟ ممّا لا داعي لتفصيله هنا.

واستدلوا على مشروعية التداوي في الجملة بما يلي:

١ ـ عن جابر[2] ـ رضي الله عنه ـ عن رسول الله ﷺ أنه قال «لكل داء دواء فإذا أصاب دواء الداء برأ بإذن الله عز وجل»[3].

---

(١) انظر في ذلك:
تكملة شرح فتح القدير ١٠/ ٦٧، غمز عيون البصائر ٤/ ١٣٨، المنتقى ٧/ ٢٦٢، المدخل لابن الحاج ٤/ ١٢٠، المجموع شرح المهذب ٥/ ٩٧، ١٠٧، تحفة المحتاج ٣/ ١٨٢، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١/ ٩٥، المغني ٥/ ٣١٥ وجاء فيه جواز الاستئجار على التداوي، الفتاوى الكبرى لابن تيميه ٣/ ٨، نهاية الرتبة في طلب الحسبة لابن نصر الشيرازي ص ٩٧ ط مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، وقد خص الإمام مسلم في صحيحه باباً تحت عنوان استحباب التداوي، انظر الجامع الصحيح ٤/ ١٧٢٩.

(٢) جابر: جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام الأنصاري السلمي، شهد بيعة العقبة وكان آخر من مات من أهلها، كما شهد بيعة الرضوان، وغزا مع رسول الله ـ ﷺ ـ سبع عشرة غزوة، وكان من أهل السوابق والسبق في الإسلام، كثير العلم والعبادة، من الحافظين للسنة، المكثرين للحديث روى عنه عمرو بن دينار وأبو الزبير المكي وعطاء ومجاهد وغيرهم، وتوفى رحمه الله سنة أربع وسبعين هجرية، وقيل غير ذلك، وكان عمره عند وفاته أربعة وتسعين عاماً.
وقد وردت ترجمته في كتب كثيرة انظر منها: أسد الغابة لابن الأثير ١/ ٣٠٧، الاستيعاب في معرفة الأصحاب لابن عبد البر ١/ ٢١٩، ط الجيل بيروت، شذرات الذهب ١/ ٨٤، سير أعلام النبلاء للذهبي ٣/ ١٨٩.

(٣) رواه مسلم في صحيحه، الصحيح ٤/ ١٧٢٩.

٢ ـ عن أبي الدرداء[١] ـ رضي الله عنه ـ قال: قال رسول الله ﷺ «إن الله أنزل الداء والدواء، وجعل لكل داء دواء، فتداووا، ولا تداووا بحرام»[٢].

٣ ـ عن عاصم بن عمر بن قتادة[٣] قال: جاءنا جابر بن عبد الله في أهلنا ورجل يشتكي خراجاً به أو جراحاً، فقال: ما تشتكي؟ قال: خراج بي قد شق علي، فقال: يا غلام ائتني بحجام، فقال له: ما تصنع بالحجام يا أبا عبد الله؟ قال: أريد أن أعلق فيه محجماً، قال: والله إن الذباب ليصيبني أو يصيبني الثوب فيؤذيني ويشق علي، فلما رأى تبرمه من ذلك قال: إني سمعت رسول الله ﷺ يقول «إن كان في شيء من أدويتكم خير ففي شرطة محجم أو شربة من عسل أو لذعة بنار، قال رسول الله ﷺ: وما أحب أن أكتوي، قال: فجاء بحجام فشرطه فذهب عنه ما يجد»[٤].

٤ ـ عن ابن مسعود[٥] ـ رضي الله عنه ـ أن رسول الله ﷺ قال «إن

---

(١) سبقت الترجمة له.

(٢) رواه أبو داود في سننه، سنن أبي داود ٤/ ٧.

(٣) عاصم بن عمر: أبو عمرو عاصم بن عمرو بن قتادة المدني، تابعي من أهل المدينة، روى عن جابر بن عبد الله، وروى عنه كثيرون منهم بكير بن الأشج ومحمد بن عجلان، وكان ثقة عارفا بالمغازي واسع العلم، وثقه أبو زرعة والنسائي، وتوفي رحمه الله سنة ١١٩ هـ وقيل سنة ١٢٠ هـ وقيل غير ذلك.
انظر الترجمة له في: تاريخ الإسلام للذهبي ٣/ ٣٧٩.

(٤) رواه مسلم، الصحيح ٤/ ١٧٢٩.

(٥) ابن مسعود: أبو عبد الرحمن عبد الله بن مسعود بن غافل الهذلي، كان من السابقين الأولين، شهد بدراً والمشاهد كلها، وكان صاحب نعل النبي ـ ﷺ ـ فكان إذا خلعها حملها أو شالها، وكان يدخل على النبي ـ ﷺ ـ ويخدمه ويلزمه، وتلقن من رسول الله ـ ﷺ ـ سبعين سورة، وكان من شدة اختلاطه بالنبي أن قال عنه أبو موسى «مكثت حيناً وما أحسب ابن مسعود وأمه إلاّ من أهل بيت النبي ـ ﷺ ـ من كثرة دخولهم =

الله لم ينزل داء إلاّ أنزل معه دواء جهله من جهله وعلمه من علمه»[1].

٥ ـ ما رواه عروة بن الزبير[2] ـ رضي الله عنهما ـ قال: «قلت لعائشة[3] ـ رضي الله عنها ـ: إني أفكر في التابعين فأعجب، أجدك من أفقه الناس، فقلت ما يمنعها؟! زوجة رسول الله ﷺ وابنة أبي بكر، وأجدك عالمة بأيام العرب وأنسابها وأشعارها، فقلت وما يمنعها وأبوها علامة قريش، ولكن أعجب أني وجدتك عالمة بالطب، فمن أين؟ فأخذت بيدي فقالت: يا عروة إن رسول الله ﷺ كثرت أسقامه، فكانت أطباء

وخروجهم عليه»، وكان له صوت حسن في القرآن فقال عنه رسول الله ـ ﷺ ـ «من أحب أن يقرأ القرآن غضاً كما أنزل فليقرأ قراءة ابن أم عبد»، وقد كان رحمه الله من أجلاء فقهاء الصحابة وأعلمهم بالقرآن والأحكام، يقول مسروق «انتهى علم الصحابة إلى علي وابن مسعود»، ويقول أبو مسعود الأنصاري «والله ما أعلم النبي ـ ﷺ ـ ترك أحداً أعلم بكتاب الله من هذا» يريد عبد الله بن مسعود، وقد بعثه عمر بن الخطاب إلى الكوفة معلماً فمكث فيها ما شاء الله، ثم قدم يوماً إلى المدينة فمرض بها أياماً، وشاء الله أن يموت فيها سنة اثنتين وثلاثين، وله ثلاث وستون سنة، ودفن بالبقيع ـ رضي الله عنه.

وقد وردت ترجمته في كتب كثيرة انظر منها: تاريخ الإسلام ٢/ ١٥٠ وما بعدها، الطبقات الكبرى ٣/ ١٣٩ وما بعدها.

(١) رواه ابن حبان في صحيحه، الصحيح ١٣/ ٤٢٧.

(٢) عروة: الإمام الفقيه أبو عبد الله عروة بن الزبير بن العوام بن خويلد القرشي الأسدي، ولد سنة ٢٩ هـ، كان ثبتاً، حافظاً، فقيهاً، عالماً بالسيرة، وهو أول من صنف المغازي، جمع بين العلم والسيادة والعبادة، فهو أحد فقهاء المدينة السبعة، وابن أخت أم المؤمنين عائشة، وزوج بنت عبد الله بن عمر ـ رضي الله عنهما ـ، وكان رحمه الله راوية للشعر، محباً له، تقيّاً نقيّاً، وقد انتشرت الآكلة في رجله فقطعت وهو صابر محتسب، قال عنه أبو الزناد «فقهاء المدينة أربعة ابن المسيب وعروة وقبيصة وعبد الملك بن مروان»، وتوفى رحمه الله سنة ٩٣ هـ.
انظر الترجمة له في: الطبقات الكبرى لابن سعد ٥/ ١٧٨، وفيات الأعيان ٣/ ٢٥٥ وما بعدها، تاريخ الإسلام ٣/ ١٦٤ وما بعدها، تهذيب التهذيب ٧/ ١٨٠ وما بعدها.

(٣) سبقت الترجمة لها.

العرب والعجم يبعثون له، فتعلمت ذلك»[1].

وإذا كان التداوي مشروعاً على الوجه السابق، وتداوى رسول الله ﷺ فإن من البدهي أن يكون عمل الطبيب مباحاً ومشروعاً، يدل على ذلك أن شرطة المحجم لغير الدواء تعد اعتداء، وللدواء لا تعد كذلك، بل إن عمل الطبيب من فروض الكفايات كما قرر الفقهاء[2]، ولكن متى تعدى الطبيب في فعله فإنه يكون مسؤولاً عن هذا التعدي، ومن ضمن أحوال التعدي أن لا يكون للقائم به معرفة كافية بالطب، فمتى تجاوز في فعله كان مسؤولاً، كأن زلت أو ترامت يد خاتن، أو سقى عليلاً دواء غير مناسب للداء معتقداً أنه يناسبه[3]، أو علم قواعد التطبيب ولكنه قصر في التطبيب فسرى التلف أو العيب، أو علم قواعد التطبيب ولم يقصر ولكنه طب المريض بلا إذن منه، فهنا يعد الطبيب مسؤولاً، ويكون ضامناً لفعله لقوله ﷺ «من تطبب ولم يعلم منه طب قبل ذلك فهو ضامن»[4]، فقد جعل النبي ﷺ من قام بالطب وهو غير عالم به على وجه الكفاية فأخطأ ضامنا لخطئه ومسؤولاً عنه ومعاقباً على فعله ذاك، ومثله من قصر في عمله أو قام به بغير إذن من المريض.

---

(١) رواه الإمام أحمد في مسنده، المسند ٥/ ٢٣٥، وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد ٩/ ٢٤٢.

(٢) بدائع الصنائع ٧/ ٣٠٥، حاشية الطحاوي ٧/ ٣٧٦، ط دار المعرفة بيروت سنة ١٩٧٥ م، مواهب الجليل ٦/ ٣٢١، شرح الزرقاني على مختصر خليل ٨/ ١١٦، نهاية المحتاج ٨/ ٢، المغني ١٠/ ٣٤٩ الجريمة للشيخ محمد أبو زهرة ص ٤٢٤، التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عودة ١/ ٥٢٣.

(٣) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣٥٥، مواهب الجليل للحطاب ٦/ ٣٢٠، التاج والإكليل للمواق ٦/ ٣٢٠.

(٤) رواه الدار قطني في سننه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ، سنن الدار قطني ٤/ ٢١٦، ورواه عنه أيضاً البيهقي في سننه، السنن الكبرى ٤/ ٢٤١.

وكذلك ما روي عن عمر بن عبد العزيز[1] قال: حدثني بعض الوفد الذين قدموا على أبي قال: قال رسول الله ﷺ «أيّما طبيب تطبب على قوم لا يعرف له تطبب قبل ذلك فأعنت فهو ضامن»[2]، والمراد بأعنت هنا قطع العروق والبط والكي[3].

فمن الواضح في هذا الحديث أن النبي لم يجعل الضمان على الطبيب الماهر الحاذق الذي فعل كل ما عليه وتلف المريض قهراً، وإنما جعل الضمان على الطبيب الجاهل الذي أهمل أو عالج مريضاً وهو جاهل بالطب.

وفي إباحة عمل الطبيب ومدى ضمانه يقول ابن قدامة[4] «وإن قطع

---

(١) **عمر بن عبد العزيز**: خامس الخلفاء وسيد العلماء المخلصين عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم، ولد بالمدينة سنة ٦٠ هـ، وأمه أم عاصم بنت عاصم بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهم جميعاً، روى عن أبيه وعن أنس بن مالك، وتعلم على يد سعيد بن المسيب، وعروة بن الزبير، وأبي بكر بن عبد الرحمن وغيرهم، وكان عالماً عاملاً، تولى الخلافة فنشر العدل، وعم الرخاء على يديه، ويعد عمر ـ رضي الله عنه ـ مجدد الإسلام في القرن الهجري الأول باتفاق العلماء، وكان رحمه الله أبيض، رقيق الوجه، جميلاً، نحيف الجسم، حسن اللحية، غائر العينين، وكان بجبهته أثر حافر دابة، ولذا كان يسمّى بأشج بني أمية، جمع القرآن وهو صغير، وحرص أبوه على حفظه لحديث رسول الله ﷺ، فجمعه من مظانه، وكان أول من أمر بتدوين السنة، وتوفي رحمه الله يوم الجمعة في رجب سنة ١٠١ هـ في حمص، وصلّى عليه يزيد بن عبد الملك، وكان عمره أربعين سنة. وقد امتلأت كتب التراجم بالحديث عن عمر بن عبد العزيز، وألّفت فيه كتب خاصة من أفضلها وأجملها سيرة عمر بن عبد العزيز لابن الجوزي، وهو كتاب قيّم طُبع أكثر من مرة، وفي أكثر من دار نشر، منها دار ابن الجوزي، وانظر ترجمة مفصّلة له في كتاب تاريخ الإسلام للذهبي ٣/ ٢٩٣ وما بعدها.

(٢) رواه أبو داود في سننه، سنن أبي داود ٤/ ١٩٥.

(٣) انظر المرجع السابق الصفحة نفسها.

(٤) سبقت الترجمة له.

طرفاً من إنسان فيه أكلة أو سلعة بإذنه وهو كبير عاقل فلا ضمان عليه، وإن قطعه مكرهاً فالقطع وسرايته مضمون بالقصاص»[1].

وجاء في الآداب الشرعية «إن تطبب غير حاذق في صناعته لم تحل له المباشرة، ولهذا لم ينف الأصحاب عنه الضمان إلاّ مع علم الحذق منه ولم تجن يداه»[2].

وجاء في معالم القربة «والطبيب هو العارف بتركيب البدن ومزاج الأعضاء والأمراض الحادثة فيها... فمن لم يكن كذلك فلا يجعل له مداواة المرضى، ولا يجوز له الإقدام على علاج يخاطر فيه، ولا يتعرض لما لا علم له فيه، وفي حديث عمرو بن شعيب[3] عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال: من تطبب ولم يعرف عنه طب قبل ذلك فهو ضامن»[4].

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/ ١٥٠.

(٢) الآداب الشرعية لابن مفلح ٢/ ٤٥٦.

(٣) عمرو بن شعيب: الإمام المحدث أبو إبراهيم وأبو عبد الله عمرو بن شعيب بن عبد الله بن عمرو بن العاص، وعبد الله صاحب وابن صاحب رسول الله ﷺ، فقيه أهل الطائف ومحدثهم، وكان يتردد كثيراً إلى مكة وينشر العلم، وله مال بالطائف، وأمه حبيبة بنت مرة الجمحية، حدث عن أبيه فأكثر، وعن سعيد بن المسيب وطاووس وسليمان ابن يسار وعمرو بن الشريد بن سويد وعروة بن الزبير ومجاهد وعطاء وسعيد المقبري وعاصم بن سفيان والزهري، وقد وثقه رواة الحديث في نفسه وإن أعله البعض في رواياته عن أبيه عن جده مما هو مذكور في كتبهم، ووثقه ابن معين وابن راهويه وصالح جزرة، وقال الأوزاعي ما رأيت قرشياً أكمل من عمرو بن شعيب، وتوفي رحمه الله بالطائف سنة ١١٨ هـ.
انظر الترجمة له في: سير أعلام النبلاء ٥/ ١٦٥ وما بعدها، كتاب الضعفاء والمتروكين لابن الجوزي ٢/ ٢٢٧، ط الأولى ١٤٠٦ هـ دار الكتب العلمية بيروت، ميزان الاعتدال للذهبي ٥/ ٣١٩ وما بعدها، تهذيب التهذيب ٨/ ٤٣ وما بعدها.

(٤) الحديث سبق تخريجه، وانظر النص في: معالم القربة في طلب الحسبة لابن الأخوة القرشي ص ١٦٦.

ب ـ **بالنسبة لتجاوز حق التأديب**، فقد سبق القول إن الفقهاء اتفقوا[1] على أنه يجوز للرجل تأديب زوجته متى كانت ناشزاً وامتنعت من معاشرته أو رأى منها اعوجاجاً، وذلك بعد أن يعظها حتى تترك النشوز، ثم يهجرها في المضجع، كما يجوز له تأديب ولده، ويجوز للمعلم تأديب الصبيان الذين يعلمهم.

ولكن هذا التأديب مقيد بما هو مباح، وبما ورد به الشرع، فقد حدد القرآن الكريم كيفية تأديب الزوجة واستعمال هذا الحق فقال تعالى ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ اللهُ بَعْضَهُمْ عَلَىَ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنْفَقُواْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللهُ وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللهَ كَانَ عَلِيّاً كَبِيراً﴾[2].

فهذه الآية حدّدت الطريق الذي يسلكه الزوج عند تأديب زوجته، وهو الوعظ ثم الهجر في المضجع، فإن أجدت وسيلة من هاتين كان بها وإلاّ لجأ للوسيلة الثالثة وهي الضرب، وهذه الوسيلة نفسها ليست مطلقة بل هي مقيدة بالضرب غير المبرح، فلا يلطم الوجه، ولا يقبح، ولا يضرب ضرباً يكسر أو يتلف، بل يضربها تعنيفاً حتى يبين لها مدى غضبه منها ونفوره من نشوزها، وليس المقصود من تشريعه الانتقام والتشفي، وإذا وصل

---

(١) بدائع الصنائع ٢/ ٣٣٤، أحكام القرآن للجصاص ٣/ ٥٦٦، المنتقى للباجي ٧/ ٧٧، أحكام القرآن لابن العربي ٤/ ٢٦١، الأم للشافعي ٦/ ١٩٠، إحكام الإحكام ٢/ ٢٥٢، تحفة المحتاج ٩/ ١٧٩، مغني المحتاج ٥/ ٥٢٥، طرح التثريب ٢/ ٩٧، المغني ٧/ ٢٤٢، الفروع ٥/ ٦٠٧، شرح منتهى الإرادات ٣/ ٢٩٩، الإنصاف ٨/ ٣٧٨، سبل السلام شرح بلوغ المرام للصنعاني ٢/ ٢٠٧.

(٢) سورة النساء الآية رقم (٣٤).

الحال بين الزوجين إلى مرحلة الانتقام والتشفي فالفراق بمعروف خير لهما معاً.

وقد استنبط الفقهاء من الآية السابقة هذه الأحكام وفصّلوها في كتبهم، يقول الكاسان[1] «ومنها ولاية التأديب للزوج إذا لم تطعه فيما يلزم طاعته، بأن كانت ناشزة، فيعظها أولاً على الرفق واللين، فيقول لها كوني من الصالحات القانتات الحافظات للغيب، ولا تكوني من كذا وكذا، فلعل تقبل الموعظة، فتترك النشوز، فإن نجعت فيها الموعظة ورجعت إلى الفراش وإلاّ هجرها... فإذا هجرها فتركت النشوز، وإلاّ ضربها عند ذلك ضرباً غير مبرح»[2].

ويقول البهوتي[3] في تأديب الزوجة والولد وعدم التعدي فيهما «ومن أدب ولده أو أدب زوجته في نشوز ولم يسرف لم يضمن أو أدب معلم صبيه أو أدب سلطان رعيته ولم يسرف أي لم يزد على الضرب المعتاد فيه لا في عدد ولا في شدة فتلف المؤدَّب بذلك لم يضمنه المؤدِّب نصاً، لفعله ما له فعله شرعاً بلا تعد أشبه سراية القود والحد، وإن أسرف المؤدب أو زاد على ما يحصل به المقصود فتلف بسببه ضمنه لتعديه بالإسراف»[4]، وهذا النص رائع البيان في حدود أثر الإباحة وعدم التجاوز فيها.

ولو ضرب الزوج زوجته ضرباً مبرحاً فتلفت منه فهل يضمنها أم لا؟

---

(١) سبقت الترجمة له.
(٢) بدائع الصنائع ٢/ ٣٣٤.
(٣) سبقت الترجمة له.
(٤) شرح منتهى الإرادات ٣/ ٢٩٩.

اختلف الفقهاء في هذه الحالة، فمنهم من قال بالضمان كأبي حنيفة والشافعي، ومنهم من قال بعدم الضمان كالصاحبين ومالك والإمام أحمد[1]، ولكل أدلة ومناقشات ليس هنا مجال ذكرها[2]، وأرجح القول بالضمان في هذه الحالة، لأنه متعد، والمتعدي ضامن بكل حال.

وممّا سبق يتضح أن حق التأديب ليس مطلقاً وإنما هو مقيد بما ورد في الشرع من ضوابط له، سواء في كيفية استعماله ومقداره أو في كيفية تطبيقه ومتى يقوم به، فلكل حالة من النشوز علاج، ولكل زوجة طريقة تجدي

---

(١) **الإمام أحمد**: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال الشيباني نسبة لقبيلة شيبان العربية، ولد في بغداد في ربيع الأول سنة ١٦٤ هـ وتربى فيها، مات أبوه شاباً وأحمد طفل صغير لم يدرك، فتولت أمه تربيته برعاية عمه، فغرست فيه منذ الصغر القوة والعزيمة والتدين وحب العلم، وقد ظهرت عليه أمارات النجابة والنبوغ منذ الصغر، فقد كان جاداً بين الصبيان وهم يلهون ويلعبون ويهزلون، وكأن اليتم قد أعطاه الجد، وقوة الاحتمال، والرغبة في العلم والعمل دون اللهو واللعب، واضطره العلم الذي اختاره لنفسه وهو علم الحديث إلى شد الرحال والسفر إلى البلاد المختلفة لطلب الحديث، فسافر إلى البصرة مرات وكذا إلى اليمن وغيرها من البلاد، ولم يكتف الإمام أحمد بعلم الحديث، بل توجه إلى الفقه، فتفقّه على فكر مدرستي الرأي والحديث، وقد كان الإمام أحمد عفيفاً، تقياً، بشوشاً في وجه طلابه، لا يبتغي بالعلم غير وجه الله، وبعد جهاد حافل في ميدان العلم حديثاً وفقهاً توفي الإمام أحمد في بغداد في الثاني عشر من ربيع الأول سنة ٢٤١ هـ، وصلى عليه جمهور غفير من المسلمين بعد ظهر الجمعة، ثم ووري جسده التراب.
وقد وردت ترجمته في العديد من المراجع ولم يخل منها كتاب من كتب السير، ويكفي أن تنظر في هذا: تاريخ بغداد ٤/ ٤٢٠ وما بعدها، الإمام أحمد للشيخ محمد أبو زهرة ط دار الفكر العربي، ابن حنبل للدكتور/ محمد رجب البيومي ط مجمع البحوث الإسلامية عام ١٤١٥ هـ ـ ١٩٩٤ م، الإمام الممتحن للشيخ محمد البهي الخولي، الإمام أحمد إمام أهل السنة للمستشار عبد الحليم الجندي ط دار المعارف بمصر.

(٢) انظر في تفصيل ذلك: المبسوط ٣٠/ ٤٨، بدائع الصنائع للكاساني ٧/ ٣٠٥، تبصرة الحكام لابن فرحون ٢/ ٣٤٠، تحفة المحتاج لابن حجر ٩/ ١٩٢، الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٩٦، المغني لابن قدامة ٩/ ١٥٠، الإنصاف للمرداوي ٦/ ٧٩.

معها، وكل ذلك تحت الضوابط العامة المقررة للجميع، ويترك تقدير ذلك للزوج، وهو ملزم باختيار الوسيلة التي يراها مناسبة لتأديب زوجته.

وبناء على هذا فإذا كان ما أتاه الزوج في تأديب زوجته لا يتناسب مع حالة النشوز أو حالة المرأة نفسها خرج الأمر من نطاق التأديب إلى نطاق التجاوز في استعمال الحق، وليس التجاوز في حق تأديب الزوجة متعلقاً بالضرب فقط، فقد يحدث التجاوز في الوعظ نفسه بأن يقبح الزوج في وعظه أو يعنفها بعبارة فيها لعن أو سب، والتجاوز في الضرب قد يكون باستعماله في المواطن القاتلة بالنسبة للمؤدب، كالبطن والفرج والوجه وغيرها من المواطن المخوفة، وقد يكون بالإفراط في القدر المتخذ للتأديب بحيث يضربها ضربات كثيرة موجعة قد تؤدي إلى تلفها، فالتأديب شرع للإصلاح لا للإتلاف، وحتى وسيلة الهجر ذاتها ليست مطلقة بحيث يتجنب الرجل زوجته تماماً بل يتجنبها مدة يسيرة يظن معها إصلاحها وتقويمها، وقد قدرها بعض الفقهاء بشهر، وللزوج الزيادة على هذه المدة إلى مدد أخرى لا تزيد عن أربعة أشهر حتى لا يدخل في موضوع الإيلاء وأحكامه[1].

نخلص ممّا تقدم أن استعمال حق التأديب مقيد وليس مطلقاً، فهو مقيد في ترتيب استعماله، حيث كان بعد الوعظ والهجر، ولكل من هذين الأمرين ضوابط أيضاً، وهو مقيد في الوسيلة المستعملة، وفي المواطن التي يجب تجنبها أثناء الضرب، وفي مقدار الضرب ذاته، ومتى تعدى الزوج أو الأب المؤدب لولده كل هذه الضوابط فإنه يعد متجاوزاً لحق

---

(١) انظر في تفصيل ذلك وما يتعلق به: مواهب الجليل للحطاب ٤/ ١٥، سراج السالك للجعلي ٢/ ٦٩، جواهر الإكليل للآبي ١/ ٣٢٨، حاشية الدسوقي ٢/ ٣٤٣، مغني المحتاج ٣/ ٢٧٩، الأم للشافعي ٨/ ١٨٦، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٤/ ٢٨٩، المغني لابن قدامة ١٠/ ٣٤٩.

التأديب المقرر له، ومن ثم يضمن ما ينتج عنه من آثار.

ج ـ **بالنسبة لتجاوز حق الدفاع الشرعي**، فقد سبق القول إن من المقرر شرعاً حق المرء في الدفاع عن نفسه ضد من يصول عليه من حيوان أو إنسان، وأنه ملزم في دفاعه بعدم تجاوز الحدود المقررة له، وسوف يأتي مزيد تفصيل لهذا الأمر فيما بعد كثيراً لأنه المجال الرئيسي للبحث، ويكفي هنا أن أذكر ما قاله فقهاء الشافعية في هذا الصدد حيث قالوا إن «دفع الصائل يكون بالتدريج فيدفع أولاً برفع صوت عليه أو هرب منه أو استغاثة بأحد، ثم إن لم يندفع بذلك دفع بضربه الأخف فالأخف، فيضربه باليد ثم بالسوط ثم بالعصا، ثم يدفع بجرح، ثم قطعه الطرف، ثم بالقتل، فإن دفع بالأثقل من يندفع بما دونه فهلك ضمنه»[1].

فقد أوضح الفقهاء في هذا النص أن الدفاع الشرعي يكون متدرجاً، بمعنى أن يبدأ المدافع بالوسيلة الأخف متى رأى نفعها وكانت مجدية في مثل حالته، فيصيح على من يغيثه، فإن لم يكن بد ولم يستطع الاستغاثة أو الهرب من الصائل عليه فإنه يدفعه بما هو مناسب لحالته، فيضربه باليد ثم بالسوط ثم بالعصا وهكذا، وإن لم يكن يندفع بشيء من ذلك فيكون له دفعه بكل وسيلة ولو أدى الأمر إلى قتله، ولا يكون المدافع ضامناً في هذه الحالة، وليس معنى أن يبدأ بهذه الوسائل أنها واجبة عليه، ولكن المقصود أنه متى رأى أن الضرب باليد مجد لدفعه ضربه بيده ولم يكن له ضربه بالعصا، ومتى رأى ضربه بالعصا مجد لدفعه لم يكن له ضربه بسكين أو طلق ناري، وهكذا يتدرج حسبما يرى من قوة الصائل وخطره وما يمكن دفعه به من وسائل، فإن لم يكن هناك بد من دفعه بالوسيلة الأشد دفعه بها ولا كرامة ولا ضمان عليه في دفاعه حينئذ، ولا يعد متجاوزاً قدر

---

(١) الغرر البهية للأنصاري ٥/ ١١٢، ومثله في حاشيتي قليوبي وعميرة ٤/ ٢٠٨.

المباح له، أمّا إذا كان المدافع يمكنه دفع المعتدي باليد فدفعه بما هو أشد فإنه يكون متجاوزاً في استعمال حقه، ومن ثم يسأل عن فعله هذا ويكون ضامناً، ويعاقب على جريمته تلك.

ثانياً: التجاوز في أداء الواجب:

يقصد بالتجاوز في أداء الواجب هنا أن يكون واجب الشخص القيام بفعل معين ولكنه يتجاوز في فعله هذا فيقع الضرر على الغير نتيجة لتجاوزه، نمع أن الواجب سبب من أسباب الإباحة إلاّ أن تجاوزه لا يعفي من الضمان ويكون المتجاوز ضامناً لما فعل، ومثاله الموظف الذي يقوم بعمل معين يؤدي إلى تلف الغير فإنه لا يكون مسؤولاً عن هذا التلف ما دام أنه يقوم به على الوجه المطلوب ولم يتجاوز فيه، ومن أهم تطبيقات هذه الحالة في الفقه الإسلامي حالة قيام الإمام بمسؤولياته تجاه الأمة.

فقد اتفق الفقهاء[1] على أن طاعة الإمام واجبة في كل زمان ومكان، وأن الخروج عليه محرم، والخارج على الإمام باغ يعاقب بعقوبة البغي حتى يفيء إلى أمر الله، فإن فاء إلى الطاعة والتزم بأحكام الإسلام لم يحل قتله ولا ماله، لما رواه ابن مسعود[2] ـ رضي الله عنه ـ أن رسول الله ﷺ قال: «إنها ستكون بعدي أثرة وأمور تنكرونها، قالوا: يا رسول الله فما تأمرنا؟ قال: تؤدون الحق الذي عليكم وتسألون الله الذي لكم»[3].

---

(١) بدائع الصنائع ٧/ ١٤٠، البحر الرائق ٥/ ١٥١، مواهب الجليل ٦/ ٢٧٦ وما بعدها، شرح منح الجليل ٩/ ١٩٥، نهاية المحتاج ٧/ ٤٠٢، مغني المحتاج ٥/ ٣٩٩، شرح منتهى الإرادات ٣/ ٣٨٧، كشاف القناع ٦/ ١٨٥.

(٢) سبقت الترجمة له.

(٣) متفق عليه واللفظ لمسلم، رواه في صحيحه، الصحيح ٣/ ١٤٧٢، ورواه البخاري عن ابن مسعود أيضاً، صحيح البخاري ٣/ ١٣١٨.

وإذا كانت الطاعة للإمام واجبة فإنها مقيدة بالسمع والطاعة في المعروف، فلا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، وتطبيقاً لهذا فإن الواجب على الإمام أن يقوم بتنفيذ الحدود على مرتكبي جرائمها، وهو الوحيد المخول له ذلك، ولذا اتفق الفقهاء[1] على أن استيفاء الحد يكون للإمام لا غيره، وأن هذا الاستيفاء واجب عليه.

واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول...

أما الكتاب:

فآيات عدة منها:

١ ـ قوله تعالى ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُواْ كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ وَلاَ تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللهِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾[2].

٢ ـ قوله تعالى ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللهِ وَاللهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾[3].

٣ ـ قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُواْ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلاَ تَقْبَلُواْ لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾[4].

---

(١) بدائع الصنائع ٧/ ٨٨، العناية للبابرتي ٥/ ٣٥٢، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لداماد أفندي ١/ ٦١٢ ط دار إحياء التراث العربي، الجوهرة النيرة للعبادي ٢/ ١٦٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣٢٢، شرح منح الجليل ٩/ ٢٦٦، حاشيتا قليوبي وعميرة ٤/ ١٠٦، ١٨٤، أسنى المطالب للأنصاري ٤/ ١٣٢، حاشية الجمل ٥/ ١٣٥، نهاية المحتاج ٧/ ٤٣٢، حاشية البيجرمي ٤/ ٢١٤، مطالب أولي النهي شرح غاية المنتهى للرحيباني ٦/ ١٥٩، ط المكتب الإسلامي، شرح منتهى الإرادات ٣/ ٣٣٥.

(٢) سورة النور الآية الثانية.

(٣) سورة المائدة الآية رقم (٣٨).

(٤) سورة النور الآية رقم (٤).

٤ ـ قوله تعالى ﴿إِنَّمَا جَزَآءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الأَرْضِ فَسَاداً أَن يُقَتَّلُوۤاْ أَوْ يُصَلَّبُوۤاْ أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلافٍ أَوْ يُنفَوْاْ مِنَ الأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾[1].

وجه الدلالة:

فقد أمر الله سبحانه في هذه الآيات بإقامة الحدود المذكورة، والأمر يفيد الوجوب فكان إقامة الحد واجباً، وليس من المعقول ولا المقبول أن يقيم الحد أي شخص وإلاّ لترتبت الفوضى فكان الحد للإمام باتفاق الفقهاء.

وأما السنة:

فأحاديث منها:-

١ ـ عن أبي هريرة[2] وزيد بن خالد الجهني[3] ـ رضي الله عنهما ـ أنهما قالا: إن رجلاً من الأعراب أتى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله أنشدك الله إلاّ قضيت لي بكتاب الله، فقال الخصم الآخر وهو أفقه منه: نعم فاقض بيننا بكتاب الله وأذن لي، فقال رسول الله ﷺ: قل، قال: إن ابني كان عسيفاً[4] على هذا، فزنى

---

(١) سورة المائدة الآية رقم (٣٣).

(٢) سبقت الترجمة له.

(٣) **زيد بن خالد الجهني**: أبو عبد الرحمن وقيل أبو طلحة زيد بن خالد الجهني، صحابي جليل من صحابة رسول الله ﷺ، عاش في المدينة وروى عن رسول الله ﷺ، وحدث عن عثمان وأبي طلحة الأنصاري، وروى عنه ابنه خالد وبسر بن سعيد وعطاء ابن يسار وعطاء بن أبي رباح وغيرهم، وتوفي رضوان الله عليه بالكوفة سنة ٧٨ هـ.
انظر الترجمة له في: تاريخ الإسلام للذهبي ٢/ ٥٧٥، الاستيعاب في معرفة الأصحاب لابن عبد البر ٢/ ٥٤٩، الطبقات الكبرى لابن سعد ٤/ ٣٤٤.

(٤) **عسيفاً**: أي أجيراً، انظر مختار الصحاح للرازي ص ٣٨٠، طلبة الطلبة لأبي حفص

بامرأته، وإني أخبرت أن على ابني الرجم فافتديت منه بمائة شاة ووليدة، فسألت أهل العلم فأخبروني إنما على ابني جلد مائة وتغريب عام، وأن على امرأة هذا الرجم، فقال رسول الله ﷺ: والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله، الوليدة والغنم رد، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام، واغد يا أنيس إلى امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها، قال: فغدا عليها فاعترفت، فأمر بها رسول الله ﷺ فرجمت»[1].

٢ ـ عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ قال: أتى رسول الله ﷺ رجل من الناس وهو في المسجد فناداه: يا رسول الله إني زنيت ـ يريد نفسه ـ فأعرض عنه النبي ﷺ، فتنحى لشق وجهه الذي أعرض قبله، فقال: يا رسول الله إني زنيت، فأعرض عنه، فجاء لشق وجه النبي ﷺ الذي أعرض عنه، فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه النبي ﷺ فقال: أبك جنون، قال: لا يا رسول الله، فقال: أحصنت، قال: نعم يا رسول الله، قال: اذهبوا به فارجموه[2].

وجه الدلالة:

إن النبي هو الذي أمر بإقامة الحدود في هذه الحالات ولم يذكر أن أحداً من الناس في عصر الرسول ولا عصر صحابته قد تقدم على الإمام في هذا الشأن فدل ذلك على أن إقامة الحد متروكة للإمام.

= عمر بن محمد بن أحمد النسفي ص ٧١ ط مكتبة المثنى ببغداد، المصباح المنير ص ٤٠٩.

(١) متفق عليه واللفظ لمسلم، رواه البخاري في صحيحه، الصحيح، ٦/ ٢٥,٢، ورواه مسلم في صحيحه، الصحيح ٣/ ١٣٢٤ وما بعدها.

(٢) رواه البخاري في صحيحه، الصحيح ٦/ ٢٥٠٢.

وأما الإجماع:

فقد أجمعت الأمة على وجوب إقامة الحدود، وذكرت كتب الفقه هذا الإجماع في مواطن عديدة[1].

كما اتفق الفقهاء[2] على أن الإمام متى أتي بالحدود على وجهها المشروع من غير زيادة ولا تجاوز فلا مسؤولية عليه، وليس ضامناً لما يترتب على إقامة الحد من تلف ما دام أنه غير متعد في فعله، لأنه فعل ما فعل بأمر الشرع فلا يؤاخذ به، ولأنه نائب عن الله تعالى ومأمور بإقامة الحد، وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة.

يقول ابن قدامة[3] «ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً في سائر الحدود أنه إذا أتى بها على الوجه المشروع من غير زيادة فإنه لا يضمن من تلف بها، لأنه فعلها بأمر الله وأمر رسوله، فلا يؤاخذ به، ولأنه نائب عن الله تعالى، فكان التلف منسوباً إلى الله تعالى، وإن زاد على الحد فتلف وجب الضمان بغير خلاف نعلمه، لأنه تلف بعدوانه، فأشبه ما لو ضربه في غير حد»[4].

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ٧/ ٨٨، العناية في شرح الهداية لأكمل الدين البابرتي ٥/ ٣٥٢، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لداماد أفندي ١/ ٦١٢، الجوهرة النيرة للعبادي ٢/ ١٦٣، حاشيتا قليوبي وعميرة ٤/ ١٠٦، ١٨٤، نهاية المحتاج للرملي ٧/ ٤٣٢، حاشية البيجرمي على الخطيب ٤/ ٢١٤، مطالب أولي النهي شرح غاية المنتهى للرحيباني ٦/ ١٥٩، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣/ ٣٣٥.

(٢) الجوهرة النيرة للعبادي ٢/ ١٦٣، بدائع الصنائع ٧/ ٨٨، العناية للبابرتي ٥/ ٣٥٢، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لداماد أفندي ١/ ٦١٢، الأم للشافعي ٦/ ٨٧، مغني المحتاج ٤/ ٢٠٠، حاشيتا قليوبي وعميرة ٤/ ١٠٦، ١٨٤، نهاية المحتاج ٧/ ٤٣٢، حاشية البيجرمي ٤/ ٢١٤، مطالب أولي النهى للرحيباني ٦/ ١٥٩، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣/ ٣٣٥.

(٣) سبقت الترجمة له.

(٤) المغني لابن قدامة ٩/ ١٤٠.

ويقول الشافعي[1] «وإذا أقام السلطان حداً من قطع أو حد قذف أو حد زنا ليس برجم على رجل أو امرأة أو عبد أو حر فمات من ذلك فالحق قتله، لأنه فعل به ما لزمه، وكذلك إن اقتص منه في جرح يقتص منه من مثله، وإذا ضرب في خمر أو سكر من شراب بنعلين أو طرف ثوب أو يد أو ما أشبهه ضرباً يحيط به العلم أنه لا يبلغ أربعين أو يبلغها ولا يجاوزها فمات من ذلك فالحق قتله، وما قلت الحق قتله فلا عقل فيه ولا قود ولا كفارة على الإمام ولا على الذي يلي ذلك من المضروب»[2].

فإن تعدى الإمام في فعله الحدود المقررة شرعاً لاستعمال السلطة أو أداء الواجب ضمن بغير خلاف، فإن تعدى متعمداً في الحد فمات المحدود اقتص منه، وإن كان التعدي خطأ فإنه يضمن الدية[3].

وليست هذه القاعدة نظرية فقط بل هي مطبقة في التشريع الإسلامي وجاءت حوادث كثيرة تدل عليها، ومن ذلك مثلاً ما روي عنه ﷺ أنه كان يقول «من جلدت له ظهراً»[4]، وما روي عن الصحابة في هذا الأمر كثير،

---

(١) سبقت الترجمة له.

(٢) الأم للشافعي ٦/ ٩٣.

(٣) وإن اختلفوا في حالة الضمان للخطأ هل يكون على عاقلة الإمام أم في بيت المال؟ ولكل رأي أدلته التي جاء بها في هذا المجال مما لا داعي لذكره تفصيلاً.
انظر في تفصيل ذلك: المدونة للإمام مالك ٤/ ٥٠٦ وما بعدها، فتح العلي المالك لمحمد بن أحمد بن عليش ١/ ٣٧٩، ط دار المعرفة بيروت، الأم ٨/ ٢٢٧، حاشيتا قليوبي وعميرة ٤/ ٢١١، تحفة المحتاج ٦/ ١٩٦، مغني المحتاج ٥/ ٥٣٧، المغني لابن قدامة ٨/ ٣٠٣، الفروع لابن مفلح ٦/ ٤٠، الآداب الشرعية لابن مفلح ٢/ ٤٥٦، الإنصاف للمرداوي ١٠/ ١٢١، كشاف القناع للبهوتي ٦/ ٦٠.

(٤) رواه الهيثمي عن الفضل بن عباس، مجمع الزوائد ٩/ ٢٦، وكذا رواه الطبراني عنه في المعجم الكبير ١٨/ ٢٨٠، ط الثانية ١٤٠٤ هـ ١٩٨٣ مكتبة العلوم والحكم بالموصل بالعراق.

ومن ذلك قصة أبي بكر الصديق رضي الله عنه حين أتاه رجل أقطع اليد والرجل فذكر أن والي اليمن ظلمه فقال: إن كان ظلمك لأقيدنك منه[1].

وإذا كان هذا منهج التشريع الإسلامي فلا عجب، لأنه يقرر الطاعة لولي الأمر وهو حق له، وكل حق يقابله واجب، فواجبه أن يستعمل هذا الحق في موضعه، فلو تجاوز فيه كان ضامناً لتجاوزه سبب الإباحة في هذه الحالة.

وممّا تجدر الإشارة إليه هنا أن من يطيع الإمام في فعل محرم شرعاً فهو ضامن معه كضمانه، لأنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، فلو أمر الإمام من يقيم الحد بزيادة عليه فإن جهل كون هذا زيادة بغير حق فخطؤه محمول على الإمام، أما إن كان عالماً فهو ضامن مع الإمام من أي تلف يحدث نتيجة الزيادة، هذا إذا كان الإمام يعتقد أن ما يأمر به مخالف للشرع، فإن كان الإمام يعتقد مشروعيته والمأمور لا يعتقده فنفذ ما أمره به الإمام من الجور فإن المسؤولية تقع على المأمور، لأن الإمام أمره بما أداه إليه اجتهاده وهو يعتقد حله على خلاف المأمور الذي يعتقد حرمته ولم ينبه الإمام على ذلك، ما لم يعتقد أن الطاعة في المعصية أيضاً فيكون الضمان على الإمام أيضاً لا عليه، وهذا باتفاق الفقهاء[2].

ومما سبق يتضح من هذه التطبيقات أن استعمال الحق أو أداء الواجب

---

(١) ذكره الشافعي في الأم ٦/ ٤١.

(٢) انظر في هذا المعنى: أحكام القرآن للجصاص ٣/ ٦٦٠، تبصرة الحكام لابن فرحون ٤/ ١٧٤، الفواكه الدواني ١/ ١٠٦، حاشية الدسوقي ١/ ٤٠٧، مغني المحتاج ٥/ ٥٣٩، أسنى المطالب للأنصاري ٤/ ١٦٣، المغني لابن قدامة ٨/ ٢٨٨، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية لابن تيمية ص ١٣ ط مكتبة ابن تيمية، شرح منتهى الإرادات ٣/ ٢٦٢، مطالب أولي النهى ٦/ ٢٢، إعلام الموقعين لابن القيم ٤/ ٣٠٤.

في الفقه الإسلامي مقيد بضوابط معينة وليس مطلقاً، ومن ثم من أتى بهذه الحقوق والواجبات على وجهها المشروع فلا شيء عليه، ومن أساء استعمالها وخرج بها عما شرعت له فإنه يكون ضامناً لتجاوزه سبب الإباحة. والله أعلى وأعلم.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

الفرع الثاني

بعض تطبيقات للتجاوز وأحكامها في القانون الوضعي

قلت فيما سبق إن الحق في القانون ليس مطلقاً من كل قيد، ولا يوجد في القانون حق مطلق أيّاً كان، وإنما الحقوق فيه مقيدة بقيود معينة لا بد من مراعاتها في كل حق على حدة، وكذا أداء الواجب لا بد فيه من مراعاة حدود هذا الواجب ونطاق الإباحة الوارد فيه، ومن يتعد هذا النطاق فإنه يكون مسؤولاً عن فعله مسؤولية كاملة، ويضمن ما يترتب على هذا التعدي من أمور.

وسوف أُبيّن هنا بعض التطبيقات للتجاوز في الإباحة في استعمال الحق أو أداء الواجب وموقف القانون الوضعي منها وذلك فيما يلي:

اولاً: التجاوز في استعمال الحق:

تتوقف مشروعية أي فعل في القانون الوضعي على مراعاة الحدود المقررة له، والقصد إلى تحقيق الغرض الذي شرع من أجله، فليست هناك حقوق مطلقة من كل قيد بل الحقوق مقيدة لا مطلقة، وهذا هو المقرر بالنسبة إلى استعمال الحق، حيث يجب على من يستعمل حقاً معيناً أن يكون استعماله في الحدود المقررة له قانوناً، وأن يهدف من استعمال

الحق الوصول إلى الغرض الذي أنشئ لأجله، فلو تخلف شرط من هذين أصبح استعمال الحق في غير محله ومن ثم لا يكون مشروعاً، وقد نصت المادة ٦٠ من قانون العقوبات على أنه «لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة».

والحق المقصود هنا كل مصلحة يعترف بها القانون ويحميها، فهو في جوهره مصلحة أي مركز واقعي يعطي من يملكه وضعاً متميزاً عن سواه من الناس، لكنه يفوق المصلحة بحماية القانون له.

وقد حدّد القانون بنصوص قاطعة أنواع الحقوق، ومنها ما يلي:

١ ـ **حق التأديب للزوج على زوجته**، وللوالد على ولده وكذا الأستاذ أو من في حكمه على القاصر أو الولد، وهي حقوق ثابتة قانوناً بناء على ثبوتها شرعاً، ويبيح هذا الحق أفعال الضرب الخفيف التي تجعل منها المادة ٢٤٢ عقوبات جنحة، وكذا أفعال التعدي والإيذاء الخفيف المجرمة بنص المادة ٣٧٧/ ٩ عقوبات، كما قد يبيح هذا الحق بعض الأفعال المقيدة للحرية أو الأقوال الخادشة للشرف والاعتبار.

والعلة من تقرير هذا الحق قانوناً لبعض الأشخاص هي رعاية المجتمع في إدراك غاية معينة يتحقق للمجتمع من ورائها مصلحة عليا هي تقويم سلوك الخاضع لهذا الحق والتزامه الطريق السوي حتى يكون عضواً نافعاً لنفسه ولأسرته ولمجتمعه[1].

---

(١) انظر في ذلك: قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون سلامة ص ١٨٣ وما بعدها قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣٠٣ وما بعدها، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ١٧٤ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ١٠٠ وما بعدها، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٣٢١.

٢ ـ **حق ممارسة الأعمال الطبية**، وهو حق أجازه القانون للأطباء في التعرض لأجسام المرضى والكشف عن عوراتهم، والمساس بسلامة أجسامهم ولو بإجراء العمليات الجراحية، وكذا إحراز بعض أنواع المواد المخدرة، والعلة من تلك الإباحة ترجع إلى كونه عملاً يحقق للمجتمع مصلحة عليا وهي علاج المرضى، وهي مصلحة تتجاوز في أهميتها العقاب المقرر للمساس بجسم الآدمي بغير حق[1].

٣ ـ حق ممارسة الألعاب الرياضية، ويرجع سبب مشروعية هذا الحق إلى العرف السائد في المجتمع وإلى القانون في آن واحد متى كان ينظم بعض هذه الألعاب، ويحق فيها لكل من الخصمين التعرض لجسم الآخر في حدود قانون اللعبة وخاصة متى كان نوع الرياضة مما تفترض ممارسته استعمال العنف على جسد المنافس، وعلة الإباحة فيها أن الألعاب الرياضية لها تأثيرها في تربية الشباب جسدياً، ورفع الكفاءة العامة لأبدانهم وصحتهم النفسية على نحو يفوق ما قد ينجم عنها من إصابات أو مساس بأجساد اللاعبين[2].

ولكن على الرغم من ذلك فإنه لا يكفي أن يعترف النظام القانوني للشخص بالحق حتى تكون ممارسته له متجردة من الصفة الإجرامية، بل

---

(١) انظر في ذلك: شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ١٧٨ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣٠٦ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون سلامة ص ١٨٥، شرح قانون العقوبات للدكتور محمد عيد الغريب ص ٣٢٧ وما بعدها، شرح قانون العقوبات للدكتور محمود نجيب حسني ص ١٨٦ وما بعدها.

(٢) انظر في ذلك: شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ١٧٦ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣١٣ وما بعدها، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٣٤٣ وما بعدها، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات للدكتور السعيد مصطفى ص ١٨٧.

إنه يلزم لتجرد الفعل من تلك الصفة أن تكون ممارسة الحق قد تمت بغير تجاوز، ولكي لا يكون هناك تجاوز يلزم توافر شرطين أو قيدين مهمين وهما:

الأول: القيد الموضوعي لممارسة الحق، ويقصد به أن يلتزم صاحب الحق في ممارسته له سائر الحدود والقيود المقررة على ممارسة هذا الحق وإلاّ اتسعت ممارسته له بالتجاوز واتصف بالتالي بالعدوان الذي يبرر مسألة ارتكابه جنائياً.

الثاني: القيد الشخصي لممارسة الحق، ويقصد به توافر حسن النية لدى صاحب الحق بأن يهدف إلى تحقيق ذات الغاية التي شرع الحق لأجلها، فلكل حق في النظام القانوني غاية يهدف إليها ولا بد أن ينصرف الفعل من المستعمل للحق إليها وإلى تحقيقها، فإذا ما انحرف الفاعل عن تلك الغاية التي وضعت لأجله عاد الفعل إلى دائرة التأثيم[1].

وعلى هذا فإنه متى تخلف أحد القيدين السابقين فإن الفعل يخرج عن نطاق الإباحة ويعود إلى أصله في التأثيم، ويكون القائم به معتدياً، ويستلزم فعله العقاب اللازم والمحدد له قانوناً، ويتحقق التجاوز في الحق بأحد أمرين:

الأول: التجاوز من ناحية الوسيلة المستعملة في الحق، وذلك بأن يستعمل صاحب الحق وسيلة أكبر من المباح له من أجل استعمال حقه

---

(١) انظر في ذلك: المسؤولية الجنائية للدكتور مصطفى القللي ص ٢٦٦ وما بعدها، النظرية العامة للجريمة والمجرم للدكتور رمسيس بهنام ص ٣٣٣، استعمال الحق كسبب للإباحة للدكتور عثمان سعيد عثمان ص ٤٩٤، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون سلامة ص ١٨٨، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٢٩٨ وما بعدها.

فيكون هنا متجاوزاً الحق المقرر له، ومثال ذلك أن يقوم الرجل بضرب زوجته بعصا غليظة قاتلة ينتج عنها وفاتها، أو يربط ابنه بحبل يؤدي إلى حدوث عاهة بانقطاع الدم عنها أو وفاته نتيجة نزيف ناتج عن ضرب بآلة حادة أو عصا كبيرة لا تتناسب وحق التأديب، ومنه أيضاً أن يقوم الرجل بضرب زوجته تأديباً في الحالة التي لا تستلزم ذلك كما لو لم يستعمل الوسائل الأخرى للتأديب الزجر والوعظ والتهديد وغيرها قبل الضرب.

الثاني: التجاوز من ناحية مقدار التناسب في الفعل المباح، وذلك بأن يستعمل حقه فيما يجاوز ما أبيح منه، ومثال ذلك أن يضرب الرجل زوجته ضرباً مبرحاً لا يتناسب والذنب الذي اقترفته، أو يضرب الأب ابنه ضرباً مبرحاً يؤدي إلى وفاته، فحق التأديب للزوجة مقيد بأفعال الضرب الخفيف وبعض الأقوال الخادشة للشرف والاعتبار، وليس مطلقاً من كل قيد بحيث يباح للزوج ضرب زوجته بأي شيء أو أن يعاقبها بأي وسيلة ممكنة لديه بل كل ذلك مقيد في نطاق الحد المسموح به والمباح قانوناً[1].

ثانياً: التجاوز في أداء الواجب:

يعد أداء الواجب سبباً عاماً للإباحة، إذ ليس من المنطقي أن يلزم القانون شخصاً بأداء عمل ما ثم يعتبره غير مشروع ويعاقبه على القيام به على وجهه، وقد نص قانون العقوبات المصري على سبب الإباحة المتعلق

---

(١) انظر في ذلك:

قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون سلامة ص ١٨٨، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٢٩٨ وما بعدها، المسؤولية الجنائية للدكتور مصطفى القللي ص ٢٦٦ وما بعدها، النظرية العامة للجريمة والمجرم للدكتور رمسيس بهنام ص ٣٣٣، استعمال الحق كسبب للإباحة للدكتور عثمان سعيد عثمان ص ٤٩٤.

بأداء الواجب بشكل يستفاد منه أنه سبب قاصر على الموظفين العموميين دون غيرهم، ولكن ليس معنى ذلك أنه مقصور عليهم فقط بل هو ممتد لغيرهم ممن يلزمون بأداء واجب ما بمقتضى اللوائح والقوانين ولو لم يكونوا من الموظفين العموميين.

وقد نصت على أداء الواجب كسبب للإباحة المادة ٦٣ من قانون العقوبات المصري فقررت أنه «لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أميري في الأحوال الآتية:

أولاً: إذا ارتكب الفعل تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه طاعته أو اعتقد أنها واجبة عليه.

ثانياً: إذا حسنت نيته وارتكب فعلاً تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراءه من اختصاصه.

وعلى كل حال على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلاّ بعد التثبت والتحري، وأنه كان يعتقد مشروعيته، وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة».

فهذه المادة قد قررت بما لا يدع مجالاً للشك أن الموظف العام يكون في حالة إباحة متى ارتكب عملاً قانونياً أو ارتكب عملاً غير قانوني إذا كان يعتقد بحسن نية أنه يرتكب فعلاً واجباً عليه أداؤه.

وبناء على ما سبق فإنه متى ارتكب الموظف في حدود وظيفته عملاً غير قانوني وهو يعتقد مشروعيته وأنه يقوم بواجب عليه يمليه القانون فإنه يكون بصدد سبب من أسباب الإباحة ولا يكون مسؤولاً قانوناً عن فعلته متى توافرت شروط ثلاثة وهي:

١ ـ أن يكون الموظف حسن النية، ويقصد بذلك أن يعتقد الموظف خطأ

مشروعية الفعل الذي يقدم عليه وأنه داخل في اختصاصه، فهذا الاعتقاد الخاطئ بمشروعية الفعل ينفي القصد الجنائي لدى الموظف ويجعله في حالة إباحة، على أن هناك فرقاً بين حسن النية هنا وحسن النية عند أداء العمل المشروع أصلاً، فهناك يراد بها أن يقصد من القيام بالواجب أداء ما افترض عليه وليس مجرد الانتقام من المعتدى عليه أو من قام بالعمل ضده.

٢ ـ أن يكون اعتقاد الموظف بمشروعية العمل مبنياً على أسباب معقولة، فلا يكفيه أن يعتقد مشروعية الفعل، بل يجب أن يكون اعتقاده هذا مبنياً على أسباب معقولة، بأن تكون الظروف التي أحاطت بارتكاب العمل غير القانوني من شأنها أن تؤدي بالموظف العادي إلى اعتقاد مشروعية العمل الذي قام به.

٣ ـ أن يرتكب الموظف الفعل بعد التثبت والتحري، حيث يلزم للإعفاء من المسؤولية أن يكون العمل غير المشروع الذي قام به الموظف قد وقع بعد تثبت وتحر من مشروعية فعله أو إطاعته لرئيسه فيما قام به، وأنه خال من العيوب التي تؤثر على صحته وإنتاج أثره، فهو في نظره خال من العيوب الشكلية والموضوعية[1].

وترتيباً على ما سبق فإن مأمور الضبط الإداري متى قام بتفتيش مسكن شخص بناء على أمر صادر إليه أو تنفيذاً مباشراً للقانون فإن هذا الفعل وإن كان غير مشروع في الأحوال العادية إلاّ أنه مشروع هنا له لقيامه

---

(١) انظر في تفصيل ذلك:

قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ١٩٣ وما بعدها، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٠٣ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ١٠٩ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣٣٨ وما بعدها.

بالواجب الذي ألقاه على عاتقه القانون، وكذا قيام مأمور السجن أو التوقيف بحبس شخص بناء على أمر صادر إليه به لا يكون مرتكباً لفعل غير مشروع، لأنه قام بذلك أداء لواجب عليه أناطه به القانون وهو يعمل في ضوء أوامره وقواعده، وهكذا في كل فعل يقوم به مختص ويكون غير مشروع بحسب الأصل لكنه مشروع قانوناً لشخص معين أناطه به قياماً بعمله.

ومع ذلك فإن هذا الموظف متى تجاوز الحدود المقررة له في ممارسة عمله يكون مسؤولاً عن هذا التجاوز ما لم يكن حسن النية في تجاوزه لحدود الواجب، حيث يعد ذلك حينئذ سبباً لامتناع مسؤوليته جنائياً عن الفعل غير المشروع، ومثال ذلك أن يقوم مأمور الضبط بتفتيش منزل أو القبض على أحد الأشخاص بناء على أمر بذلك غير مستوف للشروط المعتبرة قانوناً، أو يقوم بالقبض على شخص يقوم بعمل ما معتقداً أن هذا الفعل يشكل جريمة والواقع بخلاف ذلك.

فهذه الأفعال غير مشروعة قانوناً وتعتبر تجاوزاً من القائم بالعمل، وتظل كذلك على الرغم من عدم مسؤولية القائم بها متى أتاها وهو حسن النية ولا يقصد التعدي في عمله[1].

---

(١) انظر في ذلك:

مبادئ القسم العام من التشريع العقابي للدكتور رؤوف عبيد ص ٤٣٩ وما بعدها، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات للدكتور محمود إبراهيم إسماعيل ص ٤٢٦، النظرية العامة لعذر تجاوز الدفاع الشرعي للدكتور محمد نعيم فرحات ص ٢٥٦، تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود سليمان العطار ص ١٢١، الموسوعة الجنائية لجندي عبد الملك ١/ ٥١٥، الأحكام العامة في قانون العقوبات للدكتور السعيد مصطفى ٢٢٣ وما بعدها.

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

يتضح ممّا سبق في تطبيقات التجاوز في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ما يلي:

أولاً: يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في أن استعمال الحق يعد سبباً للإباحة، ومن ثم ينتفي العقاب على الفعل ولو كان يمثل جريمة في الأحوال العادية، وكل ما يمكن وجوده من خلاف بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي هو في حدود الحق في كل منهما وتطبيقاته المختلفة، وهو ما يظهر في دراسة كل منهما على حدة مما لا سبيل لتفصيله هنا، وإنما مرجعه إلى كتب الفقه والقانون المختلفة في المواضع المذكورة سابقاً وغيرها.

ثانياً: يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في اعتبار أداء الواجب سبباً للإباحة، وأن العمل غير المشروع الواقع من الموظف متى كان بحسن نية فإن تجاوزه هذا غير مؤاخذ عليه ولا يعد جريمة، أما إن كان تجاوزه بسوء نية فإنه يكون مسؤولاً عن فعله هذا، ولكن يختلف القانون الوضعي عن الفقه الإسلامي في أمر مهم وهو مدى المشروعية في حال إطاعة أوامر الرؤساء في العمل، حيث يكتفي القانون الوضعي بالناحية الشكلية فقط، فمتى كان أمر الرئيس مشروعاً في نظر الفاعل له من الناحية الشكلية فإنه يكون صحيحاً ولا يعاقب عليه المنفذ له ولو كان يشكل في نظره معصية وجريمة، وهذا ما يخالف ما عليه الفقه الإسلامي الذي يجعل من المعصية فارقاً في الطاعة، فلا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، ومن ثم لا يكتفي بالناحية الشكلية فقط بل لا بد من استيفاء الناحية الموضوعية أيضاً بأن يكون الأمر مشروعاً من الناحيتين الشكلية والموضوعية، فإن لم يراع الموظف الناحية الموضوعية، وأقدم

على فعله عالماً بحرمته ولكنه أطاع فيه أمر رئيسه فإنه يكون مسؤولاً عنه في الفقه الإسلامي.

ولا شك أن نظرة الفقه الإسلامي هنا أعظم وأدق، فلا معنى لإطاعة الرئيس وتنفيذ أوامره متى كانت مخالفة للحق وكان في تنفيذها معصية، لأنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، ولعل السبب الرئيسي في هذا الفارق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي هو المصدر الذي نشأ منه كل منهما، وما يراعيه كل منهما، فمن ناحية المصدر في الفقه الإسلامي فهو المصدر الإلهي الذي يقدم الطاعة والحق على كل فعل وكل أمر، ومن ناحية ما يراعيه كل منهما فإن العقاب في الفقه الإسلامي لا يتوقف على العقاب الدنيوي فقط وإنما هناك عقاب آخر ينبغي أخذه في الحسبان ووضعه في الاعتبار وهو العقاب الأخروي وهو الأهم، ولذا فإن المرؤوس مطالب بمراعاة حق الله فيما يقدم عليه من عمل، والله تعالى أعلى وأعلم.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

المبحث الثالث

الآثار المترتبة على التجاوز

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

مدى مشروعية واقعة التجاوز

وفيه فرعان:

الفرع الأول

مدى مشروعية واقعة التجاوز في الفقه الإسلامي

سبق القول إن الفقه الإسلامي يعتبر واقعة التجاوز فعلاً غير مشروع وإن اختلفت تعبيرات الفقهاء في وصف هذا التجاوز، والتعبير عن عدم مشروعيته، حيث تنوعت تعبيراتهم عن عدم المشروعية لهذا الفعل ما بين تصريح بالحرمة، وما بين تعبير عنها بعدم الجواز، أو كون الفعل التجاوزي قد تم بدون حق.

فمنهم من وصفه بأنه فعل غير جائز، ومن ذلك ما جاء في المغني «وإذا

دخل منزله بالسلاح فأمره بالخروج فلم يفعل فله أن يضربه بأسهل ما يخرجه به، فإن علم أنه يخرج بضرب عصا لم يجز أن يضربه بحديدة»[1]، أي إن علم صاحب الدار أن الصائل عليه في بيته يمكن إخراجه بضربه بالعصا فإنه من غير الجائز له أن يضربه بحديدة، فهذا النص وصف التجاوز في سبب الإباحة في حالة الدفاع الشرعي بأنه غير جائز، ولا شك أن نفي الجواز وصف بعدم المشروعية، فكان فعل التجاوز غير مشروع.

ومنهم من وصف الفعل بأنه غير حق، ومن ذلك ما جاء في مجمع الأنهر «ولا شيء على من قتل شخصاً آخر سرق منه متاعه ليلاً وأخرجه إن لم يمكنه الاسترداد بدون القتل. . . لأنه يباح له القتل دفعاً في الابتداء فكذا الاسترداد في الانتهاء، وهذا إذا كان لا يمكن الاسترداد إلاّ بالقتل، فإن أمكن الاسترداد بدون القتل كالتهديد والصياح وقتله مع ذلك يجب عليه القصاص، لأنه قتله بغير حق، وهو بمنزلة المغصوب منه إذا قتل الغاصب حيث يجب عليه القصاص»[2]، فهذا النص قد بين أن التجاوز في فعل الدفاع كما في الدفاع عن المال هنا يجعل صاحبه قائماً بفعل غير مشروع، لأن وجوب القصاص عليه ووصف فعله بأنه غير حق دليل واضح على عدم المشروعية.

ومنهم من وصفه بأنه فعل محرم، ومن ذلك ما جاء في شرح منهاج الطالبين «ويدفع الصائل بالأخف فالأخف، فإذا أمكن بكلام أو استغاثة حرم الضرب، أو بضرب بيد حرم السوط، أو بسوط حرم عصا، أو بقطع عضو حرم قتل، فإن أمكن هرب فالمذهب وجوبه وحرم قتال»[3]، وجاء

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/ ١٥١، ومثله في شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣/ ٣٨٥، مطالب أولي النهي للرحيباني ٦/ ٢٥٨.

(٢) مجمع الأنهر ٢/ ٦٢٣.

(٣) شرح الجلال المحلي على منهاج الطالبين ٤/ ٢٠٨.

مثله في حاشية[1] البيجرمي[2] على منهاج الطالبين، فهنا عبر عن التجاوز في فعل الدفاع بأنه محرّم، ولا شكّ أنّ التحريم أكثر التعبيرات في الدلالة على عدم المشروعية.

ومن ينظر إلى أدلة جواز الدفاع الشرعي أو دفع الصائل نفسها يجدها تتناول هذا التجاوز، وتدل على عدم مشروعية التجاوز في فعل الدفاع، وأنه يجب الاكتفاء في الدفع بما يندفع به الصائل دون تجاوز، ومن ذلك مثلاً:

١ ـ قوله تعالى ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ وَاتَّقُواْ اللهَ وَاعْلَمُواْ أَنَّ اللهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾[3].

وجه الدلالة:

أمر الله سبحانه المعتدى عليه أن يرد الاعتداء بمثله ولا يتجاوز فيه، وقد جاءت الآية بلفظ الماضي، وهذا إن دل على شيء فإنّما يدل على إباحة رد الاعتداء بمثله وعدم التجاوز فيه، ويدل بالمفهوم أن التجاوز غير مباح.

٢ ـ قوله تعالى ﴿أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتَلُونَ بِأَنَّهُمْ ظُلِمُواْ وَإِنَّ اللهَ عَلَىٰ نَصْرِهِمْ

---

(١) حاشية البيجرمي على منهاج الطالبين ٤/ ٢٢٣.

(٢) **البيجرمي**: أحمد بن محمد بن أحمد بن جمعة البيجرمي نسبة لقرية تدعى (بيجرم) بمصر، فقيه شافعي من كبار علماء الشافعية في العصور المتأخرة، تلقى العلم على العديد من علماء عصره، فدرس فنون الحديث والتفسير والفقه وبرع فيها، وكان يسكن في حياته في مكان بالقاهرة يقال له خانقاه سعيد السعداء، له حواش عديدة أشهرها حاشيته على منهاج الطالبين وحاشيته على شرح الخطيب، وتوفي بمصر سنة ١١٩٧ هـ.
انظر الترجمة له في: الأعلام للزركلي ٤/ ٣١٤.

(٣) سورة البقرة الآية رقم (١٩٤).

لَقَدِيرٌ الَّذِينَ أُخْرِجُواْ مِن دِيَارِهِم بِغَيْرِ حَقّ إِلاّ أَن يَقُولُواْ رَبّنَا﴾[1].

وجه الدلالة:

بينت هذه الآية أن المظلوم أبيح له قتال من ظلمه والدفاع عن نفسه، وإذا كان الدفاع مشروعاً فهو مقدر بما يدفع الضرر لا ما يزيد عليه، فالزيادة غير مشروعة.

٣ ـ قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ إِذَآ أَصَابَهُمُ الْبَغْيُ هُمْ يَنتَصِرُونَ وَجَزَآءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللهِ إِنَّهُ لاَ يُحِبّ الظَّالِمِينَ وَلَمَنِ انتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُوْلَئِكَ مَا عَلَيْهِمْ مّن سَبِيلٍ﴾[2].

وجه الدلالة:

فقد وردت هذه الآية في سياق مدح الله للمؤمنين، وأن من صفاتهم رد العدوان الواقع عليهم، وقد بين أن رد العدوان هذا مقدر بالمثل لا ما يزيد، فجزاء السيئة مثلها، فلا يدفع بما لا يزيد وإلاّ عُدّ تجاوزاً محرماً.

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

وجه الدلالة:

فقد دل هذا الحديث على جواز الدفاع الشرعي ضد الصائل، وفي

---

(١) سورة الحج الآيتان (٣٩، ٤٠).
(٢) سورة الشورى الآيات (٣٩، ٤٠، ٤١).
(٣) سبقت الترجمة له.

الوقت نفسه أفاد أن الدفاع يكون على قدر العدوان، فيفيد بالمفهوم أن الزيادة عليه تكون غير جائزة.

٥ ـ ما رواه سعيد بن زيد ـ رضي الله عنه ـ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون دينه فهو شهيد، ومن قتل دون دمه فهو شهيد، ومن قتل دون أهله فهو شهيد»[1].

وجه الدلالة:

يقال عن هذا الحديث ما قيل عن سابقه من جواز دفع الصائل، وأنه مقدر بما يندفع به من فعل، فإن زاد عليه كان فعلاً متجاوزاً وهو غير مشروع.

٦ ـ ما روي أن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ كان يوماً يتغدى إذ جاءه رجل يعدو وفي يده سيف ملطخ بالدم، ووراءه قوم يعدون خلفه، فجاءه حتى جلس مع عمر، فجاء الآخرون فقالوا: يا أمير المؤمنين إن هذا قتل صاحبنا، فقال له عمر: ما يقولون؟ فقال: يا أمير المؤمنين إني ضربت فخذي زوجتي، فإن كان بينهما أحد فقد قتلته، فقال عمر: ما يقول؟ فقالوا: يا أمير المؤمنين إنه ضرب بالسيف فوقع في وسط الرجل وفخذي المرأة، فأخذ عمر سيفه، فهزه، ثم دفعه إليه، وقال: إن عادوا فعد»[2].

وجه الدلالة:

ففي هذا الأثر قدر عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ أن الدفاع كان بقدر الفعل ولم يكن هناك تجاوز فدل على أنه لو كان بغير قدره لانتصر

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) سبقت الترجمة له.

من الفاعل للمقتول، واستنكار أهل القتيل ظناً منهم أن الفعل متجاوز فبين لهم عمر أنه غير متجاوز.

ومما سبق يتضح أن فعل التجاوز في الدفاع الشرعي غير جائز دلت على ذلك الآيات والأحاديث الدالة على مشروعية الدفاع الشرعي، ونص عليها فقهاء المذاهب المختلفة في كتبهم.

ويترتب على القول بعدم مشروعية فعل التجاوز كما سبق أثر مهم وهو أن الفعل يكون تعدياً، ومن ثم يحق عقاب القائم به وتقدير العقوبة اللازمة له بناء على مقدار التجاوز الواقع منه، وذلك حسب نوع الفعل المرتكب ومقداره وما يعد جريمة منه وما لا يعد كذلك، وهو محل تفصيل المطلب التالي وما بعده بإذن الله، حيث أتكلم عن المسؤولية عن هذا التجاوز والعقوبة المقررة له في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

الفرع الثاني

مدى مشروعية واقعة التجاوز في القانون الوضعي

قلت فيما سبق إن القانون يعتبر الفعل التجاوزي فعلاً غير مشروع في قدر التجاوز، بل وينص شراح القانون على أن فعل التجاوز يشكل جريمة تسمى الجريمة التجاوزية وهي نوع من أنواع الجرائم، وقد سبق الكلام عنها وبيان الفرق بينها وبين الجريمة العادية والجريمة المتعدية القصد، وكون القانون يطلق على فعل التجاوز وصف الجريمة فإن ذلك يدل دلالة قاطعة على أنه فعل مجرم قانوناً وغير مشروع[1]، ويظهر ذلك أكثر في حديثهم عن الأفعال المشروعة بناء على سبب من أسباب الإباحة، حيث يقيدون كل فعل منها بكونه واقعاً حسب القيود القانونية المنصوص عليها في هذا الأمر، فمثلاً في الدفاع الشرعي يشترطون وجود الخطر، وكونه خطراً غير مشروع، ويشترطون في فعل الدفاع أن يكون متناسباً مع مقدار

---

(١) انظر في ذلك:

شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ١٩٨، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد كامل مرسي ص ٢٠١، النظرية العامة للجريمة والمجرم للدكتور رمسيس بهنام ص ٢١٣، عدم المشروعية في القانون الجنائي للدكتورة فوزية عبد الستار ص ٢٥٩ بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد العددان الثالث والرابع لسنة ١٩٧١ م.

الخطر الواقع فعلاً أو وشيك الوقوع بحيث يكون فعل الدفاع رافعاً للخطر أو يحول دون وقوعه إن كان وشيك الوقوع بالفعل[1].

وتظهر أهمية وصف فعل التجاوز بأنه غير مشروع في أنه يحول الفعل المشروع والمرتكب، استعمالاً لحق أو أداء لواجب، إلى فعل غير مشروع يحق الدفاع ضده، وكذا فإن المتجاوز يكون أهلاً للعقاب ومتحملاً للمسؤولية كما سيأتي في المطلبين القادمين بإذن الله تعالى.

ولكن يثور هنا سؤال مفاده ماذا لو كان المتجاوز للقدر المباح رجلاً من رجال الضبط الإداري أو رجال السلطة، هل يجوز الدفاع ضده عند تجاوزه لحدود حقه في الفعل أم لا؟

لقد سبق القول آنفاً إن التجاوز يبيح لمن وقع عليه أن يدافع عن نفسه ضده فيخول له الدفاع الشرعي ضد المتجاوز، ولو قلنا بذلك مع رجال السلطة فربما وقعت كوارث، فما الحكم القانوني في مثل هذه الحالات؟

لقد نصت المادة رقم (٢٤٨) من قانون العقوبات على أنه «لا يبيح حق الدفاع الشرعي مقاومة أحد مأموري الضبط أثناء قيامه بأمر بناء على واجبات وظيفته مع حسن النية ولو تخطى هذا المأمور حدود وظيفته إلاّ إذا خيف أن ينشأ من أفعاله موت أو جروح بالغة وكان لهذا الخوف سبب معقول».

---

(١) انظر في ذلك المعنى:

شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ١٩٨، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد كامل مرسي ص ٢٠١، عدم المشروعية في القانون الجنائي للدكتورة فوزية عبد الستار ص ٢٥٩ بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد عام ١٩٧١ م.

واضح من هذا النص أن القانون لا يبيح الدفاع الشرعي ضد أفعال رجال الضبط الإداري والقضائي ولو تخطّوا حدود وظيفتهم المخولة لهم إلاّ في حالتين فقط، والحالتان مقيدتان بضوابط وشروط معيّنة، وقد راعى المشرع في ذلك ما قد يحدث من فوضى لو لم يقيد هاتين الحالتين، وأيضاً ما قد ينجم من تجاوز مأموري الضبط لو لم تكن هناك إباحة لهما، وطبيعي أنه لا مجال لهذا القيد إلاّ كان مأمور الضبط قد تجاوز حدود وظيفته أو أتى فعلاً غير مشروع، فلو كان يباشر فعلاً مشروعاً أو يباشر عمله الوظيفي ملتزماً بالشروط الشكلية والموضوعية له فإن فعله يعتبر مشروعاً بسبب أداء الواجب، وبالتالي لا يجوز الدفاع ضده[1]، وهاتان الحالتان هما:

الأولى: حالة سوء النية، حيث يشترط القانون لقيد حظر مقاومة رجال الضبط أن يكون مأمور الضبط قد تجاوز حدود وظيفته بحسن نية، ويقصد بذلك أن يكون معتقداً مشروعية عمله وأنه داخل في نطاق اختصاصه الوظيفي، ويتحقق حسن النية هذا سواء أكان مأمور الضبط معذوراً في اعتقاده أم غير معذور، ومثال ذلك أن يقبض

---

(٢) لقد قصر المشرع الوضعي في قانون العقوبات المصري هذا القيد على مأموري الضبط فقط ولم يطلقه بالنسبة للموظفين العموميين، فمأمور الضبط هو موظف عام ولكن ليس كل موظف عام يعتبر مأمور ضبط، ومأمورو الضبط هم طائفة من الموظفين العموميين المنوط بهم استخدام القوة الجبرية لتنفيذ الأوامر والقوانين، ولذلك فهم يشملون مأموري الضبط الإداري، ويدخل معهم أيضاً مأمورو الضبط القضائي، ومثال ذلك رجال الشرطة والنيابة والجيش والموظفون العموميون الذين يضفي عليهم القانون صفة الضبطية.
انظر في ذلك:
قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٢٢٣، قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ١٧٠، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٢٨.

رجل الضبط على شخص بريء معتقداً أنه هو الشخص الذي يجري البحث عنه لصدور أمر بالقبض عليه، أو أن يقوم بتفتيش منزل معين بالقوة الجبرية على أساس أنه منزل المتهم في قضية ما ويظهر أنه غير ذلك، أو أن يقوم بحبس إنسان معتقداً أنه الصادر بشأنه أمر الحبس ثم يظهر أنه ليس الشخص المطلوب، وهكذا، وكل ما يشترط لكون أفعاله تلك لا تعد تجاوزاً يبيح الدفاع الشرعي ضده أن يكون فعله ناشئاً من معتقده ونيته الحسنة في أنه يقوم بتنفيذ عمله وما يطلبه منه القانون.

فإن انتفت تلك النية بأن كان مأمور الضبط يعلم أن الفعل الذي يقوم به غير مشروع، أو أنه خارج عن حدود اختصاصه، فإن حسن النية هنا يكون منتفياً ويكون الدفاع الشرعي ضده جائزاً، ومثال ذلك أن يقبض على إنسان ويحبسه لإجباره على تحقيق مصلحة خاصة للمأمور أو لصالح شخص آخر، أو قيامه بتعذيب متهم للإدلاء بأقوال أو معلومات معينة أو بغير غرض سوى إظهار القوة والنفوذ، ففي كل هذه الحالات يجوز للشخص الدفاع ضد مأمور الضبط، ولكن يشترط هنا أن يثبت المدافع سوء نية مأمور الضبط فيما قام به تجاهه، لأن الأصل حسن نية المأمور[1].

الثانية: أن يكون الخطر الذي يتهدد المدافع منذراً بخطر جسيم لا يمكن

---

(١) انظر في ذلك:
قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣٢٥، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٢٢٣، قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ١٧١ وما بعدها، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٢٨ وما بعدها، أصول قانون العقوبات القسم العام للدكتور أحمد فتحي سرور ص ٢٦٣.

إصلاحه، فلا يكفي فقط لمشروعية الدفاع ضد مأموري الضبط أن يتجاوزوا حدود واجباتهم بحسن نية بل يشترط أيضاً ألاّ يكون هذا التجاوز منذراً بخطر جسيم يقع على المهدد لا يمكن إصلاحه، كأن يتأكد من موته لو لم يقم بالدفاع عن نفسه أو يتهدده بجراحات بالغة لا يمكن إصلاحها ومداواتها بسهولة، حيث يجوز لمثله في هذه الحالة برغم حسن نية الموظف أو مأمور الضبط أن يقاوم هذا الخطر بالعنف، فهو أمر طبيعي تفرضه العدالة وتوجبه مقتضيات الحفاظ على الكرامة الإنسانية وذلك متى كان لهذا الخوف سبب معقول.

ومما سبق يتضح أن ضابط الجسامة في تقدير المشرع المصري هو أن يكون هناك ثمة خوف من أن يؤدي الفعل إلى حدوث الموت أو الجراح البالغة، ومن ذلك مثلاً أن يذهب رجل الضبط للقبض على امرأة فيجدها في حالة مخاض فيصرّ على اصطحابها معه على الرغم ممّا يراه من حالها وما في ذلك من الخطر عليها وعلى جنينها، فهنا يجوز لأي شخص أن يرد عدوان رجل الضبط ويكون فعله في هذه الحالة مباحاً بوصفه دفاعاً صحيحاً.

وبناء على هذا فإنه متى كان عدوان رجل الضبط على شيء مالي فلا يجوز الدفاع ضده، وإنما يمكن إثبات الحق بطرق أخرى، لأن النص حدد بدقة ما يبيح الدفاع الشرعي وهو الخطر الذي ينتج عنه موت أو جراح بالغة، والمال ليس كذلك، فلا يدخل فيه مهما كانت قيمته أو مقداره، وكذا لا يباح الدفاع في حالة المساس بالشرف والاعتبار، بل يكون له طرقه في استيفاء حقه غير الدفاع ضده ما لم تكن هذه الأفعال خارجة بطبيعتها عن اختصاص رجال الضبط أصلاً، فهنا يباح الدفاع الشرعي،

ولكن ليس لجسامة هذه الأفعال بل لخروجها عن نطاق الاختصاص فلا محل للقيام بها[1].

وبهذا يتضح أن الحالتين المذكورتين هنا منصوص عليهما قانوناً، ولا يجوز تجاوزهما أو القياس عليهما، فهما خاصتان بمأموري الضبط ومن ماثلهم من الموظفين العموميين، ومع ذلك فإن الدفاع الشرعي ضد أفعالهم جائز في هاتين الحالتين متى تخلفت الشروط المبيحة لفعلهما وما يجعله في نطاق الإباحة منها.

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

يتفق القانون الوضعي وما ذكره شراحه مع ما جاء في الفقه الإسلامي من عدم مشروعية الأفعال التجاوزية وإن اختلفت التعبيرات والقيود التي ذكرها كل منهم، لكن الأصل العام متفق عليه بينهما، ويظل للفقه الإسلامي في كل هذا فضل السبق والتنظيم الدقيق الذي يحاول شراح القانون الوضعي ومنشئوه الوصول إليه بعد جهد، ويتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في أن عدم المشروعية لفعل التجاوز أمر له أهمية كبرى من حيث إن الفعل المجاوز يكون معاقباً عليه ومحلاً للتجريم والعقاب.

---

(١) انظر في ذلك:

شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٢٩ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٢٢٤، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣٢٥، أصول قانون العقوبات القسم العام للدكتور أحمد فتحي سرور ص ٢٦٤، قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ١٧٢ وما بعدها، النظرية العامة للجريمة والمجرم للدكتور رمسيس بهنام ص ٢٣٨.

المطلب الثاني

المسؤولية عن التجاوز

وفيه فرعان:

الفرع الأول

ضمان التجاوز في الفقه الإسلامي

إذا كان الفعل التجاوزي غير مشروع ـ كما ذكر الفقهاء فيما سبق ـ فإن من الطبيعي أن تقوم المسؤولية عليه ممن ارتكبه، وقد عبر الفقهاء عن هذه المسؤولية بالضمان، وهو التعبير المعروف عندهم لكل أنواع المسؤولية سواء كانت عن فعل ضار بالمال أو النفس أو الشرف والاعتبار، وهو ما يقع من المدافع في حالة التجاوز، فقد يتجاوز في فعله إلى نفس الصائل أو طرف من أطرافه أو شيء من ماله أو غير ذلك، وسواء كان تجاوزه عمداً أم خطأ، ممّا يستدعي قيام المسؤولية عن فعله كما قامت المسؤولية تجاه فعل الصائل.

ولكي نوضح حكم المسؤولية عن الفعل التجاوزي ومداها ينبغي هنا بيان المقصود بالضمان في الفقه الإسلامي حتى نبين كيفية ضمان المدافع

في حالة التجاوز، وباستقراء كتب الفقه في المذاهب المختلفة اتضح أن استعمال فقهاء الشريعة لكلمة الضمان يدور حول معنيين:

الأول: الضمان بمعنى الكفالة، وقد استعمله جمهور الفقهاء، المالكية، والشافعية، والحنابلة، وخصصوا في كتبهم باباً خاصاً بذلك سموه باب الضمان[1]، ويقصد به الكفالة بالدين أو النفس، أما الحنفية والظاهرية فيسمون الضمان في هذا المعنى بالكفالة صراحة، ويخصونها في التسمية بذلك في كتبهم[2]، وهذا المعنى خارج عن مقصودنا هنا.

الثاني: الضمان بمعنى التعويض، وهو ما يتفق عليه الفقهاء جميعاً، ويقصدون بذلك أن يضمن المتعدى تعويض من تضرر بسببه، وقد وردت عدة تعريفات للضمان بهذا المعنى، منها ما يوسع في دائرة الضمان، ومنها ما يضيقها.

فقد عرف الضمان بأنه إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات وقيمته إن كان من القيميات[3].

وعرف أيضاً بأنه عبارة عن غرامة التالف[4]، كما عرف الضمان أيضاً بأنه شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل، وبعبارة أخرى هو

---

(١) انظر مثلاً مواهب الجليل للحطاب ٥/ ٩٦، حاشية الدسوقي ٤/ ٥٣٧، شرح منح الجليل للشيخ عليش، ٣/ ٢٤٣، مغنى المحتاج للشربيني٢/ ١٩٨، روضة الطالبين للنووي ٣/ ٥٢٩، التهذيب للبغوي ٤/ ١٧٠، المغني لابن قدامة ٧/ ٧١، الإنصاف للمرداوي ٥/ ١٦٩، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/ ٢٤٥.

(٢) انظر مثلاً البناية للعيني ٨/ ٤١٩، مجمع الأنهر لداماد أفندي ٢/ ١٢٣، تحفة الفقهاء للسمرقندي ٣/ ٢٣٧، المحلى لابن حزم ٨/ ١١٠.

(٣) درر الحكام ١/ ٤٤٨.

(٤) نيل الأوطار للشوكاني ٥/ ٣٥٧.

شغل الذمة بواجب يطلب الوفاء به إذا توافرت شروطه، أو ما يجب أداؤه من مال تعويضاً عن مال فقد[1].

ويلاحظ على هذه التعريفات أنها تقتصر على الضمان بسبب ضرر مالي فقط أياً كان سببه، أي سواء كان بسبب الإخلال بشرط من شروط العقد، أو بسبب التعدي على مال الغير بغصب أو إتلاف، وهو ما يسمى في العصر الحالي بالمسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، أما التعويض عن الضرر الأدبي[2] الناتج عن القذف والسبّ والتشهير وغيره، أو ضرر النفس بالاعتداء على الآدمي (دية أو غيرها) فلا يدخل ضمن التعريفات السابقة.

ولما كان المقصود بالضمان هنا الشمول لجميع أنواع الضرر فقد نص بعض الفقهاء المحدثين على هذا الشمول في تعريفاتهم له، فعرفه بعضهم بأنه عبارة عن الحكم على الشخص بتعويض الضرر الذي أصاب الغير من جهته[3]، وعرف أيضاً بأنه الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية[4]، كما عرف بأنه التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير[5].

---

(١) الضمان في الفقه الإسلامي للشيخ علي الخفيف ١ / ٤، ٥ طبعة دار الفكر العربي سنة ١٩٦٧ م.

(٢) انظر في تفصيل الضرر الأدبي تعريفاً وحكماً ـ المسؤولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية، للدكتور/ محمود خيامي أبو زيد ص ١١٢، ص ١٢٧ وما بعدها، ـ رسالة دكتوراه من كلية الشريعة والقانون بالقاهرة جامعة الأزهر.

(٣) الإسلام عقيدة وشريعة للإمام الأكبر الشيخ محمود شلتوت ص ٤١٢، الطبعة الرابعة ١٩٦٨ م، دار الشروق بالقاهرة.

(٤) نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، للدكتور وهبة الزحيلي ص ١٥، ط دار الفكر بدمشق سنة ١٩٨٢ م.

(٥) المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا ٢/ ١٠٣٢.

ورغم أن التعريفات الثلاثة السابقة متقاربة في المعنى وشاملة للضمان في شتى صوره وأسبابه، فإني أرى أن التعريف الأخير هو أفضل هذه التعريفات، لاختصاره من ناحية، ولشموله من ناحية أخرى، فهو يشمل المسؤولية عن الإخلال بشروط العقد، والمسؤولية عن ضرر التعدي على المال، أو التعدي على النفس، أو الضرر الأدبي، فكلمة الضرر هنا شاملة للجميع.

والضمان بهذا المعنى قسمان، الأول منصوص عليه في الشريعة، كالديات وأروش الجراحات، والثاني غير منصوص عليه، وهو ما يصدره الحاكم بنفسه، أو بواسطة خبير فني، كتقييم المتلفات المالية أو البدنية التي ليس لها في الشرع تقدير معين[1].

ورغم ما سبق فإن الضمان هنا يمكن تطبيقه على التجاوز الخطأ، أو التجاوز العمدي على المال، أما التجاوز العمدي على النفس أو الطرف فيطبق عليه القصاص، لأن ذلك هو ضمانه، فتعبير الفقهاء بالضمان في المواضع المختلفة إنّما هو للضمان المالي، أمّا الضمان بمعناه الشامل فيدخل فيه القصاص في النفس أو الطرف.

وبالنظر في حالات التجاوز في أسباب الإباحة نجد أنها إمّا أن تكون عمداً أو خطأ، ولكل حالة حكم خاص بها، ففي حالة التجاوز الخطأ تكون المسؤولية على المتجاوز بناء على سبب من أسباب الإباحة أقل منها في حالة التجاوز العمدي، لأن التشريع الإسلامي يفرق بين العمد والخطأ، ويجعل المسؤولية في كل منهما بقدرها[2]، وقد دلت على هذه التفرقة نصوص الكتاب والسنة، ومنها ما يلي:

---

(١) الإسلام عقيدة وشريعة ص ٤١٢.

(٢) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عودة ١/ ٤٠٣.

١ ـ قوله تعالى ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنْفَ بِالأَنْفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ اللهُ فَأُوْلَئِكَ هُمُ﴾[1].

وجه الدلالة:

بيّن الله سبحانه في هذه الآية أن العقاب في الجرائم العمدية يكون من نوع الجريمة نفسها، فمن قتل شخصاً قتل به، ومن قطع طرفاً قطع له طرف مماثل، وكل ذلك واضح أنه في الجرائم العمدية.

٢ ـ قوله تعالى ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالأُنثَى بِالأُنثَى﴾[2].

وجه الدلالة:

يقال عن هذه الآية ما قيل عن السابقة لها، وهو أن الآية نص في القتل أو الاعتداء العمدي وعقوبته تختلف عن الاعتداء عن طريق الخطأ.

٣ ـ قوله سبحانه ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِناً إِلاَّ خَطَئاً وَمَن قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَئاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىَ أَهْلِهِ إِلاَّ أَن يَصَّدَّقُواْ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىَ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللهِ وَكَانَ اللهُ عَلِيماً حَكِيماً﴾[3].

وجه الدلالة:

بينت هذه الآية حكم القتل الخطأ وما فيه من الدية وأن حكمه يختلف

---

(١) سورة المائدة الآية رقم (٤٥).
(٢) سورة البقرة الآية رقم (١٧٨).
(٣) سورة النساء الآية رقم (٩٢).

عن حكم القتل العمد الذي يوجب القصاص، فدل على التفريق بين الخطأ والعمد.

٤ ـ قوله تعالى ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللهُ غَفُوراً رَّحِيماً﴾[1].

وجه الدلالة:

بيّن الله سبحانه عدم المؤاخذة على الخطأ فدل على أن عقوبته تخالف عقوبة العمد وأن هناك فرقاً بينهما في كل جزاء.

٥ ـ قوله ﷺ «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى»[2].

وجه الدلالة:

يعد هذا الحديث أساساً لقاعدة فقهية كبرى وهي قول الفقهاء «الأمور بمقاصدها»، ويدل على أن النية هي المدار في الأعمال، ومن ثم تفرق بين العمد والخطأ، وعليه فهناك فرق بينهما في الفعل فيكون هناك فرق بينهما في العقوبة.

٦ ـ قوله ﷺ «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[3].

وجه الدلالة:

فقد بين هذا الحديث أن الخطأ مرفوع عن هذه الأمة عند الله تعالى، فالمؤاخذة عليه في الآخرة مرفوعة، لأن رفع الخطأ هنا إنما هو لرفع إثمه

---

(١) سورة الأحزاب الآية رقم (٥).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) رواه ابن حبان عن ابن عباس رضي الله عنهما، صحيح ابن حبان ١٦/ ٢٠٢، ورواه عنه الحاكم في المستدرك وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، المستدرك ٢/ ٢١٦.

لا لنفي وقوعه، ولكن في الدنيا عقابه موجود، وفاعله ضامن ولكن بقدر أقل من العمد، كما سيأتي عند الحديث عن عقوبة المتجاوز لسبب الإباحة.

وبناء على ما سبق فإن المسؤولية تترتب بناء على ارتكاب فعل غير مشروع سواء أكان قاصداً له أم غير قاصد، وإن كان الجزاء يتفاوت حسب توافر القصد من عدمه، أو كما عبر الفقهاء حسب كون الفعل عمداً أو خطأ، ومن يقدم على فعل على طريق الخطأ فإنه يكون مسؤولاً عن هذا الخطأ في الدنيا وإن كان معفواً عنه في الآخرة طبقاً لما ذكره الحديث الأخير، فالحقوق عند الفقهاء وكما سبق القول نوعان، حقوق العباد وحقوق الله تعالى، وإذا كان حق الله معفواً عنه فإن حق العبد على عكس ذلك، ولكن تكون المسؤولية في الخطأ أقل من المسؤولية عن العمد.

وإذا كان الأصل أن يكون الشخص مسؤولاً عن فعله، وأن من يتجاوز في الدفاع يكون مسؤولاً عن هذا التجاوز بحسب قصده عمداً كان أو خطأ، فإن هناك حالات تخرج عن هذا الأصل وتأخذ أحكاماً مخالفة واستثنائية، فيحدث فيها التجاوز ولكنها لا تأخذ الأحكام المذكورة سابقاً في العمد والخطأ، ومن ذلك الفعل الواقع بغير رضا واختيار، سواء كان الفاعل له مكرهاً أو كان عديم الاختيار أصلاً لعلة فيه كالصبي والمجنون.

ولهذا يثور هنا التساؤل حول مدى المسؤولية عن فعل غير المكلف في حالة التجاوز، وكذا عن مدى مسؤولية المكره في التجاوز في الدفاع الشرعي، وسوف أبين هنا مدى مسؤولية كل منهما عن أفعاله أولاً، ثم مدى مسؤوليته عن التجاوز ثانياً، وذلك فيما يلي:

أولاً: مدى مسؤولية فعل غير المكلف، حيث اتفق الفقهاء[1] على أن غير المكلف ليس مسؤولاً عن أفعاله، لأن العقل مناط التكليف، ولذا إذا ارتكب الصبي أو المجنون فعلاً يعد جناية لا يقتص منه ولو كان عامداً[2]، فإن كان الفعل خطأ حملته عنهم العاقلة كغيرهما، وإن كان الفعل عمداً حملته أيضاً العاقلة كالخطأ عند الجمهور، لأن عمد الصبي والمجنون خطأ عندهم.

وبناء على ذلك فإنه متى تصورنا وقوع عدوان على الصبي والمجنون فقام لهما حق الدفاع عن النفس فإنه من المتصور ورود التجاوز منهما في استعمال حقه، فالدفاع مقرر للكل على سواء للمكلف وغيره لأنه حق فطري لا يمنع منه شخص لعلة معينة، فإن تعدى الصبي والمجنون في الدفاع المباح لهما فإن عمدهما وخطأهما سواء، ولا مسؤولية عليهما فيه، لأن الصبي والمجنون لا يقدرات العاقبة في الغالب، ولا يدريان كيفية التناسب بين فعل الخطر وفعل الدفاع، ومن المستحسن هنا أن يتقى شر المجنون والصبي بما يراه الإمام من وسائل كحجزه في مشفى أو ملجأ أو غيره[3].

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ١/ ٢٠٩، المبسوط للسرخسي ١١/ ١٢٠، بدائع الصنائع ٧/ ١٨٠، تبيين الحقائق ٦/ ١٣٩، العناية للبابرتي ١٠/ ٢٩٨، الجوهرة النيرة ٢/ ١٣٤، المدونة ٤/ ٦٣٠، المنتقى للباجي ٧/ ٧٤، الأم ٦/ ١٢٧، المجموع ٧/ ٣٢، أسنى المطالب للأنصاري ٤/ ٨٧، تحفة المحتاج ٨/ ٣٩٠، المنثور في القواعد للزركشي ٢/ ٢٩٨، ٣٠١ وما بعدها، المغني لابن قدامة ٨/ ٣٠٠، الإنصاف للمرداوي ٩/ ٤٤٨، كشاف القناع ٥/ ٥١٤، المحلى ١١/ ٢٥٠.

(٢) وإن اختلفوا بعد ذلك في حكم عمد الصبي والمجنون هل يعد عمدهما عمداً أم خطأ، فمن قال إنه عمد جعل الدية في مالهما، ومن قال إنه خطأ جعل الدية في عاقلتهما، مما لا داعي لتفصيله هنا.
انظر المراجع السابقة ففيها تفصيل كبير.

(٣) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عودة ١/ ٣٩٧.

ثانياً: **بالنسبة للمكرَه** على تجاوز حدود الدفاع الشرعي، والمسألة هنا تعني أن الشخص حين قام بفعل الدفاع لم يكن حر الإرادة بل هناك مؤثر اضطره لفعله فتجاوز بدون قصد الحدود المقدرة لفعل الدفاع.

ولكي يظهر حكمه لا بد من بيان معنى الإكراه والرضا وبيان أثرهما في الأفعال بإيجاز ثم أبين في عجالة حكم الإكراه على الجناية، وبناء على ذلك نستخلص حكم الإكراه على التجاوز في الدفاع الشرعي.

فالإكراه في اللغة يعني الإجبار والاضطرار والقهر وعدم المحبة، يقال كره الشيء كرهاً وكراهة وكراهية خلاف أحبه، وأكرهه على الأمر قهره عليه، والكُره (بضم الكاف) المشقة، والكَره بالفتح فعل المضطر[1]، وقد وردت كلمة الإكراه في القرآن الكريم بمعنى الإجبار، ومنه قوله تعالى ﴿لاَ إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَد تَّبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ﴾[2] أي لا إجبار، وقوله تعالى ﴿وَلاَ تُكْرِهُواْ فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَآءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصّناً لِّتَبْتَغُواْ عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾[3] أي لا تجبروا فتياتكم على البغاء[4].

وأمّا في اصطلاح الفقهاء فقد عرف الإكراه بتعريفات كثيرة[5] أفضلها

---

(١) لسان العرب لابن منظور ٥/ ٣٨٦٥، المصباح المنير للفيومي ص ٥٣١، مختار الصحاح للرازي ص ٥٠٠.

(٢) سورة البقرة من الآية رقم (٢٥٦).

(٣) سورة النور من الآية رقم (٣٣).

(٤) انظر في ذلك: الوجوه والنظائر لألفاظ كتاب الله العزيز للدامغاني ٢/ ١٧٩ ط المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بالقاهرة سنة ١٩٩٥م.

(٥) انظر بعض هذه التعريفات في:
كشف الأسرار ٤/ ١٥٠٢ وما بعدها، تحفة الفقهاء للسمرقندي ٣/ ٢٧٣، تبيين الحقائق ٥/ ١٨١، اللباب في شرح الكتاب للميداني ٤/ ١٠٧ ط المكتبة العلمية بيروت ١٤١٣ هـ ١٩٩٣ م، المجلة أو جامع الأدلة على مواد المجلة، ترتيب عزتلو نجيب بك هواديني ص. ٢٤ ط المطبعة الشرقية بلبنان سنة ١٩٠٦ م، أحكام العقود =

القول بأنه إجبار الإنسان غيره على قول أو فعل لا يرضاه بحيث لو خلي ونفسه لم يفعله ولم يباشره[1].

فهذا التعريف يوضح أن الإكراه يعدم إرادة المكرَه بحيث يقدم على القول أو الفعل وهو غير راض به، والإكراه قد يكون مادياً بضرب فعلي أو جرح للمكره نفسه، وقد يكون معنوياً كتهديد بفعل معين أو بإفشاء سر له يريد كتمانه، وغير ذلك، والأمر المكره عليه قد يكون قولاً كقذف وسب، أو فعلاً كضرب وجرح وقتل.

ولكن يشترط للقول بتوافر الإكراه ما يلي:

١ ـ أن يكون هناك تهديد بقتل أو جرح أو ضرب أو غيره.

٢ ـ أن يكون المكره (بالكسر) قادراً على تنفيذ ما هدد به.

٣ ـ أن يكون المكره (بالفتح) خائفاً وقوع الفعل الذي هدد به.

فلو توافرت هذه الشروط أنتج الإكراه أثره وهو عدم الاعتداد بتصرف المكره الذي تصرفه تحت تهديد الإكراه[2].

وبناء على هذا فقد اختلف الفقهاء فيما لو أكره شخص آخر على قتل ثالث، فقتله المكرَه، فمن يقتص منه في هذه الحالة ـ وذلك بعد أن ذهب

في الشريعة الإسلامية للشيخ علي قراعة ص ٥٧ ط دار مصر للطباعة، القاموس الفقهي لسعدي أبو جيب ص ٣١٧ ط الثالثة ١٩٨٨م دار الفكر بدمشق.

(١) أصول الفقه للشيخ بدران أبو العينين ص ٤٢٢ ط دار المعارف سنة ١٩٦٩ م.

(٢) لمزيد من التفصيل حول الإكراه وأنواعه وشروطه وآثاره انظر: الإكراه بين الشريعة والقانون للشيخ محمد زكريا البرديسي، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد العدد الثاني يونيه ١٩٦٠ م، ص ٣٥٣ وما بعدها، ط مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٦٠ م، الإكراه وأثره في الرضا بالتصرفات، رسالة دكتوراه للدكتور فخري خليل أبو صفية، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة سنة ١٩٧٩ م.

الجمهور منهم إلى وجوب القصاص لثبوت مقتضاه وهو القتل العمد ـ فذهب أبو حنيفة ومحمد[1]، والشافعية في وجه[2] إلى وجوب القصاص على الآمر المكرِه دون المأمور المكرَه، وذهب المالكية[3]، والشافعية في الصحيح من المذهب[4]، والحنابلة[5] والظاهرية[6] إلى وجوب القصاص من المكرِه والمكرَه معاً، وذهب أبو يوسف[7] من الحنفية[8] إلى أنه لا قصاص على واحد منهما، وذهب زفر[9] من الحنفية، والشافعية في وجه[10] إلى وجوب القصاص على المأمور المكرَه دون من أمره، ولكل أدلة لا داعي هنا لذكرها تفصيلاً.

وما يهمنا هنا هو أن بعض الفقهاء وهو أبو حنيفة ومحمد والشافعية في

---

(١) سبقت الترجمة لهما، وانظر رأيهما في: المبسوط للسرخسي ٢٤/ ٧٢، بدائع الصنائع ٧/ ١٧٩، الهداية للمرغيناني ٧/ ٣٠٢.

(٢) نهاية المحتاج ٧/ ٢٥٨، مغني المحتاج ٤/ ٩.

(٣) التاج والإكليل للمواق ٦/ ٢٤٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٢٤٦.

(٤) مغني المحتاج ٤/ ٩، نهاية المحتاج ٧/ ٢٥٨.

(٥) المغني لابن قدامة ٩/ ٣٣٠، الكافي لابن قدامة ٤/ ١٧.

(٦) المحلى لابن حزم ١٠/ ٥,٨ وما بعدها.

(٧) سبقت الترجمة له.

(٨) بدائع الصنائع ٧/ ١٧٩، المبسوط للسرخسي ٢٤/ ٧٢.

(٩) زفر: أبو الهذيل زفر بن الهذيل بن قيس العنبري من تميم، وأصله من أصبهان، ولد سنة ١١٠ هـ ونشأ بالبصرة، وولي القضاء بها، وهو من أكبر أصحاب أبي حنيفة، وولي الحلقة بعده ثماني سنوات حتى مات، ورغم أنه من أشهر أصحاب أبي حنيفة ومن الناشرين لمذهبه إلاّ أنه خالف أبا حنيفة في كثير من الآراء التي تروى في كتب الحنفية، ومن يراجع كتب المذهب الحنفي يجد ذلك واضحاً ومنها هذه المسألة التي نحن بصددها، وقد كان رحمه الله لين الجانب، غزير العلم، تقياً نقياً، جمع بين العلم والعبادة، وتوفي بالبصرة سنة ١٥٨ هـ وله ثمان وأربعون سنة.
وقد وردت ترجمته في كتب كثيرة انظر منها: وفيات الأعيان ٢/ ٣١٧ وما بعدها، شذرات الذهب ١/ ٤٤٣، تاريخ الإسلام ٤/ ٣٢٧، الأعلام ٣/ ٤٥.

(١٠) نهاية المحتاج ٧/ ٢٥٨، مغني المحتاج ٤/ ٩.

وجه لا يرون وجوب القصاص على القاتل المكره، وإنما يجب على من أكرهه لأنه كالآلة في يده، وهذا في الإكراه على القتل، فهل يطبق هذا الأمر على الإكراه في التجاوز في حق الدفاع؟

إن من ينظر في التجاوز في الدفاع الشرعي يجد أن الإكراه فيه هو من باب الإكراه المعنوي الواقع على المدافع، وهو إكراه واقع ممن تم التجاوز في حقه، فهو بفعله واعتدائه جعله يتجاوز في الدفاع حتى أدى ذلك إلى قتله أو تلف عضو منه، ولكن ما مدى مسؤولية المكرَه هنا؟

لا شك أن الشخص لا يكون مختاراً متى كانت الظروف المحيطة به قد اضطرته أن يتوجه وجهة معينة يفسد معها اختياره وينتفي رضاه، والإكراه لا يشترط فيه أن يكون مادياً فقط بل قد يكون مادياً معنوياً كما سبق القول، وبتطبيق ما ذكرناه على الإكراه في التجاوز في فعل الدفاع نجد أن الإكراه المادي على التجاوز غير متوافر، وإنما المتوافر الإكراه المعنوي الذي يقع من الشخص الصائل، حيث يضطر المدافع هنا إلى القيام بأي فعل ينجيه من مغبة فعله، فيتجاوز في دفاعه إلى الحد الذي يدخله في دائرة المسؤولية، ومن ذلك مثلاً أن فقهاء الشافعية يطلبون من المدافع أن يدفع الصائل بالأخف فالأخف، فإن كان يندفع به ولكنه دفعه بالأثقل كان مسؤولاً عن فعله هذا.

يقول الأنصاري[1] في أسنى المطالب «ويجب الدفع للصائل بالأخف

---

(١) **الأنصاري**: شيخ الإسلام أبو يحيى زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري المصري الشافعي، ولد سنة ٨٢٣ هـ في بلدة سنيكة بالشرقية بمصر، كان من حفاظ الحديث، ومن الفقهاء المفسرين لكتاب الله تعالى، تبحر في علوم عديدة، نشأ فقيراً معدماً، ولمّا ظهر فضله تتابعت إليه الهدايا فوزّعها في سبيل الخير والعلم، فجمع نفائس الكتب، وأفاد العارفين بعلمه، ولاّه السلطان قايتباي الجركسي قضاء القضاة فلم يقبله إلاّ بعد مراجعة وإلحاح، ولما طلب منه أن يحيد عن الحق رفض حتى تم =

فالأخف إن أمكن، كالزجر بالكلام أو الصياح، ثم الاستغاثة بالناس، ثم الضرب باليد، ثم بالسوط، ثم بالعصا، ثم بقطع عضو، ثم بالقتل، لأن ذلك جوز للضرورة ولا ضرورة في الأثقل مع إمكان تحصيل المقصود بالأخف، نعم لو التحم القتال بينهما وانسد الأمر عن الضبط سقط مراعاة الترتيب»[1].

وجاء في حاشية قليوبي[2] على شرح المنهاج «محل مراعاة الترتيب عند إمكانه فلو لم يجد إلاّ سكيناً أو سيفاً ابتداء فله الدفع به، أو التحم القتال واشتد الأمر سقط الترتيب. . . وكذا في الفاحشة كأن رآه قد أولج في أجنبية، فله أن يبدأه بالقتل وإن اندفع بدونه»[3].

وجاء في مغني المحتاج للشربيني[4] «ويستثنى من مراعاة الترتيب

عزله وتفرغ للعلم، فألّف كثيراً من المصنفات المفيدة، ومنها فتح الرحمن في التفسير، وتحفة الباري على صحيح البخاري، وشرح ألفية العراقي في مصطلح الحديث، وأسنى المطالب شرح روض الطالب في الفقه الشافعي وهو أشهر كتبه، وله أيضاً في الفقه الشافعي كتاب الغرر البهية شرح منظومة البهجة الوردية، وله أيضاً غاية الوصول في الأصول، وغيرها من الكتب المفيدة، وتوفي رحمه الله بمصر سنة ٩٢٦ هـ.
انظر الترجمة له في كتاب الأعلام لخير الدين الزركلي ٣/ ٤٦.

(١) أسنى المطالب ٤/ ١٦٧، ومثله في تحفة المحتاج ٩/ ١٨٧، حاشية البيجرمي على الخطيب ٤/ ٢٢٣، حاشية البيجرمي على المنهج ٤/ ٢٣٩، ط دار الفكر العربي.

(٢) **قليوبي**: شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد بن سلامة القليوبي، ولد بقليوب بمصر، وتعلم في القاهرة على يد أعلام عصره، فكان من أنبغ علماء العصر من الشافعية، ألّف الكثير من الكتب منها حاشيته على شرح الجلال المحلي على المنهاج، وله غيرها حواشٍ وشروح كثيرة، منها فضائل مكة والمدينة وبيت المقدس، وكتاب في فضائل أهل البيت سماه تحفة الراغب، وكتاب تذكرة القليوبي وغيرها، وتوفي رحمه الله بالقاهرة سنة ١٠٦٩ هـ.
انظر الترجمة له في: الأعلام للزركلي ١/ ٩٢.

(٣) حاشية قليوبي على شرح المنهاج ٤/ ٢٠٨.

(٤) **الشربيني**: شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني الخطيب، من أشهر فقهاء الشافعية

مسائل: الأولى: لو التحم القتال بينهما واشتد الأمر عن الضبط سقطت مراعاة الترتيب كما ذكره الإمام في قتال البغاة، الثانية: ما سيأتي في النظر إلى الحرم أنه يرمى بالحصاة قبل الإنذار على خلاف فيه يأتي، الثالثة: لو كان الصائل يندفع بالسوط والعصا والمصول عليه لا يجد إلاّ السيف، فالصحيح أن له الضرب به، لأنه لا يمكنه الدفع إلاّ به وليس بمقصر في ترك استصحاب السوط ونحوه، الرابعة: إذا رآه يولج في أجنبية فله أن يبدأ بالقتل وإن اندفع بدونه لأنه في كل لحظة مواقع لا يستدرك بالأناة»[1].

فهذه النصوص قد أوضحت أن المدافع يلتزم بمراعاة ترتيب معين إلاّ في مسائل ومنها حالة الإكراه المعنوي على الدفاع كأن كان لا يجد إلاّ الأشد ليدفع به، أو كان المدافع عنه عرض امرأة وكان الصائل مواقعاً لها بالفعل، فهنا تحقق الإكراه المعنوي على تجاوز حدود الدفاع، ومن ثم لا يؤاخذ على فعله ولا يعد مسؤولاً عن هذا التجاوز لأنه مضطر إليه.

= في العصور المتأخرة، واشتهر بالتفسير إلى جانب الفقه الذي كان إماماً فيه، ولد وعاش في القاهرة، ألّف العديد من الكتب، منها مغني المحتاج الذي شرح فيه منهاج الطالبين للنووي، وهو مؤلف مشهور ومن أفضل كتب الشافعية وطبع طبعات متعددة، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع وهو كتاب مفيد مطبوع، وله أيضاً كتاب السراج المنير في تفسير القرآن الكريم، وكتاب مناسك الحج وغيرها، وتوفي رحمه الله بمصر سنة ٩٧٧ هـ.

انظر الترجمة له في كتاب: الأعلام للزركلي ٦/٦.

(١) مغني المحتاج ٥/ ٥٣٠ وما بعدها، ومثله في تحفة المحتاج لابن حجر ٩/١٨٦، وفي حاشية الجمل على شرح المنهج ٥/ ١٦٨.

الفرع الثاني

المسؤولية عن التجاوز في القانون الوضعي

إن الفقه الإسلامي ـ كما سبق ـ يعبر عن المسؤولية عن الجريمة المرتكبة تجاوزاً لحق الدفاع أو لسبب الإباحة بكلمة الضمان، سواء أكانت المسؤولية جنائية أم مدنية، أما القانون الوضعي فيطلق عليها صراحة لفظ المسؤولية عن التجاوز أو الجريمة التجاوزية، وهذا يقتضي أن أعرف المسؤولية، وأذكر أنواعها، والمقصود بجزائها أو التعويض عنها، قبل بيان حكم المسؤولية عن الجريمة التجاوزية.

والمسؤولية بوجه عام هي حالة الشخص الذي ارتكب أمراً يستوجب المؤاخذة[1]، وقريب منه القول بأنها اقتراف أمر يجب مؤاخذة فاعله[2]، أو هي المؤاخذة والتبعة[3].

وهذه المسؤولية بوجهها العام تشمل أي نوع من الخروج عن الأخلاق

---

(١) في الفعل الضار والمسؤولية المدنية للدكتور سليمان مرقس ص ١، ط دار الكتب القانونية.

(٢) المسؤولية المدنية للمستشار حسين عامر، وعبد الرحيم عامر ص ٣، الطبعة الثانية ١٩٧٩ م، دار المعارف.

(٣) المسؤولية المدنية في القانون المصري لمصطفى مرعي ص ١، الطبعة الأولى ١٩٣٦، مطبعة نوري بالقاهرة.

أو القانون، ومن ثم فهي تنقسم إلى قسمين:

الأول: مسؤولية أدبية، وتقوم متى ارتكب الشخص أمراً مخالفاً لقواعد الأخلاق فحسب، ويقتصر جزاء هذه المسؤولية على مجرد المؤاخذة الأدبية التي لا تزيد عن استهجان المجتمع لهذا المسلك المخالف الذي ارتكبه المسؤول عنه، ومن ثم فإنها لا تعنينا هنا.

الثاني: مسؤولية قانونية، وهي حالة الشخص الذي ارتكب فعلاً سبب به ضرراً للغير فاستوجب مؤاخذة القانون إياه على ذلك[1]، فالشخص المسؤول هنا ارتكب فعلاً يجمع بين استهجان المجتمع وجزاء القانون له، فيكون بذلك مسؤولاً قانوناً عن هذا العمل[2].

والمسؤولية القانونية تنقسم بدورها إلى مسؤولية جنائية، ومسؤولية مدنية، أما المسؤولية الجنائية فمبناها ارتكاب فعل يعاقب عليه قانون العقوبات، ونتيجتها توقيع عقوبة على الجاني سواء أكانت بدنية أم مالية، فالحكم عليه بغرامة هو من باب العقوبة لا التعويض، فالمسؤولية الجنائية إذن تقوم بناء على فعل ضار بالمجتمع استوجب عقوبة فاعله[3].

---

(١) في الفعل الضار للدكتور سليمان مرقس ص ٢.

(٢) انظر في الفرق بين المسؤولية الأخلاقية والقانونية:
الوسيط في شرح القانون المدني ـ مصادر الالتزام للدكتور عبد الرزاق السنهوري ص ٨٤٢، مصادر الالتزام للدكتور عبد المنعم فرج الصده ص ٤٢٧، مصادر الالتزام للدكتور عبد الناصر توفيق العطار ص ٢٤١، ط مؤسسة البستاني للطباعة سنة ١٩٩٠، مصادر الالتزام للدكتور محمد إبراهيم دسوقي ص ٢٨٦، المسؤولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد للمستشار حسن عكوش ص ١٠، ط دار الفكر الحديث للطباعة والنشر سنة ١٩٧٣ م، المسؤولية المدنية للمستشار حسين عامر، وعبد الرحيم عامر ص ٣.

(٣) انظر في الفرق بين المسؤولية المدنية والجنائية:
مصادر الالتزام للدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ص ٨٤٣، المسؤولية المدنية في القانون المصري الجديد لمصطفى مرعي ص ١، في الفعل الضار للدكتور سليمان =

أمّا المسؤولية المدنية فنطاقها يقتصر على وقوع الضرر بفرد أو أفراد معينين يستوجب تعويض ضررهم، وقد تعددت تعريفات هذه المسؤولية، فعرفت بأنها التزام شخص بتعويض الضرر الذي سببه لشخص آخر[1]، أو هي التزام المسؤول بتعويض الأضرار الحادثة للغير[2]، أو أنها التي تقوم حين يخل الفرد بما التزم به قبل الغير قانوناً أو اتفاقاً[3].

ولا شك أن هذه التعريفات وإن اختلفت في ألفاظها إلاّ أنها متحدة في المعنى والهدف، وهو أن المسؤولية المدنية هي الجزاء المدني للخطأ أيّاً كان نوعه.

والمسؤولية المدنية تقوم بسبب الضرر الناشئ عن خطأ، فإن كان الضرر ناشئاً عن مخالفة لعقد صحيح قامت في شأنه المسؤولية العقدية، وإن كان ناشئاً عن مخالفة المسؤول للقانون قامت في شأنه المسؤولية التقصيرية.

وبعد بيان ما سبق يتجه السؤال هنا عن المسؤولية في حالة التجاوز في سبب الإباحة، حيث يظهر من نصوص قانون العقوبات ومن فقه شراحه أن

مرقس ص ٥ وما بعدها، الموجز في نظرية الالتزام للدكتور أنور سلطان ص ٣٠٦، نظرية الالتزام للدكتور سمير تناغو ص ٢٧٥، دراسة موجزة في نظرية الالتزام للدكتور حسين النوري ص ١٩، مصادر الالتزام للدكتور عبد الناصر توفيق العطار ص ٢٤٢، مصادر الالتزام للدكتور جميل الشرقاوي ص ٤٨٢، مصادر الالتزام للدكتور إسماعيل غانم ص ٤٠٤ ط مكتبة عبد الله وهبة سنة ١٩٦٨ م، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام للدكتور جلال العدوي ص ٣١٧، ط منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٩٧ م.

(١) الموجز في نظرية الالتزام للدكتور أنور سلطان ص ٣٠٥، وقريب من هذا التعريف ما ورد في الفعل الضار للدكتور سليمان مرقس ص ١١، دراسة موجزة في نظرية الالتزام للدكتور حسين النوري ص ١٩.

(٢) مصادر الالتزام للدكتور جميل الشرقاوي ص ٤٨١.

(٣) المسؤولية المدنية للمستشار حسين عامر، عبد الرحيم عامر ص ١١.

المسؤولية لا تقوم إلاّ إذا توافر الخطأ بمعناه العام، ويقصد بالمعنى العام للخطأ مساهمة إرادة الفاعل في الجريمة سواء أكانت المساهمة هذه عمدية أم خطئية، وهو ما قررته المادة (٢٥) من قانون العقوبات حيث نصت على أنه «لا يسأل شخص عن جريمة إلاّ إذا ارتكبها عمداً أو خطأ»، ويعبر شراح القانون عن هذه القاعدة القانونية بقولهم «لا مسؤولية دون خطأ»، على أن المقصود بالخطأ هنا مساهمة الإرادة ووقع الفعل سواء أكان عمداً أم خطأ، وليس المقصود به معناه الضيق المحصور الذي يفهم في الشريعة الإسلامية من عدم اتجاه الإرادة إلى إحداث الفعل وقصد نتيجته[١].

وعلى هذا متى تعدّى الفاعل حدود الإباحة المقدرة له فإنه يعد متجاوزاً، ولكن هذا التجاوز قد يكون عمداً أو خطأ، ومن ثم تتنوع المسؤولية عن الجريمة التجاوزية تبعاً لنوع القصد المتجه نحوها، فإن كان قاصداً إحداث التجاوز فهو متعمد، ويسأل عن التجاوز باعتباره جريمة عمدية، وإن كان غير قاصد إحداث ما فعل سئل عن الجريمة باعتبارها جريمة خطأ، والفارق بين القصد والخطأ ينحصر في الاختلاف في مقدار سيطرة الجاني على ماديات الجريمة، فهذا القصد أكبر في العمد منه في الخطأ غير العمدي، فالإرادة تسيطر سيطرة فعلية شاملة على ماديات الجريمة عندما يتوافر القصد، أما إذا لم يتوافر سوى الخطأ غير العمدي فإن نطاق السيطرة الفعلية للإرادة يقتصر على بعض ماديات الجريمة في حين تكون علاقتها بالبعض الآخر منحصرة في مجرد إمكان السيطرة[٢].

---

(١) انظر في ذلك:
النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور محمد نعيم فرحات ص ٢٨٩، تجاوز الدفاع الشرعي للدكتور داود سليمان العطار ص ١٤١، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ١٤١.

(٢) انظر في هذا المعنى:
أصول قانون العقوبات للدكتور أحمد فتحي سرور ص ٢١٧ وما بعدها، قانون =

وإذا كان السؤال الذي أثير في الفرع السابق عن مدى المسؤولية عن التجاوز لعديم التكليف والمكره فإننا نثير السؤال نفسه هنا، حتى يظهر الحكم في كل من الشريعة والقانون ومن ثم يمكن التفريق بينهما ببيان أوجه الاتفاق والاختلاف.

أولاً: مسؤولية عديم الإدراك، فمن ينظر في نصوص قانون العقوبات يجد أن الدفاع الشرعي حق مقرر للجميع وضد الجميع بلا فرق بين عديم المسؤولية وغيره، فعديم المسؤولية كالمجنون والصبي له الحق في الدفاع عن نفسه كغيره من الناس، فالدفاع أمر فطري تقرره الفطرة قبل أن تأتي به الشرائع المختلفة ـ وقد سبق أن قلت ذلك في موضعه ـ ومن هنا فإن الدفاع الواقع من المجنون والصبي ينطبق عليه ما ينطبق على غيره من حيث التجاوز، كل ما هنالك أن المجنون والصبي غير مؤاخذين على فعلهما، وقد أسس شراح القانون هذا الحكم من مشروعية الدفاع الشرعي للمجنون والصبي على أساس أن مصدر المشروعية هو تحقق السبب المبيح، وأن العبرة في مشروعية الخطر أو عدم مشروعيته هي مخالفة السلوك لقاعدة قانونية أياً كانت[1].

على أن من الملاحظ أننا ذكرنا هنا حق المجنون والصبي في الدفاع

العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ١٧٣ وما بعدها، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ٥٩٩.

(١) انظر في ذلك:

الأسس العامة لقانون العقوبات للدكتور سمير الجنزوري ص ٥١٦، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون سلامة ص ٢٠٩، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ١٩٩، النظرية العامة للجريمة والمجرم والجزاء للدكتور رمسيس بهنام ص ٢٣٢، أصول قانون العقوبات للدكتور أحمد فتحي سرور ص ٢٥٥.

الشرعي فقط دون غيره من أسباب الإباحة، لأنه من غير المتصور توافر أحدها بالنسبة له، فهو لا يكون مؤدباً ولا معلماً، ولا يعقل أن يكون ذا ولاية على أحد أو صاحب سلطة تخوله استعمال حق معين.

وبناء على ما سبق فإنه متى حدث تجاوز في الدفاع الشرعي الواقع من المجنون والصبي فإنهما لا يسألان عن هذا التجاوز لعدم أهليتهما للعقوبة، ولأن المجنون والصبي لا يلزم كل منهما بمراعاة حدود الإباحة، إذ هما من غير المخاطبين بأحكام القانون فكيف يصح توجيه اللوم لهما لمخالفتهما ما ليس بملزم اتباعه؟[1]

ولكن في هذه الحالة يجب اتقاء شر كل منهما حتى لا يحدث تعد آخر على الغير وذلك بوضعهما في مشفى أو مكان معد لهما يتقى فيه شرهما، ولذا نصت المادة (٣٤٢) من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه «إذا صدر أمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى أو حكم ببراءة المتهم وكان سبب ذلك عاهة في عقله تأمر الجهة التي أصدرت الأمر أو الحكم إذا كانت الواقعة جناية أو جنحة عقوبتها الحبس بحجز المتهم في أحد المحال المعدة للأمراض العقلية إلى أن تأمر الجهات المختصة بالإفراج عنه»، فهنا قد نبه هذا النص إلى أمر مهم وهو اتقاء شر من وقعت منه جناية أو جنحة وحكم ببراءته لكونه معتوهاً بوضعه في مستشفى خاص يعالج فيه من ناحية، ويتقي المجتمع من شره من ناحية أخرى.

ثانياً: حالة الإكراه، ولكي يتضح الحكم القانوني في هذه الحالة ينبغي التعريف بالإكراه وبيان أثره في التصرفات، وقد عرف شراح القانون الإكراه بتعريفات عديدة[2] وكلها متعددة في الألفاظ

---

(١) انظر في هذا: تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ١٤٩.

(٢) انظر هذه التعريفات في:

مصادر الالتزام للدكتور عبد الرزاق السنهوري ٣٣٤، أصول الالتزامات، مصادر

ومتقاربة في المعنى، ويمكن جمعها في القول بأن الإكراه هو حمل الغير بغير حق على ما لا يرضاه[1].

ويعتبر الإكراه عيباً في الإرادة متى توافرت شروطه وهي إجمالاً ما يلي:

١ ـ استعمال وسيلة للإكراه تهدد بخطر جسيم على المكره أو على غيره كولده ووالده، بحيث تولد رهبة في نفسه تدفعه إلى الفعل المكره عليه سواء أكان عقداً أم غيره.

٢ ـ أن يكون الهدف من استعمال الوسيلة الوصول إلى غرض غير مشروع، فلو كان الغرض من الإكراه مشروعاً فإن الأثر المترتب عليه إن كان عقداً يكون صحيحاً.

٣ ـ أن تكون الرهبة التي وقعت في نفس المكره هي التي دفعته إلى التصرف الذي قام به، ويراعى في تقدير الإكراه جنس المكره وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وغيره مما يؤثر في جسامة الإكراه.

فمتى توافرت هذه الشروط[2] أنتج الإكراه أثره في الفعل بحيث يكون

الالتزام لحلمي بهجت بدوي ص ١٣٤، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام للدكتور حمدي عبد الرحمن ص ٢٧٩، الطبعة الأولى دار النهضة العربية ١٩٩٠ م، دراسة موجزة في نظرية الالتزام للدكتور حسين النوري ص ١١٣، مصادر الالتزام للدكتور عبد المنعم فرج الصده ص ٢٠٦، نظرية العقد والإرادة المنفردة للدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٥٥ ط المؤلف سنة ١٩٨٤ م، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام للدكتور جميل الشرقاوي ص ١٣٩ ط دار النهضة العربية سنة ١٩٧٦م، مصادر الالتزام للدكتور سمير تناغو ص ٦٢.

(١) مصادر الالتزام للدكتور عبد الناصر توفيق العطار ص ١٧٩.

(٢) انظر في تفصيل شروط الإكراه وعناصره:
مصادر الالتزام للدكتور عبد الرزاق السنهوري ٣٣٧ وما بعدها، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام لحلمي بهجت بدوي ص ١٣٥ وما بعدها، الوسيط في النظرية العامة

المكره وكأنه كالآلة في يد من أكرهه، وأصبح الإكراه بحسب حالته معدماً للرضا أو مفسداً له، وهذا في مجال القانون المدني الذي هو الشريعة العامة لغيره من القوانين.

أمّا في مجال القانون الجنائي فإن الهجوم على الشخص في ماله أو نفسه أو عرضه يعد بمثابة الإكراه المعنوي الذي يفقده صوابه، ويجعله غير متحكم في طريقة تفكيره، ومن ثم غير متحكم في نتيجة فعله، ومن هنا فإن الدفاع الشرعي يجعل المدافع في حالة إكراه معنوي مما يترتب عليه أن يكون تكوين الإرادة عنده غير طبيعي، ومن ثم تمتنع مسؤوليته الكاملة عنه رغم أن الفعل يظل تعسفاً في استعمال الحق[1]، وبناء على ما سبق فقد قرر بعض الشراح أنه إذا تجاوز المدافع حدود حقه في الدفاع الشرعي وثبت أن هذا التجاوز وليد الاضطراب ودقة الموقف اللذين بلغا حدّاً أزال كل سيطرة لازمة عليه فهو غير مسؤول عن فعله ولا محل لتوقيع العقاب عليه[2].

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

بالنظر والمقارنة فيما سبق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في

= للالتزامات مصادر الالتزام للدكتور حمدي عبد الرحمن ص ٢٨١ وما بعدها، دراسة موجزة في نظرية الالتزام للدكتور حسين النوري ص ١١٤ وما بعدها، مصادر الالتزام للدكتور عبد المنعم فرج الصده ص ٢٠٧ وما بعدها، نظرية العقد والإرادة المنفردة للدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٥٧ وما بعدها، مصادر الالتزام للدكتور جميل الشرقاوي ص ١٣٩ وما بعدها، مصادر الالتزام للدكتور سمير تناغو ص ٦٣ وما بعدها.

(١) انظر في هذا: النظرية العامة لعذر تجاوز الدفاع الشرعي للدكتور محمد نعيم فرحات ص ٢٩٨، أسباب الإباحة في التشريعات العربية للدكتور محمود نجيب حسني ص ٣٩.

(٢) وهو ما ذكره الدكتور محمود نجيب حسني في كتابه أسباب الإباحة في التشريعات العربية ص ٣٩.

حدود مسؤولية المتجاوز حدود أسباب الإباحة بأنواعها سواء أكانت دفاعاً أم استعمالاً لحق أم أداء لواجب يتضح جملة أمور بيانها فيما يلي:

١ ـ إن القانون الوضعي يتفق مع الفقه الإسلامي في مسؤولية المتجاوز عن تجاوزه في حدود أسباب الإباحة وإن اختلفت التعبيرات بينهما فهو ضمان في الفقه الإسلامي ومسؤولية في القانون الوضعي، ولا شك أن تعبير الفقه الإسلامي ـ دون تحيز له ـ أقرب في المعنى كما قرر بعض الفقهاء المعاصرين[1].

٢ ـ كما يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في نوعي المسؤولية أو الضمان، وهما العمد والخطأ، وأن تجاوز سبب الإباحة قد يكون عمداً أو خطأ، ولكل حالة منهما نوع من المسؤولية مختلف عن الآخر.

٣ ـ وكذا يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في أن غير المكلف كالصبي والمجنون لا مسؤولية عليه في تجاوزه كما لا مسؤولية في فعله، وإن كان الواجب في حال عدم الحكم عليه في جريمة أن يوضع في مكان أمين يتلقى فيه العلاج ويبعد به عن الناس شره، وهو ما أخذ به قانون الإجراءات الجنائية المصري في المادة سابقة الذكر.

٤ ـ يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في أن الإكراه يعني التأثير على إرادة الشخص بحيث يقدم على الفعل غير مختار له ولا راضياً به، وأن المدافع عن نفسه ضد الصائل عليه يعد مكرهاً إكراهاً معنوياً، ومن ثم لا يكون مسؤولاً عن تجاوزه باعتباره قاصداً وإن كان مسؤولاً

---

(١) وهو فضيلة الشيخ محمود شلتوت في بحثه عن المسؤولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية والذي نشر ضمن كتابه ذائع الصيت الإسلام عقيدة وشريعة، وطبعته دار الشروق بلبنان ومصر عدة طبعات في سنوات قليلة.

باعتبار التجاوز الخطأ، ولكن متى كان هناك إكراه أخرجه عن السيطرة على نفسه فإنه يكون غير مسؤول مطلقاً، وقد أتيت بأمثلة موضحة لذلك في الفقه الإسلامي.

وبعد فإنه رغم الاتفاق في معظم المواضع بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي فإنه يبقى للفقه الإسلامي فضل السبق والتنظيم الدقيق والعبارات فائقة الدقة التي قالها الفقهاء منذ قرون عديدة، ورغم التطورات والخلافات الهائلة بين شراح القانون فإنهم في أحسن الحالات يصلون إلى ما وصل إليه الفقه الإسلامي من قبل قرون عديدة.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

المطلب الثالث

كيفية العقاب على التجاوز في سبب الإباحة

وفيه فرعان:

الفرع الأول

كيفية العقاب على التجاوز في سبب الإباحة في الفقه الإسلامي

إن العقاب على فعل معين يعني الجزاء الذي ينزل بالمجرم على ارتكابه لفعله[1]، ومن ينظر لعقوبة التجاوز في سبب الإباحة في الفقه الإسلامي يجد أنها ذات العقوبة المقررة للفعل المجرم أساساً، بمعنى أن من يرتكب جريمة معينة في الفقه الإسلامي يعاقب على قدر جريمته سواء أكانت العقوبة حدّاً أم قصاصاً أم تعزيراً، وهو العقاب نفسه المقرر للجريمة التجاوزية فلا فرق بينها وبين الجريمة العادية في العقاب، فمن تجاوز في فعل فنشأت عنه جريمة عمدية عقوبتها القصاص فإن عقوبته تكون كذلك

---

(١) سوف يأتي تفصيل للعقوبة تعريفاً وتقسيماً وأغراضاً عند بيان عقوبة التجاوز في الدفاع الشرعي في نهاية هذه الدراسة بإذن الله تعالى، ولذا لا داعي لهذا التفصيل هنا ونتركه لمحله من البحث إن شاء الله تعالى.

كما في الجريمة العادية، ومن تجاوز في فعل كانت عقوبته الدية، بأن ارتكبه خطأ كانت عقوبته الدية أيضاً كما في الجريمة العادية، فلا فرق في الفقه الإسلامي بين الجريمة التجاوزية والجريمة العادية، فكل منهما له عقابه المقرر له شرعاً.

وبناء على هذا فإنه إذا كان التجاوز عمداً ونشأت عنه جريمة قتل فإن المدافع المتجاوز هنا يعاقب بما يعاقب به القاتل عمداً وهو القصاص، لقوله تعالى ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنْفَ بِالأَنْفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ اللهُ فَأُوْلَئِكَ هُمُ﴾[1].

وقوله تعالى ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالأُنثَى بِالأُنثَى﴾[2].

وقول النبي ﷺ «لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلاّ الله وأني رسول الله إلاّ بإحدى ثلاث الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة»[3].

ومن ينظر في هذه الآيات والأحاديث النبوية يجد أنهم لم يفرقوا بين القتل العمد نتيجة التجاوز في الفعل والقتل العمد منذ البداية، فكل منهما له حكم واحد وهو القصاص في الجميع، لأن النتيجة المترتبة على كل منهما واحدة وهي وجود القتل، ومن ثم وجود عقوبته وهي القصاص على القاتل عمداً.

---

(١) سورة المائدة الآية رقم (٤٥).
(٢) سورة البقرة الآية رقم (١٧٨).
(٣) سبق تخريجه.

ولذا يقول الزيلعي[1] «ومن دخل عليه غيره ليلاً فأخرج السرقة فاتبعه فقتله فلا شيء عليه لقوله عليه الصلاة والسلام «قاتل دون مالك»[2] أي لأجل مالك، ولأن له أن يمنعه بالقتل ابتداء فكذا له أن يسترده به انتهاء إذا لم يقدر على أخذه منه إلاّ به، ولو علم أنه لو صاح عليه يطرح ماله فقتله مع ذلك يجب عليه القصاص، لأنه قتله بغير حق، وهو بمنزلة المغصوب منه إذا قتله الغاصب حيث يجب عليه القصاص»[3].

وجاء في مجمع الأنهر «ولا شيء على من قتل شخصاً آخر سرق منه متاعه ليلاً وأخرجه إن لم يمكنه الاسترداد بدون القتل... لأنه يباح له القتل دفعاً في الابتداء فكذا الاسترداد في الانتهاء، وهذا إذا كان لا يمكن من الاسترداد إلاّ بالقتل، فإن أمكن الاسترداد بدون القتل كالتهديد والصياح وقتله مع ذلك يجب عليه القصاص، لأنه قتله بغير حق وهو بمنزلة المغصوب منه إذا قتل الغاصب حيث يجب عليه القصاص»[4].

وجاء في الأم «ولو طعنه عند أول اطلاعه بحديدة تجرح الجرح الذي يقتل أو رماه بحجر يقتل مثله كان عليه القود فيما فيه القود، لأنه إنما أذن له الذي يناله بالشيء الخفيف الذي يردع بصره لا يقتل نفسه»[5].

وجاء فيه أيضاً «ولو ضربه مقبلاً فقطع يده اليمنى، ثم ضربه مولياً فقطع

---

(١) سبقت الترجمة له.

(٢) رواه البيهقي في سننه مرسلاً عن سفيان الثوري، السنن الكبرى ٢/ ٣٠٨، ورواه الطبراني عن قابوس بن مخارق عن أبيه عن النبي ﷺ، المعجم الكبير ٢٠/ ٣١٣.

(٣) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٦/ ١١١، ومثله في تكملة البحر الرائق ٨/ ٣٤٥، حاشية ابن عابدين ٦/ ٥٤٧.

(٤) مجمع الأنهر ٢/ ٦٢٣.

(٥) الأم للشافعي ٦/ ٣٤.

يده اليسرى، ثم برأ منهما فله القود في اليسرى، واليمنى هدر»[1]، فهنا كان التعدي من المصول عليه في اليد اليسرى، لأنه ضربه فيها وهو مدبر فكان متجاوزاً، فكانت العقوبة القود فيها دون اليمنى التي كانت بحقها فكانت هدراً.

وجاء في مغني المحتاج بشأن حق التأديب والتجاوز فيه «ولو عُزّر وليٌّ محجورَه ووالٍ مَنْ رُفع إليه وزوجٌ زوجتَه فيما يتعلّق به من نشوزٍ وغيرِه ومعلمٌ صَغيراً يتعلم ولو بإذن وليه فمضمون تعزيرهم، فإذا حصل به هلاك فإن كان بضرب يقتل غالباً فالقصاص على غير الأصل وإلاّ فدية شبه العمد على العاقلة لأنه مشروط بسلامة العاقبة، إذ المقصود التأديب لا الهلاك، فإذا حصل فيه هلاك تبين أنه جاوز حدود الشرع»[2].

وجاء في شرح مختصر خليل[3] «وإن علم الحاكم بكذبهم فحكم

---

(١) الأم للشافعي ٦/ ٣٣.

(٢) مغني المحتاج للشربيني ٥/ ٥٣٥.

(٣) **خليل**: ضياء الدين خليل بن إسحاق بن موسى الجندي، من أكبر الفقهاء في مذهب مالك، ولد بمصر وعاش بها، وولي الإفتاء فيها على مذهب مالك، كان من جملة أجناد الحلقة بالمنصورة، فكان يلبس زي الجند المتقشفين، تعلم على يد علماء عصره من أهل القاهرة، وأشهر أساتذته أبو محمد عبد الله المنوفي، وقد أخلص له حتى ألف عنه كتاباً سماه مناقب المنوفي، وقد أجمع أهل عصره على دينه وورعه وزهده، كما كان رحمه الله ثاقب الذهن، أصيل البحث، عالماً في فنون مختلفة منها الحديث والعربية والفرائض، واشتهر بالفقه أكثر من غيره، وقد ألّف الشيخ خليل في فقه المالكية كتابه الشهير المختصر، والذي كان يعرف بمختصر خليل، وقد اهتم به المالكية اهتماماً كبيراً، فشرح بشروح كثيرة منها شرح الخرشي المذكور هنا والشرح الكبير والصغير للدردير، كما ألّف شرحاً لمختصر ابن الحاجب المسمّى جامع الأمهات، فكان من أفضل الشروح، وغيرها من الكتب القيمة، ولكن أشهرها المختصر في الفقه، وقد توفي رحمه الله بالطاعون، وكانت وفاته سنة ٧٤٩ هـ.
انظر الترجمة له في: الديباج المذهب لابن فرحون ص ١٨٦، شجرة النور الزكية ١/ ٢٢٣، الدرر الكامنة لابن حجر ٢/ ٨٦، الأعلام للزركلي ٢/ ٣١٥.

فالقصاص، يعني أن الحاكم إذا علم بأن الشهود الذين شهدوا عنده بالجور وحكم بشهادتهم فإنه يقتص منه لا من الشهود وسواء باشر القتل أم لا»[1].

ففي هذا النص تعمد الحاكم التعدي فحكم بقتل المشهود عليه رغم علمه بكذب الشهود فضمن وكانت عقوبته القصاص منه، كما لو قتله بنفسه منذ البداية في جريمة عادية.

ولو كانت الجريمة تستوجب عقوبة غير القصاص فإنه يعاقب به كالدية مثلاً، ومن المعروف أن الدية عقوبة للقتل أو الجرح الخطأ، وكذا القتل والجرح العمد المعفو فيه إليها، أو الجرح الذي ليس فيه قصاص، وذلك لقوله تعالى ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِناً إِلاَّ خَطَئاً وَمَن قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَئاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىَ أَهْلِهِ إِلاَّ أَن يَصَّدَّقُواْ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىَ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةً فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللهِ وَكَانَ اللهُ عَلِيماً حَكِيماً﴾[2]، فالآية هنا أيضاً لم تفرق بين القتل الخطأ الناتج عن تجاوز أو القتل الخطأ منذ البداية، بل وضعت لهما معاً حكماً واحداً وهو الدية عن القتل الخطأ للمؤمن مع الكفارة الواجبة عليه حسب مقدارها الذي ذكرته الآية.

ومن ذلك ما يقوله ابن قدامة[3] في صدد حديثه عن استيفاء الإمام للحدود «ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً في سائر الحدود أنه إذا أتى بها على الوجه المشروع من غير زيادة فإنه لا يضمن من تلف بها، لأنه فعلها

---

(١) شرح الخرشي على مختصر خليل ٧/ ٢٢٢.
(٢) سورة النساء الآية رقم (٩٢).
(٣) سبقت الترجمة له.

بأمر الله وأمر رسوله فلا يؤاخذ به، ولأنه نائب عن الله تعالى فكان التلف منسوباً إلى الله تعالى، وإن زاد على الحد فتلف وجب الضمان بغير خلاف نعلمه، لأنه تلف بعدوانه فأشبه ما لو ضربه في غير حد»[1].

والضمان هنا حسب نوع القصد من الإمام، فإن كان عامداً عوقب بجريمة العمد، وإن كان خطأ فعليه الدية، وهل تجب على عاقلته أو في بيت المال؟ خلاف بين الفقهاء لا مجال لبحثه هنا.

ومن ذلك أيضاً ما جاء في الأم «وإذا أمر المقتص أن يقتص فوضع الحديدة في موضع القصاص ثم جرها جراً فزاد على قدر القصاص سئل أهل العلم فإن قالوا قد يخطأ بمثل هذا سئل فإن قال أخطأت أحلف ولا قصاص عليه، وعقل ذلك عنه عاقلته، وإن قالوا لا يخطأ بمثل هذا فللمستقاد منه القصاص بقدر الزيادة»[2].

وجاء في المنتقى «وإن أخطأ الطبيب فزاد أو نقص فأما الزيادة... إن بلغ الثلث فعلى العاقلة، وإن قصر عن ذلك ففي ماله لأنه جناية خطأ»[3].

وجاء في الإنصاف «وإن زاد سوطاً أو أكثر فتلف ضمنه، وهل يضمن جميعه أو نصف الدية وجهان»[4].

وجاء في الشرح الكبير «من باشر القصاص من الجاني زاد على المساحة المطلوبة عمداً فيقتص منه بقدر ما زاده... أو لم يتعمد الطبيب الزيادة بل أخطأ فالعقل على الجاني»[5].

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/ ١٤٠.
(٢) الأم للشافعي ٦/ ٦٥.
(٣) المنتقى شرح الموطأ للباجي ٧/ ١٢٩.
(٤) الإنصاف للمرداوي ١٠/ ١٥٩.
(٥) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٤/ ٢٥١.

فهنا كان القصاص في العمد والدية في الخطأ متى حدث تجاوز في القدر المباح شرعاً في القصاص في الأطراف.

ومما سبق من نصوص يتضح أن المتجاوز في الدفاع أو التأديب أو استعمال الحق أو أداء الواجب القدر المحدد له شرعاً حسب كل حالة على حدة فإنه يكون متجاوزاً سبب الإباحة، ومن يتجاوز سبب الإباحة يعاقب بالعقوبة المقررة ذاتها لمثل هذه الحالة في الجريمة العادية، فلو كانت الجريمة قصاصاً فإنه يعاقب بالقصاص كغيره ممن يستوجبه، ولو كانت تستوجب الدية أو غيرها من العقوبات فإنه يعاقب بذلك، ولا فرق هناك بين العقوبة في جريمة التجاوز في سبب الإباحة وغيرها من الجرائم العادية.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

الفرع الثاني

كيفية العقاب على التجاوز في سبب الإباحة في القانون الوضعي

إن العقوبة في القانون الوضعي شأنها شأن الفقه الإسلامي جزاء مقرر لمصلحة الجماعة لارتكاب أمر حظره القانون إيجاباً كان أو سلباً.

ولما كانت الجريمة التجاوزية في القانون الوضعي لها مفهوم خاص يخالف الجريمة العادية فقد وضع لها المشرع عقاباً خاصاً يخالفها، ويتوقف نوع العقوبة على نوع التجاوز في الإباحة، فإن كان التجاوز في الإباحة قد وقع بطريق العمد فإن العقاب عليه يكون بصفته جريمة عمدية، ولكن العقاب هنا يختلف من ناحية المقدار، فهو في الجريمة التجاوزية أخف منها في الجريمة العادية نظراً لاستناد الفعل التجاوزي على ظرف مبيح، وهو ما يخالف الجريمة العادية، فمن قام باستعمال حقه في الدفاع الشرعي أو التأديب أو ممارسة الألعاب الرياضية ولكنه تجاوز في فعله متعمداً مما ألحق بالآخر ضرراً أكبر من القدر المعهود والمحدد قانوناً فإنه يكون متجاوزاً عمداً، ولكن لما كان تجاوزه هذا مبنيّاً على سبب من أسباب الإباحة فإن عقابه يكون أخف في مقداره وطريقته من العقاب على

الجريمة نفسها لو كانت اعتداء على المجني عليه ابتداء دون سابق ظرف مبيح.

وفي حالة التجاوز خطأ لا يكون على الجاني عقاب، لأنه لا يقصد الإضرار بالمجني عليه وإنّما هو يستعمل حقّاً خوله له القانون، وكونه زاد في هذا الحق بدون قصد لا يعني عقابه عليه، ما لم تكن الزيادة في الخطأ نتيجة لإهمال الجاني أو عدم احتياطه، فهنا يعاقب على الفعل التجاوزي بنفس العقوبة المقررة في حالة التجاوز عمداً[1].

وبناء على ما سبق فإن الجريمة التجاوزية حين تصدر من الفاعل ينظر إلى ما نتج عنها من ضرر وإلى قصد الجاني المتجاوز لحدود الإباحة، فإن كان التجاوز قد تم نتيجة تعمد منه فإنه يعاقب بعقوبة الجريمة التجاوزية العمدية وهي عقوبة أقل في مقدارها من عقوبة الجريمة العمدية في الحالة العادية، لأنها ارتكبت بناء على سبب من أسباب الإباحة، وإن كان التجاوز قد تم نتيجة إهمال من المتجاوز حدود الظرف المبيح أو عدم الاحتياط منه فإنه يعاقب بذات العقوبة أيضاً، أما إن كان التجاوز في طبيعته ووقع نتيجة خطأ منه في تقدير سبب الإباحة فإنه لا يسأل جنائياً عن فعل التجاوز.

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

بالنظر والمقارنة في كيفية توقيع عقوبة التجاوز في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي نجد أن القانون الوضعي يتفق مع الفقه الإسلامي في

---

(١) انظر في هذا:
أصول قانون العقوبات للدكتور أحمد فتحي سرور ص ٢١٨، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ١٧٦، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور محمد نعيم فرحات ص ٢٩٩.

عقوبة الجريمة الخطأ، وأنه لا يعاقب عليها الجاني متى كانت في حدود سبب الإباحة، فإن زاد عليها نتيجة عدم احتياطه أو إهماله فإنهما يقرران له عقوبة، وهي تختلف في الفقه الإسلامي عنها في القانون الوضعي، ففي الفقه الإسلامي عقوبته الدية التي تجبر الضرر الذي وقع على المجني عليه كما سبق، وهي تخالف عقوبة العمد، بخلاف القانون الوضعي الذي يرى توقيع نفس عقوبة العمد.

وفي حالة التجاوز عمداً يقرر الفقه الإسلامي أن الجاني المتجاوز يعاقب بالعقوبة المقررة نفسها للجريمة العادية التي تناظرها، فلو ترتب على التجاوز قتل نفس أو قطع طرف كانت العقوبة القصاص ما لم يعف المجني عليه أو ولي الدم إلى الدية، أو يعفو نهائياً فيعزر في تلك الحالة.

بخلاف القانون الوضعي الذي يرى أن العقوبة تكون بوصف الفعل عمدياً ولكنها تكون أقل في مقدارها من العقوبة على الجريمة العادية، لاستناد الجريمة التجاوزية إلى ظرف مبيح ممّا يكون سبباً في التخفيف.

ولا شك أن نظرة الفقه الإسلامي أعدل وأدق، فبمجرد خروج من له سبب إباحة عن حدوده ينقلب جانياً، ولا وجه للتخفيف عنه لأنه متعمد، والعمد لا تخفيف فيه عند الفقهاء، والله تعالى أعلى وأعلم.

البـــاب الثاني

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی



الفصل الثاني

التجاوز في حق الدفاع الشرعي

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: نشوء حق الدفاع الشرعي.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: وجود حالة الاعتداء أو خطره.

المطلب الثاني: صور خطر الاعتداء.

المطلب الثالث: أوصاف الاعتداء وكيفية دفعه.

المطلب الرابع: محل الاعتداء.

المطلب الخامس: لزوم الدفاع ضد الخطر.

المبحث الثاني: حكم تجاوز المناسب في دفع الاعتداء.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: معنى التجاوز في الدفاع الشرعي.

المطلب الثاني: اعتبارات تقدير التجاوز.

والله الموفق؛

المبحث الأول

نشوء حق الدفاع الشرعي

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول

وجود حالة الاعتداء أو خطره

وفيه فرعان:

الفرع الأول

وجود حالة الاعتداء أو خطره في الفقه الإسلامي

لكي ينشأ الحق في الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي ينبغي توافر شروط معينة ذكرها الفقهاء في ثنايا كلامهم عن حكم دفع الصائل ، ومن أهم هذه الشروط وجود الاعتداء أو خطره من الصائل بحيث يكون للمصول عليه الحق في دفع هذا الاعتداء ، ومن هنا فإنه يلزمنا بيان المقصود بالاعتداء والخطر ومعياره وصوره، وهو ما سوف أذكره في النقاط التالية:

١ ـ تعريف خطر الاعتداء:

إن مدلول خطر الاعتداء يتكون من كلمتين، خطر واعتداء، والخطر في اللغة الإشراف على الهلاك وخوف التلف، يقال خاطر بنفسه أي أدى بها إلى الهلاك، والخطر يطلق أيضاً على السبق الذي يتراهن الناس عليه، وجمعه أخطار[١].

وأما الاعتداء فهو في اللغة الظلم والمجاوزة للحد، يقال عدا عليه عدواً وعدواناً وعداء بمعنى تجاوز الحد[٢].

أمّا في الاصطلاح فلم يضع الفقهاء تعريفاً واضحاً ومحدداً لخطر الاعتداء الذي يجعل للمصول عليه حق الدفاع الشرعي، بل جاءت كتبهم خلواً من تعريف له، وإنما اهتموا ببيان مدلوله والأحكام الخاصة به من حيث شروطه وأركانه وأنواعه وموضوعه وهكذا، ومن عرفه منهم عرفه بالتعريف اللغوي، فقد جاء في الشرح الكبير للدردير[٣] «الخطر بفتح

---

(١) لسان العرب لجمال الدين بن منظور ٢/ ١٩٦، مختار الصحاح للرازي ص ١٨، المصباح المنير للفيومي ص ١٧٣.

(٢) القاموس المحيط للفيروز آبادي ٤/ ٣٦٠، مختار الصحاح للرازي ص ٤١٩، المصباح المنير للفيومي ص ٣٧٩.

(٣) الدردير: أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد العدوي المصري الشهير بالدردير، ولد بقرية بني عدي بصعيد مصر سنة ١١٢٧ هـ، ورحل إلى القاهرة طلباً للعلم فتعلم بالأزهر على يد شيوخ عصره، وفاق أقرانه في العلم والفطنة وجودة الذهن حتى صار من أشهر علماء المالكية في ذلك الوقت، وتعلم على يديه جمع من العلماء الأعلام، وترك ثروة فقهية باقية تدرس إلى اليوم ومنها شرحه الشهير على متن خليل، وكذا الشرح الصغير، وأقرب المسالك إلى مذهب مالك، وتحفة الإخوان في علم البيان وغيرها، وتوفي رحمه الله بمصر سنة ١٢٠١ هـ.
انظر الترجمة له في: عجائب الآثار في التراجم والأخبار المعروف بتاريخ الجبرتي لعبد الرحمن الجبرتي ٢/ ١٤٧ ط الهيئة المصرية العامة للكتاب سنة ٢٠٠٣ م، الأعلام للزركلي ١/ ٢٤٤، شجرة النور الزكية لمحمد مخلوف ص ٣٥٩.

الخاء المعجمة والطاء المهملة الخوف والإشراف على الهلاك»[1]، وهذا هو نفسه التعريف اللغوي الذي سبق ذكره من قبل ولم يزد عليه شيئاً.

وفيما عدا ذلك لا نجد لهم تعريفاً محدداً، وإنما يظهر معنى الخطر من كلامهم ونصوصهم في مدلول الخطر ومعياره، ومن ذلك مثلاً ما جاء في الهداية «ومن شهر على المسلمين سيفاً فعليهم أن يقتلوه»[2].

وما جاء في الوسيط «أما المدفوع فلا تفصيل فيه عندنا بل كل ما يخاف الهلاك منه يباح دفعه ولا ضمان فيه»[3].

ولما كان الأمر كذلك فقد حاول بعض الفقهاء المعاصرين وضع تعريف لخطر الاعتداء فعرفه بأنه «كل سلوك يحتمل أن يقع منه ضرر على الغير»[4].

ولكن هذا التعريف يصدق على الاعتداء لا على خطر الاعتداء، فمعنى هذا التعريف أنه يقتصر على الخطر الواقع بالفعل لا المحتمل الوقوع، كما أنه يجمع كل أنواع الضرر والخطر في حين أن الخطر الممنوع هنا والذي يجوز الدفاع عنه هو الخطر غير المشروع فقط، ولم يظهر التعريف هذا المعنى بل نص على أنه كل خطر وكل سلوك ولو كان مشروعاً.

وكذا عرف خطر الاعتداء بأنه عبارة عن نشاط من فعل أو قول أو امتناع يوصف بعدم المشروعية يبدأ أو يوشك أن يبدأ في إلحاق أذى بأحد الناس[5].

---

(١) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٢٥٣.
(٢) الهداية شرح بداية المبتدي للمرغيناني ١٣/ ١٠٤.
(٣) الوسيط في الفقه الشافعي للغزالي ٦/ ٥٢١.
(٤) نظرية الدفاع الشرعي للدكتور يوسف قاسم ص ١٥٧.
(٥) الدفاع الشرعي للدكتور محمد سيد عبد التواب ص ١٥٢.

وهذا التعريف وإن كان قد ذكر كل محترزات الخطر تقريباً ونجا ممّا أخذ على التعريف السابق إلاّ أنه يعيبه أنه أغفل لزوم الدفاع كشرط في الخطر، فهو اعتبر أن لزوم دفع الخطر بالقوة من شروط فعل الدفاع لا من شروط الخطر.

ولذا أرى أن خطر الاعتداء يمكن تعريفه بأنه كل فعل غير مشروع يقع بالمدافع أو يوشك أن يقع به يلزم دفعه بالقوة المناسبة.

فهذا التعريف بهذه الكيفية يدخل فيه كل أنواع الخطر، سواء كان إيجاباً أم سلباً، وسواء كان فعلاً أم قولاً، وسواء كان واقعاً على المال أو النفس أو العرض، وسواء كان واقعاً على شخص المدافع أم أحد أهله أم الغير. والله تعالى أعلى وأعلم.

٢ ــ معيار الاعتداء:

إن من المعروف فقهاً ومن المسلّم به بين الفقهاء أن وجود الخطر غير المشروع سبب أصلي في نشوء حق الدفاع الشرعي، لذا كان من اللازم تحديد معيار هذا الاعتداء ومدى خطره حتى يتبين الوقت الذي ينشأ فيه حق الدفاع الشرعي.

ومن يقرأ في كتب الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة في موضوع دفع الصائل يجد أن خطر الاعتداء لا يقصد به فقط وقوعه ومحاولة دفعه، بل بتوافر أيضاً في حال كونه وشيك الوقوع بالفعل حتى ينشأ الحق في دفعه.

وبناء على هذا جاء في الهداية للمرغيناني[1] «ومن شهر على المسلمين سيفاً فعليهم أن يقتلوه، لقوله عليه الصلاة والسلام «من شهر على المسلمين

---

(١) سبقت الترجمة له.

سيفاً فقد أطل دمه»[1]، ولأنه باغ فتسقط عصمته ببغيه، ولأنه تعين القتل عن نفسه فله قتله، وقوله فعليهم وقول محمد[2] رحمه الله في الجامع الصغير فحق على المسلمين أن يقتلوه إشارة إلى الوجوب، والمعنى وجوب دفع الضرر. وفي الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحاً ليلاً أو نهاراً أو شهر عليه عصا ليلاً في مصر أو نهاراً في طريق مصر فقتله المشهور عليه عمداً فلا شيء عليه لما بينا، وهذا لأن السلاح لا يلبث[3] فيحتاج إلى دفعه بالقتل، والعصا الصغيرة وإن كانت تلبث، ولكن في الليل لا يلحقه الغوث، فيضطر إلى دفعه بالقتل، وكذا في النهار المصر في الطريق لا يلحقه الغوث، فإذا قتله كان دمه هدراً، قالوا فإن كان عصا لا تلبث يحتمل أن تكون مثل السلاح عندهما، قال وإن شهر المجنون على غيره سلاحاً فقتله المشهور عليه عمداً فعليه الدية في ماله»[4].

وجاء في تكملة البحر الرائق «ومن أشهر على المسلمين سيفاً وجب قتله ولا شيء بقتله لقوله عليه الصلاة والسلام «من شهر على المسلمين سيفاً فقد أبطل دمه»[5]، ولأن دفع الضرر واجب فوجب عليهم قتله إذا لم

---

(١) ذكره ابن حجر في الدراية في تخريج أحاديث الهداية ٢/ ٢٦٧ وقال لم أجده بهذا اللفظ، ط دار المعرفة بيروت، وذكره الزيلعي في نصب الراية وقال: غريب بهذا اللفظ، نصب الراية ٤/ ٣٤٧، وأخرج الحاكم في المستدرك حديثاً مثله عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ قالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من أشار بحديدة إلى أحد من المسلمين يريد قتله فقد وجب دمه»، وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، المستدرك ٢/ ١٧١، ١٧٢، ورواه الإمام أحمد في مسنده باللفظ نفسه عن عائشة رضي الله عنها، المسند ٦/ ٢٦٦.

(٢) أي محمد بن الحسن، وقد سبقت الترجمة له.

(٣) التلبث: في اللغة بمعنى التربص والانتظار، انظر: طلبة الطلبة للنسفي ص ٥٢، المصباح المنير مادة (ل ب ث) ص ٥٤٧.

(٤) الهداية للمرغيناني ٤/ ١٦٤، ومثله في بداية المبتدي له أيضاً ١/ ٢٤٠.

(٥) سبق تخريجه منذ قليل.

يكن دفعه إلاّ به، ولا يجب على القاتل شيء، لأنه صار باغياً بذلك، وكذا إذا أشهر على رجل سلاحاً فقتله أو قتله غيره دفعاً عنه، فلا يجب بقتله شيء لما بيّنّا، ولا يختلف بين أن يكون بالليل أو بالنهار، في المصر أو خارج المصر، لأنه لا يلحقه الغوث بالليل، ولا في خارج المصر، فكان له دفعه بالقتل، بخلاف ما إذا كان في المصر نهاراً»[1].

وجاء في المحلى «لكن إن كان على القوم المقطوع عليهم أو الواحد المقطوع عليه أو المدخول عليه منزله في المصر ليلاً أو نهاراً في أخذ ماله أو في طلب زنى أو غير ذلك ذلك مهلة فالمناشدة فعل حسن لقول الله تعالى ﴿ادْعُ إِلِىَ سَبِيلِ رَبّكَ بِالْحِكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُم بِالّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنّ رَبّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِمَن ضَلّ عَن سَبِيلِهِ وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْمُهْتَدِينَ﴾[2]، فإن لم يكن في الأمر مهلة ففرض على المظلوم أن يبادر إلى كل ما يمكنه به الدفاع عن نفسه، وإن كان في ذلك إتلاف اللص والقاطع نفسه من أول وهلة، فإن كان على يقين من أنه إن ضربه ولم يقتله ارتدع فحرام عليه قتله، فإن لم يكن على يقين من هذا فقد صح اليقين بأن مباحاً له الدفع والمقاتلة فلا شيء عليه إن قتله من أول حصول أو بعدها قصداً إلى مقتله أو مقتله، لأن الله تعالى قد أباح له المقاتلة والمدافعة قاتلاً ومقتولاً»[3].

من النصوص السابقة يتضح أنها تعد تطبيقات عملية لمعيار خطر الاعتداء وإمكان تحققه وكيفية دفعه، فقد شهر الصائل السلاح فأمكن دفعه بكل طريق ومنها القتل إن لم يكن سبيل آخر غيره.

وممّا يدل على أن معيار تحقق خطر الاعتداء إمكانية تحقّق الضرر ما

---

(١) تكملة البحر الرائق ٨/ ٣٤٤.
(٢) سورة النحل من الآية (١٢٥).
(٣) المحلى ١١/ ٣١٤.

سبق ذكره ممّا قرره الفقهاء من أن من رأى شخصاً يسرق ماله فصاح به فلم يهرب حتى قتله فلا قصاص عليه، فقد جاء في مجمع الأنهر «ولا شيء على من قتل شخصاً آخر سرق منه متاعه ليلاً وأخرجه إن لم يمكنه الاسترداد بدون القتل... لأنه يباح له القتل دفعاً في الابتداء فكذا الاسترداد في الانتهاء، وهذا إذا كان لا يمكن الاسترداد إلاّ بالقتل، فإن أمكن الاسترداد بدون القتل كالتهديد والصياح وقتله مع ذلك يجب عليه القصاص، لأنه قتله بغير حق، وهو بمنزلة المغصوب منه إذا قتل الغاصب حيث يجب عليه القصاص»[1].

فهنا تحقق الخطر وأمكن دفعه فكان دفعه مباحاً بأي سبيل ممّا لا يكون فيه اعتداء على الغير ولو كان الصائل نفسه.

ومن التطبيقات التي ذكرها الفقهاء أيضاً لتحديد معيار خطر الاعتداء ومعيار دفعه ما ذكره النووي[2] في روضة الطالبين حيث قال «أما كيفية الدفع فيجب على المصول عليه رعاية التدريج والدفع بالأهون فالأهون، فإن أمكنه الدفع بالكلام أو الصياح أو الاستغاثة بالناس لم يكن له

---

(١) مجمع الأنهر ٢/ ٦٢٣.

(٢) النووي: أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي، عالم الشافعية الكبير، ولد سنة ٦٣١ هـ، وكان رحمه الله حافظاً، زاهداً، مكبّاً على العلم، محصّلاً له، حتى يحكى عنه أنه كان يأكل اليابس ولا يأكل الخضروات لأنّها تساعد على النوم وهو يريد ألاّ ينام، ولم يعش رحمه الله طويلاً فقد توفي وله من العمر خمس وأربعون سنة، ومع ذلك ترك الكثير من الكتب العظيمة في الفقه والحديث، ومنها منهاج الطالبين الذي شرح بشروح عديدة منها تحفة المحتاج، ومغني المحتاج، ونهاية المحتاج، وغيرها، وله أيضاً روضة الطالبين، وشرح صحيح مسلم، وتهذيب الأسماء والصفات، ورياض الصالحين، والمجموع الذي مات قبل أن يكمله وهو شرح لكتاب المهذب للشيرازي، وكانت وفاته رحمه الله سنة ٦٧٦ هـ.
انظر الترجمة له في: شذرات الذهب لابن العماد ٥/ ٣٥٤، طبقات الشافعية لابن السبكي ٥/ ١٦٥.

الضرب، وكذا لو اندفع شره بأن وقع في ماء أو نار أو انكسرت رجله لم يضربه، وكذا لو حال بينهما جدار أو خندق أو نهر عظيم، فإن حال نهر صغير وغلب على ظنه أنه إن عبر النهر عليه قال ابن الصباغ[1] فله رميه ومنعه العبور، أمّا إذا لم يندفع الصائل إلاّ بالضرب فله الضرب، ويراعى فيه الترتيب، فإن أمكن باليد لم يضربه بسوط، وإن أمكن بسوط لم يجز بالعصا، ولو أمكن بإتلاف عضو لم يجز إهلاكه، وإذا أمكن بدرجة فدفعه بما فوقها ضمن، وكذا لو هرب فتبعه وضربه ضمن، ولو ضربه حصول فولى هارباً أو سقط وبطل صياله فضربه أخرى فالثانية مضمونة بالقصاص وغيره، فإن مات منهما لم يجب قصاص النفس ويجب نصف الدية، لأنه هلك. وغيره، ولو عاد بعد الجرحين فصال فضربه ثالثة فمات منها لزمه ثلث الدية، ومتى غلب على ظنه أن الذي أقبل عليه بالسيف يقصده فله دفعه بما يمكنه وإن لم يضربه المقبل، ولو كان الصائل يندفع بالسوط

---

(١) ابن الصباغ: أبو نصر عبد السيد بن محمد بن عبد الواحد بن محمد بن أحمد بن جعفر الشهير بابن الصباغ البغدادي فقيه العراق، مولده سنة أربعمائة، أخذ العلم عن أبيه أبي طاهر الصباغ الذي كان علماً من أعلام عصره وعن القاضي أبي الطيب الطبري، ورجح في المذهب على الشيخ أبي إسحاق، وكان خيّراً ديّناً درس بالنظامية في سنة تسع وخمسين ثم عزل بعد عشرين يوماً بالشيخ أبي إسحاق، كما كان رحمه ورعاً نزهاً ثبتاً صالحاً زاهداً فقيهاً أصولياً محقّقاً، قال ابن عقيل كملت له شرائط الاجتهاد المطلق، وقال ابن خلكان وكان ثبتاً صالحاً له كتاب الشامل وهو من أصح كتب أصحابنا وأثبتها أدلة، ومن تصانيفه الشامل وهو الكتاب الجليل المعروف وكتاب الكامل في الخلاف بيننا وبين الحنفية وهو قريب من حجم الشامل وكتاب الطريق السالم وهو مجلد قريب من حجم التنبيه يشتمل على مسائل وأحاديث وبعض تصوف ورقائق والعمدة في أصول الفقه، وتوفي رحمه الله في جمادى الأولى وقيل في شعبان سنة سبع وسبعين وأربعمائة ودفن بداره ثم نقل إلى باب حرب.
انظر الترجمة له في: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٢/ ٢٥١ وما بعدها، طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٢٣٧، سير أعلام النبلاء ١٨/ ٤٦٤ وما بعدها.

والعصا ولم يجد المصول عليه إلاّ سيفاً أو سكيناً فالصحيح أن له الضرب به، لأنه لا يمكنه الدفع إلاّ به، ولا يمكن نسبته إلى التقصير بترك استصحاب سوط، والمعتبر في حق كل شخص حاجته، ولذلك نقول الحاذق الذي يحسن الدفع بأطراف السيف دون جرح يضمن إن جرح، ومن لا يحسن لا يضمن بالجرح»[1].

وبعد ذكر ما سبق يثور هنا سؤال وهو هل يشترط وقوع الاعتداء بالفعل حتى ينشأ الحق في الدفاع أم يكفي وجود خطر الاعتداء غير المشروع بأن يكون وشيك الوقوع بالفعل؟

اتفق الفقهاء[2] على أنه لا يشترط وقوع الاعتداء من الصائل بالفعل لنشوء حق الدفاع الشرعي بل يكفي وجود خطر الاعتداء غير المشروع والحال على حق تحميه الشريعة، ويتحقق ذلك متى كان الاعتداء قد بدأ بالفعل في جزء منه وما زال مستمراً، أو كان الاعتداء لم يبدأ بعد ولكنه وشيك الوقوع فيحتمل وقوعه، لأن دفع الصائل لم يشرع لمعاقبة المعتدي على اعتدائه وإنما شرع لدفع الشر والفساد، ومن ثم فإن الاعتداء الذي وقع وتم بالفعل لا ينشئ الحق في دفع الصائل.

وبناء على هذا فإنه متى قام الصائل بضرب المصول عليه ثم أراد ضربه

---

(١) روضة الطالبين ١٠/ ١٨٧.

(٢) انظر في ذلك كتب الفقهاء في المذاهب المختلفة ومنها: البحر الرائق لابن نجيم ٥/ ٤٥، حاشية ابن عابدين ٦/ ٥٤٥، البناية في شرح الهداية للعيني ١٣/ ١٠٨، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لابن عرفه ٤/ ٣٥٧، حاشية العدوي على الخرشي ٧/ ١١٢، التكملة الثانية المجموع للشيخ محمد نجيب المطيعي ٢٤/ ١٣٤، أسنى المطالب للأنصاري ٤/ ١٦٧، الحاوي الكبير للماوردي ١٣/ ٤٥٨، المبدع لابن مفلح ٩/ ١٥٤، المحلى لابن حزم الظاهري ١١/ ١٣.

ثانية فإن مشروعية الدفاع هنا لم تكن لمعاقبة المعتدي على الضربة الأولى، وإنّما لاتقاء الضربة الثانية والدفاع عن النفس ضد الاعتداء الواقع عليها بالفعل أو على وشك الوقوع عليها.

ولم ينص الفقهاء على هذا الشرط صريحاً، وإنّما اتضح ذلك في ثنايا كلامهم على دفع الصائل وكيفيته وأحكامه، ومن ذلك مثلاً ما جاء في حاشية ابن عابدين[1] «ويجب قتل من شهر سيفاً على المسلمين يعني في الحال... عبارة الوقاية فقال: ويجب دفع من شهر سيفا على المسلمين ولو بقتله إن لم يكن دفع ضرره إلاّ به صرح به في الكفاية أي أنه من باب دفع الصائل... ولا شيء بقتله بخلاف الحمل على الصائل»[2].

وجاء في الجامع الصغير «رجل شهر سيفاً على المسلمين فلهم أن يقتلوه ولا شيء عليهم، رجل دخل على رجل ليلاً فأخرج السرقة ليلاً فاتبعه الرجل فقتله فلا شيء عليه، رجل شهر على رجل سلاحا فضربه فقتله الآخر بعد ذلك فعلى القاتل القصاص»[3].

وجاء في إعانة الطالبين «قوله يجوز للشخص إلخ أي ثم غلبة ظن صياله، فلا يشترط لجواز الدفع تلبس الصائل بصياله حقيقة»[4].

وجاء في حاشية البيجرمي[5] «قوله غلبة ظن صياله أي فلا يشترط لجواز الدفع تلبس الصائل بصياله حقيقة، ولا يكفي لجواز دفعه توهمه

---

(١) سبقت الترجمة له.
(٢) حاشية ابن عابدين ٥/ ٥٤٥ وما بعدها.
(٣) الجامع الصغير لمحمد بن الحسن الشيباني ١/ ٥١٣ الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ دار عالم الكتب بيروت.
(٤) إعانة الطالبين ٤/ ١٧١.
(٥) سبقت الترجمة له.

ولا الشك فيه أو ظنه ظنّاً ضعيفاً على ما أفهمه قوله غلبة ظنه، لأن معناها الظن القوي»[1].

وواضح من هذه النصوص أن المراد بدفع الصائل دفع الضرر المتوقع حدوثه حالاً أو الواقع بالفعل وهو ما وضح نصاً في عبارة إعانة الطالبين سابقة الذكر، أمّا الضرر الذي وقع وانتهى فلا دفاع فيه بل يرفع أمره للحاكم للفصل فيه ورد الحقوق والقصاص إن كان له وجه أو الدية إن كان لها وجه.

وقد استدل الفقهاء على أن دفع الصائل ينشأ بمجرد إرادة الاعتداء أي بوجود خطر الاعتداء ولو لم يكن الاعتداء قد وقع بالفعل بالحديث الشريف الذي روي عن النبي ﷺ «من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد»[2].

فقد بين هذا الحديث الشريف أن دفع الصائل ينشأ بالقتال والقتل بمجرد إرادة الاعتداء، لأنه يقاتل لأجل دفع الظلم الذي يريد إيقاعه به الصائل، وهو ما وضح من قوله ﷺ «من أريد ماله بغير حق».

وإذا كان دفع الصائل ينشأ بمجرد إرادة الاعتداء كما سبق، فإنه ينبغي وجود علامات وأمارات على هذا الاعتداء وإمكانية وقوعه في وقت لاحق أو حالاً، فإن لم تكن هناك علامات على وشك وقوع الاعتداء فلا ينشأ حق الدفاع الشرعي حينئذ، ومن العلامات الدالة على وشك وقوع الاعتداء اطلاع الصائل على حريم غيره[3]، وكذا يتحقق خطر الاعتداء

---

(١) حاشية البيجرمي على الخطيب ٤/ ٢٣٧، ومثله في حاشية الشرواني للشيخ عبد الحميد الشرواني ٩/ ١٨١ ط دار الفكر بيروت.

(٢) سبق تخريجه ص ٢٢ من البحث.

(٣) انظر في ذلك: مغني المحتاج ٤/ ١٩٤، نهاية المحتاج ٨/ ٢٣، المغني ١٠/ ١٥٢.

باحتمال وقوع الضرر حسب السير العادي للأمور، كمن قال لشخص ضع ثوبك وإلا قتلتك، أو أحل لي زوجتك وإلاّ قتلتك وغير هذا.

فقد جاء في الفروع «قال أحمد لا يجوز أن يذهب إليهم أو يتبعهم إذا ولوا، ونقل الفضل[1] إن صار في موضع تعلم أنه لا يصل إليك فلا تتبعه وقيل له المناشدة، فقال حديث سلمان ولم يثبته وقال: قال النبي ﷺ «من قتل دون ماله فهو شهيد»[2]، ونقل أبو طالب[3] في لصوص دخلوا عليه يقاتلهم أو يناشدهم قال: قد دخلوا ما يناشدهم، واحتج في رواية الميموني[4] بفعل ابن عمر وقال يمنع ماله ونفسه ونقل ابن

---

(١) الفضل: الفضل بن زياد أبو العباس القطان البغدادي، ذكره أبو بكر الخلال فقال كان من المتقدمين ثم أبي عبد الله أحمد بن حنبل، وكان أبو عبد الله يعرف قدره ويكرمه، وكان يصلي بأبي عبد الله فوقع له عن أبي عبد الله مسائل كثيرة جياد، وحدث عن جماعة منهم يعقوب بن سفيان الفسوي والحسن بن أبي العنبر وأحمد الأدمي وجعفر الصندلي وأحمد بن عطاء في آخرين، وتوفي رحمه الله سنة ٢٦٣ هـ.
انظر الترجمة له في: طبقات الحنابلة لأبي يعلى ١/ ٢٥١ وما بعدها.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) أبو طالب: أحمد بن حميد أبو طالب المشكاني المتخصص بصحبة الإمام أحمد، روى عن أحمد مسائل كثيرة، وكان الإمام أحمد يكرمه ويعظمه، روى عنه أبو محمد فوزان وزكريا بن يحيى وغيرهما وذكره أبو بكر الخلال فقال صحب أحمد قديماً إلى أن مات، وكان أحمد يكرمه ويقدمه، وكان رجلاً صالحاً فقيراً صبوراً على الفقر فعلمه أبو عبد الله مذهب القنوع والاحتراف، ومات قديماً بالقرب من موت أبي عبد الله ولم تقع مسائله إلى الأحداث، وتوفي رحمه الله سنة ٢٤٤ هـ.
انظر الترجمة له في: طبقات الحنابلة لأبي يعلى ١/ ٣٩ وما بعدها.

(٤) الميموني: الإمام العلامة الحافظ الفقيه أبو الحسن عبد الملك بن عبد الحميد بن عبد الحميد بن شيخ الجزيرة ميمون بن مهران الميموني الرقي تلميذ الإمام أحمد ومن كبار الأئمة، سمع إسحاق بن يوسف الأزرق وحجاج بن محمد ومحمد بن عبيد الطنافسي ورروح بن عبادة ومكي بن إبراهيم وعبد وعفان وخلقاً كثيراً، حدث عنه النسائي في سننه ووثقه وأبو عوانة الإسفراييني وأبو بكر بن زياد النيسابوري وأبو علي محمد بن سعيد الحراني ومحمد ابن المنذر شكر وإبراهيم بن محمد بن متوية وآخرون، وكان عالم الرقة ومفتيها في زمانه مات في شهر ربيع الأول سنة أربع وسبعين ومائتين.

ثواب[1] في لص قال ضع ثوبك وإلاّ ضربتك بالسيف، ولا تدري هل يفعل أم لا، فأبيت ثم ضربته حصول لا تدري يموت منها أم لا، فهدر»[2].

وجاء في الكافي[3] «ومن يتحقق في بيت غيره من ثقب أو شق باب أو مفتوح فرماه صاحب البيت بحصاة أو طعنه بعود فقلع عينه لم يضمنها، لما روى أبو هريرة ـ رضي الله عنه ـ أن رسول الله ﷺ «قال لو أن امرأ يتحقق عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح»[4].

وجاء في كشاف القناع «وإن نظر في بيته من خصاص الباب بفتح الخاء وهي الفروج التي فيه، أو نظر من ثقب في جدار أو نظر من كوة بفتح الكاف ونحوه كفروج في بيت شعر ولو لم يتعمد ذلك لكن ظنه متعمداً لا إن نظر من باب مفتوح، فرماه أي الناظر صاحب الدار بحصاة أو نحوها، أو طعنه بعود فقلع عينه، فلا شيء عليه، ولو أمكن الدفع بدونه لظاهر الخبر، وسواء كان في الدار نساء أو كان الناظر محرماً أو نظر من الطريق أو من ملكه أو لا، لعموم حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال «لو أن امرأ

= انظر الترجمة له في: سير أعلام النبلاء ١٣/ ٨٩ وما بعدها.

(١) **ابن ثواب**: أبو علي الحسن بن ثواب الثعلبي المخرمي، سمع يزيد بن هارون وعبد الرحمن بن عمرو بن جبلة البصري وإبراهيم بن حمزة المدني وعمار بن عثمان، وروى عنه جماعة منهم عبد الله بن محمد بن إسحاق المروزي وجعفر بن عبد الله بن مجاشع وإسماعيل الصفار وأبو بكر الخلال، وقال كان هذا شيخاً جليل القدر وكان له بأبي عبد الله أنس شديد، ومات في جمادى الأولى يوم الجمعة سنة ثمان وستين ومائتين.

انظر الترجمة له في: طبقات الحنابلة لأبي يعلى ١/ ١٣١ وما بعدها.

(٢) الفروع لابن مفلح ٦/ ١٤١.

(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد ٤/ ٢٤٧.

(٤) سبق تخريجه.

يتحقق عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح»[1] متفق عليه، فإن ترك الناظر الاطلاع ومضى لم يجز رميه لعدم الحاجة إليه، فإن رماه فقال المطلع ما تعمدته أو لم أر شيئاً حين اطلعت لم يضمنه الرامي لظاهر الخبر، ولأنه لا يعلم ما في ضميره، وليس لصاحب الدار رميه بما يقتله ابتداء كالصائل، فإن لم يندفع برميه بالشيء اليسير جاز رميه بأكثر منه حتى يأتي ذلك على نفسه كالصائل، ولو تسمع الأعمى والبصير على من في البيت لم يجز طعن أذنه قبل إنذاره»[2].

وجاء في مغني المحتاج «ومن نظر بضم أوله إلى حرمه بضم أوله وفتح ثانيه المهملين وبهاء الضمير الراجع لمن، والمراد بهن الزوجات والإماء والمحارم في داره المختصة به بملك أو غيره من كوة أي طاقة، ومر في الصلح أنها بفتح الكاف وحكي ضمها أو ثقب بفتح المثلثة أوله أي خرق في الدار، وقوله عمداً قيد في النظر، فرماه أي رمى صاحب الدار من نظر إلى حرمه حال نظره بخفيف، فقصد العين بمثله كحصاة، فأعماه أو لم يعمه، بل أصاب قرب عينه فجرحه فسرى الجرح فمات فهدر، لخبر الصحيحين، لو يتحقق أحد في بيتك ولم تأذن له فحذفته»[3].

وجاء في فتح الوهاب «فإن لم يمكنه التخلص إلاّ بإتلاف عضو كفقء عينه وبعج بطنه فله ذلك كما علم ممّا مرّ، وبما تقرّر علم أنه لا يجب تقديم الإنذار بالقول، وهو كذلك كأن رمى عين ناظر ممنوع من النظر ولو امرأة أو مراهقاً عمداً إليه حالة كونه مجرداً عمّا يستر عورته أو إلى حرمته وإن كانت مستورة في داره ولو مكتراة أو مستعارة من نحو ثقب مما لا

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) كشاف القناع للبهوتي ٦/ ١٥٧.

(٣) مغني المحتاج للشربيني ٤/ ١٩٧، والحديث سبق تخريجه.

يعد فيه الرامي مقصراً كسطح ومنارة بخفيف كحصاة، وليس للناظر ثم مجردة أو حليلة أو متاع فأعماه أو أصاب قرب عينه فجرحه فمات فيهدر، ولو لم ينذره قبل رميه، لخبر الصحيحين لو يتحقق أحد في بيتك ولم تأذن له فحذفته بحصاة ففقأت عينه ما كان عليك من جناح»[1].

وممّا سبق يظهر أن خطر الاعتداء يتحقق متى كان هناك خطر قائم بالفعل أو على وشك الوقوع ولا يمكن دفعه إلاّ بالدفاع الشرعي ضدّ من يهدد به أو يقوم به من الصائلين، ولا يشترط لتحقق الاعتداء أن يقع المساس بحقوق المعتدى عليه بالفعل، بل يكفي للقول بتحقق الاعتداء أن يصدر من المعتدي فعل يهدد به حقوق المعتدى عليه ومصالحه بالخطر، وهو ما قرره أيضاً الفقهاء المعاصرون[2].



---

(١) فتح الوهاب شرح منهج الطلاب لأبي يحيى زكريا الأنصاري ٢/ ٢٩٢ الطبعة الأولى ١٤١٨ هـ دار الكتب العلمية بيروت، والحديث سبق تخريجه.

(٢) انظر مثلاً:

التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عودة ١/ ٤٨١، نظرية الدفاع الشرعي للدكتور يوسف قاسم ص ١٦٠.

الفرع الثاني

وجود حالة الاعتداء أو خطره في القانون الوضعي

لكي ينشأ الحق في الدفاع الشرعي لا بد من وجود خطر الاعتداء، فالدفاع ما شرع قانوناً إلاّ لدفع هذا الخطر وإزالته، ولكن ما هو الخطر هذا؟ وما هو معياره لكي يمكن القول بوجوده؟ فلا بد من تحديد ذلك حتى يمكن القول بنشوء حق الدفاع عنه، ومن هنا فإني سوف أتكلم عن المقصود بخطر الاعتداء، ثم أتكلم بعد ذلك عن معياره، وذلك فيما يلي:

١ ــ تعريف خطر الاعتداء:

على منوال الفقه الإسلامي جاء القانون الوضعي خلواً من تحديد مدلول الخطر ومعياره، وإن كان النص القانوني يفهم منه ما فهم من الفقه الإسلامي من شروط في دفع الخطر، فقد نصت المادة ٢٤٦ من قانون العقوبات على أن «الدفاع الشرعي يبيح استعمال القوة لدفع كل فعل يعد جريمة»، ومن هذا النص يتضح أن مدلول الاعتداء يقصد به وجود خطر حال على حق يحميه القانون، بحيث لو ترك المعتدي وشأنه لوقعت الجريمة وترتب الضرر عنها بالفعل.

وقد قام شراح القانون بوضع تعريفات كثيرة لخطر الاعتداء وبيان

مفهومه ولو بطريقة غير مباشرة، فقد عرفه البعض بأنه حالة توافر فيها قدر ذو شأن من العوامل الميسرة لحدوث ضرر ما، فإن لم يكن قدر العوامل الميسرة لحدوث الضرر ذا بال فلا خطر في واقع الأمر[1].

ومن يدقّق النظر في هذا القول يجده تحديداً لمدلول الخطر من وجهة نظر صاحبه لا تعريفاً له، فهو كلام مرسل لا يشتم منه رائحة التعريف المعهودة والتي تتميز بالدقة والشمول في آن واحد.

كما عرفه البعض بأنه حالة واقعية أي مجموعة من الآثار المادية ينشأ بها احتمال حدوث اعتداء ينال الحق، ويقدر الخطر بالنسبة لنتيجة إجرامية معينة لم تحدث بعد، وليس حدوثها مطلقاً دائماً، بل هو محتمل فحسب، وعلى هذا فالخطر بالنسبة إلى نتيجة هو احتمال حدوثها[2].

ويُقال عن هذا التعريف ما قيل عن سابقه من كونه سرداً لأحكام الخطر، وتحديداً له قبل أن يكون تعريفاً، فالتعريف من طبيعته أن يكون مختصراً وشاملاً للمعرف، جامعاً لعناصره، مخرجاً لغيرها من الدخول فيه، وهو ما لا نجده هنا.

وكذا عرف خطر الاعتداء بأنه حالة تنشأ عن الفعل الذي يحتمل معه وقوع اعتداء على إحدى المصالح المحمية بقانون العقوبات[3].

وهذا التعريف فيه بيان الشيء بذكر مصطلحه مرة ثانية، وهو أمر معيب إذ كيف يعرف خطر الاعتداء بأنه يحتمل معه وقوع الاعتداء؟!

وعرف بأنه حكم تقديري يعتمد في جانب منه على ظروف الواقع وفي

---

(١) نظرية الجريمة في القانون الجنائي للدكتور رمسيس بهنام ص ١٠٧.
(٢) أسباب الإباحة في التشريعات العربية للدكتور محمود نجيب حسني ص ٤٩.
(٣) شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٣٧٩.

جانب آخر على العلم بقانون السببية، وقد عرف الناس بخبرتهم المطردة أن أمراً معيّناً في ظروف معينة يحدث أضراراً معينة، فإذا تحقق هذا الأمر واقترنت به تلك الظروف توقعوا حدوث الضرر أي استشعروا الخطر، فالخطر حالة تنذر جدياً بالضرر، وتقوم هذه الحالة حين يطرأ على ساحة الواقع أحد العوامل التي دلت الخبرة الإنسانية على أنها قادرة في ظروف معينة على إحداث الضرر وذلك متى اقترن العامل بتلك الظروف[1].

وواضح تماماً أن هذه العبارات لا تصلح أن تكون تعريفاً أبداً، فهي شرح لخطر الاعتداء، وتكييف له، وبيان لمعياره وليس تعريفاً له، ففيه من التطويل والتكرار ما يربو على الذكر ويستعصي على النقد، بل لا أبالغ إن قلت ليس فيه من التعريف شيء.

ولذا من يدقق في كتب شراح القانون[2] يجد أنهم تكلموا عن معيار الخطر ومفهومه دون أن يضعوا له تعريفاً معيناً على اعتبار أن التعريف لا يضيف له كثيراً، ولا يحدد مفهومه تدقيقاً، كما أن المعنى اللغوي السابق ذكره في التعريف الشرعي يطبق هنا ويؤدي المعنى المراد نفسه، ولذا فإنه كاف عن مثل التعريفات المذكورة سابقاً، وأرى رأيهم في هذا الشأن.

٢ ـ معيار خطر الاعتداء:

من يقرأ في كتب شراح القانون الوضعي في شأن خطر الاعتداء يجد أنهم اختلفوا في تحديد معيار هذا الخطر على رأيين:

---

(١) قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ٥٠٣.

(٢) انظر مثلاً:

مبادئ القسم العام من قانون العقوبات للدكتور رؤوف عبيد ص ٥٣٢، أصول قانون العقوبات القسم العام للدكتور أحمد فتحي سرور ص ٢٥٤، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون سلامة ص ٢٠٦.

الأول: ويرى أن معيار خطر الاعتداء هو إمكان وقوع هذا الخطر، بمعنى أن الفعل يعد خطراً منشئاً لحق الدفاع الشرعي متى كان هذا الفعل من الممكن أن يضر بحق يحميه القانون، ومن هنا يتحقق الخطر كلما كان الإضرار بحق يحميه القانون ممكناً، فقد عرف الناس بخبرتهم المطردة أن أمراً معيناً في ظروف معينة يحدث أضراراً معينة فإذا تحقق ذلك وطرأ على صعيد الواقع عامل من العوامل التي دلت الخبرة الإنسانية على أنها قادرة في ظروف معينة على إحداث الضرر متى اقترن العامل بتلك الظروف بحيث يحتمل منه حدوث الضرر تحقق وجود الخطر[1].

وإذا كان الخطر طبقاً لنظرة هذا الرأي هو إمكان تحقق الضرر فلا يدخل في مفهومه ونطاقه بالتالي احتمال حدوثه، ولا استبعاد غيابه، ولا قرب إمكان حدوثه، وهو يقبل التدرج بحسب احتمال حدوث الضرر ابتداء من مجرد الإمكان وعبر مختلف درجات الاحتمال ذاتها، وانتهاء إلى عدم الاحتمال لتخلف الضرر أو للتأكد من حدوث الضرر، والحد الأقصى من درجة الخطر هو احتمال تطور وضع في اتجاه إحداث الضرر.

وقد عيب على هذا الرأي أن معيار الإمكان الذي استند إليه متسع جداً إذ يترتب عليه أن يوصف بالخطر أو الاعتداء كل ما يأتيه الجاني من أفعال يمكن أن تضر بحق قانوني حتى ولو كان الضرر قليل الاحتمال للغاية أو لا يمكن تحققه بحسب ظروف وملابسات الواقعة، ولذا لم يأخذ كثير من الشراح بهذا الرأي ولم يعتدّوا به في تحديد خطر الاعتداء.

---

(١) انظر في هذا: تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ١٦٨، جرائم التعريض للخطر العام للدكتور أحمد شوقي أبو خطوة ص ١٩ ط دار النهضة العربية، الشروع في الجريمة للدكتور سمير الشناوي ص ٦٦ الطبعة الثالثة سنة ١٩٩٢ م.

الثاني: ويرى أصحابه أن معيار الخطر هو الاحتمال، بمعنى أن يكون الفعل يحتمل منه تحقق الضرر، ويقوم هذا الاحتمال على أساس الخبرة الإنسانية العامة المستمدة من التجارب، ولذا فهم يعرفون الخطر بأنه احتمال حدوث الضرر، أو هو الضرر المحتمل، وبناء على هذا الرأي يكون الفعل اعتداء يبرر الحق في الدفاع الشرعي متى كان هذا الفعل مما يحتمل معه وقوع الجريمة، سواء أكان هذا الفعل بداية لتنفيذ الجريمة أم مجرد أعمال تحضيرية لها، ومن ثم يتحقق خطر الاعتداء كلما كان الفعل صالحاً بحسب المجرى العادي للأمور لتحقق الضرر.

وهذا الرأي هو السائد فقهاً حيث قرر كثير من الشراح أن الخطر يتحقق كلما كان الفعل صالحاً بحسب السير العادي للأمور لتحقيق الضرر، واحتمال ذلك مسألة موضوعية لا ينظر فيها إلى ما يتوقعه الشخص المدافع، وإنما إلى السير العادي للأمور، أي ما يتوقعه الرجل العادي في مثل ظروف المدافع، فإذا احتمل الفاعل خطراً لا يحتمله الشخص العادي تنشأ حالة الغلط في الإباحة[1].

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في مفهوم الخطر وأنه عبارة عن إمكان وقوع الخطر حالاً أو وقوعه بالفعل وعدم تمامه وقيام المعتدى

---

(١) انظر في هذا:
شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور عمر السعيد رمضان ص ١٥٦، أصول قانون العقوبات القسم العام للدكتور أحمد فتحي سرور ص ٣٣٠، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٢٠٧، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٣٧٩، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ١٢٦، نظرية الجريمة والمجرم للدكتور رمسيس بهنام ص ٣٨٥.

عليه برد المعتدي عن إكماله، أما الدفاع بعد وقوعه واكتماله مع إمكان إبلاغ السلطات فإنه يعد اعتداء لا دفاعاً.

ورغم تعدد النظريات القانونية في تحديد معيار خطر الاعتداء فإن الرأي الثاني القائل بأن معيار خطر الاعتداء هو الاحتمال لوقوع الخطر هو الرأي الراجح قانوناً كما سبق، وهذا الرأي يتفق مع ما جاء في الفقه الإسلامي مع الاختلاف البسيط في الاصطلاحات والألفاظ، ولكن العبرة بالمعاني لا بالمباني، ومن هنا يمكن القول بأن هذا الرأي يتفق مع ما جاء في الفقه الإسلامي بالنسبة لمعيار الخطر.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

المطلب الثاني

صور خطر الاعتداء

وفيه فرعان:

الفرع الأول

صور خطر الاعتداء في الفقه الإسلامي

لا يتخذ الاعتداء على الغير المستلزم للدفاع الشرعي ضده صورة واحدة ولا شكلاً معيناً، بل هو يختلف باختلاف الصور التي قد يأتي فيها، فقد يكون الاعتداء بفعل إيجابي أو بفعل سلبي، وقد يكون جسيماً أو بسيطاً، كما قد يكون حقيقياً أو ظنياً، وقد يكون عمدياً أو خطئياً، ونظراً لأهمية تحديد نوع الخطر في الحكم على الدفاع الشرعي ومدى تجاوز المدافع فيه، فإني سوف أبين حكم كل صورة من هذه الصور بما يناسب من تفصيل فيما يلي:

١ـ الخطر الإيجابي والخطر السلبي:

إن خطر الاعتداء قد يكون إيجابياً وقد يكون سلبياً، وكل نوع منهما له حكم خاص به أبينه فيما يلي:

أ ـ الخطر الإيجابي:

وهو القيام بسلوك حرّمته الشريعة الإسلامية ينتج عنه ضرر للغير في حالة تمامه، كالقتل والسرقة والضرب والزنى وغيره من الجرائم التي تقتضي القيام بسلوك محرم شرعاً ينذر بوقوع ضرره على الغير، وقد ذكر الفقهاء عدة أمثلة للخطر الإيجابي وإن لم ينصوا على نوعه صراحة، مثل شهر السلاح على أحد بدون حق، أو التلفظ بألفاظ يفهم منها قرب وقوع الاعتداء، كأن ينذره بتخلية ماله أو التخلي عن أهله، كأن يقول له أعطني ثوبك، أو أبح لي زوجتك أو أمتك أو ابنتك أو غير ذلك.

وقد اتفق الفقهاء[1] على أن الدفاع الشرعي ضد الخطر الإيجابي مشروع في الجملة، وإن اختلفوا بعد ذلك في حكم كل نوع منها على حدة على ما سبق بيانه عند ذكر الحكم الشرعي.

ب ـ الخطر السلبي:

ويقصد به كل امتناع عن فعل أوجبته الشريعة بحيث ينذر تركه بوقوع ضرر أو اعتداء غير مشروع، ومثال ذلك أن تمتنع الأم عن إرضاع ولدها بقصد قتله[2]، أو امتناع المرضعة عن ذلك، فالامتناع هنا يكون محرماً وسبباً في الدفاع الشرعي ضد الممتنع لما يترتب عليه من ضرر، ومثاله أيضاً من يمتنع عن إنقاذ الغريق حتى يموت[3] فينشأ الحق في الدفاع ضد الممتنع عن إنقاذ الغريق هنا.

---

(١) تبيين الحقائق ٦/ ١١٠، البناية للعيني ١٣/ ١٠٤، حاشية ابن عابدين ٦/ ٥٤٦، شرح الزرقاني ٧/ ١١٨، مواهب الجليل ٦/ ٣٢٢، تبصرة الحكام ٢/ ٣٥٧، الحاوي الكبير للماوردي ١٢/ ٤٥١، نهاية المحتاج ٨/ ٢٣، الفروع لابن مفلح ٦/ ١٤٥، المبدع ٩/ ١٥٤.

(٢) البهجة للتسولي ٢/ ٣١٥ ط دار الكتب العلمية بيروت سنة ١٩٩٨ م، الشرح الكبير للدردير ٤/ ٢١٥.

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٧/ ٣٩١.

ورغم أن الخطر لا يخلو من كونه إيجاباً أو سلباً إلاّ أن هناك نوعاً من الخطر يجمع بين الاثنين في آن واحد، ومن ذلك من يمنع غيره الطعام والشراب حتى يموت، فهنا وقعت الجريمة الإيجابية بطريق سلبي، ولذا اختلف الفقهاء في عقوبة هذا الفعل إن تم ولم يمكن تداركه بالدفاع الشرعي على ثلاثة آراء:

الراي الأول:

ذهب الإمام أبو حنيفة[1] إلى أن من منع شخصاً من الطعام والشراب حتى مات المحبوس جوعاً أو عطشاً أو برداً في مدة يموت في مثلها غالباً لا يعد قتلاً، ولا شيء على الحابس، لأن الهلاك حصل بالجوع والعطش أو البرد ولم يحصل بالحبس والمنع، ولا صنع لأحد في الجوع والعطش وما ماثلهما.

ويناقش هذا:

بأن المانع هنا قد منعه من سبب بقاء حياته التي لا يحيا بدونها وهي الطعام والشراب، فلا فرق بينه وبين القتل بفعل إيجابي.

الراي الثاني:

ذهب أبو يوسف[2] ومحمد[3] من الحنفية[4] إلى أن المنع من الطعام والشراب يعد قتلاً شبه عمد، ويعاقب عليه الفاعل بعقوبة القتل شبه

---

(١) بدائع الصنائع ٧/ ٢٣٤ وما بعدها، تكملة البحر الرائق ٨/ ٣٣٥، حاشية ابن عابدين ٦/ ٥٤٣.

(٢) سبقت الترجمة له.

(٣) سبقت الترجمة له.

(٤) بدائع الصنائع ٧/ ٣٣٥، حاشية ابن عابدين ٦/ ٥٤٣.

العمد، وذلك لأن الطعام والشراب من لوازم الإنسان وتتوقف عليهما حياته، فمن منعه منهما أهلكه بذلك، ولكن لما كان الحبس في ذاته ليس وسيلة معدة للموت كان قتلاً شبه عمد.

الرأي الثالث:

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3] والظاهرية[4] إلى أن المنع من الطعام والشراب يعد قتلاً عمداً يوجب القصاص من فاعله.

وذلك لأن بقاء الآدمي معلقاً بالطعام والشراب فالمنع منهما عند استيلاء الجوع والعطش على الإنسان يعد إهلاكاً له، كما لو قتله عمداً بوسيلة معدة للقتل.

الرأي الراجح:

بعد ذكر الآراء والأدلة على الوجه السابق يظهر أن الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول باعتبار المنع من الطعام والشراب عمداً قتلاً موجباً للقصاص، لأن الطعام والشراب أساس في بقاء الآدمي، ولا فرق بين قتل الإنسان بطلق ناري أو آلة معدة للقتل وبين قتله بمنع الطعام والشراب عنه، بل إن القتل بهما أشد إيلاماً، لأن المقتول بهما لا يموت مرة واحدة، بل يتعذب بموته في كل لحظة وهو في انتظار الموت، فكان الفعل فيهما أشد، والله تعالى أعلى وأعلم.

---

(١) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٢٤٢.
(٢) المهذب للشيرازي ٣/ ١٧٦، مغني المحتاج ٤/ ٥، نهاية المحتاج ٧/ ٢٣٩.
(٣) المغني لابن قدامة ٩/ ٥٨٠.
(٤) المحلى لابن حزم ١٠/ ٥٢٣.

وبناء على الرأيين الثاني والثالث فإن الفعل السلبي هنا يعد خطراً مهلكاً، ومن ثم يحق لمن وقع في أحد هذه الأشياء الدفاع الشرعي عن نفسه كما في الفعل الإيجابي تماماً.

٢ـ الخطر الحقيقي والخطر الظني:

لا يتوقف الخطر عند كونه بفعل إيجابي أو سلبي، بل قد يكون خطراً حقيقياً واقعاً بالفعل على المدافع، وقد يكون خطراً ظنياً توهمه المدافع نفسه، وسوف أبين حكم كل واحد منهما فيما يلي:

أ ـ الخطر الحقيقي:

يقصد بالخطر الحقيقي ما يكون مبنياً على فعل متيقن وجوده وموجوداً واقعياً وفعلياً أمام المدافع لحظة ممارسته الحق، ومثال ذلك أن يقبل شخص رافعاً سلاحه على آخر قاصداً قتله، أو يقوم بضربه به فعلاً ويزيد أن يوالي الضربات، فهنا الخطر حقيقي وواقع بالفعل.

وقد اتفق الفقهاء[١] على أن الخطر الحقيقي الواقع فعلاً أو وشيك الوقوع ينشئ الحق في الدفاع الشرعي للمعتدى عليه، وجاءت نصوص الفقهاء في هذا الشأن مؤيدة له، فقد جاء في رد المحتار «ويجب دفعه من شهر سيفاً على المسلمين ولو بقتله»[٢].

وجاء في الجامع الصغير «شهر على المسلمين سيفاً قال حق على المسلمين أن يقتلوه ولا شيء عليهم»[٣].

---

(١) الهداية للمرغيناني ١٣/ ١٠٤، مجمع الأنهر لداماد أفندي ٢/ ٦٢٣، تبصرة الحكام ٢/ ٣٥٦.

(٢) رد المحتار لابن عابدين ٦/ ٥٤٥.

(٣) الجامع الصغير ١/ ٥١٣.

وجاء في تبصرة الحكام «ويجوز دفع الصائل عن النفس والأهل والمال»[1].

وجاء في الحاوي الكبير «أمّا إذا وجد الرجل مع امرأته رجلاً يزني بها أو مع بنته أو أخته أو مع ابنه يلوط به فواجب عليه أن يدفعه عنه ويمنعه منه»[2].

وجاء في الفروع «لصوص دخلوا عليه يقاتلهم أو يناشدهم قال: قد دخلوا ما يناشدهم ويتضح من قوله قد دخلوا اللصوص أمر متيقن في وجود الخطر ودل عليه واقعياً ومادياً دخولهم للسرقة ولذا أجاز له الدفاع»[3].

ب ـ الخطر الظني:

الظن في اللغة خلاف اليقين، وقد يستعمل بمعنى اليقين كما في قوله تعالى ﴿الَّذِينَ يَظُنُّونَ أَنَّهُم مُّلَاقُو رَبِّهِمْ وَأَنَّهُمْ إِلَيْهِ رَاجِعُونَ﴾[4]، ومظنة الشيء موضعه ومألفه، وفي الاصطلاح هو تجويز أمرين أحدهما أظهر من الآخر[5]، أو هو تجويز أمرين فما زاد لأحدهما مزية على سائرها[6].

وبناء على هذا فإن الخطر الظني هو ما يكون ماثلاً في ذهن المدافع وقت دفاعه بناء على علامات مادية معينة ظهرت له وجعلته يعتقد ما يقوم

---

(١) تبصرة الحكام ٢/ ٣٥٦.
(٢) الحاوي الكبير ١٣/ ٤٥٧.
(٣) الفروع لابن مفلح ٦/ ١٤٥.
(٤) سورة البقرة الآية رقم (٤٦).
(٥) القاموس القويم في اصطلاحات الأصوليين للدكتور محمود حامد عثمان ص ٢٣٨، ط دار الحديث ١٩٩٦ م.
(٦) الورقات لإمام الحرمين الجويني ص ٩، تحقيق. د. عبد اللطيف العبد ـ ط المحقق.

به من فعل لرد هذا الاعتداء، كما لو رفع إنسان سلاحاً ورفعه ضد المصول عليه فاعتقد المصول عليه أنه يريد قتله فدفعه بطريقة أصابته بجراح شديدة أو أدت إلى موته.

ومن يقرأ كتب الفقه الإسلامي ويدقق النظر في نصوص الفقهاء يجد أنهم اتفقوا[1] على أن الخطر الظني ينشئ الحق في الدفاع الشرعي، وأنه لا يشترط في الخطر أن يكون حقيقياً حتى ينشأ الحق في الدفاع الشرعي، ومن ذلك مثلاً ما جاء في الأم «إذا أقبل الرجل بالسيف أو غيره من السلاح على الرجل فإنّما له ضربه على ما يقع في نفسه فإن وقع في نفسه أنه يضربه وإن لم يبدأه المقبل بالضرب فليضربه، وإن لم يقع في نفسه ذلك لم يكن له ضربه»[2].

وجاء في حاشية الجمل «فلا يشترط في جواز الدفع تلبس الصائل بصياله حقيقة، ولا يكفي لجواز دفعه توهمه بل ولا شك فيه أو ظنّه ظنّاً ضعيفاً على ما أفهمه من قوله غلبة ظنه، لأن معناها الظن القوي»[3].

وجاء في إعانة الطالبين «قوله يجوز للشخص إلخ أي ثم غلبة ظن صياله، فلا يشترط لجواز الدفع تلبس الصائل بصياله حقيقة»[4].

وجاء في حاشية البيجرمي قوله: «غلبة ظن صياله أي فلا يشترط لجواز الدفع تلبس الصائل بصياله حقيقة ولا يكفي لجواز دفعه توهمه ولا الشك

---

(١) انظر مثلاً: تبيين الحقائق ٦/ ١١٠، حاشية ابن عابدين ٦/ ٥٤٥، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣٥٧، أسنى المطالب ٤/ ١٦٧، حاشية البيجرمي ٤/ ١٨٥، حاشية الشرقاوي على التحرير ٤/ ٣٧٩، المبدع ٩/ ١٥٨، كشاف القناع ٦/ ١٥٧، شرح منتهى الإرادات ٣/ ٣٧٩، الفروع ٦/ ١٥١.

(٢) الأم للشافعي ٦/ ٣٣.

(٣) حاشية الجمل على شرح المنهج ٥/ ١٦٦.

(٤) إعانة الطالبين ٤/ ١٧١.

فيه أو ظنه ظناً ضعيفاً على ما أفهمه قوله غلبة ظنه، لأن معناها الظن القوي»[1].

فكل هذه النصوص وما ماثلها تدل على أنه لا يشترط لنشوء حالة الدفاع الشرعي ضد الصائل أن يكون الاعتداء حقيقياً، بل يكفي الاعتداء الظني، وأنه متى غلب على الظن أن هناك اعتداء ما فإنه يقوم لدى المعتدى عليه الحق في الدفاع عن نفسه ضد ما يظنه خطراً واقعاً به.

ويترتب على تقرير الحق في الدفاع للظن أنه لو كان الظن قوياً وبانت صحته فلا شيء على المدافع هنا، لأن ظنه أصبح ذا حق، ومن ثم يكون مصولاً عليه، ولا عقاب على دافع الصائل عن نفسه أو عرضه أو ماله متى كان دفاعه في الحدود المقررة شرعاً، وفي ذلك جاء في الأم «وإذا أبحت للرجل دم رجل أو ضربه فمات مما أبحت له فلا عقل ولا قود ولا كفارة، وإذا قلت ليس له رميه ولا ضربه فعليه القود والعقل والكفارة فيما نال منه»[2].

فقد قرر هذا النص أن حكم أفعال المدافع التي أبيحت بناء على ظنه القوي وكان محقاً في ذلك لا يترتب عليها أي عقوبة جنائية، فلا قود فيها ولا دية ولا كفارة.

أمّا إن قام المدافع بفعل بناء على ظن قوي منه في صحته ثم بان خطأ ظنه فإنه يعتبر معفواً عنه أيضاً، ويفسر على أساس أنه خطأ غير عمدي، وذلك لأن وقوعه تم بناء على ظن قوي في مخيلته ولكن تبين خطؤه.

فقد جاء في قواعد الأحكام «من أتى ما هو مصلحة في ظنّه وهو مفسدة

---

(١) حاشية البيجرمي على الخطيب ٤/ ٢٣٧، ومثله في حاشية الشرواني ٩/ ١٨١.
(٢) الأم للشافعي ٦/ ٣٣.

في نفس الأمر كمن أهلك مالاً يعتقده لنفسه، أو وطئ جاريته يظن أنها ملكه، أو لبس ثوباً يعتقده لنفسه، أو سكن داراً يعتقدها في ملكه، أو استخدم عبداً يعتقده لنفسه، ثم بان أن وكيله أخرج ذلك عن ملكه فلا إثم عليه لظنه، ولا يتصف فعله بكونه طاعة ولا معصية ولا مباحاً، وإنما هو معفو عنه كأفعال الصبيان والمجانين ويلزم ضمان ما فوته من ذلك، لأنه جائز، والجوائز لا تتوقف على المآثم»[1].

فهذا النص قد بين حكم الأفعال الواقعة بسبب الظن الغالب، وأنها معفو عنها، وهي على الرغم من كونها ليست نصاً في الدفاع الشرعي إلاّ أنها تسري عليه أيضاً ويتعلق بها حكمه، فيكون فعل الدفاع الواقع بناء على الظن معفواً عنه ولا عقاب على فاعله كما هو مذهب الفقهاء جميعاً، فقد قرر هذا النص رفع الإثم عن الفاعل فعلاً بناء على ظن قوي، ومن ثم لا يسأل عن فعله ولا يعاقب عليه هنا.

هل ينشأ حق الدفاع بناء على خطر وهمي؟

إن حق الدفاع ينشأ ـ كما سبق ـ بناء على خطر حقيقي أو ظني، ولكن هل ينشأ هذا الحق بناء على خطر وهمي؟

إن الخطر الوهمي هو الذي لا يوجد إلاّ في مخيلة المدافع فقط، ولا يوجد له أي مظهر خارجي أو عوامل مادية تؤيده، وكل ما في الأمر أن الفاعل قد وقع في غلط متعلق بالخطر الذي اعتقد أنه يتعرض له بناء على شكه أو توهمه أو ظنه ظناً ضعيفاً[2].

---

(١) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١/ ٢٧.

(٢) انظر مثلاً: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣٥٧، حاشية الشرقاوي على التحرير ٤/ ٣٦٧، حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج ٨/ ٢٣، حاشية الجمل على شرح المنهج ٥/ ١٦٦.

ومن يقرأ كتب الفقهاء في حكم الخطر الوهمي يجد أنهم لا يعترفون به، وإنما يعترفون بالخطر الحقيقي أو الخطر الظني فقط، ومن ثم لا بد أن يظن المدافع ظناً قوياً أن هناك خطراً يوشك أن يقع عليه حتى يكون له الحق في دفعه، فقد جاء في حاشية الدسوقي[1] «إن علم المصول عليه أن الصائل لا يندفع إلاّ بالقتل وظاهره كابن الحاجب[2] أنه إذا لم يعلم بأن شك في كونه لا يندفع إلاّ بالقتل أو يندفع بغيره لا يجوز قتله ابتداء»[3].

---

(١) **الدسوقي**: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي نسبة لبلدة دسوق بمصر، حفظ القرآن صغيراً وجوده على يد الشيخ محمد المنير، وأخذ الفقه عن علماء عصره، حيث لازم درس الشيخ علي الصعيدي والشيخ الدردير والشيخ حسن الجبرتي وغيرهم، وتتلمذ على يديه الكثير من الأعلام، وتصدر للإقراء والتدريس زمناً، وكان رحمه الله فريداً في تسهيل المعاني وتبيين المباني، ولذا اشتهر بتأليف الحواشي الميسرة لما صعب من الكتب، منها حاشيته الشهيرة على الشرح الكبير لأستاذه الدردير، وحاشية على شرح الجلال المحلي على البردة وغيرها، وتوفي رحمه الله يوم الأربعاء ٢١ من ربيع الآخر سنة ١٢٣٠ هـ، وكانت جنازته من الجنازات المشهودة في عصره.
انظر الترجمة له في: تاريخ الجبرتي ٤/ ٣٦٤ وما بعدها.

(٢) **ابن الحاجب**: أبو عمر جمال الدين عثمان بن عمر بن أبي بكر بن الحاجب المقرئ، عالم جليل من علماء المالكية، اشتهر بفنون عديدة وتبحر في علوم كثيرة، وألّف فيها ففاق أقرانه، وسُمّي بابن الحاجب لأن والده كان حاجب الأمير عز الدين موسى الصلاحي، كان رحمه ركناً من أركان الدين في العلم والعمل، بارعاً في العلوم الأصولية وتحقيق علم العربية، متقناً لمذهب مالك بن أنس، وكان ثقة حجة متواضعاً عفيفاً منصفاً محباً للعلم وأهله ناشراً له، صبوراً على البلوى محتملاً للأذى، وذكره الذهبي فقال بعد أن أثنى عليه: وقرأ القراءات على الغزنوي وأبي الجود غياث بن فارس وبعضها على الشاطبي وذكره ابن مهدي في معجمه فقال كان ابن الحاجب علامة زمانه رئيس أقرانه، من مؤلّفاته الشافية في الصرف، والكافية في النحو، ومنتهى السؤل والأمل في علمي الأصول والجدل، وله مختصر شهير في الأصول يعرف باسمه وهو مختصر ابن الحاجب، توفي رحمه الله سنة ٦٤٦ هـ.
انظر في الترجمة له: الديباج المذهب في أعيان المذهب لابن فرحون ١/ ١٨٩، سير أعلام النبلاء ٢٣/ ٢٦٤ وما بعدها.

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣٥٧.

وجاء في حاشية الشبراملسي[1] على نهاية المحتاج «فلا يشترط لجواز الدفع تلبس الصائل بصياله حقيقة، ولا يكفي لجواز دفعه توهمه بل ولا الشك فيه أو ظنه ظناً ضعيفاً على ما أفهمه قوله «غلبة ظنه»، لأن معناها الظن القوي»[2].

وفي هذين النصين حكم صريح بعدم الاعتداد بالخطر الوهمي أو الظن ظناً ضعيفاً لا يقوم به الدفاع، وهذا ما يتفق والحكمة التي شرع من أجلها الدفاع الشرعي، فهو مشروع للدفاع لا الاعتداء، والدفاع لا يقوم بأي نوع من الظن أو الوهم، بل لا بد من اليقين أو الظن القوي.

٢ ـ الخطر الجسيم والخطر البسيط:

كما يكون الخطر ظنياً وحقيقياً، وكما يكون إيجابياً أو سلبياً قد يكون أيضاً جسيماً أو بسيطاً حسب درجة الخطر الواقع ومداه، ومن هنا لا بد من بيان كل نوع منهما وحكمه الشرعي وذلك فيما يلي:

أ ـ الخطر الجسيم:

يقصد بالخطر الجسيم ذلك الخطر الذي ينشأ نتيجة الاعتداء الكبير على المصول عليه، ويترتب على وقوعه ضرر عظيم، كالطعن بخنجر أو سكين أو إطلاق عيار ناري عليه، وكإتيان امرأة كرهاً عنها، كما لو كان الصائل يريد الزنى بها.

---

(١) **الشبراملسي**: نور الدين أبو الضياء علي بن علي، فقيه شافعي مصري ولد سنة ٩٩٧ هـ بقرية شبراملس من قرى الغربية بمصر، كف بصره صغيراً ولكنه جاهد في طريق العلم حتى صار من أعلام عصره وأبرعهم في الفقه الشافعي، ألف الكثير من الكتب من أهمها حاشيته على تحفة المحتاج لابن حجر، وحاشية على المواهب اللدنية للقسطلاني، وحاشية على الشمائل وغيرها، وتوفي رحمه الله بمصر سنة ١٠٨٧ هـ.
انظر الترجمة له في: الأعلام للزركلي ٤/ ٣١٤.

(٢) حاشية الشبراملسي ٨/ ٢٣ ومثله في حاشية الشرقاوي ٤/ ٣٦٧.

وقد اتفق الفقهاء[1] على أن هذا الخطر يترتب عليه الحق في الدفاع الشرعي كما هو الحال في الصور والأمثلة السابقة، وقد دلت نصوص الفقهاء على ذلك صراحة ومنها ما سبق ذكره في الأنواع الماضية ولا داعي لتكراره.

ب ـ الخطر البسيط:

ويقصد به ذلك الخطر الذي يترتب على وقوعه ضرر بسيط، ومثاله اللطمة والضربة الخفيفة باليد أو السوط أو العصا الصغيرة، أو أخذ المال اليسير الذي لا يؤثر في المأخوذ منه، كالطعام القليل والماء القليل وما ماثله.

وهنا يثور التساؤل حول حكم الدفاع عن هذا الخطر، ومدى جواز الدفاع ضده، وهل يشترط في الخطر درجة معينة من الجسامة حتى ينشأ عنه الحق في الدفاع؟

بالقراءة في كتب الفقهاء المختلفة اتضح أنهم لم يشترطوا درجة معينة من الجسامة حتى ينشأ الحق في الدفاع الشرعي، بل يجوز الدفاع ضد أي خطر ولو كان بسيطاً، وأياً كان نوع الحق المعرض للاعتداء نفساً أو عرضاً أو مالاً[2]، وقد أطلقت النصوص الفقهية دفع كل معتد أيّاً كانت

---

(١) انظر مثلاً: البناية شرح الهداية للعيني ١٣/ ١١٢، رد المحتار ٦/ ٥٤٥، شرح الزرقاني ٧/ ١١٨، شرح الخرشي على مختصر خليل ٧/ ١١٢، حاشية العدوي على الخرشي ٧/ ١١٢، الحاوي الكبير للماوردي ١٣/ ٤٥١، أسنى المطالب ٤/ ١٦٧، الفروع ٦/ ١٤٥، الإنصاف للمرداوي ١٠/ ٢٦٥، المحلى لابن حزم ١١/ ١١٣.

(٢) انظر مثلاً ما ورد في: البناية للعيني ١٣/ ١١٢، رد المحتار ٦/ ٥٤٥، شرح الزرقاني ٧/ ١١٨، شرح الخرشي على مختصر خليل ٧/ ١١٢، حاشية العدوي على الخرشي ٧/ ١١٢، الحاوي الكبير ١٣/ ٤٥١، أسنى المطالب ٤/ ١٦٧، الفروع ٦/ ١٤٥، الإنصاف ١٠/ ٢٦٥، المحلى ١١/ ١١٣.

درجة الاعتداء الواقع منه، يدل على ذلك أنه يجوز دفع الناظر إلى ثقب الباب للتطلع على حريم الدار كما سبق، وهو ما قرره الحديث الشريف الذي سبق ذكره في هذا الشأن، فإذا كان مجرد التطلع يبيح الدفاع والدفع بفقء عين من ينظر فكيف بغيره من أنواع الاعتداء؟

وإذا كان قدر الجسامة غير مشروط في دفع الصائل على النفس والعرض فهل ينطبق نفس الحكم على الصائل على المال ولو كان قليلاً؟

اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين سوف أبينهما تفصيلاً حين أتكلم عن محل الاعتداء بإذن الله تعالى فهو الموضع المناسب للتفصيل فيه.

٤ـ الخطر العمدي والخطر الخطئي:

وبعد الكلام عن أنواع خطر الاعتداء السابقة يتبقى لدينا نوع واحد وأخير وهو مدى التعمد المصاحب لهذا الخطر، وهل يؤثر فيه الخطأ والعمد أم الدفاع جائز ضد كل خطر وأياً كان قصد القائم به؟ هذا ما سوف أبينه في السطور التالية:

أ ـ الخطر العمدي:

يقصد بالخطر العمدي ذلك الخطر الذي يقصد فيه الصائل إتيان الفعل المحرم وهو عالم أنه محرم[1]، ومثال ذلك أن يلقي حجراً من نافذة قاصداً إصابة شخص مار من أمامها، أو الإقدام على ضرب شخص قاصداً قتله، أو الدخول لمنزل بقصد السرقة لما فيه من مال، وهكذا.

وهذا الخطر يبيح الدفاع ضده بلا خلاف بين الفقهاء[2]، وهذا النوع

---

(١) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عودة ١/٤٠٩.

(٢) انظر المراجع السابقة في الصفحة الماضية ففيها تفصيل يكفي.

هو الأصل في أنواع الخطر، لأن الصائل في غالب الأمر يقصد ما يفعله، ويرمي إلى إحداث نتيجة معينة من فعله، والنادر أن يكون غير قاصد لفعله.

ب ـ الخطر غير العمدي أو الخطئي:

وهو على العكس من السابق لا يقصد فيه المعتدي إتيان الفعل المحرم، ولا إحداث نتيجة معينة، ولا الاعتداء على الغير في مال أو نفس أو عرض، ومثال ذلك أن يأتي الصائل الفعل المحرم أو يمتنع عن إتيان الواجب عليه دون قصد منه، كمن يلقي حجراً من نافذة بقصد التخلص منه فيصيب عن غير قصد مارّاً بالطريق، وهنا يثور التساؤل عن مدى المسؤولية عن هذا الفعل ومدى العقوبة الواجبة فيه، وهل ينشأ عنه حق الدفاع الشرعي أم لا؟

اتفق الفقهاء[1] على أن الفعل الخطأ تقوم عنه المسؤولية، وأن الجاني يكون مسؤولاً عن فعله هذا وعن النتائج المستتبعة له، وإن كان العقاب فيها أقل في شدته من العقاب على الجريمة العمدية، ففي القتل خطأ الدية، وفي القتل عمداً القصاص، ولا شك أن العقوبة الأولى أقل من الثانية.

أما بالنسبة لحق الدفاع الشرعي ضد الخطر الخطئي، كأن يقوم شخص برمي طائر فيصيب شخصا فهنا يحق للمصاب إن أراد الفاعل تكرار الفعل أن يدافع ضد هذا الخطر، لأن فعله غير مشروع وهو معاقب عليه،

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٧/ ٢٣٣، تكملة البحر الرائق للطوري ٨/ ٢٨٧، مواهب الجليل للحطاب ٦/ ٢٤٠، الأم للشافعي ٦/ ٤٥، نهاية المحتاج للرملي ٧/ ٢٦٧، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للشربيني ٤/ ١٨٦، المغني لابن قدامة ٩/ ٤١٠.

والدفاع يكون ضد الأفعال غير المشروعة، فكان الدفاع ضده جائزاً رغم أنه لا يقصد الإيذاء بفعله، ولا يرمي إلى إحداث ضرر ما به[1].



(١) انظر في تقرير ذلك: تبيين الحقائق ٦/ ٩٧، بدائع الصنائع ٧/ ٢٣٤، حاشية الشرقاوي على التحرير ٤/ ٣٧٩، أسنى المطالب ٤/ ١٧٠، الدفاع الشرعي للدكتور محمد سيد عبد التواب ص ١٦٥، التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عودة ١/ ٤٣٤.

الفرع الثاني

صور خطر الاعتداء في القانون الوضعي

كما هو الحال في الفقه الإسلامي يعرف القانون الوضعي أنواعاً مختلفة من خطر الاعتداء، فهناك الخطر الحقيقي والخطر الظني، وهناك الخطر الجسيم والخطر البسيط، والخطر العمدي والخطر الخطئي، والخطر الإيجابي والخطر السلبي، وسوف أبين صورة كل نوع منها وأبين حكمها حتى يمكن المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في وضوح، وذلك في السطور التالية:

١ ــ الخطر الإيجابي والخطر السلبي:

إن خطر الاعتداء المنشئ للدفاع الشرعي في القانون الوضعي قد يكون بطريق إيجابي، وقد يكون بطريق سلبي، ولكل صورة حكمها على الوجه التالي:

أ ـ الخطر الإيجابي:

يقصد بالخطر الإيجابي ذلك الخطر الذي يتم بإقدام الجاني على ارتكاب فعل معين مكون للخطر، ويمكن التعرف على هذا النوع من الخطر عن طريق مطالعة النصوص المجرمة للأفعال، ففي الغالب يقوم

القانون الوضعي بوضع عقوبات للأفعال المادية الواقعة من الغير، وهي في أكثر حالاتها أمور تقع بطريق إيجابي، ومن ذلك مثلاً القتل والسرقة والضرب وغيره من الجرائم.

وقد ذكر شراح القانون الوضعي[1] أن القانون يبيح الدفاع ضد هذا النوع من الخطر، لأنه ينطوي على ارتكاب فعل من الجاني بإرادة قاصدة لحدوث نتيجة معينة.

ب ـ الخطر السلبي:

ويقصد به ذلك الخطر الذي يقع نتيجة امتناع الجاني من فعل ما أوجبه عليه القانون، فالامتناع هنا هو الجرم الذي يرتكبه الجاني، ومثال ذلك أن يأمر قانون العقوبات بالقيام بفعل معين ومن يمتنع عنه يعاقب قانوناً على امتناعه، وتوصف الجريمة المرتكبة في هذا الشأن بأنها جريمة سلبية، ومن الملاحظ في قانون العقوبات أن أغلب الجرائم السلبية هي من نوع المخالفات، كالامتناع من قبول عملة البلد، والقليل منها جنح كالامتناع من النفقة المحكوم بها، وامتناع الموظف المختص بالقبض على مجرم محكوم عليه بالإعدام أو الأشغال الشاقة من اتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك.

ولا شك أن الممتنع هنا مرتكب لفعل مجرم قانوناً ومعاقب عليه، ولكن هل ينشئ هذا الامتناع حقاً لمن يقع عليه ضرر بسببه في الدفاع الشرعي ضده أم لا؟

---

(١) شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٧٠، خطر الاعتداء وأثره للدكتورة فوزية عبد الستار ص ١٧١، أصول قانون العقوبات القسم العام للدكتور أحمد فتحي سرور ص ٢٥٤، الأسس العامة لقانون العقوبات القسم العام للدكتور سمير الجنزوري ص ٥٢٥، النظرية العامة لعذر تجاوز الدفاع الشرعي للدكتور محمد نعيم فرحات ص ٣٤٢.

ذكر شراح القانون[1] أن الامتناع عن الفعل يتوافر به خطر الاعتداء متى كان الشيء الذي يمتنع عنه يفرضه القانون أو العقد على الممتنع عنه، كمن يحبس آخر في دار ويمنعه من الطعام والشراب، أو من يمتنع عن الشهادة التي يدعى لها ويترتب على امتناعه الحكم على المتهم بغير حق بالإعدام أو الأشغال الشاقة بنوعيها، أو تمتنع الأم عن إرضاع ولدها بقصد موته أو إيذائه، ففي هذه الصور وما ماثلها يكون خطر الاعتداء متحققاً، ومن ثم يقوم حق الدفاع الشرعي ضده.

وقد أباح قانون العقوبات المصري الدفاع ضد إحدى الجرائم السلبية عندما نص في المادة ٢٤٦/ ٢ منه على دفع الجرائم الواردة في الباب الرابع عشر من الكتاب الثالث من قانون العقوبات، ومن بين مواد هذا الباب المادة ٣٧٣ من قانون العقوبات والتي تعاقب كل من يدخل بيتاً مسكوناً أو معداً للسكنى أو في أحد ملحقاته أو في سفينة مسكونة أو في محل معد لحفظ المال ولم يخرج منه بناء على تكليفه ممن له الحق في ذلك.

فهنا عد الامتناع عن الخروج وهو أمر سلبي جريمة تبيح حق الدفاع الشرعي ضده وإخراجه من المكان بالقوة إن تعذر بوسيلة أخرى.

---

(١) انظر في ذلك:

شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ١٩٥، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٧٠، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣١٩، خطر الاعتداء وأثره للدكتورة فوزية عبد الستار ص ١٧١، أصول قانون العقوبات القسم العام للدكتور أحمد فتحي سرور ص ٢٥٤، الأسس العامة لقانون العقوبات القسم العام للدكتور سمير الجنزوري ص ٥٢٥، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٣٨١، النظرية العامة لعذر تجاوز الدفاع الشرعي للدكتور محمد نعيم فرحات ص ٣٤٢، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي للدكتور رؤوف عبيد ص ١٧١.

٢ ـ الخطر الحقيقي والخطر الظني:

كما يكون الخطر إيجابياً أو سلبياً قد يكون أيضاً حقيقياً أو ظنياً، ولكل منهما أثره المترتب عليه عند شراح القانون وبيانه كالتالي:

أ ـ الخطر الحقيقي:

يقصد بالخطر الحقيقي ذلك الخطر المتأهب للوقوع فعلاً، كمن يرفع يده بالسلاح ليضرب به، ومن يمسك بيده سكيناً ويجري نحو المدافع ليضربه بها، وهكذا، والأصل في الخطر أن يكون حقيقياً، بمعنى أن يكون واقعاً بالفعل، وهذا الخطر هو الذي ينشأ حق الدفاع الشرعي عنه عند شراح القانون، وما عناه قانون العقوبات عند إباحة الدفاع الشرعي كسبب من أسباب الإباحة[1].

ب ـ الخطر الظني:

أمّا الخطر الظني فهو ذلك الخطر الذي يتصوره الشخص المدافع فقط دون أن يكون له وجود في الحقيقة، كأن يتصور أن خطراً ما على وشك الوقوع به على الرغم من أن هذا الخطر غير قائم في الحقيقة والواقع.

ومثال ذلك أن يرى المالك لمنزل شخصاً في الظلام يدخل حديقة منزله فيظنه سارقاً فيقوم بضربه ثم يتبين أنه البستاني عاد للحديقة ليأخذ شيئاً نسيه من حاجياته الشخصية، ومثاله أيضاً أن يبصر المتهم شخصاً مقبلاً نحوه في الظلام وبيده شيء فخيل إليه أنه سلاح موجه إليه فعاجله بضربه بطلق ناري فجرحه أو قتله، ثم تبين بعد ذلك أنه لم يكن سلاحاً وإنما هي أداة

---

(١) انظر: شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ٢٠٢، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٣٨٣، خطر الاعتداء للدكتورة فوزية عبد الستار ص ١٧٢.

لا ضرر منها، أو أنه كان سلاحاً ولكن أحد أصدقائه كان يحمله وأراد المزاح معه بهذه الطريقة السيئة الطائشة.

فهل يثبت حق الدفاع الشرعي في مثل هذا الخطر، أم يشترط لنشوء حق الدفاع أن يكون الخطر حقيقياً؟

اختلف شراح القانون في ذلك على أربعة آراء على الوجه التالي:

الأول: ويرى أصحابه أن الخطر الظني كاف لقيام الحق في الدفاع الشرعي، وأنه يتعادل من حيث أثره مع الخطر الحقيقي، واشترط لذلك أن يثبت عدم ارتكاب المدافع لخطأ أي يكون بعيداً عن الرعونة وعدم الاحتياط، وأن يكون لديه بواعث مشروعة وجدية للاعتقاد في قيام خطر يهدده.

واستدل هذا الرأي على ما ذهب إليه من قول بأن النص القانوني المثبت لحق الدفاع الشرعي ـ وهو نص المادتين ٢٤٩، ٢٥٠ من قانون العقوبات ـ لا يتطلب أن يكون الخطر حقيقياً، بل يكفي أن يكون الخطر متصوراً وماثلاً في ذهن المدافع وقت الدفاع حتى ولو ثبت بعد ذلك أن الخطر لم يكن له أصل في الواقع متى توافر شرط كون التقدير الذي قدره المدافع في وجود الخطر مبنياً على أسباب معقولة، وتقدير ظروف الدفاع هذه يجب أن يكون المعيار فيها ذا صبغة شخصية بأن تراعى فيه الظروف المختلفة التي تتفاوت بتفاوت الشخصيات وظروف كل منها وما أحاط به من عوامل وقت العدوان[1].

---

(١) انظر: الجريمة والمجرم والجزاء للدكتور رمسيس بهنام ص ٢٣٤، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٣٨٢، مبادئ القسم العام من قانون العقوبات للدكتور رؤوف عبيد ص ٥٣٤، مبادئ القانون الجنائي للدكتور علي راشد ص ٥٥٢، الأحكام العامة لقانون العقوبات للدكتور السعيد مصطفى ص ٤٤٤، نظرية الجريمة المتعدية القصد للدكتور جلال ثروت ص ٥٨١، المسؤولية الجنائية =

يضاف إلى ذلك أن القانون المدني المصري استبعد في المادة ١٦٦ والخاصة بالمسؤولية المدنية هذه المسؤولية عمن أحدث أضراراً وهو في حالة دفاع شرعي دون أن تفرق بين قيام حالة الدفاع بناء على خطر حقيقي أو ظني.

وبناء على هذا الرأي فإن وجود أمارات قوية تدل على وقوع الاعتداء الحال كافية تماماً لجعل الدفاع مشروعاً بغض النظر عما يظهر بعد ذلك من كون الدفاع كان عن خطر حقيقي أو ظني، فكل ما يلزم لإباحة الدفاع حسب هذا الرأي أن يكون المدافع معتقداً لأسباب معقولة وجود اعتداء وشيك، فإن كان الاعتقاد بوجود اعتداء لا يستند لأسباب معقولة كان الفعل عدواناً ولا يندرج تحت الدفاع الشرعي بحال.

ورغم أن هذا الرأي له وجاهته، وأخذت به محكمة النقض المصرية في كثير من أحكامها، إلاّ أنه تعرض للنقد من قبل العديد من الشراح على اعتبار أن هذا الرأي غير مطابق للواقع في القانون، فبالنسبة لقانون العقوبات لم يبح الدفاع الشرعي بناء على الاعتقاد الظني بوجود الخطر، وإنما نفى المسؤولية الجنائية في هذه الحالة، وفرق بين الأمرين كبير، والقول بغير ذلك يرتب آثاراً بالغة الخطورة، ويكفي منها أن يترتب على إباحة الفعل أن من بوشر ضده فعل الدفاع لا يلتزم قانوناً بتحمله وعدم الدفاع عن نفسه لمجرد وهم وقع فيه المدافع، وهو ما لا يمكن أن يكون قصداً للمشرع القانوني.

كما أن مقتضيات العدالة تستلزم أن يكون لمعقولية الظن أثره في مجال

للدكتور مصطفى القللي ص ٣٣٧، خطر الاعتداء للدكتورة فوزية عبد الستار ص ١٧٢ وما بعدها.

المسؤولية لا الإباحة، لا سيما أن إباحة الفعل تعني عدم المسؤولية الجنائية والمدنية عنه وعن نتائجه قطعاً.

وغير هذا وذاك فإن أساس الإباحة ذو طبيعة موضوعية ـ كما سبق القول ـ وهو ما يقتضي أن يكون الخطر حقيقياً لا ظنياً، وهو خلاف ما عليه هذا الرأي الذي يبيح الدفاع بناء على الظن دون الحقيقة[1].

الثاني: ويرى أصحابه عدم الاعتداد بالخطر التصوري أو الوهمي لإباحة الدفاع الشرعي، وأن الخطر الظني لا يتعادل في أثره القانوني مع الخطر الحقيقي أو الوهمي وإنّما لا بد لنشأة الدفاع الشرعي من وجود الخطر الحقيقي، فإن كان الخطر وهمياً فمعنى ذلك أنه لا وجود له إلاّ في مخيلة المدافع، ومن ثم لا يكون هناك محل لإباحة الدفاع الشرعي، وحالة تخلف ظن المدافع هنا تكيف على أساس أنها غلط في الإباحة، وتأخذ حكم الغلط في الإباحة الذي سبق ذكره من قبل.

واستدل هذا الرأي على ما ذهب إليه بأن الدفاع الشرعي يتطلب أن يكون الخطر حقيقياً، فالدفاع الشرعي شأنه شأن أسباب الإباحة ذو طبيعة موضوعية لا شخصية مما يستلزم توافر شروطه في الواقع حتى تترتب آثاره دون توقف على العنصر الشخصي، وبناء عليه فإذا كان القانون يتطلب خطر الاعتداء كشرط لتوافر الدفاع الشرعي فإنه ينبغي أن يوجد فعلاً في الواقع وليس في مخيلة المدافع، ومن هنا كان الخطر الوهمي غير معادل للخطر الحقيقي[2].

---

(١) انظر في ذلك: شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ٢٠٣، قانون العقوبات للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٢١٢، تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ١٧٤ وما بعدها.

(٢) انظر في عرض هذا الاتجاه: قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون سلامة =

وقد أخذ على هذا الرأي ما يلي:

١ ـ إنه ربط بين الغلط في الإباحة وفكرة القصد الجنائي، ولا علاقة بين الاثنين من قريب أو بعيد، فالغلط في الإباحة لا يصلح أساساً للدفع بامتناع المسؤولية ما لم يثبت أن اعتقاد الفاعل بتوافر أسباب الإباحة كان مبنياً على غلط ضمني يقع فيه الشخص العادي في مثل هذه الظروف دون تفرقة بين الجرائم العمدية وغير العمدية، ولا يرجع انتفاء المسؤولية إلى انتفاء القصد الجنائي وإنما يرجع إلى هذا الغلط، فينتفي القصد والخطأ متى كان هذا الغلط حتمياً لتخلف عنصر آخر من عناصر الركن المعنوي للجريمة خلاف عنصره النفسي وهو التكوين الطبيعي للإرادة، وينتفي وصف الإثم عن مسلك الفاعل، لأن الظروف التي تكونت فيها إرادته لم تكن ظروفاً طبيعية بحيث تسمح بتكوين إرادته على وجه صحيح.

٢ ـ إن هذا الرأي يغفل تماماً الحالة النفسية التي يكون فيها المدافع، وينصرف إلى الاعتداد بموضوعية خطر الاعتداء وكونه حقيقياً، وهو ما يعيبه، فرغم أن أسباب الإباحة ومنها الدفاع الشرعي محل البحث هنا ذات طبيعة موضوعية إلاّ أن ذلك لا يمنع من الاعتداد ببعض العناصر الشخصية التي يمكن في ضوئها تقدير توافر سبب الإباحة كما سيأتي عند الحديث عن اعتبارات تقدير التجاوز في الدفاع الشرعي.

ص ٢١٣، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ٢٠٣، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٣٨٤، خطر الاعتداء للدكتورة فوزية عبد الستار ص ١٧٧، أصول قانون العقوبات القسم العام للدكتور أحمد فتحي سرور ص ٢٦٥ وما بعدها، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ١٤١، الأسس العامة لقانون العقوبات للدكتور سمير الجنزوري ص ٥١٨، نظرية الدفاع الشرعي للدكتور يوسف قاسم ص ١٧٨.

الثالث: ويرى أصحابه أنه يجب لقيام حالة الدفاع الشرعي أن يكون خطر الاعتداء حقيقياً، فإن كان الخطر وهمياً أو ظنياً كان غير كاف لتبرير الدفاع الشرعي[1].

ويُعاب على هذا الرأي أنه لم يفرق بين الخطر المبني على ظن قوي والمبني على ظن واه أو ضعيف، مع أن كلاً منهما له أثره المخالف للآخر، ويظهر ذلك في التمثيل لكل حالة بمثال واحد، كمن يقوم بحراسة أرضه ويدخل عليه رجل ليلاً حاملاً سلاحاً فيظن أنه يريد الاعتداء عليه فيضربه ضربة تودي به أو تجرحه جروحاً بالغة ثم يتبين خطأ ظنه، لا شك أن هذه الحالة تخالف ما لو كان يحرس الأرض نفسها ومر بجوارها رجل دون أن يدخل عليه فحسبه لصاً فضربه، فهنا الظن ضعيف بل وواه من أساسه، على خلاف الحالة الأولى التي كان الظن فيها قوياً.

يضاف إلى ذلك أن هذا الرأي يعمل النظرية الموضوعية بطريقة مجردة يغفل معها تماماً تأثير العوامل النفسية وما تحدثه من أثر على صاحبها تجعله متجهاً اتجاهاً معيناً.

الرابع: ويرى أصحابه أنه لا يجوز الأخذ بأي من الآراء السابقة على حدة وإنما يجمع بينها، وذلك عن طريق التمييز بين صورتين من صور الخطر غير الحقيقي، وهما الخطر شبه الحقيقي والخطر الظني أو الوهمي، فالخطر الأول يكون مظهر الشخص فيه غامضاً وغير معروف النوايا بينما حركاته وكلماته وتعبيرات وجهه تجعل أي شخص يستشعر أن الاعتداء حقيقي، وفي هذه الحالة يكون الدفاع جائزاً، بينما في الحالة الثانية لا يجوز الدفاع وهي حالة الخطر الوهمي الذي لا يقوم إلاّ في مخيلة المدافع فقط دون أن يكون له

---

(١) انظر في عرض هذا الرأي الموسوعة الجنائية لجندي عبد الملك ١/ ٥٢٨.

نصيب من الواقع ولا يوجد له مظهر خارجي يدل عليه.

وبناء على هذا الرأي فإن الخطر شبه الحقيقي يكون مبنياً على أسباب معقولة تتمثل في حركات المعتدي أو كلماته أو تعبيرات وجهه، وهذه الأسباب هي التي تجعل الشخص العادي يعتقد بوجود الاعتداء، ومن ثم تدفع المدافع للقيام بما فعل، على خلاف الخطر الوهمي الذي يقوم على أسباب غير معقولة ولا وجود له إلاّ في مخيلة المدافع فقط دون أن يكون له سند من الواقع.

وهذا الرأي هو الذي يفضله كثير من الشراح ـ وأرى معهم ـ أنه جدير بالاعتبار والترجيح، لأنه يتوسط بين الآراء السابقة فلا يغالي في أحدها على حساب الآخر.

الخطر الوهمي في قانون العقوبات المصري:

من يقرأ ما جاء به قانون العقوبات المصري في المادتين ٢٤٩ و٢٥٠ يجد أنه يبيح القتل العمد دفاعاً عن النفس أو المال أو العرض في كل فعل يتخوف منه الموت أو حدوث جراح بالغة مما يوضح أنه يعتد بالخطر الوهمي، فهو لم ينص على كون الفعل محدثاً واقعاً أو حقيقة للموت أو الجراح البالغة، بل أباح الدفاع ضد التخوف من ذلك، ولكن النص يوحي أيضاً بمفهومه أنه لم يجعل الأمر هكذا مطلقاً بل اشترط في فحواه أن يكون لهذا التخوف والاعتقاد أسباب معقولة بناء على الملابسات والظروف المصاحبة له[1].

---

(١) انظر في ذلك: شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ٢٠٢ وما بعدها، خطر الاعتداء للدكتورة فوزية عبد الستار ص ١٧٨.

٢ ـ الخطر الجسيم والخطر البسيط:

وهذا هو التقسيم الثالث لأنواع الخطر المبيح للدفاع الشرعي، وهو تقسيم الخطر بحسب درجة جسامته، حيث ينقسم خطر الاعتداء بحسبه إلى نوعين هما الخطر الجسيم والخطر البسيط، وقد اختلف شراح القانون في درجة جسامة الخطر حتى ينشأ الحق في الدفاع الشرعي ضده إلى آراء عدة هي:

الأول: ويرى أصحابه أن الدفاع الشرعي لا ينشأ إلا إذا كان الخطر أو الاعتداء على درجة من الجسامة، وبناء على هذا الرأي لا يكون هناك محل للدفاع الشرعي ما لم يكن التعدي على درجة من الجسامة، ولذا يفرق القانون بين الاعتداء على النفس والاعتداء على المال، ويجعل لكل منهما حكماً مستقلاً.

وقد انتقد هذا الرأي بناء على أن الأخذ به يعرض كثيراً من المصالح التي يحميها القانون لخطر الاعتداء، فهو يضيق من نطاق الدفاع الشرعي للغاية، ولا يعترف بنشوء الحق فيه إلاّ في حالة الخطر الجسيم أو بعد وجود درجة معينة من الجسامة، يضاف إلى ذلك أن الأخذ بهذا الرأي يؤدي إلى مشكلات عملية عديدة من ناحية تحديد درجة العدوان المطلوبة لنشأة الحق في الدفاع الشرعي، وهذا يجعل من له الحق في الدفاع على خوف من استعمال حقه لربما يكون متجاوزاً لحقه فيه، فضلاً عن أن هذا الاتجاه قاصر عن ملاحقة التطورات الهائلة التي تظهر في العصر الحديث في مختلف الحقوق والواجبات وأنواع المصالح[1].

---

(١) انظر في عرض هذا الرأي ونقده:
شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٢٤، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ١٩٥، قانون العقوبات القسم

الثاني: ويرى أصحابه أن الدفاع الشرعي يقوم عن كل خطر يتعرض له المدافع دون نظر لمقداره، وسواء أكان جسيماً أم غير جسيم، فلا يشترط قدر معين من الجسامة فيه، وهذا ما أخذ به أغلب الشراح، واتجهت إليه معظم التشريعات الجنائية المعاصرة ومنها التشريع العقابي المصري، فقد استقر رأي شراح القانون المصري على عدم اشتراط درجة معينة للجسامة في الخطر حتى ينشأ عنه الدفاع الشرعي، بل يقوم الحق في الدفاع عن كل خطر أياً كانت درجة جسامته، فالاعتداء مهما كان بسيطاً يبرر الدفاع الشرعي وكل ما هنالك أنه يجب في الدفاع أن يكون متناسباً مع قدر الاعتداء وإلاّ كان المدافع متجاوزاً للحدود المباحة له قانوناً، ومن ثم متى كان فعل المعتدي لا يشكل خطراً، فلا يكون هناك مسوغ لاستعمال القوة، ولا ينشأ الحق في الدفاع ضده[1].

وهذا الرأي هو الأصوب في رأيي وهو ما أخذت به المحاكم المصرية في كثير من أحكامها، وقضت به محكمة النقض المصرية في صدد كثير

= العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٢٢٩ وما بعدها، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٣٨٠، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣٢١، المسؤولية الجنائية للدكتور مصطفى القللي ص ٣١٣، الموسوعة الجنائية لجندي عبد الملك ١/ ٥١٩، تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ١٨٢.

(١) انظر في عرض هذا الرأي:
قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٢٢٩ وما بعدها، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٣٨٠، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣٢١، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٢٤، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ١٩٥، المسؤولية الجنائية للدكتور مصطفى القللي ص ٣١٣، الموسوعة الجنائية لجندي عبد الملك ١/ ٥١٩، تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ١٨٢.

من الوقائع والقضايا التي عرضت عليها.

٤ ــ الخطر العمدي والخطر الخطئي:

إن الأصل العام في فعل الاعتداء أن يكون عمدياً، بمعنى أن يقصد الفاعل الجريمة التي يرتكبها، ومع ذلك يمكن أن يكون فعل الاعتداء غير عمدي وذلك تبعاً للتقسيم السابق ذكره للجرائم[١] من ناحية الركن المعنوي فيها.

والجرائم العمدية هي تلك الجرائم التي تتطلب نشاطاً مقصوداً من الجاني وهو ما يقال له القصد الجنائي أو العمد، والمتمثل في صورة إرادة متجهة مباشرة إلى تحقيق أركان الواقعة الإجرامية، ومثال ذلك القتل العمد والحريق العمد والسرقة والضرب والجرح عمداً وغير ذلك من جرائم.

أمّا الجرائم غير العمدية فهي تلك التي تتجه فيها إرادة الجاني إلى ارتكاب الفعل المجرم دون أن تقصد وقوع نتيجته، كمن يقود سيارته بسرعة تتجاوز الحد المسموح به، أو يطلق عياراً نارياً في مزرعة خاصة به فيصيب به شخصاً بدون قصد، فهذا النوع من الجرائم يتميز بانتفاء القصد الجنائي فيه، حيث لم تتجه له الإرادة الشخصية[٢].

ولما كانت الجرائم العمدية هي الفئة الغالبة في الواقع والتصنيف كان

---

(١) انظر هامش ص ١٥٢ وما بعدها من هذا البحث.

(٢) انظر في ذلك:
مبادئ القسم العام من التشريع العقابي للدكتور رؤوف عبيد ص ١٨٣، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ٦٠٤، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٦٠٠، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون سلامة ص ٢٦٧، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٤١٩.

طبيعياً أن يكون الأصل في خطر الاعتداء أن يكون عمدياً، ومع ذلك فإن الدفاع الشرعي في القانون الوضعي جائز لرد كل خطر اعتداء أياً كان نوعه عمدياً أم خطئياً، فقد قررت المادة ٢٤٦ من قانون العقوبات المصري أن الدفاع الشرعي يبيح استعمال القوة لرد كل فعل يعتبر جريمة ولو كانت مرتكبة بدون قصد، فالمشرع المصري قد أطلق في تعبيره ليشمل كل أنواع الخطر، فيجوز الدفاع ضد الخطر العمدي وغير العمدي على السواء، ومثال ذلك من يقود سيارته وهو مخمور لا يدري ممّا يهدّد حياة الراكبين معه، أو يقودها بسرعة كبيرة ممّا يهدّد سلامتهم فيجوز لهم في هذه الحالة الدفاع الشرعي ضده بمنعه من القيادة بهذه الصورة ولو بدفعه بالقوة عن عجلة القيادة، وكذلك الطبيب الذي يملأ المحقن الذي سيحقن به المريض بمادة سامة أمامه وهو يراه بدلاً من ملئها بالدواء على طريق الخطأ يجوز الدفاع ضده ومقاومته ولو بالقوة من أجل منعه من حقنه بها، وهكذا فيما شابه هذا الأمر من وقائع[1].

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

بعد ذكر الصور المختلفة لخطر الاعتداء على الوجه السابق في الشريعة والقانون الوضعي يتضح لنا عدة أمور بالمقارنة بين المنهجين ألخصها في النقاط التالية:

أولاً: يتفق الرأي الغالب في القانون الوضعي مع ما ذهب إليه الفقه

---

(١) انظر في ذلك:
الجريمة والمجرم والجزاء للدكتور رمسيس بهنام ص ٣٨١، المسؤولية الجنائية للدكتور مصطفى القللي ص ٣١٥، الدفاع الشرعي للدكتور محمد سيد عبد التواب ص ١٦٥، خطر الاعتداء للدكتورة فوزية عبد الستار ص ١٨٠، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٢٤، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣٢٣.

الإسلامي من نشوء حق الدفاع الشرعي من أي خطر أياً كانت درجة جسامته ولو كان بسيطاً، فلا يشترط في الدفاع أن يكون الخطر جسيماً، ولا يتطلب في الخطر أن يبلغ كمّاً معيّناً ولا كيفاً محدداً، بل ينشأ الحق في الدفاع أياً كانت كمية الخطر أو كيفيته.

ثانياً: يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في أن خطر الاعتداء لا يشترط فيه أن يكون ناشئاً عن فعل إيجابي، بل قد يكون ناشئاً عن فعل سلبي وينشأ عنه حق الدفاع الشرعي، ولذا يقوم حق الدفاع الشرعي لمن يواجه خطر الاعتداء سلبياً كان هذا الاعتداء أم إيجابياً.

ثالثاً: يرى فقهاء الشريعة أن فعل الدفاع يقوم متى كان الخطر متوقعاً لأسباب معقولة، أي سواء كان الخطر حقيقياً أم ظنياً مبنياً على أسباب معقولة، أما الخطر الوهمي أو المبني على أسباب غير معقولة فلا يقوم به حق الدفاع الشرعي، وهذا القول متفق عليه بينهم، بينما اختلف شراح القانون إلى آراء عدة تناقضت وتناقشت فيما بينها، وبعد جدال رجحت الرأي الرابع منها وهو الذي يفرق بين الظن المبني على أسباب معقولة وغيره مما بني على أسباب واهية، وبذلك يتفق الفقه القانوني في هذا الرأي مع ما قال به فقهاء الشريعة، ويبقى لفقهاء الشريعة فضل السبق من ناحية والذي تعدى فقهاء القانون بسنين بل بقرون عديدة، وفضل الدقة المتناهية في العبارات من ناحية أخرى.

رابعاً: يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في أن الدفاع الشرعي يقوم ضد الخطر العمدي وغير العمدي ما دام أن الفعل الذي يقوم به المعتدي معاقباً عليه إذا تمت الجريمة، ومن هنا ينشأ الحق في دفع الصائل بطريق الخطأ أو العمد على حد سواء.

المطلب الثالث

أوصاف الاعتداء وكيفية دفعه

وفيه فرعان:

الفرع الأول

أوصاف الاعتداء وكيفية دفعه في الفقه الإسلامي

يقصد بأوصاف الاعتداء ما يتوافر فيه لكي يقوم الحق في الدفاع الشرعي، ومن أهم أوصاف الاعتداء في هذا الشأن عدم المشروعية، وحلول الاعتداء، وسوف أتكلم عن كل منهما في السطور التالية:

١ ــ عدم المشروعية:

يقصد بعدم مشروعية الخطر المبيح للدفاع الشرعي أن يكون الفعل الذي يثير الخطر عملاً محرماً شرعاً، ويخشى من وقوعه أن يرتب ضرراً للغير، وبهذا يعلم أن الفعل يكون غير مشروع في ذاته متى كانت الشريعة تعده عملاً محرماً[١].

---

(١) الدفاع الشرعي للدكتور يوسف قاسم ص ١٥٧.

وقد سبق القول إن الجريمة عبارة عن محظورات شرعية رتب عليها الشارع حدّاً أو تعزيراً، والصيال استطالة ووثوب على الغير بدون وجه حق، ومن هنا فإن حق الدفاع ينشأ ضده باعتباره عملاً غير مشروع.

وعدم المشروعية هذا شرط في الخطر حتى يمكن القول بنشوء حق الدفاع الشرعي ضده، فلو كان العمل مشروعاً في ذاته لا يباح الدفاع ضده مثل حق التأديب، وواجب إقامة الحدود الذي يؤديه الجلاد، حيث يقوم بتنفيذ العقوبة كما أمر بها الشارع سبحانه، ومن التطبيقات على ذلك مثلاً في تأديب الزوجة والولد ما ذكره ابن قدامة[1] حيث يقول «وليس على الزوج ضمان الزوجة إذا تلفت من التأديب المشروع في النشوز، ولا على المعلم إذا أدب صبيه الأدب المشروع وبه قال مالك، وقال الشافعي وأبو حنيفة يضمن»[2].

وجاء في تبصرة الحكام في تأديب الصبي وتعليمه «وأما المعلم فقال مالك في معلم الصبيان في الكتاب أو معلم الصنعة إن ضرب صبياً ضرباً يعلم أنه من الأدب فمات لم يضمن»[3].

وجاء في شرح منتهى الإرادات في تأديب الزوجة والولد «ومن أدب ولده أو أدب زوجته في نشوز ولم يسرف لم يضمن، أو أدب معلم صبيه أو أدب سلطان رعيته ولم يسرف أي لم يزد على الضرب المعتاد فيه لا في عدد ولا في شدة فتلف المؤدَّب بذلك لم يضمنه المؤدِّب نصاً، لفعله ما له فعله شرعاً بلا تعد أشبه سراية القود والحد، وإن أسرف المؤدب أو زاد على ما يحصل به المقصود فتلف بسببه ضمنه لتعديه بالإسراف»[4].

---

(١) سبقت الترجمة له.

(٢) المغني لابن قدامة ٩/ ١٥٠، وانظر أيضاً في نفس المعنى الإنصاف للمرداوي ٦/ ٧٩.

(٣) تبصرة الحكام ٢/ ٣٤٠.

(٤) شرح منتهى الإرادات ٣/ ٢٩٩.

وفي إباحة عمل الطبيب وعدم ضمانه في الأصل جاء في المغني «وإن قطع طرفاً من إنسان فيه أكلة أو سلعة بإذنه وهو كبير عاقل فلا ضمان عليه، وإن قطعه مكرهاً فالقطع وسرايته مضمون بالقصاص»[1].

وفي إباحة فعل الإمام جاء في الهداية «ومن حده الإمام أو عزره فمات ندمه هدر، لأنه فعل ما فعل بأمر الشرع، وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة»[2].

وجاء في المغني عند الحديث عن استيفاء الإمام للحدود «ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً في سائر الحدود أنه إذا أتى بها على الوجه المشروع من غير زيادة فإنه لا يضمن من تلف بها، لأنه فعلها بأمر الله وأمر رسوله فلا يؤاخذ به، ولأنه نائب عن الله تعالى فكان التلف منسوباً إلى الله تعالى، وإن زاد على الحد فتلف وجب الضمان بغير خلاف نعلمه، لأنه تلف بعدوانه، فأشبه ما لو ضربه في غير حد»[3].

فكل هذه النصوص قد بينت أن الفعل متى كان مشروعاً لم يكن هناك وجه للدفاع ضده، وعلى العكس من ذلك متى كان الفعل غير مشروع قام الحق في الدفاع الشرعي.

ولا يشترط في الفعل المبيح لحق الدفاع الشرعي أن يكون غير مشروع فقط بل يلزم أيضاً أن يترتب عليه ضرر للغير، فإن كان مخالفاً للشريعة ولم يترتب عليه ضرر للغير فلا يسمى صيالاً، ومن ثم لا يترتب عليه الدفاع الشرعي، لأن من ارتكب فعلاً غير مشروع ولم يترتب عليه ضرر للغير لا يسمى صيالاً مبيحاً لحق الدفاع الشرعي، ومن ثم لا يتصور دفعه في هذه

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/ ..١٥

(٢) الهداية للمرغيناني ٥/ ٣٥٢.

(٣) المغني لابن قدامة ٩/ ١٤٠.

الحالة، وإن أمكن دفعه تحت مسمى آخر وهو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي يعد دفاعاً عاماً كما سبق القول، ومن ذلك مثلاً اعتداء الإنسان على نفسه بالأذى أو على ماله بالتلف فهو لا يعتبر صائلاً هنا وإن أمكن القول بوجوب التدخل لمنعه من فعله على سبيل النهي عن المنكر.

وقد ذكر الفقهاء[1] في تعبيراتهم عن الصيال وتعريفهم له جملاً تدل على أن الصيال لا يكون متحققاً إلاّ إذا ترتب عليه ضرر بالغير أو بحق من حقوقه.

ومن الملاحظ أيضاً في شأن عدم المشروعية أن الفعل الذي يبيح الدفاع الشرعي هو الفعل الذي يقوم به الصائل ويهدد بوقوع جريمة ما، فالدفاع مشروع لمنع وقوع الضرر أو منع استمراره بعد بدء وقوعه بالفعل، ويشرع الدفاع ولو كان الخطر غير المشروع في مرحلة التحضير فقط أو مجرد الشروع في الجريمة، أما الفعل الذي كون جريمة ووقعت فلا يبيح حق الدفاع وإنما يكون العقاب من سلطة ولي الأمر في هذه الحالة، ما لم تكن الجريمة في طريقها للتمام بعد ذلك، كما لو سرق شيئاً وأراد الفرار به فهنا يحق له الدفاع بناء على أن الجريمة لم تتم بعد[2].

٢ ــ حلول الاعتداء:

يشترط أيضاً في الخطر المبيح للدفاع الشرعي أن يكون حالاً وواقعاً

---

(١) انظر مثلاً: إعانة الطالبين للبكري ٤/ ١٧٠، نهاية المحتاج للرملي ٨/ ٢٣، الفروع لابن مفلح ٦/ ١٤٥، الإنصاف للمرداوي ١٠/ ٢٦٥، المبدع لابن مفلح ٩/ ١٥٤.

(٢) الهداية شرح بداية المبتدي للمرغيناني ١٣/ ١٠٤، حاشية الدسوقي ٤/ ٣٥٧، الأم للشافعي ٦/ ٣٣، المغني لابن قدامة ١٠/ ٣٥٢، الفروع لابن مفلح ٦/ ١٤٦، نظرية الدفاع الشرعي للدكتور يوسف قاسم ص ١٦٠.

بالفعل أو على وشك الوقوع وليس هناك مجال لدفعه سوى الدفاع الشرعي، ويقصد بالحلول لغة الوقوع وبلوغ الغاية، يقال حل الدين حلولاً انتهى أجله[1].

وفي الاصطلاح لا يخرج عن هذا المعنى، وهو هنا يقصد به أن يكون الخطر واقعاً بالفعل أو على وشك الوقوع، ولذا فإن من ينظر في كتب الفقهاء يجد أن حلول الخطر في الفقه الإسلامي له صورتان:

الأولى: أن يقع الاعتداء بالفعل كما لو بدأ المعتدي بضرب المعتدى عليه واستمر في الضرب، أو عضه وما زالت أسنانه في يد المعضوض أو ذراعه، أو ما زال ممسكاً بالمضروب ويوالي له اللكمات أو الطعن بآلة ما أو عصا في يده[2].

ومن التطبيقات التي ذكرها في هذا الشأن ما جاء في البحر الرائق «لكل مسلم إقامته حال مباشرة المعصية أما بعد الفراغ منها فليس ذلك لغير الحاكم»[3].

وجاء في تكملة البحر الرائق ومن أشهر على المسلمين سيفاً وجب قتله، ولا شيء بقتله لقوله عليه الصلاة والسلام «من شهر على المسلمين سيفاً فقد أحل دمه»[4].

---

(١) المصباح المنير للفيومي ص ١٤٧، مختار الصحاح للرازي ص ١٥١.
(٢) انظر في هذا المعنى: البناية للعيني ١٣/ ١٠٤، البحر الرائق لابن نجيم ٥/ ٤٥، تبصرة الحكام ٢/ ٣٥٢، شرح الخرشي ٧/ ١١٢، الأم ٦/ ٣٣، مغني المحتاج ٤/ ١٩٩، نهاية المحتاج ٨/ ٢٣، أسنى المطالب ٤/ ١٦٧، روضة الطالبين للنووي ٩/ ١١، شرح الزركشي على متن الخرقي ٦/ ٤٠٩ ط عالم الكتب بيروت.
(٣) البحر الرائق لابن نجيم ٥/ ٤٥.
(٤) سبق تخريجه.

وجاء في الهداية «ومن شهر على المسلمين سيفاً فعليهم أن يقتلوه لقوله عليه الصلاة والسلام «من شهر على المسلمين سيفاً فقد أطل دمه»[1]، ولأنه باغ فتسقط عصمته ببغيه، . . . وقول محمد رحمه الله في الجامع الصغير فحق على المسلمين أن يقتلوه إشارة إلى الوجوب، والمعنى وجوب دفع الضرر، وفي الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحاً ليلاً أو نهاراً أو شهر عليه عصا ليلاً في مصر أو نهاراً في طريق مصر فقتله المشهور عليه عمداً فلا شيء عليه لما بينا»[2].

وجاء في شرح الخرشي[3] «ويجوز للمصول عليه قتل الصائل ابتداء إذا علم أنه لا يندفع عنه إلاّ به»[4].

وجاء في روضة الطالبين «وكذا لو حال بينهما جدار أو خندق أو نهر عظيم، فإن حال نهر صغير وغلب على ظنه أنه إن عبر النهر عليه قال ابن الصباغ فله رميه ومنعه العبور أما إذا لم يندفع الصائل إلاّ بالضرب فله الضرب. . . وكذا لو هرب فتبعه وضربه ضمن ولو ضربه حصول فولى هارباً أو سقط وبطل صياله فضربه أخرى فالثانية مضمونة بالقصاص

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) الهداية للمرغيناني ٤/ ١٦٤، ومثله في بداية المبتدي له أيضاً ١/ ٢٤٠.

(٣) الخرشي: أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد الخرشي المالكي، نسبة لقرية أبو خراش بالبحيرة بمصر، ولد سنة ١٠١٠ هـ، كان رحمه الله فقيهاً فاضلاً وعالماً جليلاً قل أن يجود الزمان بمثله، وهو أول من تولى مشيخة الأزهر، أقام حياته في القاهرة متعلماً ومعلماً، ألّف الكثير من الكتب المفيدة منها شرحه على متن خليل في فقه المالكية، وكتاب منتهى الرغبة في حل ألفاظ النخبة لابن حجر في المصطلح، والشرح الصغير على متن خليل، والفرائد السنية شرح المقدمة السنوسية في التوحيد وغيرها، وتوفي رحمه الله بالقاهرة سنة ١١٠١ هـ.
انظر الترجمة له في: تاريخ الجبرتي ١/ ١٢١.

(٤) شرح الخرشي ٧/ ١١٢.

وغيره، فإن مات منهما لم يجب قصاص النفس ويجب نصف الدية، لأنه هلك وغيره، ولو عاد بعد الجرحين فصال فضربه ثالثة فمات منها لزمه ثلث الدية، ومتى غلب على ظنه أن الذي أقبل عليه بالسيف يقصده فله دفعه بما يمكنه وإن لم يضربه المقبل. . . والمعتبر في حق كل شخص حاجته»[1].

وجاء في شرح المنهج «وإن رآه أولج في أجنبية فله أن يبدأه بالقتل وإن اندفع بدونه فإنه في كل لحظة مواقع لا يستدرك بالأناة»[2].

وجاء في الفروع «قال أحمد: لا تريد قتله وضربه ولكن دفعه. . . لا يجوز أن يذهب إليه إذا ولى، ونقل الفضل إن صار في موضع يعلم أنه لا يصل إليك فلا تتبعه»[3].

فالنصوص السابقة وغيرها يظهر منها بوضوح أنه يجوز دفع الصائل متى كان خطر الاعتداء حالاً أي واقعاً بالفعل، فإن لم يكن كذلك بأن كان قد وقع فعلاً فلا وجه للدفاع حينئذ، لأنه يكون مجرد انتقام ومعاقبة وهما للحاكم لا لأفراد الناس، وكذا لو تعطل وقوع الخطر لسبب ما ولو كان من المعتدي، كما لو انكسرت رجله أو وقعت الآلة التي يضرب بها من يده، أو حدث أي عائق يحول بينه وبين الاعتداء، وذلك لأن الهدف من الدفاع الشرعي هنا قد انتهى ومن ثم لا يجوز إتيانه.

الثانية: أن يكون خطر الاعتداء لم يبدأ بعد ولكنه على وشك الوقوع، وقد ذكر الفقهاء في أكثر من موضع في كتبهم أن الاعتداء وشيك الوقوع يبيح الدفاع الشرعي، وليس مطلوباً من المعتدى عليه أن

---

(١) روضة الطالبين ١٠/ ١٨٧.
(٢) شرح المنهج للشيخ زكريا الأنصاري ٥/ ١٦٨ مطبوع مع حاشية الجمل.
(٣) الفروع لابن مفلح ٦/ ١٤٥، ومثله في كشاف القناع ٦/ ١٥٤.

يقف مكتوف الأيدي حتى يقع عليه الاعتداء ثم يشكو إلى الحاكم، بل هو مطالب بالدفاع عن عرضه وجوباً، ومطالب بالدفاع عن نفسه وجوباً عند جمهور الفقهاء كما سبق، وجائز له ذلك عند البعض الآخر.

وبناء على ذلك فقد اتفق الفقهاء[1] على أن الخطر الوشيك الوقوع والذي يمكن حسب السير العادي للأمور أن يحقق الاعتداء ينشئ الحق في الدفاع الشرعي، ومن ثم يأخذ حكم الخطر الحال الواقع بالفعل، ومن يقرأ كتب الفقه الإسلامي ويدقق النظر في نصوص الفقهاء يجد أنهم قد اتفقوا على أن الخطر الوشيك الوقوع ينشئ الحق في الدفاع الشرعي، وأنه لا يشترط في الخطر أن يكون حالاً أو واقعاً بالفعل حتى ينشأ الحق في الدفاع الشرعي.

ومن ذلك مثلاً ما جاء في الأم للشافعي[2] من قوله «إذا أقبل الرجل بالسيف أو غيره من السلاح على الرجل فإنما له ضربه على ما يقع في نفسه فإن وقع في نفسه أنه يضربه وإن لم يبدأه المقبل بالضرب فليضربه وإن لم يقع في نفسه ذلك لم يكن له ضربه»[3].

وجاء في حاشية الجمل على المنهج «فلا يشترط في جواز الدفع تلبس الصائل بصياله حقيقة، ولا يكفي لجواز دفعه توهمه بل ولا شك فيه أو

---

(١) انظر مثلاً: تبيين الحقائق للزيلعي ٦/ ١١٠، حشية ابن عابدين ٦/ ٥٤٥، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣٥٧، أسنى المطالب للأنصاري ٤/ ١٦٧، حاشية البيجرمي على المنهج ٤/ ١٨٥، حاشية الشرقاوي على التحرير ٤/ ٣٧٩، المبدع لابن مفلح ٩/ ١٥٨، كشاف القناع للبهوتي ٦/ ١٥٧، شرح منتهى الإرادات ٣/ ٣٧٩، الفروع ٦/ ١٥١.

(٢) سبقت الترجمة له.

(٣) الأم للشافعي ٦/ ٣٣.

ظنه ظناً ضعيفاً على ما أفهمه من قوله غلبة ظنه، لأن معناها الظن القوي»[1].

وجاء في إعانة الطالبين «قوله يجوز للشخص إلخ أي ثم غلبة ظن صياله، فلا يشترط لجواز الدفع تلبس الصائل بصياله حقيقة»[2].

وجاء في حاشية البيجرمي «قوله غلبة ظن صياله أي فلا يشترط لجواز الدفع تلبس الصائل بصياله حقيقة ولا يكفي لجواز دفعه توهمه ولا الشك فيه أو ظنه ظناً ضعيفاً على ما أفهمه قوله غلبة ظنه لأن معناها الظن القوي»[3].

فكل هذه النصوص وما ماثلها تدل على أنه لا يشترط لنشوء حالة الدفاع الشرعي ضد الصائل أن يكون الاعتداء واقعاً بالفعل، بل يكفي أن يكون الاعتداء على وشك الوقوع، وأنه متى غلب على الظن أن هناك اعتداء ما فإنه يقوم لدى المعتدى عليه الحق في الدفاع عن نفسه ضد ما يظنه خطراً واقعاً به.

والفقهاء في أخذهم بهذا الحكم إنما لهم مستند يدل عليه من القواعد العامة في الشريعة والتي تجعل للمرء الحق في الدفاع عن نفسه ضد ما يحيق به أو بأسرته أو ماله من خطر، ولا تقيده بكونه واقعاً بالفعل، وهو ما يعرف بقاعدة مشروعية دفع الأذى بالأذى والشر بالشر[4]، وكذا الأثر المروي عن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ حيث رفع إليه أن جارية كانت تحتطب فاتبعها رجل فراودها عن نفسها فرمته بحجر فقتلته لتدفع عن

---

(١) حاشية الجمل على شرح المنهج ٥/ ١٦٦.
(٢) إعانة الطالبين ٤/ ١٧١.
(٣) حاشية البيجرمي على الخطيب ٤/ ٢٣٧، ومثله في حاشية الشرواني ٩/ ١٨١.
(٤) انظر في هذا: المغني لابن قدامة ١٠/ ٣٥٢، كشاف القناع للبهوتي ٦/ ١٥٦.

نفسها فلم يحكم عليها عمر بشيء بل جعل ذلك حقاً لها»[1]، فهنا لم يجرم عمر ـ رضي الله عنه ـ فعل الجارية، بل جعل دم المقتول هدراً، والحال أن خطره هنا لم يقع بعد عند الدفاع، بل كان على وشك الوقوع وجاز لها دفعه اتقاء له ودفعاً للضرر عنها، فكذا كل مصول عليه.

وممّا سبق يتضح أن من كان مترصداً لإيقاع فعل بآخر كان لمن يوشك أن يقع العدوان عليه أن يدفعه بكل ما يستطيع من قوة تلزم لدفع شره، ويدل على كون الخطر حالاً بعض العلامات والدلائل الظاهرة ومنها هيئة المعتدي كأن دخل عليه شاهراً سلاحاً كما سبق أو رافعاً يده بسوط أو عصا يريد ضربه، فكل هذه العلامات تدل على أن الخطر وشيك الوقوع، ومن ثم جاز للمعتدى عليه دفعه[2].

الخطر المستقبل:

يقصد بالخطر المستقبل ذلك الخطر الذي لم يقع ولا هو وشيك الوقوع ولكنه يعد ليقع مستقبلاً، فهذه الحالة تعني وجود رغبة في الاعتداء من قبل شخص على آخر في المستقبل القريب أو البعيد، فهل تقيم هذه الحالة الحق في الدفاع الشرعي ضدها أم لا؟

إن من يقرأ نصوص الفقهاء في هذا الأمر يجد أنهم قرروا عدم قيام الدفاع الشرعي ضد الخطر المستقبل، وذلك لإمكان تلافي آثاره باللجوء إلى السلطان وتوقي وقوع هذا الخطر وترتب آثاره.

ومن نصوص الفقهاء الدالة على ذلك ما جاء في المغني «وكل من

---

(١) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه، المصنف في الأحاديث والآثار ٩/ ٣٧١، ورواه البيهقي في سننه، السنن الكبرى ٨/ ٣٣٧.

(٢) انظر المراجع السابقة، وانظر أيضاً المبسوط للسرخسي ١٠/ ١٧٧ وما بعدها ففيه تفصيل جميل.

عرض لإنسان يريد ماله أو نفسه فحكمه ما ذكرناه فيمن دخل منزله في دفعهم بأسهل ما يمكن دفعهم به، فإن كان بينه وبينهم نهر كبير أو خندق أو حصن لا يقدرون على اقتحامه فليس له رميهم»[1].

وجاء في الأم «وإذا كان المراد في جبل أو حصن أو خندق فأراده رجل لا يصل إليه بضرب لم يكن له ضربه، فإن رماه الرجل ومثل الرمي أن يصل إليه لقربه منه كان له رميه وضربه»[2].

فالنصان السابقان قد أوضحا بما لا يدع مجالاً للشك أن الخطر المستقبل الذي لا يقع على الشخص حالاً لا يبيح الدفاع الشرعي ضده، وإنما يباح الدفاع ضد الخطر الحال أو وشيك الوقوع.

وإذا كان الحكم كذلك في الخطر المستقبل فإن المسألة التي تثور هنا هي حكم المالك الذي ينصب ما يقيه من غدر الخصوم من حفر وشراك وغيرها فوقع فيها من يريد العدوان فهلك، فهل يعد فعله من قبيل دفع الصائل أم يكون مسؤولاً عنه وضامناً لما يحدث نتيجة له؟

من يقرأ كتب الفقهاء في هذا الشأن لا يجد نصاً صريحاً، وإنّما يقرر الجمهور منهم ـ كما يتضح من عباراتهم ـ أن من ينصب شراكاً في بيته أو يحفر حفرة ليتردى فيها السارق إن حدث ذلك وكان القصد الدفاع عن نفسه وماله لا شيء عليه ولا ضمان، ودم السارق أو الداخل عدواناً هنا هدر[3]، وإن كان الوضع بقصد الإيذاء فقط فإنه يضمن[4]، ولكن الغالب

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/ ١٥٢.

(٢) الأم للشافعي ٦/ ٣٣.

(٣) انظر في هذا المعنى: تبيين الحقائق للزيلعي ٦/ ١٤٤ وما بعدها، المدونة الكبرى للإمام مالك ٤/ ٦٦٥، المهذب للشيرازي ٢/ ١٨٩.

(٤) وقد ذهب المالكية إلى هذا التفريق، أمّا الحنفية والشافعية والحنابلة فهم لا يفرقون بين أن يكون وضعه بقصد الدفاع أو الإيذاء فلا ضمان في كل، انظر المراجع السابقة الخاصة بكل مذهب.

أن يكون الوضع لهذه الأشياء بقصد الدفاع ومن ثم لا يكون على واضعها ضمان، وينظر في تكييف الضمان هنا إلى الوقت الذي دخل فيه السارق ومدى نيته، وبناء على ذلك يوضح حكمه ومدى ضمانه.

وقد جاءت نصوص الفقهاء مبينة لما سبق، ومنها ما جاء في المدونة «قال مالك: وإن حفر رجل في داره حفيراً لسارق يرصده ليقع فيه أو وضع له حبالات أو شيئاً يتلفه به فعطب فيه السارق فهو ضامن، قلت: لم، وإنما وضعه حيث يجوز له؟ قال: لأنه تعمد بما وضع حتف السارق»[1].

وجاء في كشاف القناع «وإن خلطه أي السم بطعام نفسه فأكله إنسان بغير إذنه فلا ضمان عليه لأنه لم يقتله وإنما قتل نفسه، أشبه ما لو حفر في داره بئراً ليقع فيها اللص إذا دخل يسرق منها»[2].

وجاء في المغني «وإن حفر بئراً في ملك نفسه أو في ملك غيره بإذنه فلا ضمان عليه، لأنه غير متعد بحفرها. . . وكذلك إن وضع حجراً أو نصب شركاً أو شبكة أو منجلاً ليصيد به»[3].

ومن هذه النصوص يتضح أن الدفاع الشرعي الوقائي جائز متى لم يكن فيه اعتداء مستقبل من المدافع على الغير، أما خطر الاعتداء المستقبل الذي يمكن فيه اللجوء إلى السلطات فلا ينشأ عنه حق الدفاع الشرعي وإنما يلزم المهدد بالاعتداء باللجوء للسلطة لحمايته والقيام بدورها في حفظ الأمان له ولحقوقه وماله وأهله.

---

(١) المدونة ٤/ ٦٦٥.

(٢) كشاف القناع للبهوتي ٥/ ٥٠٩.

(٣) المغني لابن قدامة ٨/ ٣٣١، ومثله في كشاف القناع ٦/ ٨، مطالب أولي النهي ٦/ ٨٠.

الفرع الثاني

أوصاف الاعتداء وكيفية دفعه في القانون الوضعي

لكي يكون خطر الاعتداء مبيحاً قانوناً للقيام بالدفاع الشرعي ضده بشترط أن يتوافر فيه شرطان على درجة كبيرة من الأهمية وهما: عدم مشروعية الخطر، وحلوله، فلو تخلّف أحدهما، أو لم يتوافر في خطر الاعتداء بالدرجة المطلوبة قانوناً لم يحق للمتعرض للخطر أن يقوم بالدفاع، ولا ينشأ في حقه الدفاع الشرعي، وسوف أبيّن هنا هذين الشرطين بما يناسب المقام من تفصيل فيما يلي:

١ ـ عدم المشروعية:

يقصد بعدم مشروعية الخطر أن يكون الاعتداء الموجه غير مباح قانوناً، وهذا الشرط يستفاد من نص المادة ٢٤٦ من قانون العقوبات والتي نصت على أن «حق الدفاع الشرعي يبيح في الأحوال الاستثنائية المبينة بعد استعمال القوة لدفع كل فعل يعتبر جريمة»، فقد بينت هذه المادة أن الدفاع يباح في الأفعال المجرمة، وهذه الأفعال بطبيعة الحال غير مشروعة قانوناً.

ومن الملاحظ أن قانون العقوبات المصري عبر عن عدم المشروعية

بقوله «جريمة»، ولكن ذلك لا يعني أن خطر الاعتداء لا بد أن يكون مكوناً لجريمة مستجمعة كل الشروط المطلوبة قانوناً بما فيها القصد الجنائي، وإنما يقصد من ذلك تكييف الاعتداء المحتمل أن يشكل جريمة، وهو ما يدخل أيضاً في نطاق الخطر الحال كما سيأتي في حينه.

ومن هذا يتبين أن القانون لا يستلزم لنشوء الدفاع الشرعي أن تقع الجريمة بالفعل، بل يكفي أن تكون في طريقها للوقوع أو الاعتقاد بوقوعها في وقت قريب لا يمكن فيه الالتجاء إلى السلطات للاحتماء بها[1].

فالقاعدة في القانون الوضعي إذن لقيام الدفاع الشرعي ونشوء الحق في استخدامه هي وجود الخطر غير المشروع الذي يهدد باعتداء على حق يحميه القانون بحيث لو ترك المعتدي وشأنه لوقعت الجريمة أو وقع الضرر بالفعل، يستوي في ذلك أن يكون الفعل ذاته غير مشروع أو كان مشروعاً ولكنه ارتكب في ظروف من شأنها أن توحي بعدم المشروعية، فالعبرة في مشروعية خطر الاعتداء وعدم مشروعيته هي في النتيجة التي ينتهي إليها هذا الخطر والتي يحتمل أن تترتب عليه وليس بالفعل ذاته[2].

فمثلاً من يعمل السلاح في جسد المجني عليه يهدد بالخطر حياته ويهدد بتحقيق نتيجة إجرامية وهي الوفاة، وهي نتيجة إجرامية تقوم عليها جريمة القتل بنوعيه، ولذا فإن الخطر الذي ينشئه هذا الفعل يعد غير

---

(١) انظر في ذلك: شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٢١، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٣٨٥، خطر الاعتداء للدكتورة فوزية عبد الستار ص ٢٢، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣١٨.

(٢) انظر في ذلك: قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون سلامة ص ٢٠٧، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٣٩٥.

مشروع، ومثله توجيه قبضة اليد إلى وجه المجني عليه وما ماثله من وقائع وأفعال تمثل خطراً يهدد المجني عليه وتكون نتيجتها جريمة يعاقب عليها القانون، لأنها تمس حقاً محمياً بموجب قانون العقوبات، ويعد انتهاكه جريمة معاقباً عليها بعقوبة قانونية.

وعلى هذا فإن عدم المشروعية لا تنطبق على الفعل في حد ذاته فقط، بل تنطبق على ما يؤول إليه من نتيجة، فقد يكون الفعل في ذاته ليس مجرماً ولا شيء في مشروعيته ولكنه في نتيجته يمثل تهديداً ينتهي بنتيجة إجرامية، ولهذا يجوز الدفاع الشرعي ضد أفعال الشروع في الضرب مثل تصويب السلاح تجاه الخصم أو محاولة طعنه بآلة حادة، وكذا يجوز الدفاع لرد أفعال الاعتداء المتتابعة، كمن يقوم بتوجيه لكمات لشخص بدون حق فإنه يحق له الرد عليه وإيقاف فعله هذا.

ومن الملاحظ هنا أن ضابط عدم المشروعية في خطر الاعتداء يقوم على عناصر موضوعية خالصة وليست عناصر شخصية، فهو لا يقتضي غير دخول الاعتداء أو خطره المحتمل في نطاق أحد نصوص التجريم، فليس شرطاً أن يكون المعتدي أو القائم بالخطر أهلاً للمسؤولية الجنائية، أو مستحقاً للعقاب، أو عالماً بالصفة غير المشروعة للخطر الذي ينشئه بفعله، بل الشرط فقط في فعل الخطر ذاته أن يكون غير مشروع بأن يترتب عليه نتيجة إجرامية.

ولذا فإنه لكي يمكن القول بعدم مشروعية الخطر المتطلب لنشوء حق الدفاع الشرعي من وجود شرطين هما:

١ ـ وجود قاعدة قانونية تحمي الحق المعتدى عليه، وتضمن للشخص عدم الاعتداء عليه حماية للحق بالمعنى الواسع والمراد قانوناً.

٢ ـ عدم وجود سبب مشروع يبرر الاعتداء أو يجعل منه فعلاً قائماً بناء على حق مشروع أو مصلحة معتبرة قانوناً[١].

وعلى الرغم من اتفاق شراح القانون على أن كل اعتداء يهدد حقاً أو مصلحة يحميها القانون يعد اعتداء غير مشروع ويبيح قانوناً الدفاع الشرعي ضده متى توافرت باقي شروط الدفاع الشرعي فإنهم اختلفوا في طبيعة هذه القاعدة، بمعنى هل يجوز الدفاع الشرعي لرد كل فعل يعد جريمة أم أنه جائز لرد كل فعل غير مشروع ولو لم ينذر بتحقيق نتيجة إجرامية؟ أو بعبارة أخرى ما هو معيار عدم المشروعية وما مدلوله؟

اختلف شراح القانون في ذلك على آراء ثلاثة:

الأول: ويرى أصحابه أنه يجب أن ينظر إلى الاعتداء على ضوء معارضته للقواعد المقررة للحق المدافع عنه، بمعنى أن كل ما يمس سلامة المجال المشروع لهذه القواعد يعد اعتداء يجوز دفعه أياً كان الوصف الذي يطلق عليه، ولذا فإنه يعد اعتداء سواء أكان جريمة أم لم يكن كذلك، وهذا القول استند إلى ما جاء في القانون المدني في المادة ١٦٦ منه بشأن جواز الدفاع الشرعي لرد كل عدوان ولو لم يكن هذا العدوان جريمة قانوناً، ولما كان النظام القانوني كلاً لا يتجزأ فإن هذه القاعدة تسري أيضاً في قانون العقوبات باعتبار أن القانون المدني يمثل الشريعة العامة والأصلية لغيره من القوانين.

ويؤخذ على هذا الرأي أنه يستند إلى قاعدة مدنية في أحوال جنائية، فالدفاع الشرعي لا ينطبق على العلاقات المدنية لعدم وجود حالة خطر

---

(١) انظر في ذلك: قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون سلامة ص ٢٠٨، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ١٩٧، تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ٢١٧.

الاعتداء التي هي أساس وجود الدفاع الشرعي، هذا بالإضافة إلى أن نص المادة ١٦٦ سابقة الذكر تجيز الدفاع لرد كل عدوان غير مشروع وهو ذاته الفعل المكون لجريمة[١].

الثاني: ويرى أصحابه أنه لكي يقوم حق الدفاع الشرعي يجب أن يكون فعل المعتدي منذراً بوقوع جريمة معاقب عليها قانوناً، فإن كان الفعل غير مشروع وفقا لنصوص قانون آخر غير قانون العقوبات لم يقم الحق في الدفاع الشرعي ضده مهما كان العدوان ومهما كانت درجة الخطر، لأن القاعدة القانونية تقضي بأنه لا يجوز اللجوء إلى سلاح الجريمة كوسيلة للدفاع عن الحق إلاّ إذا كان العدوان في ذاته جريمة، وهذه قاعدة قانونية مطلقة فلا يجوز الخروج عليها أو البعد عن أحكامها.

ويعيب هذا الرأي أنه يضيق من نطاق الدفاع الشرعي ويعرض الكثير من مصالح الأفراد والمجتمع للخطر بدون مبرر، فاستلزام أن يكون الفعل الذي يهدد بخطر مكوناً لجريمة تامة قول بدون دليل ولا سند قانوني، وغير مقبول عقلاً ولا قانوناً، حيث يكفي لنشوء الدفاع الشرعي وجود خطر على حق يحميه القانون وينذر بوقوع نتيجة إجرامية[٢].

---

(١) انظر في عرض هذا الرأي ونقده:
قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ١٣٦، خطر الاعتداء للدكتورة فوزية عبد الستار ص ٢٣.

(٢) انظر في عرض هذا الرأي ونقده:
مبادئ القسم العام من التشريع العقابي للدكتور رؤوف عبيد ص ٤٥١، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٢٢، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ١٩٦، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣١٨، قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ١٣٥.

الثالث: ويرى أصحابه أنه يكفي للقول بوجود الخطر وعدم مشروعيته وقيام الحق في الدفاع ضده أن يكون الخطر موجوداً وموجهاً إلى حق أو مصلحة يحميها القانون، وهدف هذا الخطر تحقيق نتيجة إجرامية، ويكفي هنا أن يوجد احتمال بحدوثها وليس التأكد من نية وقوعها بالفعل.

وهذا الرأي هو ما اتجه إليه غالبية شراح القانون في مصر[1]، وهو الرأي الجدير بالاعتبار والتزكية عندهم، فهو يتوسط بين الرأيين السابقين بدرجة تدور بين الإفراط والمغالاة والتفريط والتهوين والتضييق، فهو يحمي الحقوق الأصلية، وفي الوقت نفسه لا يوسع من مجال الدفاع الشرعي ليشمل حتى الحقوق الموهومة فيكون بذلك اعتداء لا دفاعاً، وهو ما أخذت به المحاكم المصرية في أحكامها ومنها محكمة النقض.

وبعد ذكر ما سبق يتبقى هنا التنبيه على أن كون الفعل غير مشروع يعني أن الخطر المشروع والمباح قانوناً لا يجوز الدفاع ضده، ومن ذلك حق التأديب للولد والزوجة، وحق ممارسة الأعمال الطبية، وحق ممارسة الألعاب الرياضية، وأداء الواجب وغيرها من أسباب الإباحة الواردة تفصيلاً في قانون العقوبات، والمذكورة بكل شروطها وتفصيلاتها بعيداً عن أي اعتداء بناء عليها بدون وجه حق.

فبالنسبة لاستعمال حق من الحقوق السابقة كحق التأديب وغيره لا بد

---

(١) انظر في هذا:
قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ١٣٥، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي للدكتور رؤوف عبيد ص ٤٥١، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٢٢، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ١٩٦، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣١٨.

من تقرير القاعدة العامة التي يجري الحق في سياقها، فمن المعروف أن مشروعية أي فعل في القانون الوضعي تتوقف على مراعاة الحدود المقررة له، والقصد إلى تحقيق الغرض الذي شرع من أجله، فليست هناك حقوق مطلقة من كل قيد بل الحقوق مقيدة لا مطلقة، وهذا هو المقرر بالنسبة إلى استعمال الحق، حيث يجب على من يستعمل حقاً معيناً أن يكون استعماله في الحدود المقررة له قانوناً، وأن يهدف من استعمال الحق الوصول إلى الغرض الذي أنشئ لأجله، فلو تخلف شرط من هذين أصبح استعمال الحق في غير محله، ومن ثم لا يكون مشروعاً، وقد نصت المادة ٦٠ من قانون العقوبات على أنه «لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة».

والحق المقصود هنا كل مصلحة يعترف بها القانون ويحميها، فهو في جوهره مصلحة أي مركز واقعي يعطي من يملكه وضعاً متميزاً عن سواه من الناس، لكنه يفوق المصلحة بحماية القانون لها.

وقد حدد القانون بنصوص قاطعة أنواع الحقوق، ومنها ما يلي:

١ ـ **حق التأديب** للزوج على زوجته وللوالد على ولده وكذا الأستاذ أو من في حكمه على القاصر أو التلميذ، وهي حقوق ثابتة قانوناً بناء على ثبوتها شرعاً، ويبيح هذا الحق أفعال الضرب الخفيف التي تجعل منها المادة ٢٤٢ عقوبات جنحة، وكذا أفعال التعدي والإيذاء الخفيف المجرمة بنص المادة ٣٧٧/ ٩ عقوبات، كما قد يبيح هذا الحق بعض الأفعال المقيدة للحرية أو الأقوال الخادشة للشرف والاعتبار.

والعلة من تقرير هذا الحق قانوناً لبعض الأشخاص هي رعاية المجتمع في إدراك غاية معينة يتحقق له من ورائها مصلحة عليا هي تقويم سلوك

الخاضع لهذا الحق، والتزامه الطريق السوي حتى يكون عضواً نافعاً لنفسه ولأسرته ولمجتمعه[1].

٢ ـ **حق ممارسة الأعمال الطبية**، وهو حق أجازه القانون للأطباء في التعرض لأجسام المرضى والكشف عن عوراتهم والمساس بسلامة أجسامهم ولو بإجراء العمليات الجراحية، وكذا إحراز بعض أنواع المواد المخدرة، والعلة من تلك الإباحة ترجع إلى كونه عملاً يحقق للمجتمع مصلحة عليا وهي علاج المرضى، وهي مصلحة تتجاوز في أهميتها العقاب المقرر للمساس بجسم الآدمي بغير حق[2].

٣ ـ **حق ممارسة الألعاب الرياضية**، ويرجع سبب مشروعية هذا الحق إلى العرف السائد في المجتمع، وإلى القانون في آن واحد متى كان ينظم بعض هذه الألعاب، ويحق فيها لكل من الخصمين التعرض لجسم الآخر في حدود قانون اللعبة وخاصة متى كان نوع الرياضة ممّا تفترض ممارسته استعمال العنف على جسد المنافس، وعلة الإباحة فيها أن الألعاب الرياضية لها تأثيرها في تربية الشباب جسدياً، ورفع الكفاءة

---

(١) انظر في ذلك:
قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون سلامة ص ١٨٣ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣٠٣ وما بعدها، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ١٧٤ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور/عوض محمد ص ١٠٠ وما بعدها، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٣٢١.

(٢) انظر في ذلك:
شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ١٧٨ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣٠٦ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون سلامة ص ١٨٥، شرح قانون العقوبات للدكتور محمد عيد الغريب ص ٣٢٧ وما بعدها، شرح قانون العقوبات للدكتور محمود نجيب حسني ص ١٨٦ وما بعدها.

العامة لأبدانهم وصحتهم النفسية على نحو يفوق ما قد ينجم عنها من إصابات أو مساس بأجساد اللاعبين[1].

فكل حق من الحقوق السابقة قد قام على سبب مشروع ومباح، ومن ثم لا يمكن لقول بأنه يترتب عليه خطر اعتداء ينشئ الحق في الدفاع الشرعي ضده، فهذه الأفعال رغم أنها في ذاتها تعد جريمة تستحق العقاب قانوناً إلاّ أنها أبيحت لتحقيق غرض معين، ومن ثم أصبحت حقوقاً لا جرائم، ولا يجوز لمن وقعت عليه في الحدود المقررة قانوناً أن يدفعها بناء على حقه في الدفاع الشرعي ضد الخطر الذي يحيق به.

أمّا خطر الاعتداء القائم بناء على أداء الواجب فهو لا يعد كذلك سبباً لنشوء حق الدفاع الشرعي ضده، فأداء الواجب يعد سبباً عاماً للإباحة، إذ ليس من المنطقي أن يلزم القانون شخصاً بأداء عمل ما ثم يعتبره غير مشروع ويعاقبه على القيام به على وجهه، وقد نص قانون العقوبات المصري على سبب الإباحة المتعلق بأداء الواجب بشكل يستفاد منه أنه سبب قاصر على الموظفين العموميين دون غيرهم، ولكن ليس معنى ذلك أنه مقصور عليهم فقط بل هو ممتد لغيرهم ممن يلزمون بأداء واجب ما بمقتضى اللوائح والقوانين ولو لم يكونوا من الموظفين العموميين.

وقد نصت على أداء الواجب كسبب للإباحة المادة ٦٣ من قانون العقوبات المصري فقررت أنه «لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أميري في الأحوال الآتية:

---

(١) انظر في ذلك:

شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ١٧٦ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣١٣ وما بعدها، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٣٤٣ وما بعدها، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات للدكتور السعيد مصطفى ص ١٨٧.

أولاً: إذا ارتكب الفعل تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه طاعته أو اعتقد أنها واجبة عليه.

ثانياً: إذا حسنت نيته وارتكب فعلاً تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراءه من اختصاصه.

وعلى كل حال على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلاّ بعد التثبت والتحري وأنه كان يعتقد مشروعيته وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة».

فهذه المادة قد قررت بما لا يدع مجالاً للشك أن الموظف العام يكون في حالة إباحة متى ارتكب عملاً قانونياً أو ارتكب عملاً غير قانوني إذا كان يعتقد بحسن نية أنه يرتكب فعلاً واجباً عليه أداؤه.

وبناء على ما سبق فإنه متى ارتكب الموظف في حدود وظيفته عملاً غير قانوني وهو يعتقد مشروعيته وأنه يقوم بواجب عليه يمليه القانون فإنه يكون بصدد سبب من أسباب الإباحة ولا يكون مسؤولاً قانوناً عن فعلته متى توافرت شروط ثلاثة وهي:

١ ـ أن يكون الموظف حسن النية، ويقصد بذلك أن يعتقد الموظف عن طريق الخطأ مشروعية الفعل الذي يقدم عليه وأنه داخل في اختصاصه، فهذا الاعتقاد الخاطئ بمشروعية الفعل ينفي القصد الجنائي لدى الموظف ويجعله في حالة إباحة، على أن هناك فرقاً بين حسن النية هنا وحسن النية عند أداء العمل المشروع أصلاً، فهناك يقصد بها أن يقصد من القيام بالواجب أداء ما افترض عليه وليس مجرد الانتقام من المعتدى عليه أو من قام بالعمل ضده.

٢ ـ أن يكون اعتقاد الموظف بمشروعية العمل مبنياً على أسباب معقولة،

فلا يكفيه أن يعتقد مشروعية الفعل، بل يجب أن يكون اعتقاده هذا مبنياً على أسباب معقولة، بأن تكون الظروف التي أحاطت بارتكاب العمل غير القانوني من شأنها أن تؤدي بالموظف العادي إلى اعتقاد مشروعية العمل الذي قام به.

٣ ـ أن يرتكب الموظف الفعل بعد التثبت والتحري، حيث يلزم للإعفاء من المسؤولية أن يكون العمل غير المشروع الذي قام به الموظف قد وقع بعد تثبت وتحر من مشروعية فعله أو إطاعته لرئيسه فيما قام به، وأنه خال من العيوب التي تؤثر على صحته وإنتاج أثره، فهو في نظره خال من العيوب الشكلية والموضوعية[1].

ومما سبق يتضح أن القيام بالواجب لا يعد فعلاً غير مشروع مع أنه في الأصل يمكن أن يكون اعتداء أو يشكل على الأقل خطر الاعتداء الحال، ومع ذلك لا يقوم في شأنه الدفاع الشرعي، نظراً لعدم توافر شروط الخطر ومن أهمها شرط عدم المشروعية، فاستعمال الحق وأداء الواجب فعل مشروع قانوناً، ومن ثم لا يجوز دفع الخطر الناتج عنه بناء على كونه فعلاً غير مشروع.

وبناء على ذلك فإن الفعل يكون مشروعاً في حالتين، الحالة الأصلية، وهي تقوم إذا لم يكن الفعل مجرماً قانوناً من الأصل بأن لم ينص قانون العقوبات على أنه يشكل جريمة ما، فهو مباح بصفة أصلية، وهذا هو الأصل العام في كل الأفعال، وقد تكون المشروعية استثنائية كما في

---

(١) انظر في تفصيل ذلك:

قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ١٩٣ وما بعدها، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٠٣ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ١٠٩ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣٣٨ وما بعدها.

استعمال الحق أو أداء الواجب كما سبق تفصيلاً.

٢ ـــ حلول الخطر:

يعد حلول الخطر أحد أهم الأمور المستلزمة لقيام الدفاع الشرعي، فالخطر الحال وحده هو الذي يبيح الدفاع الشرعي، ويقصد بحلول الخطر أن يكون وقوع الجريمة هو الحدث التالي مباشرة للأفعال المرتكبة، أو يكون الخطر على وشك الوقوع بالفعل إن لم يكن واقعاً حالاً.

ومن هنا يتبين أن الخطر الذي يوصف بالحلول نوعان، الخطر الحال بالفعل والخطر وشيك الوقوع:

أولاً: الخطر الحال، ويمكن القول بحلول الخطر متى كان الاعتداء قد تحقق في جزء منه ويحتمل الاستمرار فيه بفعل المعتدي، ومثال ذلك أن يقوم الجاني بضرب المجني عليه بعصا أو آلة حادة ثم يريد أن يوالي الضربات، فهنا يكون الخطر حالاً وينشأ الحق في الدفاع الشرعي[1]، وتعد حالة بدء الاعتداء هذه هي أكثر حالات حلول الخطر ظهوراً، فهي تدل على واقع ملموس بالفعل ولا صعوبة في إثباته، ومن ثم لا خلاف بين شرح القانون في قيام حق الدفاع الشرعي بالنسبة لها[2].

---

(١) انظر في ذلك: قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون سلامة ص ٢١٥، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ٢٠٨، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٤٠٠، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣٢١.

(٢) انظر في ذلك: شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٤٠٠، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣٢١، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون سلامة ص ٢١٥، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ٢٠٨.

ثانياً: **الخطر وشيك الوقوع**، وهو الذي ينذر بوقوع اعتداء لم يقع بعد ولكنه في سبيله للوقوع حالاً، وهو يتحقق في الأحوال التي يبدأ فيها الجاني في اتخاذ الأفعال اللازمة لبدء الاعتداء وفقاً للمجرى العادي للأمور ولكن الوقت الذي يفصل بين عملية التحضير للاعتداء هذه وبدء الاعتداء غير كافية للجوء إلى السلطة والاحتماء بها، ومن ثم ينشأ الحق في الدفاع الشرعي ضده، وذلك كمن يتشاجر مع آخر ثم ينطلق نحو منزله أو سيارته ويخرج منها مسدساً ويقوم بحشوه بالرصاص.

وقد اختلف شراح القانون في مدى صلاحية هذا النوع لقيام الدفاع الشرعي على رأيين:

الأول: ويرى أصحابه أن الخطر لا يبيح الدفاع الشرعي ولا ينشئ الحق فيه إلاّ إذا كان واقعاً بالفعل لا على وشك الوقوع، بناء على أن فعل الإنسان لا يوصف إلاّ إذا وقع حقيقة، فإن كان لم يقع بعد، أو كان ما وقع منه لا يوصف بكونه اعتداء فإنه لا ينشئ الحق في الدفاع الشرعي، إذ ربما يعدل الجاني عن فعله في أي وقت، كما أنه قد لا يقصد إيقاع الفعل فيكون أخذه بذلك من باب الجناية عليه بدون ذنب، كما استند هذا الرأي إلى أن القول بإباحة الدفاع الشرعي ضد الخطر وشيك الوقوع يتعارض صراحة مع نصوص قانون العقوبات الذي يبيح الدفاع الشرعي ضد الخطر الواقع فعلاً والذي يعد جريمة، وليس ضد الخطر الوشيك الوقوع فهو لم يشكل جريمة بعد.

ويعاب على هذا الرأي أنه يطلب من المجني عليه الوقوف مكتوف الأيدي حتى يقع به الأذى ويحيق به الخطر، وقد يكون الخطر من النوع

الذي لا يمكن تداركه فتترتب عليه آثار كبيرة وخطيرة[1].

الثاني: ويرى أصحابه أن الخطر يكون حالاً ولو كان وشيك الوقوع ولم يقع بالفعل كما في المثال السابق ذكره آنفاً، وذلك لأن القانون لم يلزم المهدد بخطر الاعتداء بالانتظار حتى يتحقق الاعتداء ونقع الجريمة ثم يقرر له الحق في الدفاع بعد ذلك، فالحلول المقصود قانوناً والمنصوص عليه صفة في الخطر وليس صفة في الاعتداء، ومن ثم متى حل الخطر جاز الدفاع ضده ولم لم يكن الاعتداء حالاً وواقعاً[2].

وبناء على هذا الرأي يعد الاعتداء وشيكاً ويحق الدفاع الشرعي ضده ولو كانت الأفعال التي قام بها الجاني من قبيل الأفعال التحضيرية التي لا ترقى إلى مرتبة الشروع في الفعل أو الشروع في الجريمة ما دام أن هناك دلائل تشير إلى أن الاعتداء محدق به وأنه سيحل على الفور وقبل تمكنه من اللجوء للسلطات للاحتماء بها.

ومعيار تحقق الخطر بالنسبة لهذا الرأي هو إمكان تحقق الاعتداء في الحال، ولتحديد ما إذا كان الخطر حالاً أم لا يتعين أن يستند التقدير فيه

---

(١) انظر هذا الرأي ونقده في:
شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٤٠١، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ٢٠٨، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣٢١.

(٢) انظر في ذلك:
شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٢٠، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي للدكتور رؤوف عبيد ص ٤٤٧، الأحكام لقانون العقوبات للدكتور محمود إبراهيم إسماعيل ص ٤٧٣، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٤٠١، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣٢٢، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون سلامة ص ٢١٦.

إلى اعتبارات موضوعية واقعية، حيث يقوم على أساس افتراض شخص طبيعي في مثل ظروف المجني عليه وكيف يكون تقديره للخطر الواقع عليه ومن ثم تحديد معيار حلول الخطر بالنسبة له ومدى نشوء الحق في الدفاع الشرعي لمن كان في مثل حالته[1].

انتهاء الخطر:

إذا كان من اللازم لقيام الدفاع الشرعي أن يكون الخطر موجوداً وغير مشروع فإن من الطبيعي أنه متى انتهى الخطر انتهى الحق في الدفاع الشرعي وكانت هناك طرق أخرى لاستيفاء الحق باللجوء للسلطات المختصة، وذلك لأن الدفاع الشرعي لم يشرع للانتقام ولا لعقاب الجاني من قبل المجني عليه، وإنّما شرع لدرء الاعتداء أو إيقافه إن كان قد بدأ وما زال مستمراً، أما إن كان الاعتداء قد وقع فعلاً وانتهى فلا محل له حينئذ ويكون عقاب الجاني من قبل السلطة المختصة بذلك.

وانتهاء الخطر يختلف باختلاف الجرائم وأنواعها وظروف ارتكابها وطريقة تنفيذها، فالجرائم الإيجابية ينتهي الاعتداء فيها بمجرد تحقق النتيجة الإجرامية التي ابتغاها المعتدي، مثال ذلك جريمة الضرب التي تنتهي بقيام الجاني بإيقاعه بالمجني عليه وانصرافه عنه بعد ذلك، وكذا جريمة السرقة التي تنتهي بخروج الشيء المسروق نهائياً من حوزة المسروق إلى حوزة السارق، فإن كان المال المسروق في حوزته وهو في حالة الفرار ويتبعه المجني عليه فإن الحق في الدفاع الشرعي يكون قائماً هنا.

وفي الجرائم المتتابعة الأفعال التي تقع على دفعات متعددة لا تنتهي

---

(١) المراجع السابقة الصفحات نفسها وما بعدها.

الجريمة إلاّ بانتهاء جميع الضربات وانصراف الجاني، فإن ضربه مرة ورفع يده للاستمرار في فعله قام للمجني عليه الحق في الدفاع الشرعي ضده في هذه الحالة على اعتبار أن الخطر حال وواجب الدفع.

وفي الجرائم المستمرة يكون الاعتداء واقعاً طوال مدة الجريمة وحتى انتهائها، ومن ثم يكون حق الدفاع بالنسبة لها قائماً طوال تلك المدة، ومثالها جريمة الخطف والحبس حيث يقوم للمحبوس والمخطوف الحق في الدفاع الشرعي طوال مدة حبسه أو خطفه مهما طالت تلك المدة أو امتد زمنها[1].

وكما ينتهي الخطر بانتهاء الجريمة وتحقق نتيجتها فإن الخطر ينتهي أيضاً بتوقف النشاط الإجرامي من الجاني، سواء أكان وقف الاعتداء هذا قد تم بإرادته أم رغماً عنه بتدخل شخص أو ظرف آخر، وهنا يكون الخطر قد زال ويزول معه الحق في الدفاع الشرعي حتى ولو كان الفعل معاقباً عليه بعد ذلك، فالعقاب شيء وقيام الحق في الدفاع الشرعي شيء آخر، ومثال ذلك تعطل الوسيلة المستخدمة في الاعتداء، أو وجود شخص آخر عطل خطر المعتدي، أو قام المجني عليه بمقاومته مما عطل فعله وأنهى خطره وهكذا[2].

---

(١) انظر في ذلك: شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٣٧ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣٢٢، الشروع في الجريمة للدكتور سمير الشناوي ص ٣٦١، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٤٠٣، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون سلامة ص ٢١٦، قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ١٥٤.

(٢) انظر في ذلك:
أصول قانون العقوبات للدكتور أحمد فتحي سرور ص ٣٦٠، قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ١٥٤، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون سلامة ص ٢١٦، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٣٧

فكل ما سبق ينتهي فيه الحق في الدفاع الشرعي لانتهاء الخطر المبيح له ولو كان الفعل قد تم جريمة متكاملة الأركان، فالعبرة في قيام الدفاع بوجود الخطر حالاً أو كونه وشيك الوقوع وهو في الوقت ذاته غير مشروع، فإن كان الخطر قد انتهى بسبب ما فإن الحق في الدفاع يزول، لأن الدفاع الشرعي ـ وكما سبق القول ـ شرع درء الخطر أو إنهاءه قبل تمامه وليس لمعاقبة الجاني من قبل المجني عليه، ولكن يؤخذ في الاعتبار هنا أن معيار تحديد انتهاء الخطر إنما يحدد بتقدير الشخص المعتاد وفي الظروف نفسها التي وقع فيها الجاني، فهو ذو طبيعة موضوعية لا شخصية بمعنى أنه لا يترك لتقدير كل شخص على حدة بل هناك ضابط عام لجميع الأنواع يحدد بتقدير الشخص العادي بدون شطط.

الخطر المستقبل:

الخطر المستقبل هو ذلك النوع من الخطر الذي تدل الأمارات على احتمال وقوعه في وقت قريب أو بعيد دون أن يظهر ممن اعتزم العدوان فعل يعرض الحق المراد الاعتداء عليه لخطر جدي، مثال ذلك اللص الذي يحوم حول البيت ويفكر في طريقة لسرقته، ويقوم بالدوران حوله ليعرف مداخله ومخارجه ومناطق ضعفه وقوته، ويدبر الطريقة اللازمة لسرقته، وكذا من يهدد شخصاً بأنه سيعتدي عليه بعد فترة معينة.

وقد اتفق شراح القانون[1] على أن الخطر المستقبل لا يعد نوعاً من

= وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣٢٢، الشروع في الجريمة للدكتور سمير الشناوي ص ٣٦١، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٤٠٣.

(١) انظر في ذلك:

خطر الاعتداء للدكتورة فوزية عبد الستار ص ٢٠٦، شرح قانون العقوبات القسم العام

الخطر الحال ولا درجة من درجاته، ومن ثم لا ينشأ بناء عليه الحق في الدفاع الشرعي، وذلك لانتفاء الحكمة من الدفاع الشرعي من ناحية، ولأن الخطر المستقبل غير محقق من ناحية أخرى، فقد يقع وقد لا يقع على الإطلاق، والدفاع الشرعي لا ينشأ من أجل خطر احتمال وقوعه بعيد، يضاف إلى ذلك أن الالتجاء للسلطات لدرء هذا الخطر هنا ممكن، والدفاع غير مباح في حال تمكن المدافع من اللجوء لها.

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

بعد ذكر أوصاف الاعتداء أو خطر الاعتداء في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يتضح لنا ما يلي:

أولاً: يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في اشتراط عدم مشروعية خطر الاعتداء حتى ينشأ الحق في الدفاع الشرعي، غير أن نظرة كل منهما لضابط هذه المشروعية مختلف عن الآخر، ففي الفقه الإسلامي يتمثل ضابط عدم المشروعية في مخالفة الفعل للشريعة مع إلحاقه الضرر بالغير، فهو بذلك يوسع من نطاق حق الدفاع الشرعي في كل الجرائم وأياً كان نوعها ولو كان اعتداء على حق الغير أو عرضه أو ماله أو نفسه، على خلاف القانون الوضعي الذي يجعل معيار عدم المشروعية أن يكون الفعل في نتيجته جريمة يمنعها القانون واعتداء على حق يحميه القانون، ولذا فهو يضيق

= للدكتور محمود نجيب حسني ص ٢٠٩، أصول قانون العقوبات للدكتور أحمد فتحي سرور ص ٣٦٠، قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ١٥٤، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون سلامة ص ٢١٦، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٣٤ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣٢١، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٤٠١.

من نطاق الدفاع الشرعي، ويعتبر كل ما لم ينص على تجريمه مشروعاً بصفة أصلية ومن ثم لا يحق الدفاع الشرعي ضده.

ثانياً: إن نطاق المشروعية ذاته مختلف في الفقه الإسلامي عنه في القانون الوضعي، فهو في الفقه الإسلامي محكوم بالحلال والحرام وعليه عقاب دنيوي وأخروي، بخلاف نطاق القانون الوضعي الذي يربطه بالنص على تجريمه من ناحية، ويربطه بالنظام العام والآداب من ناحية أخرى.

ثالثاً: يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في تطلب حلول الخطر لقيام الحق في الدفاع الشرعي، كما يتفق الرأي الراجح من آراء شراح القانون مع الفقه الإسلامي في نشوء حق الدفاع الشرعي ضد الخطر وشيك الوقوع، وعدم قيامه ضد الخطر المستقبل، وكذا عدم قيامه ضد الجريمة المنتهية، فكل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يرى أن الدفاع الشرعي قد أبيح وشرع لرد العدوان وليس لمعاقبة الجاني والانتقام منه، فلذلك طرق ومعايير أخرى وسلطات تحكمه وقواعد تنظمه تعطي لكل ذي حق حقه.

المطلب الرابع

محل الاعتداء

وفيه فرعان:

الفرع الأول

محل الاعتداء في الفقه الإسلامي

يقصد بمحل الاعتداء المصلحة المشروعة التي تحميها الشريعة من عبث الغير وتهديده واعتدائه، ومحل الدفاع الشرعي إما الدفاع عن النفس، أو الدفاع عن المال، أو الدفاع عن العرض، وسوف أبين حكم كل واحد منها بما يناسب من تفصيل فيما يلي:

أولاً: الدفاع عن النفس وصوره:

والدفاع عن النفس يعني دفع الأذى الواقع بها من الغير، أو دفع الأذى الواقع على نفس الغير، وقد اتفق الفقهاء[1] على مشروعية الدفاع عن

---

(١) انظر في هذا: البناية للعيني ١٣/ ١٠٤، مجمع الأنهر ٢/ ٦٢٣، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ٧/ ٩٣، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٦/ ١١١، رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ٥/ ٤٨١ وما بعدها، مواهب الجليل شرح

النفس، وإن اختلفوا بعد ذلك في حكم ما إذا كان هذا الدفاع واجباً أو جائزاً على ما سبق تفصيله في تمهيد هذا البحث.

واستدلوا على هذه المشروعية بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع.

أمّا الكتاب:

فآيات كثيرة تبيح للمرء الدفاع عن نفسه ضد من يعتدي عليه ومنها ما يلي:

١ ـ قوله تعالى ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ وَاتَّقُواْ اللهَ وَاعْلَمُواْ أَنَّ اللهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾[1].

وجه الدلالة:

أمر الله سبحانه المعتدى عليه أن يرد الاعتداء بمثله ولا يتجاوز فيه، وقد جاءت الآية بلفظ الماضي، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على إباحة رد الاعتداء الواقع فعلاً، أي الذي بدأ وما زال مستمراً، ومن باب أولى تدل الآية على إباحة رد خطر الاعتداء قبل وقوعه، لأن محاولة الاعتداء تسمى اعتداء في باب دفع الصائل، لأنه شرع للوقاية من خطر الاعتداء الواقع فعلاً أو الذي سيقع.

٢ ـ قوله تعالى ﴿أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتَلُونَ بِأَنَّهُمْ ظُلِمُواْ وَإِنَّ اللهَ عَلَىٰ نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ الَّذِينَ أُخْرِجُواْ مِن دِيَارِهِم بِغَيْرِ حَقّ إِلاَّ أَن يَقُولُواْ رَبُّنَا اللهُ وَلَوْلاَ دَفْعُ اللهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَّهُدِّمَتْ صَوَامِعُ وَبِيَعٌ وَصَلَوَاتٌ وَمَسَاجِدُ

= مختصر خليل للحطاب ٦/ ٣٢٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣٥٧، الأم للشافعي ٦/ ٢٧، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للشربيني ٢/ ٢٣٤ وما بعدها، نهاية المحتاج ٨/ ٢٣، حاشيتا قليوبي وعميرة ٤/ ٢٠٦، المغني لابن قدامة ١٠/ ٣٥١، الفروع ٦/ ١٤٥، المحلى لابن حزم ١١/ ٣١٤.

(١) سورة البقرة الآية رقم (١٩٤).

يُذْكَرُ فِيهَا اسمُ اللهِ كَثِيراً وَلَيَنصُرَنَّ اللهُ مَن يَنصُرُهُ إِنَّ اللهَ لَقَوِيٌّ عَزِيزٌ﴾[1].

وجه الدلالة:

أباح الله سبحانه وتعالى لمن قوتل مظلوماً وبغي عليه بغير الحق أن يقاتل دفاعاً عن نفسه، فدل ذلك على مشروعية الدفاع عن النفس ومدافعة الصائل على المرء.

٣ ـ قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ إِذَآ أَصَابَهُمُ الْبَغْيُ هُمْ يَنتَصِرُونَ وَجَزَآءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللهِ إِنَّهُ لاَ يُحِبّ الظَّالِمِينَ وَلَمَنِ انتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُوْلَئِكَ مَا عَلَيْهِمْ مِّن سَبِيلٍ﴾[2].

وجه الدلالة:

جاءت هذه الآية في معرض مدح الذين آمنوا وعلى ربهم يتوكلون، فبينت أن من صفاتهم أنهم متى أصابهم البغي ينتصرون لأنفسهم ويردون الصائل عليهم، ولا شك أن المدح دليل على المشروعية، فلا يمدح الله فعلاً إلاّ إذا كان مشروعاً، كما بينت الآية أن رد الفعل يكون مساوياً له لا زائداً عليه.

وأما السنة:

فقد وردت أحاديث كثيرة تدل على مشروعية الدفاع عن النفس، ومنها ما يلي:

١ ـ ما رواه أبو هريرة ـ رضي الله عنه ـ قال: جاء رجل إلى رسول الله ـ ﷺ ـ فقال: يا رسول الله أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال: فلا تعطه مالك، قال: أرأيت إن قاتلني؟ قال ﷺ: قاتله، قال: أرأيت

---

(١) سورة الحج الآيتان (٣٩، ٤٠).

(٢) سورة الشورى الآيات (٣٩، ٤٠، ٤١).

إن قتلني؟ قال: فأنت شهيد، قال: أرأيت إن قتلته؟ قال: هو في النار»[1].

وجه الدلالة:

الحديث صريح الدلالة في المطلوب، وأن دفع الصائل مشروع، ومن قتل مدافعاً عن نفسه فهو شهيد، وأن دم الصائل هدر متى كان بغير حق.

٢ ـ ما رواه سعيد بن زيد ـ رضي الله عنه - قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون دينه فهو شهيد، ومن قتل دون دمه فهو شهيد، ومن قتل دون أهله فهو شهيد»[2].

وجه الدلالة:

بين رسول الله ﷺ أن من قتل دفاعاً عن نفسه أو ماله أو دينه فهو شهيد، والشهادة درجة عالية، فدل ذلك على مشروعية الدفاع الشرعي، إذ لو لم يكن مشروعاً ما كان المقتول فيه دفاعاً من الشهداء.

وأما الإجماع:

فقد أجمع الفقهاء في كل العصور[3] على مشروعية دفع الصائل في الجملة، وإن اختلفوا بعد ذلك في حكم دفعه في حالة الاعتداء على النفس، وقد نقلت كتبهم هذا الإجماع في مواضع مختلفة.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) انظر في ذلك:

بدائع الصنائع للكاساني ٧/ ٩٣، تبيين الحقائق للزيلعي ٦/ ١١١، حاشية ابن عابدين ٥/ ٤٨١ وما بعدها، مواهب الجليل للحطاب ٦/ ٣٢٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣٥٧، الأم للشافعي ٦/ ٢٧، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للشربيني ٢/ ٢٣٤ وما بعدها، حاشيتا قليوبي وعميرة ٤/ ٢٠٦، المغني لابن قدامة ١٠/ ٣٥١، المحلى لابن حزم ١١/ ٣١٤.

هذا بالنسبة للحكم العام للدفاع عن النفس، ولكن هناك صوراً مختلفة للاعتداء على النفس والدفاع عنها، ومن هذه الصور ما يلي:

أ ــ الاعتداء على النفس بالقتل:

وهذه هي أهم صور الاعتداء على النفس، فقد يعمد المعتدي مباشرة إلى إيقاع الأذى بالمصول، عليه بما يؤدي إلى هلاكه وأياً كان نوع القتل هنا، أي سواء أكان قتلاً عمداً أم شبه عمد أم خطأ، فالمهم هو النتيجة المترتبة على الاعتداء وهي هلاك النفس نتيجة الاعتداء، وقد اتفق الفقهاء[1] على مشروعية الدفاع عن النفس ـ كما سبق ـ وخاصة إذا كانت النتيجة هي القتل بأي نوع من أنواعه، وإن اختلفوا في حكم الدفاع هنا على ما سبق بيانه.

ب ــ الاعتداء على ما دون النفس:

إن أطراف الإنسان جزء منه مهم ومكمل لمنافعه، فلا حياة للإنسان بدون أطرافه، ولذا كانت سلامة الأطراف من الأمور الضرورية التي يجب الحفاظ عليها فلا يكتمل نفع الإنسان ببدنه بدونها، ولذا فقد اتفق الفقهاء على أنه يشرع لمن اعتدي على طرف من أطرافه بالقطع أو الضرب أن يدافع عنها، ومن حقه أن يدفع المعتدي بكل الصور التي يمكن دفعه بها ولو بقتله، لأنه يباح له الدفع عن المال بذلك فلأن يدفع بذلك عن نفسه من باب أولى.

---

(١) البناية ١٣/ ١٠٤، مجمع الأنهر ٢/ ٦٢٣، الذخيرة للقرافي ١٢/ ٢٦٢ ط دار الغرب الإسلامي، المهذب ٣/ ٢٦١، نهاية المحتاج ٨/ ٢٣، الفروع ٦/ ١٤٥، المحلى ١١/ ٣١٤.

وقد جاءت نصوصهم معبرة عن ذلك، يقول السرخسي[1] «وحرمة أطرافه لا تكون دون حرمة ماله ولو قصد ماله كان له أن يقتله دفاعا فهنا أولى»[2].

ويقول الرملي[3] «للشخص دفع كل صائل له أو لغيره من نفس أو طرف أو منفعة أو بضع أو نحو قبلة محرمة أو مال»[4].

ومن التطبيقات العملية في هذا الشأن ما ذكره الفقهاء من أنه إذا عض إنسان يد آخر وما زالت أسنانه في يد المعضوض أو ذراعه، فإنه يجوز له قلع ثنيتيه حماية لطرفه المعضوض هنا[5].

فقد جاء في لسان الحكام «ولو عض رجل يد آخر فأخرج يده من فم العاض فكسر أسنان العاض، وسقط من لحم يد المعضوض شيء وجرح يده لا يجب موجب السن، لأنه مضطر في نزع اليد ويجب على العاض أرش اليد لأنه جان»[6].

---

(١) سبقت الترجمة له.

(٢) المبسوط ١٠/ ١٣٤.

(٣) **الرملي**: شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة الرملي المصري المنوفي، نسبة إلى قرية تسمى الرملة من قرى المنوفية بمصر، ولد بالقاهرة سنة ٩١٩ هـ وتعلم على يد أعلامها حتى صار أحد أعلام الشافعية في عصره ومنهم أبوه الذي كان أحد العلماء البارعين، وقد ذاع صيت الرملي واشتهر بنبوغه، وبلغ من علمه أن أطلق عليه العلماء اسم الشافعي الصغير، وقد ألف في الفقه الشافعي عدة كتب هي من الأمهات، ومن أهمها نهاية المحتاج، والفتاوى، وعمدة الرابح شرح هدية الناصح وغيرها، وتوفي رحمه الله سنة ١٠٠٤ هـ.
انظر الترجمة له في: الأعلام للزركلي ٦/ ٧.

(٤) نهاية المحتاج ٨/ ٢٣.

(٥) انظر في هذا المعنى: البناية في شرح الهداية للعيني ١٣/ ١,٤، البحر الرائق لابن نجيم ٥/ ٤٥، تبصرة الحكام ٢/ ٣٥٢، شرح الخرشي ٧/ ١١٢، الأم ٦/ ٣٣، مغني المحتاج ٤/ ١٩٩، نهاية المحتاج ٨/ ٢٣، أسنى المطالب ٤/ ١٦٧، روضة الطالبين للنووي ٩/ ١١، شرح الزركشي على متن الخرقي ٦/ ٤٠٩.

(٦) لسان الحكام لإبراهيم بن أبي اليمني الحنفي ١/ ٢٨١ ط الثانية ١٩٧٣ م مصطفى البابي الحلبي.

وجاء في بدائع الصنائع «رجل عض ذراع رجل فجذب المعضوض ذراعه من فيه فسقطت أسنان العاض وذهب لحم ذراع هذا تهدر دية الأسنان، ويضمن العاض أرش الذراع، لأن العاض متعد في العض متعد في الجذب، لأن العض ضرر، وله أن يدفع الضرر عن نفسه»[1].

وجاء في الأم «وإذا عض الرجل يد الرجل أو رجله أو بعض جسده فانتزع المعضوض ما عض منه من في العاض فسقط بعض ثغره أو كله فلا شيء عليه، لأنه كان للمعضوض أن ينزع يده من في العاض ولم يكن متعدياً بالانتزاع فيضمن»[2].

وجاء في روضة الطالبين «عض شخص يده أو عضواً آخر فليخلصه بأيسر الممكن، فإن أمكن من لحييه وتخليص ما عضه فعل، وإلاّ ضرب شدقه ليدعه، فإن لم يمكنه وسل يده فسقطت أسنانه فلا ضمان، وسواء كان العاض ظالماً أو مظلوماً، لأن العض لا يجوز بحال ومتى أمكنه التخلص بضرب فمه لا يجوز العدول إلى غيره فإن لم يمكنه إلاّ بعضو آخر بأن يبعج بطنه أو يفقأ عينه أو يعصر خصييه فله ذلك على الصحيح، وقيل ليس له قصد عضو آخر»[3].

وجاء في كشاف القناع «وإن عض يده إنسان عضاً محرماً فانتزع المعضوض يده من فيه ولو بعنف فسقطت ثناياه أي العاض فهدر ظالماً كان المعضوض أو مظلوماً لما روى عمران بن حصين[4]«أن رجلاً عض

---

(١) بدائع الصنائع ٧/ ٢٧٤.
(٢) الأم للشافعي ٧/ ١٥٠.
(٣) روضة الطالبين للنووي ١٠/ ١٨٨، ومثله في فتح الوهاب ٢/ ٢٩٢.
(٤) عمران بن حصين: عمران بن حصين بن عبيد بن خلف أبو نجيد الخزاعي صاحب رسول الله ﷺ، كان إسلامه وقت إسلام أبي هريرة، له أحاديث عدة رواها عن النبي عليه الصلاة والسلام، وكان ممن بعثهم عمر بن الخطاب إلى أهل البصرة ليفقههم، =

رجلاً فنزع يده من فيه فوقعت ثناياه فاختصموا إلى النبي ﷺ، فقال: يعض أحدكم يد أخيه كما يعض الفحل لا دية لك»[1]، ولأنه عضو تلف ضرورة دفع صاحبه، كما لو صال عليه فلم يمكنه دفعه إلا بقتله ونحوه»[2].

فهذه النصوص تدل على أن من اعتدي على طرف من أطرافه له الدفع عنها بكل ما يملك، فإن كان الاعتداء عن طريق العض فله أن ينزع يده من فم العاض ولو أدى النزع إلى قلع ثنيتي العاض له.

ج ــ الاعتداء على نفس الغير أو طرفه:

إن الشريعة الإسلامية قد حددت في كثير من النصوص حرمة النفس الإنسانية وحرمة الاعتداء عليها بدون حق، ومن ثم فقد أباحت الشريعة لكل شخص أن يدافع عن نفسه عند الاعتداء، وهو محل اتفاق بين الفقهاء كما سبق، وكذا أباحت لكل شخص حق الدفاع عن نفس الغير وطرفه، فقد ذهب جمهور الفقهاء[3] إلى أن الدفاع عن نفس الغير وطرفه واجب

قال ابن أبي أوفى: رأيت عمران بن حصين يلبس الخز، وقد ولى عمران قضاء البصرة وكان الحسن يحلف بالله ما قدم البصرة أحد خير لهم من عمران بن حصين، حدث عنه الحسن ومحمد بن سيرين وزهدم الجرمي وعامر الشعبي وابن بريدة ومطرف بن عبد الله بن الشخير وأبو رجاء العطاردي وآخرون رحمة الله عليهم، وكان ممن تسلم عليهم الملائكة مات سنة اثنتين وخمسين، وكان به داء الناصور فاكتوى لأجله فقال اكتوينا فما أفلحن ولا أنجحن.
انظر الترجمة له في: تذكرة الحفاظ ١/ ٢٩، سير أعلام النبلاء ٢/ ٥٠٨، مشاهير علماء الأمصار لابن حبان البستي ١/ ٣٧ وما بعدها، ط دار الكتب العلمية بيروت سنة ١٩٥٩ م.

(١) سبق تخريجه.

(٢) كشاف القناع ٦/ ١٥٧.

(٣) انظر في هذا: المبسوط ٢٤/ ١٤٣، تبيين الحقائق ٦/ ١١٠، رد المحتار ٦/ ٥٤٥، حاشية الدسوقي ٤/ ٣٥٧، مغني المحتاج ٤/ ١٩٧، نهاية المحتاج ٨/ ٢٣، كشاف القانع ٦/ ١٥٦.

متى رأى المدافع حق الغير في نفس أو طرف يعتدى عليه، وجاءت نصوصهم في هذا الشأن مبينة لآرائهم، فهم يرون أن الدفاع عن الغير كالدفاع عن النفس تماماً.

فقد جاء في تكملة البحر الرائق «ومن أشهر على المسلمين سيفاً وجب قتله ولا شيء بقتله لقوله عليه الصلاة والسلام «من شهر على المسلمين سيفاً فقد أبطل دمه»، ولأن دفع الضرر واجب فوجب عليهم قتله إذا لم يكن دفعه إلاّ به، ولا يجب على القاتل شيء، لأنه صار باغياً بذلك وكذا إذا أشهر على رجل سلاحاً فقتله أو قتله غيره دفعاً عنه، فلا يجب بقتله شيء لما بيناه»[1].

وجاء في الهداية «ومن شهر على المسلمين سيفاً فعليهم أن يقتلوه لقوله عليه الصلاة والسلام «من شهر على المسلمين سيفاً فقد أطل دمه»[2]، ولأنه باغ فتسقط عصمته ببغيه، ولأنه تعين القتل عن نفسه فله قتله، وقوله فعليهم وقول محمد رحمه الله في الجامع الصغير فحق على المسلمين أن يقتلوه إشارة إلى الوجوب، والمعنى وجوب دفع الضرر»[3].

فهنا قوله عليهم أن يقتلوه يعني أنه لو قتله أي شخص غير المصول عليه كان جائزاً بل هو واجب عند الحنفية دفعاً للضرر عن الغير.

وجاء في تبصرة الحكام «ويجوز دفعه عن كل نفس معصومة من المسلمين أو أهل الذمة»[4].

وجاء في مغني المحتاج «والدفع عن نفس غيره إذا كان آدمياً محترماً

---

(١) تكملة البحر الرائق ٨/ ٣٤٤.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) الهداية للمرغيناني ٤/ ١٦٤.

(٤) تبصرة الحكام لابن فرحون ٢/ ٣٥٧.

ولو رقيقاً كهو عن نفسه، فيجب حيث يجب، وينتفي حيث ينتفي، إذ لا يزيد حق غيره على حق نفسه»[1].

وجاء في الفروع «لا يجب الدفع عن غيره ولا إنجاؤه من هلكة إن خاف على نفسه التلف حالاً أو مآلاً»[2].

فهذا النص يتضح منه بمفهوم المخالفة أن الدفع عن الغير واجب إن لم يخف على نفسه الهلكة، وجائز إن خاف ذلك.

وجاء في فتح الباري «قوله فإن قاتل دون المظلوم فلا قود عليه ولا قصاص، قال الداودي[3] أراد لا قود ولا دية عليه ولا قصاص، قال والدية تسمى أرشاً، قلت والأولى أن قوله ولا قصاص تأكيد أو أطلق القود على الدية، وقال ابن بطال[4] اختلفوا فيمن قاتل عن رجل خشي

---

(١) مغني المحتاج ٤/ ١٩٥.

(٢) الفروع لابن مفلح ٦/ ٢٧٤.

(٣) الداودي: أبو الحسن عبد الرحمن بن محمد بن الحكم الداودي البوشنجي أحد رواة البخاري، وكان أحد مشايخ الحديث والفقه، ويلقب بجمال الإسلام، ولد سنة أربع وسبعين وثلاثمائة، أخذ الفقه عن شيخي الطريقتين أبي بكر القفال وأبي حامد الإسفراييني وعن أبي الطيب الصعلوكي وأبي طاهر الزيادي وأبي بكر الطوسي وأبي الحسين الطبسي، قال السبكي ولا أظن شافعياً اجتمع له مثل هؤلاء الشيوخ، وصحب أبا علي الدقاق وأبا عبد الرحمن السلمي بنيسابور ثم استقر ببوشنج للتصنيف والتدريس والفتوى والتذكير وصار وجه مشايخ خراسان، بقي أربعين سنة لا يأكل اللحم لما نهب التركمان تلك الناحية بقي يأكل السمك فحكى له أن بعض الأمراء أكل على حافة النهر الذي يصاد له منه السمك ونقض في النهر ما فضل في السفرة فلم يأكل السمك بعد ذلك، وله شعر وترسل، ومات رحمه الله في شوال سنة سبع وستين وأربعمائة وله أربع وتسعون سنة.
انظر الترجمة له في: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٢/ ٢٤٩ وما بعدها.

(٤) ابن بطال: شارح صحيح البخاري العلامة أبو الحسن علي بن خلف بن بطال البكري القرطبي ثم البلنسي ويعرف بابن اللجام، أخذ عن أبي عمر الطلمنكي وابن عفيف وأبي المطرف القنازعي ويونس بن مغيث، قال ابن بشكوال كان من أهل العلم =

عليه أن يقتل فقتل دونه هل يجب على الآخر قصاص أو دية، فقالت طائفة لا يجب عليه شيء للحديث المذكور فيه»[1].

وقد استدل الفقهاء على مشروعية الدفاع عن الغير ـ وإن اختلفوا في وجوبه أو جوازه ـ بالسنة والمعقول:

أما السنة:

١ ـ قوله ﷺ «انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً»[2].

وجه الدلالة:

أمر رسول الله ﷺ بنصرة المسلم لأخيه في ظلمه للغير بالأخذ على يده، وفي ظلم الغير له بالوقوف إلى جانبه والدفاع عنه، وفي الدفاع عن الغير تطبيق لهذا التوجيه النبوي الكريم بشقيه، ففيه أخذ على يد الظالم ونصرة للمظلوم.

٢ ـ قوله ﷺ «المسلم أخو المسلم يسعهما الماء والشجر ويتعاونان على الفتان»[3].

والمعرفة، عني بالحديث العناية التامة، شرح الصحيح في عدة أسفار رواه الناس عنه، واستقضي بحصن لورقة، وكان من أشهر علماء المالكية في عصره، وقد عني بالحديث عناية خاصة فشرح صحيح البخاري كما سبق في عدة أسفار، وتوفي رحمه الله سنة تسع وأربعين وأربع مئة.

انظر الترجمة له في: سير أعلام النبلاء ١٨/ ٤٧، الديباج المذهب ١/ ٢٠٤.

(١) فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر ١٢/ ٣٢٣ ط دار المعرفة بيروت ١٩٧٩ م.

(٢) سبق تخريجه ص ٤١من البحث.

(٣) رواه أبو داود في سننه، السنن ٣/ ١٧٧، ورواه البيهقي أيضاً، السنن الكبرى ٦/ ١٥٠، وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد ٦/ ١١، قال الألباني: ضعيف الإسناد: صحيح وضعيف سنن أبي داود ٧/ ٧٠٠ الفتان: بضم الفاء وفتحها، فالضم جمع فائن أي يعاون أحدُهما الآخر على الذين يضلون الناس عن الحق ويفتنونهم، وبالفتح هو الشيطان؛ لأنه يفتن الناس عن الدين.

وجه الدلالة:

بين هذا الحديث أن المسلم أخو المسلم وأنهما يتعاونان في الفتان، وليس هناك فتنة أكبر من التعدي على نفس المسلم أو طرف من أطرافه، ولذا كان الدفاع عنه والتعاون معه على دفع الصائل جائزاً إن لم يكن واجباً على ما قرره الجمهور.

وأما المعقول:

فوجهه أن الدفاع عن نفس الغير كالدفاع عن النفس، لأن دفع الضرر واجب، فوجب دفع الضرر عن الغير إن وجده في حالة تستوجب ذلك، ومنها حالة الصيال عليه من قبل الغير المعتدي، لأن الصائل أباح دمه بعدوانه على غيره، فوجب التعاون مع المصول عليه ضده[1].

ومما يجب التنبيه له في نهاية الحديث عن الدفاع عن النفس أو نفس الغير أن الدفاع هنا يكون بما يدفع الصائل دون اعتداء، فإن لم يمكن دفعه إلاّ بالقتل جاز القتل إجماعاً كما سبق القول، فالمدافع يدفع عن نفسه ونفس غيره بما يقدر عليه من وسائل، فإن لم يجد وسيلة غير القتل جاز له ذلك.

ثانياً: الدفاع عن العرض وصوره:

لا شك أن العرض له أهميته الكبرى فهو شرف الإنسان وأحد الضرورات الخمس التي جاءت الشريعة لحمايتها وصيانتها، ومن هنا فإنه من المجمع عليه حق الإنسان في الدفاع عن عرضه، وحمايته ممن يعتدي عليه، وهذا الحق له صور مختلفة فقد يكون بدفاع المرأة عن عرض نفسها، وقد يكون بدفاع الرجل عن عرض أهله، وقد يكون بدفاع الغير

---

(١) انظر في هذا المعنى: تبيين الحقائق ٦/ ١١٠.

عن عرض أي امرأة يجدها في حالة تعد على شرفها، وهو ما يطلق عليه الدفاع عن عرض الغير.

وسوف أبين الحكم في كل هذه الصور فيما يلي:

أ ـ دفاع المرأة عن عرضها:

اتفق الفقهاء[1] على أنه يجب على المرأة أن تصون عرض نفسها، وأنه يحق لها الدفاع عنه ضد أي معتد عليه بغير حق، ولا يجوز لها أن تمكن أحداً من نفسها ولو كان ذلك كرهاً عنها، لأن التمكين منها محرم وعدم الدفاع نوع من التمكين فكان الدفاع عن العرض لها واجباً وتركه حراماً، فإن لم يكن أمامها بد من الخلاص منه أو من مراودته لها إلاّ قتل المعتدي عليها كان لها ذلك باتفاق الفقهاء.

وقد استدل الفقهاء على ذلك بالسنة والأثر والمعقول.

أما السنة:

فما رواه سعيد بن زيد[2] ـ رضي الله عنه ـ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون دينه فهو شهيد، ومن قتل دون دمه فهو شهيد، ومن قتل دون أهله فهو شهيد»[3].

وجه الدلالة:

بيّن رسول الله ﷺ أن من قتل دفاعاً عن نفسه أو ماله أو دينه فهو

---

(١) انظر في ذلك: حاشية ابن عابدين ٣/ ٢٤٧، شرح الخرشي ٨/ ١١٢، حاشية الدسوقي ٤/ ٣١٧، نهاية المحتاج للرملي ٨/ ٢٤، أسنى المطالب ٤/ ١٦٦، الغرر البهية ٥/ ١١٢، حاشيتا قليوبي وعميرة ٤/ ٢٠٦، كشاف القناع ٦/ ١٥٥، شرح منتهى الإرادات ٣/ ٣٧٩، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية لابن تيمية ص ١١٧.

(٢) سبقت الترجمة له.

(٣) سبق تخريجه.

شهيد، والشهادة درجة عالية، فدل ذلك على مشروعية الدفاع الشرعي، إذ لو لم يكن مشروعاً ما كان المقتول فيه دفاعاً من الشهداء، ومن أعلى درجات الدفاع وأوجبها دفاع المرأة عن عرضها.

وأما الأثر:

فما رواه الزهري[1] أن رجلاً أضاف إنساناً من هذيل فذهبت جارية منهم تحتطب فراودها عن نفسها فرمته بحجر فقتلته فرفع إلى عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ فقال: «ذاك قتيل لا يودى أبداً، وفي رواية هذا قتيل الله لا يودى أبداً»[2].

وجه الدلالة:

إن المعتدى عليها هنا قد قامت برد الاعتداء عن نفسها وعرضها، ولم يجعل له عمر ـ رضي الله عنه ـ دية ولا غيره، بل أهدر دمه، فدل ذلك على مشروعية دفع الصائل عن النفس والعرض والمال، وقد عمل به الصحابة دون نكير من أحد فكان إجماعاً.

وأما المعقول:

فمن وجهين:

الأول: إنه لا مجال للإباحة في العرض، بخلاف المال، فكان الدفع عنه واجباً[3].

الثاني: إن التمكين من المرأة حرام، وفي ترك الدفاع منها أو ممن يقدر عليه تمكين للمعتدي منها، فكان ترك الدفاع حراماً، لأن ما يؤدي

---

(١) سبقت الترجمة له.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) الغرر البهية للأنصاري ٥/ ١١٢.

إلى الحرام حرام، فكان الدفاع عن العرض واجباً[1].

ب ـ دفاع الرجل عن عرضه:

وفي هذه الحالة يكون الدفاع عن عرض الرجل بأن يحق له الدفع عن زوجته ومحارمه، كأخته وبنتها وأمه وبنته وبنت أخيه وغيرهم من المحارم، وقد اتفق الفقهاء[2] على أن دفاع الرجل عن عرض زوجته ومحارمه واجب عليه، ولا يجوز له ترك الدفاع هنا، وتباح له كل وسائل الدفع ولو بقتل الصائل.

واستدلوا على ذلك بالسنة والأثر والمعقول.

أمّا السنة:

فأحاديث كثيرة منها ما يلي:

١ ـ قوله ﷺ «من قتل دون أهله فهو شهيد»[3].

وجه الدلالة:

بيّن النبي ﷺ أن من قتل دون أهله أي دفاعاً عن عرضه فهو شهيد، فدل ذلك على أن الدفاع هنا واجب، لأن هذا الجزاء ـ وهو الشهادة ـ يأتي للواجب.

وأما الآثار:

فمنها ما يلي:

---

(١) نظرية الدفاع الشرعي للدكتور يوسف قاسم ص ٩٦.

(٢) انظر في هذا: تبيين الحقائق للزيلعي ٣/ ٣٠٨، البحر الرائق ٥/ ٤٥، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك للشيخ عليش ٢/ ٣٣٦ مطبوع مع تبصرة الحكام، روضة الطالبين للنووي ٩/ ١٤، فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي ١١/ ٣١٨ ط دار الكتب العلمية، الفروع ٦/ ١٤٦، شرح الزركشي ٦/ ٤١٢.

(٣) جزء من حديث سبق تخريجه.

١ ـ ما روي عن الزبير بن العوام ـ رضي الله عنه ـ أنه كان قد تخلف عن الجيش يوماً ومعه جارية له، فأتاه رجلان فقالا: أعطنا شيئاً، فألقى إليهما طعاماً كان معه، فقالا: خل عن الجارية، فضربهما بسيفه، فقطعهما بضربة واحدة[١].

وجه الدلالة:

إن الزبير بن العوام هنا دافع عن الجارية التي معه، ودفع عن عرضها أذى الرجلين، وقتلهما دفاعاً عنها وعن عرضه لأنها جاريته، فدل ذلك على أن الدفاع عن العرض واجب، لأنه لو لم يكن واجباً ما قتلهما بسببه، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة في ذلك.

٢ ـ ما روي أن «عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ كان يوماً يتغدى إذ جاءه رجل يعدو وفي يده سيف ملطخ بالدم، ووراءه قوم يعدون خلفه، فجاءه حتى جلس مع عمر، فجاء الآخرون فقالوا: يا أمير المؤمنين إن هذا قتل صاحبنا، فقال له عمر: ما يقولون؟ فقال: يا أمير المؤمنين إني ضربت فخذي زوجتي، فإن كان بينهما أحد فقد قتلته، فقال عمر: ما يقول؟ فقالوا: يا أمير المؤمنين إنه ضرب بالسيف فوقع في وسط الرجل وفخذي المرأة، فأخذ عمر سيفه، فهزه، ثم دفعه إليه، وقال: إن عادوا فعد»[٢].

وجه الدلالة:

إن سيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ قد أقر الرجل على فعلته بالدفاع عن نفسه وعرضه ولو أدى الدفاع إلى قتل الصائل عليه، بل مدحه على ذلك

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) سبق تخريجه.

حيث هز سيفه ودفعه إليه وقال له «إن عادوا فعد»، فدل هذا القول على إباحة دفع الصائل عن العرض ومثله الصائل على المال والنفس ولو أدى دفعه إلى موته.

وأما المعقول:

فهو من وجهين:

الأول: إنه يجوز للشخص الدفاع عن ماله فلأن يجوز له الدفاع عن عرضه أولى حتى ولو أدى ذلك إلى قتل الصائل على عرضه[1].

الثاني: إن منع المعتدي على الفاحشة من الوقوع فيها حق من حقوق الله تعالى وحق نفسه وأهله في دفع الفاحشة عنهم، فلا يجوز للشخص أن يضيع هذه الحقوق بالكف عن الدفاع، ولذا كان الدفاع عنهم واجباً[2].

ج ـ الدفاع عن عرض الغير:

وهذه الحالة تختلف عن سابقتيها، فالمدافع هنا ليس المرأة المعتدى عليها ولا أحد محارمها ولكنه رجل غريب رأى واقعة التعدي على عرض المرأة، فهل يجوز له الدفاع عنها ولو بقتل المعتدي عليها؟

اتفق الفقهاء[3] على أنه يجب على من رأى رجلاً يزني بامرأة أو ينال منها ما دون الجماع أن يدفع عنها ويحمي عرضها وعفتها.

وقد استدلوا على ذلك بالسنة والمعقول.

---

(١) تكملة المجموع الثانية ٢٤/ ١٣٨.

(٢) الحاوي الكبير للماوردي ١٣/ ٤٥٨، كشاف القناع ٦/ ١٥٦.

(٣) انظر في هذا: رد المحتار ٤/ ٦٣، شرح الخرشي ٨/ ١١٢، شرح الزرقاني ٨/ ١١٨، أسنى المطالب ٤/ ١٦٨، نهاية المحتاج ٨/ ٢٤، الفروع ٦/ ١٤٨، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد لمجد الدين أبي البركات الحنبلي ٢/ ١٦٢.

أما السنة:

فأحاديث كثيرة منها ما يلي:

١ ـ ما رواه جابر بن عبد الله[١] وأبا طلحة بن سهل الأنصاري[٢] قالا: قال رسول الله ﷺ «ما من امرئ يخذل امرأ مسلماً في موضع تنتهك فيه حرمته، وينتقص فيه من عرضه إلاّ خذله الله في موطن يحب فيه نصرته، وما من امرئ ينصر مسلماً في موضع ينتقص فيه من عرضه ويتهك من حرمته إلاّ نصره الله في موطن يحب نصرته»[٣].

وجه الدلالة:

إن النبي ﷺ بين في هذا الحديث أن من يخذل مسلماً في عرضه يخذله الله، ومن ينصر مسلماً في عرضه نصره الله، وذلك مدح لمن ينصر عرض أخيه وتحفيز على الإقدام عليه، فدل ذلك على أن الدفاع عن عرض الغير واجب.

---

(١) سبقت الترجمة له.

(٢) **أبو طلحة الأنصاري**: أبو طلحة الأنصاري صاحب رسول الله ﷺ ومن بني أخواله وأحد أعيان البدريين وأحد النقباء الإثني عشر ليلة العقبة، واسمه زيد بن سهل بن الأسود بن حرام بن عمرو بن زيد مناة بن عدي بن عمرو بن مالك بن النجار الخزرجي النجاري، له أحاديث عدة رواها عن النبي عليه الصلاة والسلام، روى عنه ربيبه أنس بن مالك وزيد بن خالد الجهني وابن عباس وابنه أبو إسحاق عبد الله بن أبي طلحة، وكان قد سرد الصوم بعد النبي ﷺ، وهو الذي قال فيه رسول الله ﷺ صوت أبي طلحة في الجيش خير من فئة، ومناقبه كثيرة، قيل إنه غزا بحر الروم فتوفي، والأشهر أنه مات بالمدينة وصلى عليه عثمان في سنة أربع وثلاثين رضي الله عنه.
انظر الترجمة له في: سير أعلام النبلاء ٢/ ٢٧ وما بعدها، مشاهير علماء الأمصار ١/ ١٥، تهذيب الكمال للمزي ١٠/ ٧٥، الاستيعاب ٢/ ٥٥٣.

(٣) رواه أبو داود في سننه، سنن أبي داود ٤/ ٢٧١.

٢ ـ عن أبي الدرداء ـ رضي الله عنه ـ عن النبي ﷺ قال «من رد عن عرض أخيه رد الله عن وجهه النار يوم القيامة»[١].

وفي رواية للبيهقي[٢] «قال: نال رجل من رجل ثم رسول الله ﷺ، فرد عليه رجل، فقال رسول الله ﷺ: من رد عن عرض أخيه كان له حجاباً من النار»[٣].

وفي رواية للإمام أحمد «من رد عن عرض أخيه المسلم كان حقاً على الله عز وجل أن يرد عنه نار جهنم يوم القيامة»[٤].

وجه الدلالة:

إن النبي ﷺ مدح من يرد عن عرض أخيه المسلم، والرد يكون للاعتداء، فدل ذلك على أن رد الاعتداء واجب وإلاّ ما مدحه رسول الله ﷺ.

٣ ـ قوله ﷺ «انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً»[٥].

وجه الدلالة:

أمر رسول الله ﷺ بنصرة المسلم لأخيه في ظلمه للغير بالأخذ على يده، وفي ظلم الغير له بالوقوف إلى جانبه والدفاع عنه، وفي الدفاع عن عرض الغير تطبيق لهذا التوجيه النبوي الكريم بشقيه، ففيه أخذ على يد الظالم ونصرة للمظلوم.

---

(١) رواه الترمذي في سننه وقال: حديث حسن صحيح، سنن الترمذي ٤/ ٣٢٧، ورواه الإمام أحمد في مسنده، المسند ٦/ ٤٥٠، ورواه البيهقي في شعب الإيمان ٦/ ١١ ط الأولى ١٤١٠ هـ دار الكتب العلمية بيروت.

(٢) سبقت الترجمة له.

(٣) رواه البيهقي في سننه، السنن الكبرى ٨/ ١٦٨.

(٤) المسند ٦/ ٤٤٩.

(٥) سبق تخريجه.

وأمّا المعقول:

فوجهه أنه لا سبيل إلى إباحة العرض بغير حقه بحال من الأحوال سواء أكان بضع الأهل أم بضع الغير، فالزنى لم يبح في ملة من الملل، فكان الدفاع عن عرض الغير واجباً متى استطاع المدافع ذلك[1].

ومن المهم التنبيه هنا على أن الدفاع عن العرض يأخذ حكم الدفاع عن النفس في الدفع بكل ما يندفع به الصائل، فإن كان لا يندفع إلاّ بالقتل جاز قتله، سواء أكان الدافع له المرأة المعتدى عليها، أم كان الرجل المعتدى على حرمة أهله، أم كان المدافع أحد المسلمين عن حرمة الغير، والله تعالى أعلى وأعلم.

ثالثاً: الدفاع عن المال وصوره:

يقصد بالمال الذي يجوز الدفاع الشرعي عنه كل ما يتملكه الإنسان ملك عين أو منفعة ويصح الانتفاع به شرعاً، فإن كان لا يمكن الانتفاع به شرعاً فلا يجوز الدفاع عنه، كالخمر حيث لا يحل لمسلم التعامل فيه بيعاً أو شراء أو انتفاعاً بوجه ما، ومن ثم متى أراقه إنسان أو أتلفه بوجه ما لا يجوز لمالكه الدفاع عنه شرعاً وإلاّ عد معتدياً، لأن الخمر ليست مالاً شرعاً وإن كانت مالاً في حق غير المسلم، وكذا لا بد أن يكون لهذا المال قيمة شرعية، فليس من المعقول الدفاع ضد الشيء التافه الذي لا قيمة له، كمن يسرق حبة من القمح أو عوداً من الخضروات وغيرها.

ولكن يثور هنا التساؤل حول قيمة المال الذي يجوز الدفاع عنه، وهل

---

(١) مغني المحتاج ٤/ ١٩٤، الحاوي الكبير ١٣/ ٤٥٥، حاشية الشرقاوي على التحرير ٤/ ٣٦٩.

يشترط فيه أن يكون كثيراً أم يجوز الدفاع عنه وإن قل؟

اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين:-

الرأي الأول:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3] والظاهرية[4] إلى أنه يجوز الدفاع عن المال مهما كان قليلاً ولو كان أقل من نصاب حد السرقة.

واستدلوا على ذلك بالسنة والمعقول...

أما السنة:

١ ـ فقوله ﷺ «من قتل دون ماله فهو شهيد»[5].

٢ ـ ما رواه أبو هريرة ـ رضي الله عنه ـ قال: جاء رجل إلى رسول الله ـ ﷺ ـ فقال: يا رسول الله أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال: فلا تعطه مالك، قال: أرأيت إن قاتلني؟ قال ﷺ: قاتله، قال: أرأيت إن قتلني؟ قال: فأنت شهيد، قال: أرأيت إن قتلته؟ قال: هو في النار»[6].

وجه الدلالة:

إن القتال هنا في الحديثين ورد مطلقاً ولم يقيد بمال معين، فوقع على

---

(١) رد المحتار ٦/ ٥٤٦.

(٢) أسنى المطالب للأنصاري ٤/ ١٦٦، التهذيب للبغوي ٧/ ٤٣١، مغني المحتاج للشربيني ٤/ ١٩٤، الحاوي الكبير للماوردي ١٣/ ٤٥٤.

(٣) الفروع ٦/ ١٤٥، المبدع ٩/ ١٥٤.

(٤) المحلى لابن حزم ١١/ ١٣.

(٥) جزء من حديث سبق تخريجه.

(٦) سبق تخريجه.

القليل والكثير، فكان القتال دفاعاً عن المال أياً كان نوعه ومقداره جائزاً لا واجباً.

وأما المعقول:

فوجهه أن اسم المال شرعاً يقع على القليل والكثير فكان الدفاع عن المال جائزاً قلّ المال أو كثر، ومهما كانت قيمته ما دام أنه مباح شرعاً[1].

الرأي الثاني:

ذهب المالكية[2] إلى أنه يفرق بين المال الكثير والقليل، فيجوز الدفاع عن المال الكثير دون القليل كالطعام وغيره.

واستدلوا على ذلك بالمعقول ووجهه أن وراء الدفاع ضرر واقع على المصول عليه، حيث يسأل عن مدى تجاوزه ودفعه بالمقدار المناسب، فليجنب نفسه تلك الأضرار، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، فإن نفس المسلم معصومة وكونه صائلاً لا يعني إهدارها لمجرد مال قليل، وللمصول عليه أن يلجأ لسلطة لاسترداد ما سلب منه أو قيمته إن استهلك دون أن يلحق ضرراً بمسلم من أجل مال قليل.

الرأي الراجح:

رغم أن رأي الجمهور هو الأكثر توافقاً مع الأحاديث التي جاءت مطلقة من تحديد مقدار المال الذي يجوز الدفاع عنه، إلاّ أن رأي المالكية هو الأليق والأكثر قبولاً وتوافقاً مع قواعد الشريعة الغراء، ولذا أراه هو الراجح والله تعالى أعلى وأعلم.

---

(١) الحاوي الكبير ١٣/ ٤٥٤، مغني المحتاج ٤/ ١٩٤.

(٢) تبصرة الحكام ٢/ ٢٧٤، شرح ابن العربي على صحيح الترمذي ٦/ ١٩١.

وبعد ذكر ما سبق نجد أن الدفاع عن المال يأخذ إحدى صورتين، إما الدفاع عن مال نفسه، وإما الدفاع عن مال غيره، ولكل صورة حكم أوضحه فيما يلي:

١ ــ الدفاع عن مال نفسه:

اختلف الفقهاء في حكم الدفاع عن المال على أربعة آراء.

الرأي الأول:

ذهب الحنفية[١] والحنابلة[٢] والظاهرية[٣] إلى أن الدفاع عن المال جائز مطلقاً سواء كان المال ذا روح أم غير ذي روح، وسواء كان المال قليلاً أم كثيراً، فيجوز للمصول على ماله أن يدافع عنه أو يترك الدفاع عنه ولا إثم عليه في أي من الحالتين.

الرأي الثاني:

ذهب المالكية[٤] إلى أن الدفاع عن المال واجب إذا أدى ترك الدفاع عنه إلى هلاك أو شدة أذى، وإلاّ لم يجب ويكون الدفاع جائزاً على أن يكون المال ذا قيمة، فإن كان قليلاً أو تافهاً فلا يجوز الدفاع عنه ضد المسلم الصائل عليه.

الرأي الثالث:

ذهب الشافعية[٥] إلى أن الدفاع عن المال جائز إذا كان المال غير ذي

---

(١) تكملة البحر الرائق للطوري ٨/ ٣٤٥، حاشية ابن عابدين ٥/ ٤٨٢.
(٢) كشاف القناع ٦/ ١٥٦، المغني لابن قدامة ٨/ ٣٢٩.
(٣) المحلى لابن حزم ١١/ ١٣.
(٤) مواهب الجليل ٦/ ٣٢٣، حاشية الدسوقي ٤/ ٣٥٧.
(٥) مغني المحتاج للشربيني ٤/ ١٩٥، حاشيتا قليوبي وعميرة ٤/ ٢٠٦.

روح، ولم يكن المصول عليه من الولاة، ولم يكن تعلق بالمال حق الغير، ولم يكن المال الذي في يد المصول عليه مال غيره واستحفظ عليه.

أمّا إذا كان المال ذا روح، أو كان المصول عليه من الولاة ـ إذ عليهم أن يدفعوا عن مال الرعية ـ، أو كان المال تعلق به حق الغير كرهن أو إجارة أو كان مالاً موقوفاً أو مالاً محجوزاً عليه أو مالاً مودعاً لديه، فإنه في هذه الحالة يجب على من بيده هذا المال الدفاع عنه وإلاّ كان آثماً.

الرأي الرابع:

ذهب الغزالي[1] من الشافعية[2] إلى أن الدفاع عن المال واجب مطلقاً، وعلى أي حال من الأحوال، مستدلاً في ذلك بالأدلة المطلقة التي تجعل من مات دفاعاً عن ماله شهيداً.

وقد سبق ذكر هذه الآراء وأدلتها تفصيلاً فلا داعي للتكرار[3].

٢ ـ الدفاع عن مال غيره:

لما كان الإسلام يعصم المال أياً كان مالكه ويجعله محترماً غير مباح إلاّ بإباحة صاحبه، فإنه لا يجوز لأحد التعدي على مال الغير بغير إذنه، فإن تعدى قام حق الدفاع الشرعي للمالك ضده، ولكن إذا لم يكن المالك موجوداً أو كان موجوداً ولكنه ضعيف عن المقاومة والدفاع عن ماله فهل

---

(١) سبقت الترجمة له.
(٢) حاشيتا قليوبي وعميرة ٤/٢٠٦.
(٣) راجع ما سبق.

يجوز لغيره من المسلمين الدفاع عنه أم لا؟

اتفق الفقهاء[1] على أنه يجوز للغير الدفاع عن مال غيره متى وجده يُعتدى عليه من قبل الصائل، وإن اختلفوا بعد ذلك في مقدار الدفاع وكيفيته، وهل يجوز الدفاع بالقتل أم لا[2]، بل وقال بعض الفقهاء بوجوب الدفاع عن مال الغير.

واستدل الفقهاء على جواز الدفاع عن مال الغير بالسنة والمعقول.

أمّا السنة:

١ ـ قوله ﷺ «انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً»[3].

وجه الدلالة:

أمر رسول الله ﷺ بنصرة المسلم لأخيه في ظلمه للغير بالأخذ على يده، وفي ظلم الغير له بالوقوف إلى جانبه والدفاع عنه، وفي الدفاع عن

---

(١) انظر في ذلك: المبسوط للسرخسي ١٠/ ١٨٢، رد المحتار لابن عابدين ٦/٥٤٦، شرح الخرشي ٨/ ١١٢، المنتقى للباجي ٧/ ١٧٠، العزيز في شرح الوجيز للرافعي ١١/ ٣١٦، الإقناع للشربيني ٢/ ٤٨٠، إعانة الطالبين للبكري ٤/ ١٧٢، حاشيتا قليوبي وعميرة ٤/ ٢٠٦، كشاف القناع للبهوتي ٦/ ١٥٦، المبدع لابن مفلح ٩/ ١٥٧.

(٢) حيث اختلف الفقهاء في ذلك على آراء أربعة لم أرد الإشارة إليها في الصلب حتى لا يطول البحث بدون داع، فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز الدفاع عن المال ولو كان للغير بكل وسيلة ولو بالقتل.
وذهب الشافعي في القديم والحنابلة في وجه إلى أنه لا يجوز الدفاع عن المال بالقتل كثيراً كان المال أو قليلاً، له أو لغيره.
وذهب بعض الحنفية وبعض المالكية إلى أنه لا يجوز قتل الصائل على المال القليل دون الكثير فيجوز فيه ذلك.
وذهب بعض الحنابلة إلى أنه يجوز الدفاع عن المال بالقتل إذا كان المال للغير لا له هو، ولكل أدلة يرجع إليها في الكتب المتقدمة الذكر عند أهل كل مذهب.

(٣) سبق تخريجه.

مال الغير تطبيق لهذا التوجيه النبوي الكريم بشقيه، ففيه أخذ على يد الظالم ونصرة للمظلوم.

٢ ـ قوله ﷺ «المسلم أخو المسلم يسعهما الماء والشجر ويتعاونان على الفتان»[١].

وجه الدلالة:

بيّن هذا الحديث أن المسلم أخو المسلم وأنهما يتعاونان في الفتان، ومن الفتن التي ينبغي التعاون فيها الحفاظ على المال ضد الصائل عليه، ولذا كان الدفاع عن المال والتعاون مع المصول عليه لدفع الصائل عليه جائزاً إن لم يكن واجباً.

وأمّا المعقول:

فمن وجوه هي:

الأول: إن المال يباح بالإباحة والبذل فيجوز الدفاع عنه كما يجوز تركه للصائل، وفي ذلك يستوي مال نفسه ومال غيره[٢].

الثاني: إن التعاون مطلوب للدفاع عن المال ولولا التعاون لذهب مال الناس، ومن ألوان التعاون هذه دفع العدوان عن مال الغير، فالصائل لو لم يجد أحداً يعين صاحب المال في دفعه ربما طمع في مال الجميع فيأخذ مال كل منهم على حدة اعتماداً على عدم جواز الدفاع عن مال الغير، لكن الدفاع مشروع ردعاً له ورداً له عن معصيته[٣].

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) فتح العزيز للرافعي ١١/ ٣١٦.
(٣) كشاف القناع ٦/ ١٥٦.

الثالث: إن القادر على الدفاع عن مال غيره مع ظن السلامة مأمور بذلك بالأحاديث السابقة فكان الدفاع عن مال الغير جائزاً ومشروعاً[1].

وبعد فإن الدفاع عن المال مشروع كما سبق، لأنه من المحال المقصودة بالعدوان ويصح الدفاع عنها شرعاً بالأدلة الدالة على ذلك كما ذكرت منذ قليل.



(١) إعانة الطالبين ٤/ ١٧٢، مغني المحتاج ٤/ ١٩٦.

الفرع الثاني

محل الاعتداء في القانون الوضعي

كما سبق القول في الفقه الإسلامي عن محل الاعتداء الذي يستلزم الدفاع الشرعي يقال الأمر نفسه في القانون الوضعي، فالدفاع الشرعي يقوم للدفاع عن المال والنفس والعرض، وسوف أبين حكم كل حالة منها على حدة فيما يلي:

أولاً: الدفاع عن النفس:

لا شك أن الدفاع عن النفس أحد الأمور الفطرية التي أقرتها التشريعات المختلفة قديماً وحديثاً، واعترفت بها الدساتير والقوانين باختلاف أنواعها وأفكارها وتوجهاتها في جميع بلاد العالم، ومن ضمن هذه التشريعات قانون العقوبات المصري الذي نص على حق الدفاع الشرعي عن النفس في المادتين ٢٤٥ و٢٤٦ منه، فقد نص في المادة ٢٤٥ على أنه «لا عقوبة مطلقاً على من قتل غيره أو أصابه بجراح أو ضربه أثناء استعمال حق الدفاع الشرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس غيره أو ماله».

ونصت المادة ٢٤٦ على أن «حق الدفاع الشرعي عن النفس يباح للشخص في الأحوال الاستثنائية المبينة بعد باستعمال القوة اللازمة لدفع

كل فعل يعتبر جريمة على النفس منصوصاً عليها في هذا القانون».

ومن ينظر في هذين النصين يجد أن القانون المصري قد أباح صراحة الدفاع عن النفس ضد اعتداء الغير بدون حق أو واجب.

وقد ذكر شراح القانون[1] أن الدفاع الشرعي طبقاً لهذين النصين مباح ضد كل اعتداء على الجسم أو عضو من أعضائه، وكذا جميع الأخطار الواقعة على الحق في سلامة الجسم أو الحق في الحياة.

وتشمل الجرائم التي يجوز الدفاع ضدها هنا كل جرائم المساس بجسم الإنسان المجني عليه أو صحته، ومنها القتل العمد بكل صوره، والجرح والضرب بكل أشكالهما وأيّاً كانت جسامة كل منهما، حيث يستوي أن يكون الاعتداء جناية أو جنحة أو حتى مخالفة، فكل ذلك يبيح حق الدفاع الشرعي عن النفس.

والدفاع الشرعي عن النفس لا يتوقف على الدفاع عن المعتدى عليه نفسه فقط، بل يقوم هذا الحق للدفاع ضد الاعتداء الواقع على الغير، وذلك لأن القانون ـ كما ظهر من النصين السابقين ـ لا يفرق في مجال الدفاع بين الدفاع عن النفس والدفاع عن الغير، بل ولا يستلزم القانون وجود صلة خاصة بين المدافع ومن يدافع عنه في حالة الدفاع عن نفس

---

(١) انظر في ذلك:

شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ٢٠٤، خطر الاعتداء للدكتورة فوزية عبد الستار ص ٢٠٩ وما بعدها، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٣٢، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٤٠٤، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون سلامة ص ٢٣٣، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٢٣٥، الأحكام العامة لقانون العقوبات للدكتور السعيد مصطفى ص ٢٠٩، أصول قانون العقوبات القسم العام للدكتور أحمد فتحي سرور ص ٢٦٣، القانون الجنائي للدكتور علي راشد ص ٤٧٢، تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود سليمان العطار ص ١٩٦.

الغير، بل يجوز الدفاع ولو لم تكن تربطهما صلة ما[1].

وقد ذكر شراح القانون أنه يجوز الدفاع الشرعي ولو بالقتل في حالات معينة حصرها القانون، حيث لا يباح الدفاع الشرعي بالقتل للدفاع عن النفس ـ حسبما نصت المادة ٢٤٩ عقوبات ـ ضد الأخطار المتعلقة بالاعتداء على الحق في الحياة أو سلامة الجسم إلاّ إذا كان الخطر ينطوي على فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو الجراح البالغة، ولهذا لا بد من توافر عناصر معينة في الفعل الذي يباح الدفاع بالقتل ضده، فالفعل الذي يباح الدفاع عنه بالقتل يتمثل في فعل جسيم كضرب بآلة حادة أو توجيه سلاح ناري بقصد القتل أو التهديد، وكذا لا بد من وجود التخوف من وقوع الفعل المهدد به بأن يبلغ الخطر المهدد به درجة يشعر معها المدافع بالتخوف من وقوع ضرر يمس سلامة جسمه وحقه في الحياة، ولا يشترط هنا أن يؤدي الفعل إلى الموت أو الجراح البالغة، وإنما يكفي أن يعتقد المدافع أنه يؤدي إلى أحدهما حتى يحق له الدفاع عن نفسه ولو بالقتل، وهو ما قررته محكمة النقض المصرية في كثير من أحكامها في هذا الشأن[2].

---

(١) انظر في ذلك:
خطر الاعتداء للدكتورة فوزية عبد الستار ص ٢٠٩ وما بعدها، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٣٢، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٤٠٤، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون سلامة ص ٢٣٣، الأحكام العامة لقانون العقوبات للدكتور السعيد مصطفى ص ٢٠٩، أصول قانون العقوبات القسم العام للدكتور أحمد فتحي سرور ص ٢٦٣، القانون الجنائي للدكتور علي راشد ص ٤٧٢، تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود سليمان العطار ص ١٩٦.

(٢) انظر في ذلك:
شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ٢٠٤، خطر الاعتداء للدكتورة فوزية عبد الستار ص ٢٠٩ وما بعدها، شرح قانون العقوبات القسم

ثانياً: الدفاع عن العرض:

إن الاعتداء على العرض كرهاً جريمة مقررة في القانون المصري وإن كانت الأحكام فيه مختلفة عما هي عليه في الفقه الإسلامي بالنسبة لتحديد معيار التراضي وحكمه في هذه الجريمة وحكم الدفاع في حالة وقوع الوقاع برضا الطرفين نظراً لاختلاف مصدر كل منهما ورؤيته لهذه الجريمة البشعة والمحرمة في كل الأديان السماوية.

والاعتداء على العرض يبيح الدفاع الشرعي للمعتدى عليها كما بينت المادة ٢٤٦ من قانون العقوبات، فقد قررت هذه المادة في فقرتها الأولى أن «حق الدفاع الشرعي عن النفس يبيح للشخص في الأحوال الاستثنائية المبينة بعد استعمال القوة اللازمة لكل فعل يعتبر جريمة على النفس منصوصاً عليها في هذا القانون».

وجرائم العرض تعتبر من جرائم النفس في القانون المصري، فهي من جرائم الأشخاص، ومن ثم يقوم حق الدفاع الشرعي عنها، وجرائم العرض في قانون العقوبات تشمل الاغتصاب وهتك العرض والفعل الفاضح[1].

= العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٣٢، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٤٠٤، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون سلامة ص ٢٣٣، أصول قانون العقوبات القسم العام للدكتور أحمد فتحي سرور ص ٢٦٣، القانون الجنائي للدكتور علي راشد ص ٤٧٢، تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود سليمان العطار ص ١٩٦.

(١) انظر في ذلك:

المسؤولية الجنائية للدكتور مصطفى القللي ص ٣١٥، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ٢٠٤، خطر الاعتداء للدكتورة فوزية عبد الستار ص ٢٠٩ وما بعدها، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٣٢، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب =

وقد أجمع شراح القانون[1] في مصر على قيام الحق في الدفاع الشرعي ضد الاغتصاب الواقع على الأنثى، وكذا هتك العرض بالقوة بالنسبة للأنثى والذكر على السواء.

أمّا الفعل الفاضح في العلانية الواقع على الأنثى فيحق لها الدفاع عنه، والواقع في السر لها الحق في ذلك ولها تركه قانوناً، والواقع على الذكر في السر لا يعد جريمة في القانون المصري، ومن ثم لا يقيم حق الدفاع الشرعي ضده.

وبعد ذلك يثور السؤال حول مدى حق الدفاع الشرعي عن العرض في القانون، وهل يجوز دفعه ولو بالقتل؟

إنّ من يستقرئ نصوص قانون العقوبات المصري وفقه شراحه يجد أن الدفاع مشروع لمنع وقوع جرائم العرض بأنواعها وصورها المختلفة سابقة الذكر، سواء أكانت واقعة على ذكر أم على أنثى، ولكن الدفاع هنا محدد بنطاق لا يجوز تجاوزه، فلا يجوز الدفاع بالقتل ضد هذه الجرائم كلها ولجميع الناس، بل نص على هذا الحق في جريمتين فقط وهما الاغتصاب وهتك العرض بالقوة، وسوف أعرض لهما فيما يلي:

١ ـ جريمة الاغتصاب:

وهذه الجريمة نصت على تحديدها وبيان ماهيتها المادة ٢٦٧ من قانون

ص ٤٠٤، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون سلامة ص ٢٢٩، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٢٣٥، الأحكام العامة لقانون العقوبات للدكتور السعيد مصطفى ص ٢٠٩، أصول قانون العقوبات القسم العام للدكتور أحمد فتحي سرور ص ٣٣٢، القانون الجنائي للدكتور علي راشد ص ٤٧٢، تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود سليمان العطار ص ١٩٦.

(١) انظر في ذلك: المراجع السابقة الصفحات نفسها وما بعدها.

العقوبات والتي قررت أن «من واقع أنثى بغير رضاها يعاقب بالسجن المؤبد أو السجن المشدد، فإن كان الفاعل من أصول المجني عليها أو من المتولين تربيتها أو ملاحظتها أو ممن لهم السلطة عليها أو كان خادماً بالأجرة عندها أو عند من تقدم ذكرهم يعاقب بالسجن المؤبد».

ومن هذا النص يتضح أن جريمة الاغتصاب تتمثل في مواقعة الأنثى بغير رضاها، ومن ثم فإنها لا تتحقق إلاّ بتوافر الشروط التالية:

أ ـ مواقعة أنثى لا يحل لمرتكب الفعل مواقعتها.

ب ـ أن تكون المواقعة بغير رضا من الأنثى، فلو كان برضاها كان الفعل جريمة زنى عادية أو جريمة فعل فاضح، وقد لا يشكل جريمة أصلاً إن لم يتوافر فعل فاضح ولم يكن أحدهما متزوجاً أو كان الرجل متزوجاً ولكنه لم يقم بالفعل في منزل الزوجية.

ج ـ أن يقصد الفاعل المواقعة ويحقق النتيجة المرادة له.

وليس المقصود بانعدام الرضا هنا انعدامه مادياً فقط، بل قد يكون الإكراه واقعاً بطريق معنوي كالتهديد مثلاً فيكون الاغتصاب والإكراه متحققاً أيضاً[1].

ومتى توافرت هذه الجريمة كان للأنثى وللغير أن يدفع الصائل ولو بالقتل متى كان القتل لازماً ومناسباً لدفعه[2].

---

(١) انظر في ذلك: القسم الخاص من قانون العقوبات للدكتور حسن صادق المرصفاوي ص ٦١٦ وما بعدها ط منشأة المعارف بالإسكندرية.

(٢) شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ٤٢٤، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ٢٢٤، قانون العقوبات للدكتور مأمون سلامة ص ٢٢٦.

٢ ـ جريمة هتك العرض بالقوة:

يقصد بجريمة هتك العرض في قانون العقوبات المصري كل فعل مخل بالحياء يقع على جسم المجني عليه، ويكون على درجة من الفحش إلى حد مساسه بعورات المجني عليه التي لا يدخر وسعاً في صونها وحجبها عن الناس، أو إلى حد اتخاذ المجني عليه بالعبث به في المساس بعورات الجاني أو غيره.

وهذه الجريمة حددت عقوبتها المادة ٢٦٨ من قانون العقوبات، حيث قررت أن كل من هتك عرض إنسان بالقوة أو بالتهديد أو شرع في ذلك يعاقب بالسجن من ثلاث إلى سبع سنوات، وإذا كان عمر من وقعت عليه الجريمة المذكورة لم يبلغ ست عشرة سنة كاملة أو كان مرتكبها ممن نص عليهم في الفقرة الثانية من المادة ٢٦٧ ـ وهي الخاصة بالاغتصاب كما سبق ـ يجوز إبلاغ مدة العقوبة إلى أقصى الحد المقرر للسجن المشدد[1].

وممّا سبق يتضح أن جريمة هتك العرض تقوم على الأسس والأركان التالية:

أ ـ وقوع فعل هتك العرض.

ب ـ أن يكون وقوع الفعل بالقوة والتهديد.

ج ـ توافر القصد الجنائي في الفعل.

ومتى توافرت جريمة هتك العرض بالقوة والتهديد على الصورة السابقة فإنها تبيح لمن وقع عليه الفعل الدفاع عن نفسه بمنع وقوعه من البداية أو

---

(١) شرح قانون العقوبات القسم الخاص للدكتور عبد المهيمن بكر ص ٦٨٧ الطبعة السابعة ١٩٧٧ م دار النهضة العربية، القسم الخاص من قانون العقوبات للدكتور حسن صادق المرصفاوي ص ٦٢١ وما بعدها.

بمنع استمراره إن وقع، ويكون له الحق في الدفاع عن نفسه بكل وسائل الدفاع ولو بالقتل، على أنه يشترط هنا أن يكون هتك العرض بالقوة والتهديد، فإن انعدم عنصر القوة في جريمة هتك العرض فلا يجوز دفعه بالقتل وإن جاز دفعه بوسائل أخرى، كما لو كانت الجريمة هي مواقعة أنثى بلغت السادسة عشرة ولم تبلغ الثامنة عشرة من العمر وكانت المواقعة برضاها فهنا الفعل يعد هتك عرض لا زنى بالتراضي، ومن ثم فإن الفعل هنا لا يبيح للغير كالأب والأخ دفعه بالقتل وإن جاز بوسائل أخرى أقل، حيث يجب عليه التقيد بحدود الدفاع العامة دون القتل.

ومن الملاحظ في هذا الشأن أن الدفاع الشرعي بالقتل في جريمة الاغتصاب وجريمة هتك العرض بالقوة والتهديد لا يجوز إلاّ في الحالة التي يكون القتل فيها لازماً لدفع هذا الخطر، فإن أمكن بغيره من الوسائل لم يجز اللجوء إليه[1].

ثالثاً: الدفاع عن المال:

إن المال أحد المقاصد المهمة في الحياة وأحد الأمور المحببة إلى النفوس، فقد جبلت على محبته وطلبه، وجبلت على الدفاع عنه ضد من يعتدي عليه بأي صورة من الصور، وقد راعت القوانين المختلفة في البلدان المتعددة هذه الأمور ونصت على حق من يقع اعتداء على ماله في الدفاع عنه، ولكن حدود هذا الدفاع تختلف من قانون إلى آخر.

وفي القانون المصري نصت المادة ٢٤٦ في فقرتها الثانية والمعدلة

---

(١) انظر في هذا: القسم الخاص من قانون العقوبات للدكتور عبد المهيمن بكر ص ٧٠٠، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٤٠٤، الشروع في الجريمة للدكتور سمير الشناوي ص ٣٧٥، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٤٩.

بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ م على أن «حق الدفاع الشرعي عن المال يبيح استعمال القوة لرد أي فعل يعتبر جريمة من الجرائم المنصوص عليها في الأبواب الثاني والثامن والثالث عشر والرابع عشر من هذا الكتاب وفي الفقرة ٤ من المادة ٢٧٩»، والجرائم المذكورة هنا والتي تبيح الدفاع عن المال هي جرائم الحريق العمد، وجرائم السرقة والاغتصاب للمال بالقوة، وجرائم التخريب والتعييب والإتلاف، وجرائم انتهاك حرمة ملك الغير، وجريمة الدخول في أرض مهيأة للزرع، وجريمة التسبب في إتلاف المنقولات.

وسوف ألقي الضوء عليها بتفصيل بسيط فيما يلي:

١ ـ **جرائم الحريق العمد**: وهذه الجرائم منصوص عليها في المواد ٢٥٢، ٢٥٧، ٢٥٩ من قانون العقوبات، ويضيف لها البعض الجريمة المنصوص عليها في المادة ١٠٢ وهي جريمة استعمال المفرقعات، ومن الملاحظ أن هذه الجرائم في أغلبها من الجنايات فيما عدا الجريمة المنصوص عليها في المادة ٢٥٩ فهي من الجنح.

ويجوز الدفاع الشرعي ضد جرائم الحريق العمد في جميع مراحلها، كأن أمسك الجاني بالنار وأراد إلقائها على مال المجني عليه، فله هنا منعه ولو بالقوة، وكذا لو وضع ناراً في مكان وأراد وضع غيره في مكان آخر نبمنعه من الاستمرار في الفعل، أمّا إذا كان قد وضع النار وفي طريقه للفرار فلا يجوز الدفاع الشرعي ضده في هذه الحالة، لأنه يكون من باب الانتقام من الفاعل بعد تمام الفعل، والدفاع الشرعي شرع لرد العدوان عند تعذر اللجوء للسلطة ولم يشرع للانتقام من الجاني[1].

---

(١) انظر في ذلك: شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب =

٢ ـ **جرائم السرقة واغتصاب الأموال**: وهي الجرائم المنصوص عليها في الباب الثامن من قانون العقوبات وتحديداً في المواد من ٣١١ إلى ٣٢٧ منه، وهي جرائم في أغلبها جنايات وفي بعضها جنح، وهي جرائم تقوم على الاعتداء على المال وقد تتعدى بالاعتداء على النفس والمال معاً كالسرقة بالإكراه واغتصاب السندات والتوقيعات بالقوة والتهديد، ويجوز الدفاع ضد وقوع هذه الجرائم وضد الاستمرار في العدوان في حال وقوعه[١].

٣ ـ **جرائم التخريب والتعييب والإتلاف**: وهذه الجرائم منصوص عليها في الباب الثالث عشر من قانون العقوبات وتحديداً في المواد ٣٥٤، ٣٥٥، ٣٥٧، ٣٥٨، ٣٥٩، ٣٦٠، ٣٦١، ٣٦١ مكرر، ٣٦٦، ٣٦٨، وهذه الجرائم تبيح الدفاع الشرعي سواء وقع التعييب والتخريب والإتلاف على الحيوان أو على جماد أو غيره من أنواع الأموال، وهذه الجرائم بعضها جنح وبعضها جنايات[٢].

٤ ـ **جرائم انتهاك حرمة ملك الغير**: وهي الجرائم المنصوص عليها في الباب الرابع عشر وتحديداً في المواد من ٣٦٩ إلى ٣٧٥ من قانون

ص ٤٠٧، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢١٩، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ٢٠٦، أصول قانون العقوبات للدكتور أحمد فتحي سرور ص ٢٧٢، نظرية الدفاع الشرعي للدكتور يوسف قاسم ص ١٣٣.

(١) مبادئ القسم العام من التشريع العقابي للدكتور رؤوف عبيد ٥٥١، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ٢١٩، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ٢٠٦.

(٢) شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢١٩، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ٢٠٦، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي للدكتور رؤوف عبيد ص ٥٥١، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ٤٠٧.

العقوبات، وهي جرائم تدور بين الجنح والجنايات، وتشمل هذه الجرائم جريمة دخول الجاني عقاراً في حيازة آخر بقصد منع حيازته بالقوة أو بقصد ارتكاب جريمة، ودخول بيت مسكون أو معد للسكنى في حيازة آخر بقصد منع حيازته له بالقوة أو ارتكاب جريمة فيه، وجريمة التواجد في أحد المحلات السابقة مختفياً عن أعين من لهم الحق في إخراجه منها، وجريمة استعمال القوة أو العنف أو الإرهاب أو التهديد أو تدابير غير مشروعة في الاعتداء على حق الغير في العمل أو الاستخدام، وهذه الجرائم تبيح الدفاع الشرعي عنها أيضاً فهي المنصوص عليها قانوناً في هذا الشأن[1].

٥ ـ **جريمة دخول أرض مهيأة للزرع**: وهذه الجريمة منصوص عليها في المادة ٣٧٨/ ١، وتتمثل هذه الجريمة في دخول أرض مهيأة للزرع أو مبذور فيها الحب أو محصول للغير، أو مروره فيها بنفسه أو ببهائمه أو دوابه المعدة للجر أو الحمل أو الركوب أو ترك هذه الدواب تمر منها، وهذه الجريمة تعد مخالفة فلا هي جنحة ولا جناية، ومن ثم فإن الدفاع الشرعي عنها له حدود معينة لا يجوز تعديها[2].

٦ ـ **جريمة التسبب عمداً في إتلاف شيء من منقولات الغير**، وهي التي نصت عليها المادة ٣٨٩/ ١ من قانون العقوبات، وهذه الجريمة تعد

---

(١) شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ٢٠٧، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون سلامة ص ٢١٤، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي للدكتور رؤوف عبيد ص ٥٥١، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ٤٠٧.

(٢) شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ٢٠٧، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون سلامة ص ٢١٤، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي للدكتور رؤوف عبيد ص ٥٥١، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ٤٠٧.

مخالفة، والدفاع عنها له حدود لا يجوز تجاوزها[1].

٧ ـ **جريمة رعي مواشي أو تركها ترعى بغير حق في أرض بها محصول أو في بستان**، وهذه الجريمة نصت عليها المادة ٣٨٩/٣ من قانون العقوبات، وهي جريمة مخالفة كسابقتها، ولذا فإن الدفاع الشرعي فيها له حدوده التي لا يجوز تعديها[2].

ومما سبق يتضح أن جرائم الأموال التي تبيح الدفاع الشرعي محصورة ومحددة قانوناً، ومن ثم لا يجوز تعديها أو الدفاع الشرعي عن المال في غير هذه الجرائم، وهذا الاتجاه منتقد، لأن الدفاع عن المال أمر فطري فكان الواجب إطلاق أنواع الجرائم الواقعة عليه وإباحة الدفاع ضدها جميعاً دون تحديد لنوع أو أنواع معينة منها.

وإذا كان الدفاع الشرعي عن المال مباحاً في الجرائم السابقة فإنه يجوز الدفاع عن هذه الجرائم بكل ما من شأنه دفع خطر الاعتداء ما دام أنه مناسب ولازم لدفع الاعتداء، ولكن ينبغي لمن يقوم بفعل الدفاع أن يتقيد بالحدود المناسبة لرد العدوان ولا يجاوزها، فإن جاوزها كان مسؤولاً عن هذا التجاوز.

أما الدفاع عن المال بالقتل فإنه لا يجوز قانوناً إلاّ في حالات محددة ومحصورة قانوناً، وهي أربع حالات:

---

(١) قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون سلامة ص ٢١٤، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي للدكتور رؤوف عبيد ص ٥٥٢، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ٤٠٧.

(٢) قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣٢٨، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون سلامة ص ٢١٤، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي للدكتور رؤوف عبيد ص ٥٥١، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عبد الغريب ٤٠٧.

١ ـ جرائم الحريق العمد التي سبق ذكرها، حيث يجوز الدفاع ضد من يقوم بها متى كان على وشك إيقاعها أو أوقع جزءاً واستمر في إيقاع الباقي، وتكون جريمة الحريق العمد التي هي من الجنايات متى وقعت في منزل أو محلات مسكونة أو ما يأخذ حكمها، أو في المحلات غير المسكونة أو في الأموال الأخرى، ومن هنا يباح لمن يعتدى على ماله بالحريق أن يدفع هذا الاعتداء ولو بالقتل للمعتدي ليدفع خطر الاعتداء أو خطر الاستمرار فيه.

٢ ـ جرائم السرقة المعدودة من الجنايات، وهي الجرائم التي تتم بالاعتداء على النفس أيضاً من أجل أخذ المال كالسرقة بالإكراه، ومن ثم يحق للمعتدى عليه أن يدفع عن نفسه هذا الاعتداء ولو بالقتل للمعتدي.

٣ ـ جرائم الدخول ليلاً في منزل مسكون، فهذه الجريمة تشمل بالإضافة إلى السرقة تهديد النفس بالضرر من قبل السارق، كما تحتوي على جرأة من الجاني ينبغي أمامها إباحة الدفاع ضده ولو بقتله.

٤ ـ كل جريمة ينتج عنها فعل يتخوف منه حدوث موت أو جراح بالغة تؤدي إلى الموت، فهذه الجرائم تشمل النفس بالإضافة إلى المال، ومن ثم يجوز الدفاع ضدها ولو بالقتل[1].

---

(١) انظر في ذلك:

خطر الاعتداء للدكتورة فوزية عبد الستار ص ٢٣١، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٥٠، الجريمة والمجرم للدكتور رمسيس بهنام ٤٠٢، أصول قانون العقوبات القسم العام للدكتور أحمد فتحي سرور ص ٣٧٢، قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ١٧٥، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور عمر السعيد رمضان ص ٥١٦، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ٢٠٧، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون =

وبعد ذكر ما سبق يتبين أن القانون الوضعي لا يبيح الدفاع عن المال مطلقاً وإنما في جرائم معينة، وفي حال إباحته في الجرائم الواردة حصراً لا يبيح كل أفعال الدفاع وإنما يبيح أنواعاً معينة منها، ولا يبيح القتل في حالة الدفاع إلاّ في جرائم محددة ذكرها نصاً.

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

بعد هذه الرحلة الطويلة في محل الاعتداء في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يظهر أن هناك بينهما مجالات توافق ومجالات خلاف سوف أذكرهما في النقاط التالية:

أولاً: يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في نشوء حق الدفاع الشرعي ضد كل خطر يهدد حياة الفرد أو سلامة عضو من أعضائه، وأنه من اللازم مراعاة الدفاع بالقدر المناسب، ويجوز دفع خطر الصائل بالقتل إن لم تكن هناك وسيلة أخرى غيره.

كما يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في حق الغير في الدفاع عن أي شخص يتم الاعتداء عليه بدون وجه حق، وأنه يجوز له دفعه بكل طريق ولو بالقتل إن لم يندفع بغيره.

ثانياً: يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في إباحة الدفاع الشرعي لحماية العرض ودفع المتعرض له، سواء كان ذلك باغتصاب أو إرادة الزنى أو التقبيل وهو ما يسميه القانون بهتك العرض، فيجوز للمرأة أن تدافع عن عرضها بكل وسيلة ولو بقتل المعتدي عليها، على أن يؤخذ في الاعتبار أن هناك فرقاً بين الفقه الإسلامي

سلامة ص ٢١٤، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي للدكتور رؤوف عبيد ص ٥٥١، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ٤٠٧.

والقانون الوضعي في نظرة كل منهما للصيالة على العرض، فهو في الفقه الإسلامي حماية لقيمة معنوية يجب على المجتمع العمل على تلافي عواقبها، في حين هو في القانون حماية من المساس بجسد المرأة بغير رضاها، فالقانون لا يعد الزنى جريمة إلاّ في أحوال وبشروط معينة، على العكس من الفقه الإسلامي الذي يعده جريمة في كل الأحوال.

ثالثاً: يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في نشوء حق الدفاع الشرعي ضد خطر الاعتداء على العرض بالقوة، كالاغتصاب وهتك العرض بالقوة بالنسبة لأقارب المرأة وللغير أيضاً متى كانت الجريمة من الجرائم التي فيها مساس بالمرأة بدون رضاها، وفي غير ذلك يختلف الفقه الإسلامي عن القانون الوضعي فلكل نظرته، فالفقه الإسلامي يبيح الدفاع ولو بالقتل ضد من يزني بامرأة دون نظر إلى ما إذا كان ذلك برضاها أو جبراً عنها ولجميع الناس على اعتبار أن الزنى جريمة تمس المجتمع ككل ومن حق الجميع الدفاع ضد وقوعها، بخلاف القانون الوضعي الذي لا يبيح الدفاع في حالة وقوع الجريمة برضا الطرفين إلاّ للزوج فقط باعتباره متضرراً من الفعل، بل ولا يعتبر الأمر جريمة متى تم بالتراضي بين طرفين يبلغان من العمر ثمانية عشر عاماً ولم يكن أحدهما متزوجاً أو كان الرجل متزوجاً وتم الفعل في غير الطريق العام وفي غير منزل الزوجية، ولا مجال للمقارنة هنا بين الفقه والقانون فواضح سمو الشريعة الإسلامية بما يجعل المقارنة بعيدة والتلاقي بينهما فيه بون شاسع.

رابعاً: إن القانون الوضعي قد جعل من موضوع الدفاع الشرعي ضد خطر الاعتداء على العرض مباحاً، فلمن رأى الفعل الحق في الدفاع ولا عقاب عليه في تركه، في حين يجعله الفقه الإسلامي واجباً ومن ثم يأثم من يترك الدفاع عنه باتفاق الفقهاء، ولا شك أن بين

النظرتين فرقاً كبيراً وبوناً شاسعاً، ونظرة الفقه الإسلامي تنبع من رؤيته لموضوع الزنى وأنه وصمة للمجتمع كله ومن ثم واجب على المجتمعﷺ
درء العدوان أيّاً كان نوعه ولو تم برضا الطرفين.

خامساً: يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في إباحة الدفاع الشرعي عن المال، وإباحة ملاحقة من يصول عليه من أجل استرداده، وكذا إباحة دفاع الغير عن مال غيره، فحق الدفاع عن المال مباح للجميع ضد السطو على المال بغير حق، ولكن يختلف القانون الوضعي عن الفقه الإسلامي في حدود الإباحة، فالفقه الإسلامي يبيح الدفاع عن كل الأموال ـ وإن كان هناك رأي للمالكية كما سبق لا يبيح الدفاع بالقتل ضد المال القليل ـ أما القانون الوضعي فهو لا يبيح الدفاع عن المال إلاّ في جرائم معينة ذكرها تحديداً، ولا يجيز الدفاع بالقتل إلاّ في بعض أنواع من هذه الجرائم، ويباح الدفاع بغيره فيما دونها.

سادساً: من يدقق النظر فيما سبق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يجد أن الفقه الإسلامي أدق في عباراته وأوسع مجالاً في حالات الدفاع الشرعي عنها في القانون الوضعي، فهو يعد الاعتداء معصية ويجب الأخذ على يد العاصي، كما أن نظرته هنا أكثر فاعلية في حماية المجتمع وحماية مال الفرد ونفسه وعرضه دون عدوان على الصائل أو رد خطره بما هو أشد، ومن ينظر في عبارات القانون الوضعي يجدها في أحسن الحالات قد اقتربت مما جاء به الفقه الإسلامي وبعد طول إلغاء وتعديل وتطوير في الفكر والاتجاهات المختلفة، أي أنه يصل بعد قرون عديدة من التطوير وبعد كم هائل من الأفكار إلى ما كان عليه الحال في الفقه الإسلامي وما جاءت به الشريعة منذ مئات السنين، ولم لا وهي شريعة أحكم الحاكمين؟

المطلب الخامس

لزوم الدفاع ضد الاعتداء

وفيه فرعان:

الفرع الأول

لزوم الدفاع ضد الاعتداء في الفقه الإسلامي

من يقرأ في كتب الفقهاء في المذاهب المختلفة يجد أنهم لم يذكروا هذا الشرط صراحة لإباحة الدفاع الشرعي ولكنه يستنبط من كلامهم عن أحكام دفع الصائل وآثاره، وكيفية دفعه ومتى يدفع وهكذا، ومن كلامهم هذا يتبين أن لزوم دفع الخطر أو لزوم الدفاع ضد الاعتداء يعني أن تكون أفعال الدفاع هي الوسيلة الوحيدة التي يمكن بها للمعتدى عليه أن يتخلص من خطر الاعتداء الواقع عليه، فإن كان من الممكن دفع المعتدي بفعل لا يعد جريمة شرعاً كان ذلك واجباً ولا يجوز للمعتدى عليه تجاوزه، وإن كان في إمكانه وسيلتان إحداهما محرمة والأخرى مباحة وجب عليه الدفاع بالوسيلة المشروعة وترك المحرمة، ولا يجوز الإقدام على الوسيلة المحرمة في

الدفاع إلاّ إذا كان مضطرّاً إلى ذلك ولا وسيلة لديه غيرها[1].

وفي هذا يقول الشيرازي[2] «إذا أمكنه دفعه بالصياح والاستغاثة لا بالقتل لم يكن له دفعه بالقتل»[3].

وقد اتفق الفقهاء[4] على أن دفع الصائل لا ينشأ إلاّ إذا كان خطر الاعتداء الواقع من الصائل لا يمكن دفعه إلاّ بالقوة، فإن أمكن دفعه بغير القوة دفع بها، ولا يجوز اللجوء للقوة إلاّ إذا لم يكن هناك سبيل غيرها، ومن هذا يتبين أن لزوم فعل الدفاع بالقوة شرط لنشوء الحق في دفع

---

(١) انظر في هذا المعنى: نظرية الدفاع الشرعي للدكتور يوسف قاسم ص ١٩٣ وما بعدها.

(٢) الشيرازي: هو الشيخ أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي شيخ الإسلام ومدار العلماء الأعلام في زمانه، ولد بفيروز آباد قرية من قرى شيراز في سنة ثلاث وتسعين وثلاثمائة ونشأ بها ثم دخل شيراز وتفقه على أبي عبد الله البضاوي وعلى بن رآمين تلميذ الداركي ثم قدم بصرة وقرأ الفقه على الجزري ثم دخل بغداد وقرأ الأصول على أبي حاتم القزويني والأصول على القاضي أبي الطيب، كان أزهد أهل الزمان، وأكثر الأئمة اشتغالاً بالعلم، كانت الطلبة يرتحلون من الشرق والغرب إليه والفتاوى تحمل من البحر والبراري بين يديه، قال رحمه الله: لما خرجت إلى خراسان لم أدخل قرية ولا بلدة إلاّ وجدت قاضيها من تلاميذي قال الأسنائي: ومع هذا لا يملك شيئاً من الدنيا وبلغ فقره إلى حيث لا يجد في بعض الأوقات قوتاً ولا لباساً ولم يحج بسبب ذلك، ولو أراد الحج لحمله الأمراء والوزراء على الأعناق وحجوا به، وكان طلق الوجه، دائم البشاشة، كثير البسط، حسن المجاورة يحفظ كثيراً من الحكايات الحسنة والأشعار، ويتشرف بها مجلس الطلبة في أيام التعطيل كما كان شاعراً فصيحاً، وتوفي بها في يوم حادي عشر جمادى الأخرى سنة ست وسبعين وأربعمائة ودفن بمقبرة باب البرز.
انظر الترجمة له في: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٢/ ٢٣٨، سير أعلام النبلاء ١٨/ ٤٥٣.

(٣) المهذب في الفقه الشافعي ٣/ ٢٦٣.

(٤) الهداية للمرغيناني ٤/ ١٦٤، البناية ١٣/ ١٠٨، حاشية الدسوقي ٤/ ٣٥٧، الأم ٦/ ٣١، ٣٣، الفروع ٦/ ١٤٥، كشاف القناع ٤/ ١٢٩.

الصائل، وسوف أورد هنا بعض النصوص التي توضح ذلك.

فقد جاء في الهداية «ومن شهر على المسلمين سيفاً فعليهم أن يقتلوه لقوله عليه الصلاة والسلام «من شهر على المسلمين سيفاً فقد أطل دمه»[1]، ولأنه باغ فتسقط عصمته ببغيه ولأنه تعين القتل عن نفسه فله قتله، وقوله فعليهم وقول محمد رحمه الله في الجامع الصغير فحق على المسلمين أن يقتلوه إشارة إلى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر»[2].

وجاء في الشرح الكبير «وجاز دفع صائل على نفس أو مال أو حريم، والمراد بالجواز الإذن فيصدق بالوجوب بعد الإنذار كما في المحارب، للفاهم أي الإنسان العاقل بأن يقول له ناشدتك الله إلاّ ما تركتني ونحو ذلك، أي إن أمكن كما تقدم في المحارب، فإن لم ينكف أو لم يمكن جاز دفعه بالقتل وغيره، وإن كان الدفع عن مال وبالغ عليه لئلاّ يتوهم أن قتل المعصوم لا يجوز إلا إذا كان الدفع عن نفس أو حريم لسهولة المال بالنسبة لقتل المعصوم، ومفهوم الفاهم أن الصائل إذا لم يكن فاهماً بأن كان مجنوناً أو بهيمة فإنه يعاجل بالدفع لعدم فائدة الإنذار، وجاز قصد قتله ابتداء إن علم أنه أي الصائل لا يندفع إلاّ به، ويثبت ذلك ببينة لا بمجرد قول المصول عليه إلاّ إذا لم يحضره أحد فيقبل قوله بيمينه، لا يجوز للمصول عليه جرح للصائل فضلاً عن قتله إن قدر على الهرب منه أي من الصائل بنفسه وأهله وماله بلا مشقة، فإن كان يمكنه الهرب لكن بمشقة جاز له ما ذكر»[3].

وجاء في حاشية الدسوقي «قوله بعد الإنذار أي التخويف بوعظه وزجره

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) الهداية للمرغيناني ٤/ ١٦٤.

(٣) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٣٥٧.

وإنشاد الله عليه لعله ينكف، والحاصل أن الصائل إذا كان ممن يفهم فإنه يناشده أولاً ثم بعد المناشدة يدفعه شيئاً فشيئاً أي يدفعه بالأخف فالأخف، فإن أبى إلاّ الصول قتله، وأمّا إن كان ممّن لا يفهم كالبهيمة فإنه يعالجه بالدفع بلا إنذار، ويدفعه بالأخف فالأخف، فإن أبى إلاّ الصول قتله وكان هدراً، قوله كما في المحارب أي كما في مناشدة المحارب فإنها مندوبة كما مر، قوله أي إن أمكن إلخ أي وإنما يندب إنذار الفاهم إن أمكن إنذاره، قوله فإن لم ينكف أي بالإنذار وأبى إلاّ الصول، قوله أو لم يمكن أي إنذاره لمبادرته بالصول والحرب، قوله جاز دفعه بالقتل المراد بالجواز الإذن»[1].

وجاء في الأم «إذا أقبل الرجل بالسيف أو غيره من السلاح على الرجل فإنما له ضربه على ما يقع في نفسه، فإن وقع في نفسه أنه يضربه وإن لم يبدأه المقبل بالضرب فليضربه، وإن لم يقع في نفسه ذلك لم يكن له ضربه»[2].

وجاء فيه أيضاً «فمن أريد ماله في مصر فيه غوث أو صحراء لا غوث فيها، أو أريد وحريمه في واحد منهما فالاختيار له أن يكلم من يريده ويستغيث، فإن منع أو امتنع لم يكن له قتاله، وإن أبى أن يمتنع من أراد ماله أو قتله أو قتل بعض أهله أو دخولاً على حريمه أو قتل الحامية حتى يدخل الحريم، أو يأخذ من المال، أو يريده الإرادة التي يخاف المرء أن يناله أو بعض أهله فيها بجناية، فله أن يدفعه عن نفسه وعن كل ماله دفعه عن نفسه، فإن لم يندفع عنه ولم يقدر على الامتناع منه إلاّ بضربه بيد أو عصا أو سلاح حديد أو غيره فله ضربه، وليس له عمد قتله، وإذا كان له

---

(١) حاشية الدسوقي ٤/ ٣٥٧.

(٢) الأم للشافعي ٦/ ٣٣.

ضربه فإن أتى الضرب على نفسه فلا عقل فيه ولا قود ولا كفارة، قال الشافعي: وإن ضربه حصول أو لم يضربه حتى رجع عنه تاركاً لقتاله لم يكن له أن يعود عليه بضرب، قال الشافعي: وإن قاتله وهو مول مثل أن يكون يرميه أو يطعنه أو يوهقه كان له ثم توهيقه إياه أو انحرافه لرميه ضربه ورميه، ولم يكن له بعد تركه ذلك ضربه ولا رميه»[1].

وجاء في المغني «مسألة قال وإذا دخل منزله بالسلاح فأمره بالخروج فلم يفعل فله أن يضربه بأسهل ما يخرجه به، فإن علم أنه يخرج بضرب عصا لم يجز أن يضربه بحديدة، فإن آل الضرب إلى نفسه فلا شيء عليه، وإن قتل صاحب الدار كان كلاهما، وجملته أن الرجل إذا غيره دخل دار بغير إذنه فلصاحب الدار أمره بالخروج من منزله سواء كان معه سلاح أو لم يكن، لأنه متعد بدخول ملك غيره فكان لصاحب الدار مطالبته بترك التعدي، كما لو غصب منه شيئاً، فإن خرج بالأمر لم يكن له ضربه، لأن المقصود إخراجه»[2].

وجاء في الفروع «لصوص دخلوا عليه يقاتلهم أو يناشدهم قال: قد دخلوا ما يناشدهم، ويتضح من قوله قد دخلوا اللصوص أمر متيقن في وجود الخطر ودل عليه واقعياً ومادياً دخولهم للسرقة ولذا أجاز له الدفاع»[3].

وجاء في المبدع «وإذا دخل رجل منزله متلصصاً أو صائلاً، أي إذا ادعى صياله بلا بينة ولا إقرار لم يقبل فحكمه حكم ما ذكرنا، أي إذا غيره دخل دار بغير إذنه فلصاحب المنزل أمره بالخروج من منزله سواء كان معه سلاح أم لا، فإن خرج بالأمر لم يكن له غيره، لأن المقصود إخراجه،

---

(١) الأم للشافعي ٦/ ٣١.
(٢) المغني لابن قدامة ٩/ ١٥١.
(٣) الفروع لابن مفلح ٦/ ١٤٥.

لكن روي عن ابن عمر أنه رأى لصاً فأصلت عليه السيف قال الراوي فلو تركناه لقتله، وجاء رجل إلى الحسن[1] فقال رجل دخل بيتي ومعه حديدة أقتله قال نعم وجوابه أنه أمكن إزالة العدوان بغير القتل فلم يجز القتل وكما لو غصب منه شيئاً وأمكن أخذه»[2].

وجاء في كشاف القناع «ومن صال أي وثب عليه آدمي صغير أو كبير عاقل أو مجنون أو غيره من البهائم والطيور فقتله المصول عليه دفعاً عن نفسه لم يضمنه إن لم يندفع بغير القتل لأن الصائل قتل نفسه بصياله، ولو دفعه أي دفع إنسان الصائل عن ولده أي القاتل ونسائه كزوجته وأمه وأخته وعمته وخالته بالقتل متعلق بدفعه ضمنه»[3].

وقد اشترط ابن حزم الظاهري[4] لجواز دفع الصائل بالقوة أن يكون فعل المدافع هو الوسيلة الوحيدة الممكنة لدفع خطر المعتدي عن النفس

---

(١) سبقت الترجمة له.

(٢) المبدع ٩/ ١٥٦.

(٣) كشاف القناع ٤/ ١٢٩.

(٤) **ابن حزم الظاهري**: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي الظاهري، ولد في آخر يوم من رمضان سنة ٣٨٤ هـ كما يذكر هو عن نفسه ذلك، كان أبوه من أسرة لها مكانتها في حكم الأمويين بالأندلس، وكانت قرطبة محل ميلاده حاضرة العلم في أوروبا في هذا العصر، وحاضرة من حواضر العلم في العالم الإسلامي، وقد نشأ ابن حزم نشأة ثرية مرفهة، فقد كان لأسرته ثراء وجاه، فكان يمتلك المزارع والقصور والرقيق، حتى أنه كان يعتز بثراء أسرته، وأنه لم يبتغ بالعلم جاهاً ولا مالاً، وإنما أراد العلم لأجل العلم، ولم تكن حياة ابن حزم كلها نعيماً ورخاء، فقد بدأت الشدائد تنزل به وبأهله وهو في الخامسة عشرة من عمره، وفي حكم المؤيد، حيث أقيل والده من عمله، واضطر إلى الانتقال من قرطبة إلى بلدة المرية، وهي نقلة غيرت حاله من عز إلى غربة، وقد بدأ ابن حزم حياته العلمية بحفظ القرآن الكريم فاستظهره على يد الجواري الموجودات في بيت أبيه حينئذ، كما علمنه جودة الخط وإتقان الكتابة، ثم وجهته أسرته إلى العلم بعد ذلك فذاق حلاوته وتمسك به، وقد كان ابن حزم يتمتع بصفات ترقى به لأن يكون عالماً بارعاً، فقد كانت له حافظة قوية =

والعرض والمال، فإن أمكن غيرها لم يجز الدفع بها، فقد جاء في المحلى «مسألة: اللص يدخل على الإنسان هل له قصد قتله؟... عن الحسن البصري قال: اقتل اللص والحروري والمستعرض، وعن محمد ابن سيرين[1] أنه قال: ما علمت أن أحداً من المسلمين ترك قتال رجل يقطع عليه الطريق أو يطرقه في بيته تأثما من ذلك، وعن إبراهيم النخعي[2] قال: إذا دخل اللص دار الرجل فقتله فلا ضرار عليه، وعن الشعبي[3]

مستوعبة، وعقلية هاضمة، لا يحفظ الكلام هكذا بل يجعل عقله حاكماً على كل ما يسمع، وقد أوتي ابن حزم بالإضافة إلى ملكاته ومواهبه العقلية عاطفة جياشة، وذوقاً أدبياً رفيعاً، فترك أثراً خالداً ينبئ عن هذا الذوق، وذلك هو كتابه طوق الحمامة في الألفة والألاف، وبعد حياة حافلة بالفرح والحزن، والعزة والغربة والسجن أسلمت تلك النفس الجبارة الروح لبارئها، فتوفي ابن حزم رحمه الله، ثم وورري جسده التراب، وكانت وفاته سنة ٤٥٦ هـ.

انظر الترجمة له في: ابن حزم الظاهري للشيخ محمد أبو زهرة ط دار الفكر العربي، ابن حزم الأندلسي د. عبد الحليم عويس، ط الزهراء للإعلام العربي، ابن حزم الأندلسي د. زكريا إبراهيم، سلسلة أعلام العرب، ط دار المعارف.

(١) ابن سيرين: أبو بكر محمد بن سيرين الأنصاري البصري، مولى أنس بن مالك، ولد سنة ٣٢ هـ في خلافة عثمان ـ رضي الله عنه ـ وهو أحد التابعين الأجلاء، حيث أدرك ثلاثين صحابياً، واشتهر بتفسير الرؤى وله كتاب في ذلك، قال عنه ابن عون «ما رأيت مثل محمد بن سيرين»، وتوفي رحمه الله سنة ١١٠ هـ.

انظر الترجمة له في: تاريخ الإسلام ٣/ ٣١٧، وفيات الأعيان ٤/ ١٨١، شذرات الذهب ١/ ١٣٨.

(٢) النخعي: أبو عمران إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود النخعي الكوفي، فقيه العراق، تتلمذ على يد علقمة وشريح ومسروق وغيرهم، وتتلمذ على يديه الأعمش وحماد بن أبي سليمان وابن شبرمة وغيرهم، كان من كبار الأئمة والفقهاء، قال عنه الإمام أحمد «كان إبراهيم ذكياً حافظاً صاحب سنة»، وتوفي رحمه الله سنة ٩٦ هـ، وقيل سنة ٩٥ هـ، وله تسع وأربعون سنة.

انظر الترجمة له في: تاريخ الإسلام ٣/ ١٠٤، شذرات الذهب لابن العماد ١/ ١١١، سير أعلام النبلاء للذهبي ٤/ ٥٢٠.

(٣) الشعبي: أبو عمرو عامر بن شراحيل الشعبي الحميري نسبة إلى شعب وهو بطن من

قال: الرجل محارب لله ورسوله فاقتله، فما أصابك من شيء فعليّ... قال علي (أي ابن حزم): فمن أراد أخذ مال إنسان ظلماً من لص أو غيره فإن تيسر له طرده منه ومنعه فلا يحل له قتله، فإن قتله حينئذ فعليه القود، وإن توقع أقل توقع أن ما يعاجله اللص فليقتله ولا شيء عليه، لأنه مدافع عن نفسه، فإن قيل اللص محارب فعليه ما على المحارب، قلنا: فإن كابر وغلب فهو محارب، واختيار القتل في المحارب إلى الإمام لا إلى غيره أو إلى من قام بالحق إن لم يكن هنالك إمام، وإن لم يكابر ولا غلب لكن تلصص فليس محارباً ولا يحل قتله أصلاً»[1].

فهذه النصوص وغيرها تدل على أن الصائل لا يجوز دفعه بشيء متى أمكن دفعه بما هو أيسر منه، وأن لزوم الدفاع بالقوة شرط في خطر الاعتداء، فأي خطر يمكن إزالته بغير القوة لا يجوز إزالته بها.

واشتراط لزوم الدفاع ضد الاعتداء هنا يجعلنا نطرح سؤالاً حول حكم الدفاع إذا أمكن اللجوء للسلطة أو الهرب من المعتدي، ولكل منهما حكم مستقل أوضحه فيما يلي:

أولاً: حكم اللجوء للسلطة للاحتماء من المعتدي، فقد اتفق الفقهاء[2]

= حمدان، كان راوية من التابعين يضرب المثل بحفظه، ولد ونشأ بالكوفة، وكان نديماً لعبد الملك بن مروان ورسوله إلى ملك الروم، وكان رحمه الله ضئيلاً نحيفاً، غزير العلم، كثير الرواية، من رجال الحديث الثقات، كما كان فقيهاً شاعراً بلغ من علمه أن قال عنه ابن سيرين «قدمت الكوفة وللشعبي حلقة عظيمة وأصحاب رسول الله عليه الصلاة والسلام يومئذ كثير»، وتوفي رحمه الله بالكوفة سنة ١٠٤ هـ.
انظر الترجمة له في: حلية الأولياء لأبي نعيم الأصفهاني ٤/ ٣١٠، وفيات الأعيان لابن خلكان ٣/ ١٢، تهذيب التهذيب لابن حجر ٥/ ٦٥، سير أعلام النبلاء للذهبي ٤/ ٢٩٤.

(١) المحلى ١١/ ١٣.

(٢) انظر في هذا:
تبيين الحقائق ٦/ ١١٠، تكملة البحر الرائق ٨/ ٣٤٥، حاشية ابن عابدين ٦/ ٥٨٨، =

على أنه متى أمكن للمصول عليه أن يحتمي بالسلطة فإنه لا يجوز له الدفاع ضد المعتدي، لأن الدفاع شرع للوقاية من خطر الاعتداء ولم يشرع للانتقام من الجاني ـ كما سبق القول ـ، ومتى أمكن اللجوء للسلطة فإن الخطر يكون غير واقع ومن ثم لا يجوز الدفاع ضده، والمقصود بالسلطة هنا الشرطة أو القاضي أو غيره من جهاتها.

أما إذا تعذر اللجوء إليها أو كان اللجوء إليها لا يعني توقي الخطر تماماً أو لا يمكن وقوعه في الوقت المناسب فهنا يباح للمصول عليه دفع الصائل بالوسائل المناسبة ولو لم يندفع إلاّ بالقتل كان له قتله.

وقد جاءت نصوص الفقهاء مبينة لذلك ومنها ما جاء في تكملة البحر الرائق «ولو علم أنه لو صاح عليه يطرح ماله فقتله مع ذلك يجب عليه القصاص، لأن قتله بغير حق وهو بمنزلة المغصوب منه إذا قتل الغاصب حيث يجب عليه القصاص، لأنه يقدر على دفعه بالاستعانة بالمسلمين والقاضي فلا تسقط عصمته، بخلاف السارق والذي لا يندفع بالصياح»[1].

وجاء في الشرح الكبير «وجاز قصد قتله ابتداء إن علم أنه، أي الصائل، لا يندفع إلاّ به، ويثبت ذلك ببينة لا بمجرد قول المصول عليه، إلاّ إذا لم يحضره أحد فيقبل قوله بيمينه»[2].

وجاء في الأم «إذا أقبل الرجل بالسيف أو غيره من السلاح على الرجل فإنما له ضربه على ما يقع في نفسه، فإن وقع في نفسه أنه يضربه وإن لم

الذخيرة للقرافي ١٢/ ٢٦٢، حاشية الدسوقي ٤/ ٣٥٧، أسنى المطالب ٤/ ١٦٧، مغني المحتاج ٤/ ١٨١، حاشية الجمل على شرح المنهج ٥/ ١٦٦، المغني لابن قدامة ٩/ ١٥١، المحلى لابن حزم ١١/ ١٩.

(١) تكملة البحر الرائق ٨/ ٣٤٥، ومثله ما جاء في حاشية ابن عابدين ٦/ ٥٨٨.

(٢) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٣٥٧.

يبدأه المقبل بالضرب فليضربه، وإن لم يقع في نفسه ذلك لم يكن له ضربه»[1].

وجاء في الفروع «الصوص دخلوا عليه يقاتلهم أو يناشدهم قال: قد دخلوا ما يناشدهم، ويتضح من قوله قد دخلوا ـ اللصوص ـ أمر متيقن في وجود الخطر ودل عليه واقعياً ومادياً دخولهم للسرقة، ولذا أجاز له الدفاع»[2].

فهذه النصوص قد بينت أنه إذا لم يكن هناك مفر من دفع الصائل بالقوة لزم ذلك، فإن أمكن بغيرها لم يجز دفعه بالقوة، ومن تلك الوسائل اللجوء إلى السلطة للاحتماء بها.

ثانياً: حكم الهرب من المعتدي، ويقصد بذلك أن يكون في إمكان المصول عليه أن يهرب من وجه الصائل حتى لا يصيبه الأذى منه، فهل يجب عليه الهرب بحيث لا يجوز له دفع الصائل مع إمكان الهرب، أم أن الهرب غير متعين عليه، ومن ثم يجوز له الدفاع عن نفسه ضد الصائل بالوسائل اللازمة لذلك؟

اختلف الفقهاء في ذلك على آراء عدة اختلفت باختلاف المذاهب وآرائها في الهرب ومدى الضرر المتعلق به.

فذهب المالكية[3] وبعض الشافعية[4] والحنابلة في وجه[5] والإمام

---

(١) الأم للشافعي ٦/ ٣٣.
(٢) الفروع لابن مفلح ٦/ ١٤٥.
(٣) تبصرة الحكام ٢/ ٣٥٧، شرح منح الجليل ٤/ ٥٦٢، حاشية العدوي ٨/ ١١٢.
(٤) وهو قول النووي والزركشي من الشافعية، نهاية المحتاج ٨/ ٢٨، أسنى المطالب ٤/ ١٦٧، روضة الطالبين ٩/ ١٢.
(٥) المغني ٩/ ١٥٣، كشاف القناع ٦/ ١٥٥، وقال المرداوي بعد ذكر الوجهين عن هذا الوجه: هو الأولى: انظر: الإنصاف ١٠/ ٣٠٧.

الأوزاعي[1] إلى أنه متى قدر المعتدى عليه على الهرب من وجه الصائل المعتدي دون ضرر أو مشقة في ذلك لزمه الهرب دون الدفاع، فإن دافع فقتل المصول عليه مع إمكان الهرب ضمنه، وقد جاء في الشرح الكبير «وجاز دفع صائل على نفس أو مال أو حريم والمراد بالجواز الإذن فيصدق بالوجوب بعد الإنذار. . . ولا يجوز للمصول عليه جرح الصائل فضلاً عن قتله إن قدر على الهرب منه أي من الصائل بنفسه وأهله وماله بلا مشقة، فإن كان يمكنه الهرب لكن بمشقة جاز له ما ذكر»[2].

وجاء في الذخيرة للقرافي[3] «ولو قدر المصول عليه على الهرب من غير مضرة تلحقه لم يدفع بالجرح وإلاّ دفع بما يقدر عليه»[4].

وجاء في الوسيط «الأولى لو قدر المصول عليه على الهرب فالظاهر أنه ليس له الدفع. . . وكأن الموضع حقه فلا يلزمه الهرب»[5].

وجاء في روضة الطالبين «ولو قدر المصول عليه على الهرب أو

---

(١) الأوزاعي: أبو عمرو عبد الرحمن بن عمرو بن يحمد الأوزاعي، إمام أهل الشام وفقيههم، كان يسكن بمحلة أوزاع ثم انتقل إلى بيروت إلى أن مات بها، ولد سنة ثمان وثمانين، كان رحمه الله فاضلاً، خيّراً، كثير العلم والحديث والفقه، حجة فيهم، أخذ العلم عن عطاء وقتادة والزهري وابن سيرين وغيرهم، وتعلم على يديه خلق كثير منهم شعبة والثوري والإمام مالك وابن المبارك وغيرهم، قال عنه الإمام مالك «الأوزاعي إمام يقتدى به»، وقال بشر بن المنذر «رأيت الأوزاعي كأنه أعمى من الخشوع»، وكان للأوزاعي مذهب مستقل ظلّ معمولاً به في دمشق ثلاثمائة وأربعين عاماً، وفي الأندلس عشرين عاماً، وتوفي رحمه الله سنة سبع وخمسين ومائة هجرية.
انظر الترجمة له في: وفيات الأعيان لابن خلكان ٣/ ١٢٧، تاريخ الإسلام ٤/ ٣٧٤، شذرات الذهب ١/ ٢٤١، الفهرست لابن النديم ص ٣٧٦.

(٢) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٣٥٧.

(٣) سبقت الترجمة له.

(٤) الذخيرة للقرافي ١٢/ ٢٦٢، ومثله في تبصرة الحكام ٢/ ٣٥٧، شرح الزرقاني ٧/ ١١٨.

(٥) الوسيط للغزالي ٦/ ٥٣١.

التحصن بموضع حصين أو على الالتجاء إلى فئة هل يلزمه ذلك، أم له أن يثبت ويقاتل فيه اختلاف نص، وللأصحاب طريقان أصحهما على قولين أظهرهما يجب الهرب، لأنه مأمور بتخليص نفسه بالأهون، والطريق الثاني حمل نص الهرب على من تيقن النجاة بالهرب والآخر على من لم يتيقن»[1].

وجاء في مغني المحتاج «فإن أمكن المصول عليه هرب أو التجأ لحصن أو جماعة فالمذهب وجوبه وتحريم قتال، لأنه مأمور بتخليص نفسه بالأهون فالأهون، وما ذكر أسهل من غيره، فلا يعدل إلى الأشد، والثاني لا يجب، لأن إقامته في ذلك الموضع جائزة فلا يكلف الانصراف، والطريق الثاني إن تيقن النجاة بهرب وجب وإلاّ فلا حملاً للنصين المختلفين على هذين الحالين»[2].

وجاء في المغني «فأما إن أمكنه الهرب فهل يلزمه؟ فيه وجهان أحدهما يلزمه، لأنه أمكنه الدفع عن نفسه ضرراً يلحق غيره فلزمه كالأكل في المخمصة، والثاني لا يلزمه، لأنه دفع عن نفسه فلم يلزمه كالدفع بالقتال»[3].

وقد علّل أصحاب هذا الرأي من الشافعية ذلك ـ كما سبق ـ بأن المصول عليه مأمور بتخليص نفسه بالأهون من وسائل الدفاع، والهرب أهونها، فلو قاتله مع إمكان الهرب فقتله لزمه القصاص، ولزمته الدية على رأي الإمام الأوزاعي[4].

---

(١) روضة الطالبين ١٠/ ١٨٧ وما بعدها.

(٢) مغني المحتاج ٤/ ١٩٧، روضة الطالبين ١٠/ ١٨٧.

(٣) روضة الطالبين ١٠/ ١٨٧ وما بعدها، ومثله في فتح المعين للمليباري ٤/ ٢٣٨ ط دار الفكر بيروت.

(٤) مغني المحتاج ٤/ ١٩٧.

وذهب الإمام الشافعي[1] والحنابلة في وجه[2] إلى أن المصول عليه لا يلزمه الهرب وإنّما عليه أن يثبت ويدافع، لأن إقامته في ذلك الموضع الذي أراده المعتدي جائزة فلا يكلف بالانصراف، وكما لو كان الصائل عليه بهيمة فإنه يجب عليه دفعها.

جاء في الأم «وأبحت ردع البصر بالحصاة وما أشبهها بما حكيت من الخبر وبأن المبصر للعورة متعد وعليه الرجوع من التعدي، ألا ترى أن الرجل يلقى الرجل فيقدر المراد على أن يهرب على قدميه من المريد فأجعل له أن يثبت ولا يهرب وأن يدفع إرادته عن نفسه بالضرب بالسلاح وغيره وإن أتى ذلك على نفس المدفوع»[3].

وجاء في كشاف القناع «وله أن يدفع عن نفسه وإن أمكنه الهرب والاحتماء، كما لو خاف من سيل أو نار وأمكنه أن يتنحى عنه، وكما لو كان الصائل عليه بهيمة فإنه يجب عليه دفعها ولو قتلها ولا ضمان عليه فيها لسقوط حرمتها بالصول»[4].

وجاء في المغني «فأما إن أمكنه الهرب فهل يلزمه؟ فيه وجهان أحدهما يلزمه، لأنه أمكنه الدفع عن نفسه ضرراً يلحق غيره فلزمه كالأكل في المخمصة، والثاني لا يلزمه لأنه دفع عن نفسه فلم يلزمه كالدفع بالقتال»[5].

وذهب الشافعية في وجه[6] إلى التفريق بين صيال المسلم وصيال

---

(١) انظر: الأم ٦/ ٣٣.
(٢) المغني ٩/ ١٥٣، الإنصاف ١٠/ ٣٠٧، كشاف القناع ٦/ ١٥٥.
(٣) الأم للشافعي ٦/ ٣٣.
(٤) كشاف القناع ٦/ ١٥٥.
(٥) المغني ٩/ ١٥٣.
(٦) نهاية المحتاج ٨/ ٢٨.

المرتد والحربي، فيجب الهرب من صيال المسلم، ولا يجب الهرب عليه بل يدافع عن نفسه بما يلزم لدفع الخطر الواقع من المعتدي.

والراجح في رأيي مما سبق أنه لا يلزم المعتدى عليه بالهروب من وجه المعتدي عليه، لأن الهرب ليس وسيلة من وسائل الدفاع، كما أن الهرب لا يتحقق معه النجاة فأصبح وسيلة غير مؤكدة فكيف يلجأ إليها مع وجود الوسيلة المؤكدة وهي الدفاع عن نفسه ولو بقتل المعتدي؟ يضاف إلى ذلك أنه كيف نلزم المعتدى عليه بالهرب ونجعله ضامناً للمعتدي لو أتلفه بالدفاع مع أنه مظلوم والمعتدي ظالم له؟

وعلى هذا فإنه متى كان في الهرب ضرر عليه ولو كان الضرر أدبياً، كأن كان يخاف أن يوصف بالجبن والخور، أو كان الهرب يجعل المعتدي متمادياً في اعتدائه فهنا يحق له الوقوف في وجهه والدفاع عن نفسه ولو بقتل المعتدي إن لم يندفع بغير ذلك.

أمّا إن كان الهرب لا يترتب عليه ضرر مادي أو أدبي فهنا يلزمه الهرب، كما لو كان الصائل عليه غليظاً لا يردعه الوقوف في وجهه وظن أنه إن وقف في وجهه سيضره ضرراً بالغاً دون أن يتمكن من رد عدوانه، أو كان الصائل مجنوناً أو صبياً لا يعرف خطر ما يفعل وهو يمسك بسلاح قاتل، فهنا الهرب لا يعد جبناً بل هو نجاة فكان لازماً له، والله تعالى أعلى وأعلم.

وبعد، فإن لزوم الدفاع ضد الخطر شرط في الدفاع الشرعي على الوجه السابق ذكره، فإن أمكن اللجوء للسلطة والاحتماء بها، أو أمكن الهرب بلا ضرر على الوجه السبق لم يكن الدفاع واجباً وكان هناك مندوحة عنه.

الفرع الثاني

لزوم الدفاع ضد الاعتداء في القانون الوضعي

يقصد بلزوم الدفاع الشرعي قانوناً أن تكون أفعال الدفاع التي ارتكبها المدافع هي الوسيلة الوحيدة لدفع خطر الاعتداء، بمعنى أنه لم يكن في وسع المدافع شيء يدفع به الخطر الذي يحيق به من فعل المعتدي سوى أفعال الدفاع التي قام بها، فإن كان في مقدوره تفادي الخطر بغير ذلك وجب عليه تفاديه بها وحرم عليه استعمال وسائل الدفاع، فإن استعملها عوقب على ذلك باعتباره متعمداً الفعل الذي قام به[1].

وبناء على ما سبق فإن شرط لزوم القوة لدرء خطر الاعتداء في حالة الدفاع الشرعي يشتمل على عدة أمور، وهي هل يصح اللجوء لتلك القوة في حالة إمكان اللجوء إلى السلطة؟ وهل يصح اللجوء إليها مع إمكان

---

(١) انظر في ذلك:
شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٤١٤، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي للدكتور رؤوف عبيد ص ٥٨٨، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٢١٥ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ١٥٥، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ٢٢١.

الهرب من المعتدي؟ وإذا تم اللجوء إلى القوة في رد خطر الاعتداء فكيف يتم توجيه هذه القوة؟

هذا ما سأجيب عنه في النقاط التالية:

أولاً: الدفاع الشرعي ضد خطر الاعتداء في حالة إمكان اللجوء إلى السلطة، فمن المعروف أن الدفاع الشرعي نشأ لرد خطر الاعتداء الواقع على المدافع أو وشيك الوقوع ولا يمكن له رده بطريق غير الدفاع كاللجوء إلى السلطات العامة والاحتماء بها، ومن ثم فإنه متى أمكن للمعتدى عليه اللجوء إلى السلطة العامة والاحتماء بها من خطر المعتدي فلا يجوز له استعمال حق الدفاع الشرعي ولا ينشأ له هذا الحق أصلاً، فقد قرر قانون العقوبات المصري في المادة ٢٤٧ منه أنه «ليس لهذا الحق وجود متى كان من الممكن الركون في الوقت المناسب إلى الاحتماء برجال السلطة العمومية».

وبناء على هذا النص فإنه لا يصح أن يقوم الحق في الدفاع الشرعي متى كان في إمكان المعتدى عليه اللجوء إلى السلطة العامة وكان هناك وقت مناسب لهذا الفعل لديه، وذلك لأن السلطة هي التي تقوم بحماية الأفراد وتحملهم على احترام القانون. ولا ينشأ الحق في الدفاع الشرعي إلاّ إذا عجزت تلك السلطة عن حمايتهم أو عجز المدافع عن الوصول إليها والاحتماء بها.

ولكن امتناع الدفاع الشرعي هنا ليس على إطلاقه، وإنما هو مشروط بأن يكون اللجوء إلى السلطة العامة مفيداً في حماية المعتدى عليه، وإن كانت عبارة نص المادة ٢٤٧ سابقة الذكر تفيد بأن الدفاع ممتنع بمجرد القدرة على اللجوء إلى السلطة ولو لم تكن مفيدة في حمايته وهو على

العكس من المراد والمطلوب، فالهدف من اللجوء للسلطة منع الاعتداء وليس منع الدفاع في ذاته.

وهذا الشرط يقتضي بطبيعة الحال أن يكون لدى المدافع الوقت المناسب للجوء إلى السلطة، فإن لم يكن لديه الوقت المناسب لذلك لم يكن واجباً عليه اللجوء إليها وكان حقه في الدفاع قائماً غير ممنوع عليه ولا مجرماً في حقه.

فمثلاً لو أن شخصاً دخل أرض آخر وأطلق ماشيته في زرعه أو احتل عقاره بالقوة أو دخل عقاراً مسكوناً بغير إذن أهله فليس من المعقول هنا مطالبتهم باللجوء إلى السلطة فقط وشل قدرتهم وحقهم في الدفاع عن مالهم وأنفسهم، بل يكون حق الدفاع مشروعاً لهم بكل الوسائل المناسبة لرد هذا العدوان.

ويشترط أيضاً لكي يكون اللجوء للسلطة لازماً أن توفر السلطة التي تم اللجوء إليها للمدافع الحماية المطلوبة، فإن كان اللجوء للسلطة ممكناً ولكنه لا يوفر للمعتدى عليه الدفاع المطلوب فإن حقه في الدفاع الشرعي عن نفسه وأهله وماله يظل قائماً ومشروعاً ولا يكون فعله في رد العدوان جريمة[1].

---

(١) انظر في ذلك:

قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ١٥٦، الأسس العامة لقانون العقوبات للدكتور سمير الجنزوري ص ٥٢٤، النظرية العامة لعذر تجاوز الدفاع الشرعي للدكتور محمد نعيم فرحات ص ٣٩٨، نظرية الدفاع الشرعي للدكتور يوسف قاسم ص ٢٠١، أصول قانون العقوبات للدكتور أحمد فتحي سرور ص ٢٧٧، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٤١٤ وما بعدها، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي للدكتور رؤوف عبيد ص ٥٨٨ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٢١٥ وما بعدها، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ٢٢١.

والأمر نفسه في حالة تقاعس السلطة عن نجدة المحتمي بها، فلو فرض أن شخصاً يتم العدوان عليه أو في طريقه لوقوع عدوان عليه فلجأ للسلطة ولكنها تقاعست عن حمايته أو تباطأت في ذلك لم يكن هناك مفر أمامه من اللجوء إلى القوة لرد خطر الاعتداء ويكون فعله حينئذ مشروعاً.

ثانياً: الدفاع الشرعي في حالة إمكان الهرب من المعتدي، وهذه الحالة تختلف عن سابقتها، فالحال هنا أن المعتدى عليه لم يستطع اللجوء إلى السلطة وليس لديه الوقت المناسب للقيام بهذا الفعل، ولكنه يستطيع الفرار والهرب من وجه المعتدي عليه ومن ثم لا يقع عليه الضرر المتوقع حدوثه، فهل يجب عليه الفرار هنا ويعتبر دفاعه جريمة، أم يحق له الثبات في وجه المعتدي عليه ورد العدوان بالقوة ويكون عمله مشروعاً باعتباره فعلاً من أفعال الدفاع المشروع؟

القاعدة العامة عند شراح القانون الوضعي أنه لا يعتبر الهرب وسيلة من وسائل الدفاع الشرعي، ولذا فإنه ليس من المناسب أن يطلب من المعتدى عليه أن يهرب من وجه المعتدي عليه حتى يتفادى عدوانه مع إمكان رد هذا العدوان وصده بالقوة اللازمة له، فالهرب في أصله أمر مشين بكرامة الإنسان، والدفاع حق مشروع لرد العدوان، وليس من المقبول عقلاً أن يطلب من صاحب الحق النزول عن حقه تجاه المعتدي واللجوء إلى الهرب لتفادي عدوانه، بل على المعتدي أن يتحمل مغبة عدوانه من أفعال مشروعة يقوم بها المدافع ضده، فالقانون لا يمكن أن يطالب الإنسان بالهرب عند تخوف وقوع الاعتداء عليه، لما في ذلك من جبن لا تقره الكرامة الإنسانية، فكرامة الفرد العادي تقتضي أن يثبت في وجه المعتدي عليه بغير حق والدفاع عن نفسه إن لم يكن هناك من سبيل غير هذا، على أن المقصود بالهرب هنا معناه الواسع لا الضيق المحصور، فالاحتماء

بشخص قوي أو الاستغاثة بالناس أو الاحتماء بالمنزل يعد هرباً، فليس الهرب مجرد الفرار والجري أمام المعتدي فقط.

ولكن هذه القاعدة العامة ليست على إطلاقها، وإنما لها استثناءات لها اعتبارها في نظر شراح القانون، فأحياناً يكون الهرب واجباً، وأحياناً يكون محظوراً ويكون فعل الدفاع واجباً، فمن ضمن حالات الهرب التي يكون فيها واجباً ولا يتنافى مع الكرامة الإنسانية إذا كان المعتدي شخصاً غير مسؤول جنائياً وأفعاله هدر، كما لو كان المعتدي مجنوناً أو صبياً صغيراً يمسك بسلاح ناري فتاك فهنا الهرب واجب ولا يتنافى مع الكرامة في شيء، وكذا في حالة ما لو كان المعتدي هو الأب أو الأم حيث لا يلحق الهارب هنا جبن أو عار بهربه بل يكون محموداً بفعله هذا ويذكر ضمن أخلاقه لا العكس، فالدفاع الشرعي في هذه المواضع لم يعد لازماً وليس هو الوسيلة التي تضمن الحق للمدافع، وقد يكون الهرب ممنوعاً والدفاع واجباً وهو ما يحدث في حق العسكريين الذين يجب عليهم الدفاع عن أنفسهم ضد العتاة والمجرمين، لأن هربهم في موضع الدفاع يؤدي بهم إلى الجبن وهو ما يناقض طبيعة عملهم[1].

---

(١) انظر في ذلك:

المسؤولية الجنائية للدكتور مصطفى القللي ص ٣٣٤، أصول قانون العقوبات للدكتور أحمد فتحي سرور ص ٢٧٧، النظرية العامة لقانون العقوبات للدكتور رمسيس بهنام ص ٣٩٢، الأسس العامة لقانون العقوبات للدكتور سمير الجنزوري ص ٥٢٤، الدفاع الشرعي للدكتور محمد سيد عبد التواب ص ٢٤٦، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٤١٤، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي للدكتور رؤوف عبيد ص ٥٨٨، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٢١٥ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ١٥٥، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ٢٢١.

وكذلك يعد هرباً تغيير الشخص لطريق يمشي فيها متى علم أن هناك من يتربص به ليوقع به الأذى، ومن هنا فإن حق الدفاع الشرعي ينشأ لهذا الشخص رغم أنه في الإمكان بالنسبة له تغيير الطريق والسير في طريق آخر ولكن هذا يعد هرباً، ومن ثم يحق له فعله، أو السير في ذات الطريق والدفاع عن نفسه عند تعرض المعتدي له بما يسمح برد هذا الاعتداء من وسائل القوة[1].

ثالثاً: كيفية توجيه أفعال الدفاع الشرعي، ويقصد بهذا الأمر أن يقوم المدافع بتوجيه أفعاله التي يقوم بها لرد العدوان تجاه المعتدي، بمعنى أن يقصد المدافع بفعله إلى المعتدي عليه فيرد اعتداءه عليه بالقوة اللازمة لرده، ولا يشترط في هذا الصدد أن يكون فعل الدفاع أمراً من الأمور التي تنصب على حياة المعتدي وسلامة أعضائه، بل يجوز أن توجه هذه الأفعال إلى حقوقه أيّاً كانت، وذلك لأن الدفاع الشرعي حق مقيد لا مطلق، ومن ثم فإنه يقوم في وجه المعتدي ويسمح بكل السبل المشروعة وغير المشروعة التي يمكن بها رد العدوان لا أكثر.

وبناء على هذا إذا ترك المعتدى عليه مصدر الخطر وقام بتوجيه فعله ناحية شخص أو شيء آخر لا يصدر عنه خطر فإنه لا يكون في حالة دفاع شرعي ولا يصح له الاحتجاج بأنه كان في حالة دفاع شرعي، لأن الفعل الذي قام به لا يجدي في التخلص من الخطر الذي يتعرض له، والدفاع شرع ليتوجه نحو مصدر الخطر لا غيره، كما لو قام شخص بضرب آخر بناء على أن هناك مجهولاً هدده بفعل يمسه ويهدد حياته، أو قام بضرب من يسير مع من اعتدى عليه، أو قام بتوجيه فعله نحو صاحب الحيوان

---

(١) قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ١٥٨.

الذي هاجمه ما لم يكن صاحب الحيوان ممسكاً بزمامه ويوجهه نحو المدافع عن نفسه بقصد الإيذاء.

ورغم أن القاعدة العامة تقضي بتوجيه أفعال الدفاع نحو مصدر الخطر لا غير فإن هذه القاعدة كغيرها لها استثناءات ترد عليها، ومن هذه الاستثناءات أن يكون توجيه مصدر القوة إلى شخص آخر أو شيء آخر مؤثر في درء العدوان، ومجد في رد المعتدي عن فعله ودفع خطره، ومثال ذلك أن يقتحم شخص منزلاً ويهدد من فيه بحرقه وقتلهم فلا يجد صاحب الدار من بد سوى اللجوء إلى الإمساك بابن المعتدي والتلويح بقتله إن لم يقم بالخروج من المنزل وترك ما هدد به.

ومن ضمن الاستثناءات أيضاً حالة الضرورة، وهي حالة يضطر فيها المدافع لرد الخطر في استعمال القوة اللازمة لدرء الخطر ضد مصدر غيرها تفادياً لوقوع الأذى، ومن ذلك مثلاً أن يرى شخص آخر في طريق، وسيارة مسرعة نحوه، ولا طريق لإنقاذه سوى دفعه بقوة بعيداً عنها، فهنا تم توجيه مصدر القوة في الدفاع ضد مصدر غير الخطر بل ضد من يوشك أن يقع عليه الاعتداء نفسه، ولكن هذا كان ضرورياً لإنقاذه، والأصل أن يوجه فعل الدفاع ضد قائد السيارة المسرعة ولكنه غير ممكن والممكن توجيه الفعل نحو الآخر لإنقاذه، فكان الفعل هنا مشروعاً لا مجرماً[1].

---

(١) انظر في ذلك:

شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٤١٤، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي للدكتور رؤوف عبيد ص ٥٧١، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٢١٩ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ١٥٩، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ٢١٦.

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

بالنظر فيما سبق من أحكام الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في شأن لزوم القوة لدفع خطر الاعتداء كشرط للدفاع الشرعي يتضح ما يلي:

أولاً: يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في اشتراط لزوم دفع الخطر بالقوة، فإن كان في الإمكان دفعه بغير ذلك لم يجز اللجوء إلى القوة لدفعه بها.

ثانياً: يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في عدم صحة الدفاع الشرعي بالقوة متى كان من الممكن اللجوء إلى السلطة والاحتماء بها، وسبق أن قلت إن هذا هو الرأي الراجح في الفقه الإسلامي، وما ذهب إليه معظم شراح القانون الوضعي، وذلك لأن الدفاع شرع لرد العدوان وليس للانتقام من الجاني، فمتى أمكن رد العدوان بالاحتماء بالسلطة كان ذلك متعيناً ولا يصح اللجوء إلى القوة لرد العدوان حينئذ، وشرط ذلك أن يكون هناك وقت مناسب للجوء إلى السلطة من ناحية وقدرة السلطة على حماية من يلجأ إليها ومنعته من ناحية أخرى وإلاّ أبيح للمعتدى عليه أن يدافع عن نفسه بكل ما يدفع عنه الاعتداء من وسائل.

ثالثاً: يتفق القانون الوضعي مع الرأي الراجح في الفقه الإسلامي في أن الهرب من المعتدي ولو كان ممكناً ليس مطلوباً ولا محتماً على المعتدى عليه، بل له الحق في الدفاع عن نفسه والوقوف في وجه المعتدي عليه، ما لم يكن المعتدي شخصاً غير مسؤول كالمجنون والصبي فإن الهرب هنا لا يوصف بكونه عاراً ولا جبناً، ومن ثم فإن الهرب منه متى كان ممكناً لازم، والدفاع ضده مجرم.

رابعاً: يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في اشتراط توجيه أفعال

الدفاع ضد المعتدي أو ضد مصدر الاعتداء، وعدم توجيهه إلى مصدر آخر ما لم يكن ذلك المصدر مجدياً أو مؤثراً في رد العدوان كما سبق.

ويتبقى هنا الإشارة إلى أن النظريات القانونية التي شهدت تطورات ومناقشات طويلة وسجالاً بين القانونين استمر لعقود عدة وصل في نهاية المطاف إلى ما قال به الفقهاء في الشريعة منذ قرون عديدة، وهذا إن دل على شيء فإنّما يدل على مدى عظمة هذه الشريعة وسموها وخلودها وصلاحيتها للتطبيق في كل زمان ومكان.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

المبحث الثاني

حكم تجاوز المناسب في دفع الاعتداء

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

معنى التجاوز في الدفاع الشرعي

وفيه فرعان:

الفرع الأول

معنى التجاوز في الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي

إن إباحة الدفاع الشرعي لمن وقع عليه اعتداء لا يعني في الفقه الإسلامي أن تكون كل أفعال الدفاع جائزة، بل إن هذا الحق مقيد وله شروطه التي لا يجوز تعديها، ومن هذه الشروط أن تكون أفعال الدفاع متناسبة في مقدارها مع مقدار الخطر، وتكون القوة المستعملة لازمة ولا بد منها لدفع الخطر، فإن حدث أن دافع بغير ما يكون دفاعاً كان فعله هذا اعتداء، وهو ما يمسه الفقهاء تجاوزاً في حق الدفاع الشرعي، ومن ثم

ينبغي هنا تفصيل المقصود بالتجاوز، والكلام عن مناسبة أفعال الدفاع للخطر الواقع أو وشيك الوقوع ومعيار هذا التناسب، وهو ما سوف أوضحه في النقاط التالية:

أولاً: معنى التجاوز في الدفاع الشرعي:

سبق القول إن التجاوز في اللغة يأتي بمعنى التعدي والتفريط، يقال جاوز الشيء إلى غيره أي تجاوزه، وجاوز المكان أي سلكه، واجتاز الطريق قطعها، وتجاوز في فعله بمعنى تعدى فيه[1] وهو المراد هنا.

وأمّا في الاصطلاح فمن يقرأ كتب الفقه الإسلامي في موضوع دفع الصائل أو ما يسمى بالدفاع الشرعي يجد أنهم اشترطوا في الفعل المدافع به أن يكون متناسباً مع قدر الاعتداء وما يدفع به المعتدي، بمعنى أنه لو زاد على ذلك كانت تلك الزيادة تجاوزاً، ولكنهم لم يضعوا تعريفاً لهذا التجاوز، وإن كانت مذكورة في كتبهم بمعنى التعدي والتفريط كما في المعنى اللغوي، وسوف يأتي في شروط الدفاع الشرعي أنهم يشترطون في فعل الدفاع أن يكون مناسباً لرد الاعتداء وإلاّ عد معتدياً ويضمن ما ينتج عن فعله حينئذ[2].

وسوف يتبين معنى التجاوز أكثر عند بيان معنى التناسب في فعل الدفاع الشرعي ومعياره كما ذكره الفقهاء، وهو مجال الكلام في النقطة التالية.

---

(١) انظر: مختار الصحاح للرازي مادة (جوز) ص ١٠٣، لسان العرب لابن منظور مادة (ج و ز)، ٧/ ١٩٣، المصباح المنير للفيومي مادة (ج و ز) ص ١١٥.

(٢) انظر مثلاً: تبيين الحقائق للزيلعي ٦/ ١١٠، الشرح الكبير للدردير ٤/ ٣١٧، الأم للشافعي ٦/ ٢٧، حاشيتا قليوبي وعميرة ٤/ ٢٠٦، كشاف القناع ٦/ ١٥٤.

ثانياً: معنى التناسب ومعياره:

يقصد بالتناسب هنا أن تكون أفعال الدفاع متناسبة مع خطر الاعتداء، فمتى كان الصائل يندفع بالسوط أو العصا لم يجز دفعه بغيرهما، فإن كان يندفع بالقتل قتله، وإن كان يندفع بالصياح لم يجز له ضربه، وهكذا، ومتى قام المدافع باستعمال قدر من الرد يفوق القدر المباح لرد العدوان كان هذا تجاوزاً منه في نعل الدفاع كما سبق، فالتناسب شرط ينتج عنه التجاوز إذا لم يراع تقدير هذا الشرط بما هو لائق من أفعال الدفاع التي يقوم بها المدافع.

وقد تعددت تعبيرات الفقهاء عن شرط التناسب وكلها تعني معنى واحداً، وسوف أذكر هنا جملة من نصوص المذاهب الفقهية المختلفة، ومنها يمكن توضيح المقصود بالتناسب عندهم ومعياره.

فقد جاء في تكملة البحر الرائق «ولو علم أنه لو صاح عليه يطرح ماله فقتله مع ذلك يجب عليه القصاص، لأنه قتله بغير حق، وهو بمنزلة المغصوب منه إذا قتل الغاصب حيث يجب عليه القصاص، لأنه يقدر على دفعه بالاستعانة بالمسلمين والقاضي فلا تسقط عصمته، بخلاف السارق والذي لا يندفع بالصياح»[1].

وجاء في تبيين الحقائق «ومن شهر على رجل سلاحاً ليلاً أو نهاراً في المصر أو غيره أو شهر عليه عصا ليلاً في مصر أو نهاراً في غيره فقتله المشهور عليه فلا شيء عليه... وإن شهر عصا نهاراً في مصر فقتله المشهور عليه قتل به، لأن العصا تلبث والغوث غير منقطع في المصر

---

(١) تكملة البحر الرائق ٨/ ٣٤٥، ومثله ما جاء في حاشية ابن عابدين ٦/ ٥٨٨.

فكان بالقتل متعدياً، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ظاهر»[1].

وجاء فيه أيضاً «ومن دخل عليه غيره ليلاً فأخرج السرقة فاتبعه فقتله فلا شيء عليه لقوله عليه الصلاة والسلا «قاتل دون مالك»[2] أي لأجل مالك، ولأن له أن يمنعه بالقتل ابتداء فكذا له أن يسترده به انتهاء إذا لم يقدر على أخذه منه إلاّ به، ولو علم أنه لو صاح عليه يطرح ماله فقتله مع ذلك يجب عليه القصاص، لأنه قتله بغير حق، وهو بمنزلة المغصوب منه إذا قتله الغاصب حيث يجب عليه القصاص»[3].

وجاء في مجمع الأنهر «ولا شيء على من قتل شخصاً آخر سرق منه متاعه ليلاً وأخرجه إن لم يمكنه الاسترداد بدون القتل... لأنه يباح له القتل دفعاً في الابتداء فكذا الاسترداد في الانتهاء، وهذا إذا كان لا يمكن من الاسترداد إلاّ بالقتل، فإن أمكن الاسترداد بدون القتل كالتهديد والصياح وقتله مع ذلك يجب عليه القصاص، لأنه قتله بغير حق، وهو بمنزلة المغصوب منه إذا قتل الغاصب حيث يجب عليه القصاص»[4].

وجاء في الشرح الكبير «وجاز قصد قتله ابتداء إن علم أنه أي الصائل لا يندفع إلاّ به، ويثبت ذلك ببينة لا بمجرد قول المصول عليه، إلاّ إذا لم يحضره أحد فيقبل قوله بيمينه»[5].

---

(١) تبيين الحقائق ٦/ ١١٠، وانظر في نفس المعنى العناية ١٠/ ٢٣٢، الجوهرة النيرة للعبادي ٢/ ١٤٥، تكملة شرح فتح القدير ١٠/ ٢٣٢، تكملة البحر الرائق للطوري ٨/ ٣٤٤، مجمع الضمانات للبغدادي ص ١٦٦.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٦/ ١١١، ومثله في تكملة البحر الرائق ٨/ ٣٤٥، حاشية ابن عابدين ٦/ ٥٤٧.

(٤) مجمع الأنهر ٢/ ٦٢٣.

(٥) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٣٥٧.

وجاء في الأم «إذا أقبل الرجل بالسيف أو غيره من السلاح على الرجل فإنما له ضربه على ما يقع في نفسه، فإن وقع في نفسه أنه يضربه وإن لم يبدأه المقبل بالضرب فليضربه، وإن لم يقع في نفسه ذلك لم يكن له ضربه»[1].

وجاء فيه أيضاً «ولو ضربه مقبلاً فقطع يده اليمنى، ثم ضربه مولياً فقطع يده اليسرى، ثم برأ منهما فله القود في اليسرى واليمنى هدر»[2].

وجاء في الغرر البهية أن «دفع الصائل يكون بالتدريج فيدفع أولاً برفع صوت عليه أو هرب منه أو استغاثة بأحد، ثم إن لم يندفع بذلك دفع بضربه الأخف فالأخف، فيضربه باليد ثم بالسوط ثم بالعصا، ثم يدفع بجرح، ثم قطعه الطرف، ثم بالقتل، فإن دفع بالأثقل من يندفع بما دونه فهلك ضمنه»[3].

وجاء في المغني «وكل من عرض لإنسان يريد ماله أو نفسه فحكمه ما ذكرناه فيمن دخل منزله في دفعهم بأسهل ما يمكن دفعهم به، فإن كان بينه وبينهم نهر كبير أو خندق أو حصن لا يقدرون على اقتحامه فليس له رميهم»[4].

وجاء فيه أيضاً «وجملته أن الرجل إذا دخل دار غيره بغير إذنه فلصاحب الدار أمره بالخروج من منزله سواء كان معه سلاح أو لم يكن، لأنه متعد بدخول ملك غيره فكان لصاحب الدار مطالبته بترك التعدي، كما لو

---

(١) الأم للشافعي ٦/ ٣٣.
(٢) الأم للشافعي ٦/ ٣٣.
(٣) الغرر البهية للأنصاري ٥/ ١١٢، ومثله في حاشيتي قليوبي وعميرة ٤/ ٢٠٨.
(٤) المغني لابن قدامة ٩/ ١٥٢.

غصب منه شيئاً، فإن خرج بالأمر لم يكن له ضربه، لأن المقصود إخراجه»[1].

وجاء في الفروع «لصوص دخلوا عليه يقاتلهم أو يناشدهم قال: قد دخلوا ما يناشدهم ويتضح من قوله قد دخلوا اللصوص أمر متيقن في وجود الخطر ودل عليه واقعياً ومادياً دخولهم للسرقة ولذا أجاز له الدفاع»[2].

فهذه النصوص تبين أن الفقهاء متفقون على أن التناسب يعني أن يكون فعل الدفاع مناسباً لقدر درء الخطر الواقع من المعتدي، وأنه ينبغي دفعه بالأيسر من الطرق، فإن اندفع بها وإلاّ دفعه بما هو أشد أو ما يراه من فعل يدرأ عنه خطر المعتدي، على أن التناسب هنا متروك تقديره لمن وقع عليه الاعتداء وذلك حسب ظنه، وذلك لأن الخطر ليس له مقياس محدد يعرف به مدى قوته أو ضعفه، أو يعرف به مقدار جسامته، ولذا فإن تقديره متروك للمعتدى عليه حسب ما يوصله إليه أغلب الظن على ضوء الظروف والملابسات التي تحيط بالاعتداء.

وبناء عليه فإنه متى أتى المدافع بالأفعال على الوجه السابق كان فعله مباحاً ولا شيء عليه وما وقع على المعتدي هدر، أمّا إن زاد المدافع على المناسب فإن الأفعال التي تكون مناسبة لدفع الخطر تقع في نطاق الإباحة وغيرها ولا يسأل عنها المدافع، لنشوء حقه في الدفاع كما سبق، وما زاد عن حقه يكون مسؤولاً عنه ويدخل في نطاق التجريم، ويعاقب عليه بما هو مقرر حسب قصده من تعمد أو خطأ، وهو ما ذكره الفقهاء[3] في كتبهم

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/ ١٥١.

(٢) الفروع لابن مفلح ٦/ ١٤٥.

(٣) انظر مثلاً: حاشية ابن عابدين ٦/ ٥٤٧، حاشية الدسوقي ٤/ ٣٥٧، أسنى المطالب =

المختلفة بعبارات متعددة، كما سيأتي تفصيلاً في الباب التالي بإذن الله تعالى.

وإذا كان ما سبق هو القاعدة العامة في تقدير التناسب بين فعل الدفاع وخطر الاعتداء فإن هذه القاعدة شأنها شأن القواعد العامة عرضة لورود الاستثناءات عليها، فقد استثنى الفقهاء بعض الحالات من شرط التناسب ولا يراعى فيها ما نص عليه هنا في القاعدة العامة، وقد جمع الخطيب الشربيني[1] هذه الحالات في كتابه البديع مغني المحتاج فقال «ويستثنى من مراعاة الترتيب مسائل: **الأولى**: لو التحم القتال بينهما واشتد الأمر عن الضبط سقط مراعاة الترتيب كما ذكره الإمام في قتال البغاة، **الثانية**: ما سيأتي في النظر إلى الحرم أنه يرمى بالحصاة قبل الإنذار على خلاف فيه يأتي، **الثالثة**: لو كان الصائل يندفع بالسوط والعصا والمصول عليه لا يجد إلاّ السيف فالصحيح أن له الضرب به، لأنه لا يمكنه الدفع إلاّ به وليس بمقصر في ترك استصحاب السوط ونحوه، **الرابعة**: إذا رآه يولج في أجنبية فله أن يبدأ بالقتل وإن اندفع بدونه، لأنه في كل لحظة مواقع لا يستدرك بالأناة»[2].

ومن النص السابق يتبين أن هذه الحالات ما يلي:

الأولى: إذا التحم القتال بين المعتدي والمعتدى عليه، بمعنى أنه قد قام الاعتداء فعلاً وقام المدافع باستعمال حقه في دفع الخطر الواقع عليه، فهنا لا يجب على المدافع مراعاة التناسب المنصوص عليه،

١٦٧/٤، مغني المحتاج ١٩٦/٤، الحاوي الكبير للماوردي ٤٥٥/١٣، المبدع لابن مفلح ٤٥/٩، الفروع ١٤٥/٦.

(١) سبقت الترجمة له.

(٢) مغني المحتاج ١٩٤/٤ وما بعدها، ومثله في تحفة المحتاج لابن حجر ١٨٦/٩، وفي حاشية الجمل على شرح المنهج ١٦٨/٥.

لأنه في ظروف لا تجعله مراعياً لهذا الترتيب في الوسائل ومحاولة درء الخطر بالأهون منها، ولو أوجبنا عليه مراعاة الترتيب بينها لربما أفضى ذلك إلى هلاكه، ومن ثم جاز له الدفع بكل وسيلة تدرأ عنه الخطر، ولا يكون مطالباً بمراعاة مقدار التناسب، ولا يعد فعله الزائد في الدفاع تجاوزاً، وقد جاءت نصوص الفقهاء مؤيدة لذلك، ومنها ما جاء في أسنى المطالب «ويجب الدفع للصائل بالأخف فالأخف إن أمكن، كالزجر بالكلام أو الصياح، ثم الاستغاثة بالناس، ثم الضرب باليد ثم بالسوط ثم بالعصا، ثم بقطع عضو، ثم بالقتل، لأن ذلك جوز للضرورة، ولا ضرورة في الأثقل مع إمكان تحصيل المقصود بالأخف، نعم لو التحم القتال بينهما وانسد الأمر عن الضبط سقط مراعاة الترتيب»[1].

وجاء في حاشية قليوبي «محل مراعاة الترتيب عند إمكانه فلو لم يجد إلاّ سكيناً أو سيفاً ابتداء فله الدفع به أو التحم القتال واشتد الأمر سقط الترتيب. . . وكذا في الفاحشة كأن رآه قد أولج في أجنبية فله أن يبدأه بالقتل وإن اندفع بدونه»[2].

فهذه النصوص قد بينت أن دفع المعتدي يكون بالوسيلة الأخف ولكن متى التحم القتال سقط مراعاة الترتيب ولم يعد أي فعل صادر من المدافع غير مناسب تجاوزاً.

الثانية: حالة ما إذا كان المعتدي يمكن دفعه بالعصا والسوط وغيره من الوسائل الأخف ولكن لم يجد المدافع وسيلة غير الأشد، فهنا يكون فعله غير متجاوز، ولا يسأل عن هذا التجاوز، ولا يجب

---

(١) أسنى المطالب ٤/ ١٦٧، ومثله في تحفة المحتاج ٩/ ١٨٧، حاشية البيجرمي على الخطيب ٤/ ٢٢٣، حاشية البيجرمي على المنهج ٤/ ٢٣٩.

(٢) حاشية قليوبي على شرح المنهاج ٤/ ٢٠٨.

عليه مراعاة التناسب بين الخطر وفعل الدفاع، إذ ليس من المعقول أن يطلب ممن يواجه خطر الاعتداء ولا يجد وسيلة غير التي في يده أن يستسلم لمن يضربه، لأن ما معه أشد في مناسبتها لما يجب استعماله من وسائل، وقد نص الفقهاء على ذلك في كتبهم، فقد جاء في مغني المحتاج «الثالثة: لو كان الصائل يندفع بالسوط والعصا والمصول عليه لا يجد إلاّ السيف فالصحيح أن له الضرب به، لأنه لا يمكنه الدفع إلاّ به وليس بمقصر في ترك استصحاب السوط ونحوه»[1].

وجاء في حاشية قليوبي «محل مراعاة الترتيب عند إمكانه، فلو لم يجد إلاّ سكيناً أو سيفاً ابتداء فله الدفع به»[2].

الثالثة: إذا أولج رجل ذكره في أجنبية عنه كان لمن يراه من أقاربها أو غيرهم الدفع بأي وسيلة وعدم مراعاة التدرج هنا، لأنه في كل لحظة مواقع، ومن ثم جاز الدفاع ضده بكل شيء ولا يلزم مراعاة الترتيب، وهذا عند بعض فقهاء الحنفية والشافعية[3]، فقد جاء في حاشية قليوبي «محل مراعاة الترتيب عند إمكانه... وكذا في الفاحشة كأن رآه قد أولج في أجنبية فله أن يبدأه بالقتل وإن اندفع بدونه»[4].

وجاء في مغني المحتاج «ويستثنى من مراعاة الترتيب مسائل...

---

(١) مغني المحتاج ٤/ ١٩٤ وما بعدها، ومثله في تحفة المحتاج لابن حجر ٩/١٨٦، وفي حاشية الجمل على شرح المنهج ٥/ ١٦٨.

(٢) حاشية قليوبي على شرح المنهاج ٤/ ٢٠٨.

(٣) انظر في هذا: رد المحتار ٤/ ٦٣، تبيين الحقائق ٦/ ١١٠، العزيز شرح الوجيز للرافعي ١١/ ٣١٨، نهاية المحتاج للرملي ٨/ ٢٤، الحاوي الكبير للماوردي ١٣/ ٤٥٨.

(٤) حاشية قليوبي على شرح المنهاج ٤/ ٢٠٨.

الرابعة: إذا رآه يولج في أجنبية فله أن يبدأ بالقتل وإن اندفع بدونه، لأنه في كل لحظة مواقع لا يستدرك بالأناة»[1].

ويرى جمهور الفقهاء[2] أن الترتيب يراعى هنا أيضاً، فيدفع الصائل على العرض بما يناسب من الوسائل، فإن أمكن دفعه بالأخف دفع به وإلاّ دفع بكل وسيلة ولو بالقتل حماية للعرض من الانتهاك، فقد جاء في الفروق «ويجب تقديم الإنذار في كل موضع فيه دفع»[3]، فهذا النص قد بين أن مراعاة التناسب وتقديم الإنذار تسري على كل أنواع الاعتداء الواقعة من الصائل ومنها الصيال على العرض، ومن ثم فإن من يجاوز هذا الترتيب ولا يراعي التناسب يكون مسؤولاً عن تجاوزه.

وهذا هو الراجح في رأيي وخاصة لمن لا يفضي للمزني بها بقرابة حيث يكون في حالة أهدأ من أهلها ومن ثم يراعي الترتيب في دفع الصائل، فإن اندفع وإلاّ جاز له كل شيء ولو بقتل الصائل على العرض.

الرابعة: الدفع عن المحارم، ويقصد بذلك دفع الناظر إلى محارم المنزل من خلال كوة أو نافذة أو باب أو غيره، فهنا لا يلزم مراعاة التدرج في دفعه، بل يجوز دفعه بكل سبيل، ولا يكون المدافع هنا مسؤولاً عن فعله. فقد جاء في مغني المحتاج «ويستثنى من مراعاة الترتيب مسائل: . . . الثانية: ما سيأتي في النظر إلى الحرم أنه يرمى بالحصاة قبل الإنذار على خلاف فيه يأتي»[4].

---

(١) مغني المحتاج ٤/ ١٩٤ وما بعدها، ومثله في تحفة المحتاج لابن حجر ٩/ ١٨٦، وفي حاشية الجمل على شرح المنهج ٥/ ١٦٨.

(٢) انظر في هذا: الفروق للقرافي ٣/ ١٨٤، إعانة الطالبين للبكري ٤/ ١٧٣.

(٣) الفروق للقرافي ٣/ ١٨٤.

(٤) مغني المحتاج ٤/ ١٩٤ وما بعدها، ومثله في تحفة المحتاج لابن حجر ٩/ ١٨٦، أسنى المطالب ٤/ ١٦٧، وفي حاشية الجمل على شرح المنهج ٥/ ١٦٨.

وجاء فيه أيضاً «ومن نظر بضم أوله إلى حرمه بضم أوله وفتح ثانيه المهملين وبهاء الضمير الراجع لمن والمراد بهن الزوجات والإماء والمحارم في داره المختصة به بملك أو غيره من كوة أي طاقة ـ ومر في الصلح أنها بفتح الكاف وحكي ضمها ـ أو ثقب بفتح المثلثة أوله أي خرق في الدار، وقوله عمداً قيد في النظر، فرماه أي رمى صاحب الدار من نظر إلى حرمه حال نظره بخفيف، فقصد العين بمثله كحصاة، فأعماه أو لم يعمه، بل أصاب قرب عينه فجرحه فسرى الجرح فمات فهدر لخبر الصحيحين لو يتحقق أحد في بيتك ولم تأذن له فحذفته»[1].

وجاء في فتح الوهاب «فإن لم يمكنه التخلص إلا بإتلاف عضو كفقء عينه وبعج بطنه فله ذلك كما علم ممّا مر، وبما تقرر علم أنه لا يجب تقديم الإنذار بالقول وهو كذلك كأن رمى عين ناظر ممنوع من النظر ولو امرأة أو مراهقاً عمداً إليه حالة كونه مجرداً عما يستر عورته أو إلى حرمته وإن كانت مستورة في داره ولو مكتراة أو مستعارة من نحو ثقب ممّا لا يعد فيه الرامي مقصراً كسطح ومنارة بخفيف كحصاة، وليس للناظر ثم مجردة أو حليلة أو متاع فأعماه أو أصاب قرب عينه فجرحه فمات فيهدر ولو لم ينذره قبل رميه، لخبر الصحيحين لو يتحقق أحد في بيتك ولم تأذن له فحذفته بحصاة ففقأت عينه ما كان عليك من جناح»[2].

وجاء في الكافي[3] «ومن يتحقق في بيت غيره من ثقب أو شق

---

(١) مغني المحتاج للشربيني ٤/ ١٩٧.

(٢) فتح الوهاب شرح منهج الطلاب لأبي يحيى زكريا الأنصاري ٢/ ٢٩٢، والحديث سبق تخريجه في ص ١٠٦ من البحث.

(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد ٤/ ٢٤٧.

باب أو مفتوح فرماه صاحب البيت بحصاة أو طعنه بعود فقلع عينه لم يضمنها لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال لو أن امرأ يتحقق عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح»[1].

وجاء في كشاف القناع «وإن نظر في بيته من خصاص الباب بفتح الخاء وهي الفروج التي فيه، أو نظر من ثقب في جدار، أو نظر من كوة بفتح الكاف ونحوه كفروج في بيت شعر ولو لم يتعمد ذلك لكن ظنه متعمداً، لا إن نظر من باب مفتوح فرماه أي الناظر صاحب الدار بحصاة أو نحوها، أو طعنه بعود فقلع عينه فلا شيء عليه، ولو أمكن الدفع بدونه لظاهر الخبر، وسواء كان في الدار نساء، أو كان الناظر محرماً، أو نظر من الطريق أو من ملكه أو لا، لعموم حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال «لو أن امرأ يتحقق عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح» متفق عليه، فإن ترك الناظر الاطلاع ومضى لم يجز رميه لعدم الحاجة إليه، فإن رماه فقال المطلع ما تعمدته أو لم أر شيئاً حين اطلعت لم يضمنه الرامي لظاهر الخبر، ولأنه لا يعلم ما في ضميره، وليس لصاحب الدار رميه بما يقتله ابتداء كالصائل، فإن لم يندفع برميه بالشيء اليسير جاز رميه بأكثر منه حتى يأتي ذلك على نفسه كالصائل، ولو تسمع الأعمى والبصير على من في البيت لم يجز طعن أذنه قبل إنذاره»[2].

الخامسة: الدفاع الشرعي ضد اعتداء الحربي، فقد استثنى المالكية[3]

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) كشاف القناع للبهوتي ٦/ ١٥٧.

(٣) حاشية العدوي على الخرشي ٨/ ١١٢.

والبلقيني[1] من الشافعية[2] من قاعدة مراعاة التناسب بين فعل الدفاع وخطر الاعتداء الدفاع ضد خطر الحربي، حيث لا يجب عندهم مراعاة الترتيب وللمعتدى عليه قتل الحربي منذ البداية دون مراعاة الترتيب المذكور في دفع الصائل، ودون مراعاة التناسب بين فعل الدفاع وخطر الاعتداء.

ومما سبق يتضح أن الفقهاء يشترطون في فعل الدفاع أن يكون متناسباً مع قدر خطر الاعتداء، فإن زاد عليه كان هذا تجاوزاً في حدود الدفاع الشرعي، ومن ثم يكون المجاوز مسؤولاً عن تجاوزه هذا، على أن التجاوز لا يتحقق بمجرد استخدام المدافع لوسيلة معينة دون غيرها، ولا على مقدار الضرر الذي يصيب المعتدي، وإنما يتوقف على زيادة القوة

---

(١) **البلقيني**: شيخ الإسلام أبو حفص سراج الدين عمر بن رسلان بن نصير الشيخ، ولد في شعبان سنة أربع وعشرين وسبعمائة ببلقينة من قرى مصر الغربية، وحفظ القرآن وهو ابن سبع سنين ببلده، وحفظ الشاطبية والمحرر للرافعي والكافية الشافية لابن مالك ومختصر ابن الحاجب، وقدم القاهرة سنة ست وثلاثين واجتمع بالقاضي جلال الدين وتقي الدين السبكي وأثنيا عليه مع صغر سنه، ثم قدمها في سنة ثمان وثلاثين وقد ناهز الاحتلام مستوطناً، ودرس الفقه على الشيخ نجم الدين الأسواني وابن عدلان وزين الدين الكتناني وشمس الدين بن التاج، وحضر الشيخ تقي الدين السبكي وبحث معه في الفقه، وأخذ الأصول عن الشيخ شمس الدين الأصفهاني وأجازه بالإفتاء، وأخذ النحو والأدب عن الشيخ أبي حيان، وتخرج بغيرهم من مشايخ العصر، وسمع صحيح البخاري من الشيخ جمال الدين ابن شاهد الجيش وصحيح مسلم من لقاضي شمس الدين ابن القماح، وسمع بقية الكتب الستة وغيرها من المسانيد، وقد برع في علوم عديدة، فقد كان رحمه الله فقيهاً محدثاً حافظاً مفسراً أصولياً متكلماً نحوياً لغوياً منطقياً جدلياً، وقد ذاع صيته وولي الكثير من المناصب، ودرس في الكثير من الأماكن، وبعد عمر حافل بالعلم والعلم توفي رحمه الله في ذي القعدة سنة خمس وثمانمائة هجرية ودفن بمدرسته التي أنشأها بدرب بهاء الدين.
انظر الترجمة له في: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٤/ ٣٦ وما بعدها.

(٢) انظر أسنى المطالب ٤/ ١٦٧.

المستعملة عما يكفي لدرء الخطر ودفع العدوان في ذات الظروف الواقعة على المعتدي، وبناء على ما سبق يمكن تعريف التجاوز في حد الدفاع الشرعي بأنه تعدي المدافع القدر المباح شرعاً لدفع خطر الاعتداء الواقع عليه لمن هو في مثل ظروفه، والله تعالى أعلى وأعلم.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

الفرع الثاني

معنى التجاوز في الدفاع الشرعي في القانون الوضعي

إن الدفاع الشرعي أمر تقرره الفطر السليمة ـ كما سبق القول ـ ومن ثم فإن القانون الوضعي في كل التشريعات يبيحه ومنها قانون العقوبات المصري، وقد اشترط قانون العقوبات لإباحة الدفاع الشرعي أن تكون أفعال الدفاع متناسبة مع خطر الاعتداء، فنشوء حق الدفاع عند توافر شروطه لا يعني إطلاق يد المدافع في ارتكاب الأفعال التي تمكنه من دفع الخطر الواقع عليه دون قيد أو شرط، ولكنّ هناك شروطاً وضعها المشرع الوضعي يجب التقيد بها في هذا الخصوص، ومن هذه الشروط وجوب مراعاة التناسب بين فعل الدفاع وقدر الخطر الواقع على المدافع، وهو ما نذكره هنا تحت مسمى التجاوز في فعل الدفاع، فمتى لم يراع المدافع مقدار التناسب المطلوب هنا أصبح متجاوزاً، ومن ثم يكون مسؤولاً عن فعله، فالتناسب والتجاوز نقيضان متى وجد أحدهما انتفى الآخر، وقد عرف التجاوز بأنه مجموعة الأفعال المادية الصادرة من المدافع لحظة ممارسته حق الدفاع الشرعي بعد نشأته نشأة صحيحة عن عمد أو خطأ والتي تعد بطبيعتها خارجة عن حدود الحق دون أن يقصد بها إحداث ضرر أشد مما يستلزمه الدفاع[1].

---

(١) النظرية العامة لعذر تجاوز الدفاع الشرعي للدكتور محمد نعيم فرحات ص ٤٤١.

ولكن هذا التعريف منتقد، لأنه يشمل تجاوز الدفاع بطريق إيجابي فقط مع أن التجاوز قد يكون بطريق سلبي ـ وسيأتي تفصيل ذلك في الباب الثاني بإذن الله تعالى ـ، كما أن هذا التعريف يقسم التجاوز إلى عمد وخطأ والتعريفات لا تأتي للتقسيم وإنما لبيان المعنى المراد والذي يشمل كل ما ينطوي تحت التعريف من صور للتجاوز، يضاف إلى ذلك أن هذا التعريف مطول وفيه تكرار لبعض العبارات دون داع، والتعريف يكون أفضل كلما كان أكثر إيجازاً وأدل على المقصود من أقصر عبارة.

ولذا فإن التعريف الأفضل ـ من وجهة نظري ـ لبيان معنى التجاوز هو القول بأنه مقدار الزيادة الواضحة في النشاط الإجرامي عما هو ضروري قانوناً لدفع الخطر في ظروف الدفاع[1].

فهذا التعريف تفادى ما وجه إلى التعريف الأول من انتقادات، وعدل عما فيه من قصور فشمل ما خرج عن التعريف السابق، ومنع من دخول ما دخل في التعريف السابق من عناصر بعيدة عن معنى التجاوز، بالإضافة إلى أنه موجز العبارة واضح المعنى، كما أنه يلتقي مع المعنى الذي سبق ذكره في الفقه الإسلامي.

ولكن رغم كل هذا فإن معنى التجاوز في حدود الدفاع الشرعي وطبيعته لا يتضح إلاّ ببيان معنى التناسب ومعياره وطبيعة ما رآه المشرع في خصوص المادة ٢٥١ من قانون العقوبات التي هي أوضح النصوص بياناً لمعنى التجاوز وعقوبته، ولذا سوف أوضح هنا المقصود بالتناسب بين فعل الدفاع ومقدار الخطر، ومعيار هذا التناسب، وكذا آراء شراح القانون في طبيعة المادة ٢٥١ عقوبات التي جاءت لبيان هذا التناسب.

---

(١) تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود سليمان العطار ص ٢٩٨.

المقصود بالتناسب:

يقصد بتناسب فعل الدفاع أن تكون القوة المستعملة في الدفاع متناسبة مع مقدار الخطر الذي يهدد المدافع سواء من حيث طبيعة الاعتداء أو من حيث الظروف والملابسات المحيطة بواقعة الاعتداء، كظروف الزمان من حيث وقوع الاعتداء ليلاً أو نهاراً، وظروف المكان من حيث وقوع الاعتداء في الصحراء أو أي مكان بعيد عن العمران أو داخل منزل المدافع، وكذا مدى قوة المعتدي البدنية وعدد من قام بالاعتداء، وغير ذلك من ظروف تحيط بعملية الاعتداء وفعل الدفاع.

فمتى كان في وسع المدافع أن يرد الاعتداء بقدر أقل من الأفعال لم يكن له الرد بما هو أكثر، لأن حق الدفاع وإن كان قد نشأ له هنا فليس معناه أن يدفع الاعتداء الواقع عليه بأكبر من القدر الكافي لدفعه[1].

وقد أشارت إلى هذا الشرط المادة ٢٤٦/ ١ من قانون العقوبات حين أباحت للمعتدى عليه استعمال القوة اللازمة لدفع كل اعتداء واقع عليه، فكلمة اللازمة تعني هنا التناسب بين الفعل والخطر بحيث لا يجاوز الفعل مقدار الخطر في القوة، وكذا قررته المادة ٢٥١ من ذات القانون حين نصت على أنه «لا يعفى من العقاب بالكلية من تعدى بنية سليمة حدود الدفاع الشرعي أثناء استعماله إياه دون أن يكون قاصداً إحداث ضرر أشد ممّا يستلزمه هذا الدفاع، ومع ذلك يجوز للقاضي إذا كان الفعل جناية أن

---

(١) انظر في ذلك:

شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٤٥، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ٢١٦، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي للدكتور رؤوف عبيد ص ٥٦٢، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٤١٨.

يعده معذوراً إذا رأى لذلك محلاً وأن يحكم عليه بالحبس بدلاً من العقوبة المقررة في القانون».

ومن هذا النص يتبين أن التناسب يعني عدم مجاوزة الحدود المقررة لرد العدوان في ظروف الشخص الطبيعي دون مغالاة في القدر المستعمل في رد هذا العدوان أو دفع خطره.

وقد اختلف شراح القانون في معيار هذا التناسب على رأيين:

الأول: يرى بعض الشراح أن التناسب يقوم على الموازنة بين الأضرار المهدد بها والأضرار التي تصيب المعتدي نتيجة الدفاع، أي أن التناسب بين التعدي والدفاع يكون بمقارنة الضرر الماثل بالضرر الناجم، فلو كان الاعتداء مثلاً واقعاً بالعصا في غير الأماكن الخطرة بالجسم فإنه لا يبرر إطلاق النار على المعتدي في مقتل، لأن الضرر الذي يلحق الجسم لا يتناسب مع الضرر الذي يلحق المعتدي في حياته.

وقد تفرع أصحاب هذا الرأي في موازنتهم للأضرار بين رأيين، الأول يوازن بين الضرر الدافع والضرر المدفوع، بمعنى أن التجاوز يتحقق كلما حدث تفاوت بين الضرر الذي ينزله المدافع والضرر الذي كان المعتدي يريد إنزاله بالمدافع، ولذلك فإنهم يشترطون أن يكون هناك تناسب بين مقدار الاعتداء ومقدار القوة التي يلجأ إليها المدافع في دفع هذا الاعتداء.

والثاني: يوازن بين الضرر الدافع والضرر الكافي، بمعنى أن يكون التناسب بقياس الضرر الذي أحدثه المدافع والضرر الذي كان في وسعه إحداثه، ومن ثم فإنه ليس من اللازم وجود التناسب بين الضرر المترتب على أفعال الدفاع والضرر الذي يحدثه الاعتداء، لأن التناسب يتحقق كلما كان الضرر الذي حدث يعد أهون

الأضرار التي كان في وسع المدافع القيام بها أو اللجوء إليها منعاً للاعتداء، فمتى ظهر أن المدافع كان في وسعه أن يرد الاعتداء بضرر أهون وأخف من الذي أحدثه كان مسؤولاً عن القدر الزائد باعتباره تجاوزاً في استعمال الحق في الدفاع الشرعي، ومتى ظهر أن ما وقع من المدافع من أضرار لم يكن في وسعه وقوع أقل منه فإنه لا يعد متجاوزاً ويكون هناك تناسب بين الضرر المدفوع والضرر الواقع حينئذ[1].

وعلى الرغم من وجاهة هذا الرأي خاصة في شقه الثاني الذي يوازن بين الضرر الدافع والضرر المدفوع، وعلى الرغم من أنه قد ساد فترة كبيرة في المحاكم المصرية ومنها محكمة النقض فإن هذا الرأي تعرض للنقد من جانب شراح القانون، وتمثل نقدهم له في النقاط التالية:

١ ـ إن هذا الرأي يتجاهل أساس الدفاع الشرعي، فهو لم يشرع لمجازاة المعتدي أو القصاص منه حتى يكون التوازن بين الأضرار الواقعة منه والواقعة عليه، وإنما شرع لدرء خطره، وفارق كبير بين الأمرين.

٢ ـ إن هذا الرأي يقيم التوازن على النظرة الموضوعية المجردة إلى

---

(١) انظر في سرد هذا الرأي:
الجريمة والمجرم والجزاء للدكتور رمسيس بهنام ص ٢٤٣، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٤٥، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٢٣٧، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عبد الغريب ص ٤١٩، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣٣١، تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ٢٩٥، المسؤولية الجنائية للدكتور مصطفى القللي ص ٣٥٢، القانون الجنائي للدكتور علي راشد ص ٤١٥، شرح القانون الجنائي القسم العام لأحمد صفوت ص ٢٢٠، الأسس العامة لقانون العقوبات للدكتور سمير الجنزوري ص ٥٢٥، الأحكام العامة في قانون العقوبات للدكتور محمود إبراهيم إسماعيل ص ٤٨٧.

المصالح المتعارضة ليحدد من خلالها معنى التجاوز في أعمال الدفاع، دون نظر لظروف المعتدى عليه، وما وقع فيه من ضغط بفعل الاعتداء المفاجئ من المعتدي، وحلول الخطر، ومن ثم فالمفروض أن تكون النظرة تقديرية وليست حسابية كما يقول أصحاب هذا الرأي.

٣ ـ إن الأخذ بهذا الرأي يسبب صعوبة في التطبيق العملي، حيث إن ضرر المعتدي لم يقع والذي وقع هو ضرر المدافع، فكيف نوازن بينهما عملياً حتى نخرج بمقياس يفيدنا في تحديد معنى التجاوز.

٤ ـ إن هذا الرأي لا يضع في اعتباره حالة المعتدى عليه النفسية والتي لا تمكنه في غالب الأحوال من تقدير جسامة الضرر الناجم عن الاعتداء حتى يدفعه بضرر مناسب، فالظروف المفاجئة التي يوقعه فيها حلول خطر الاعتداء تجعله غير مقدر لجسامة ما يستخدمه من وسائل وما يترتب عليها من ضرر تقديراً سليماً ومتوازناً[1].

وبعد فإن هذا الرأي يصعب العمل به في الواقع، فشرط التناسب يستحيل قياسه بمعيار حسابي بحت، وعلى حد تعبير بعض الشراح[2] إن

---

(١) انظر في نقد هذا الرأي ورده:
تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ٢٩٥، المسؤولية الجنائية للدكتور مصطفى القللي ص ٣٥٢، القانون الجنائي للدكتور علي راشد ص ٤١٥، شرح القانون الجنائي القسم العام لأحمد صفوت ص ٢٢٠، الأسس العامة لقانون العقوبات للدكتور سمير الجنزوري ص ٥٢٥، الأحكام العامة في قانون العقوبات للدكتور محمود إبراهيم إسماعيل ص ٤٨٧، الجريمة والمجرم والجزاء للدكتور رمسيس بهنام ص ٢٤٣، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٤٥، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٢٣٧، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٤١٩، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣٣١.
(٢) قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣٣١.

المدافع لا يمسك صنجة وميزاناً بحيث يطلب منه رد الاعتداء بفعل متسار مع العدوان، فالمدافع يؤخذ في غالب الأحيان على غرة ممّا يولد لديه فزعاً يُفقده القدرة على التفكير الهادئ المتزن الذي ينبني عليه التصرف السليم.

الثاني: يرى غالبية شراح القانون الوضعي أن التناسب يجب أن يقع بين الوسائل المتاحة للمعتدى عليه والتي تصلح لرد الاعتداء وفعل المعتدي، وقد اختلف أصحاب هذا الرأي فيما يتعلق بمحل هذه الموازنة على رأيين أيضاً، الأول يرى أصحابه أن الموازنة تكون بين الوسيلة الدفاعية والوسيلة العدوانية، بمعنى أن التجاوز يتحقق عندما لا تكون الوسيلة المستخدمة في الدفاع متناسبة مع طبيعة وجسامة الوسائل المتخذة للاعتداء، وعلى هذا يتحقق التجاوز كلما كانت الوسيلة الدفاعية أشد خطراً من الوسيلة العدوانية، فإن وقع التماثل بين الوسيلتين لم يكن هناك مجال للقول بوجود التجاوز.

ولكن عيب على هذه النظرة أنها تعد صورة من صور الموازنة بين الأضرار السابق ذكرها في الرأي الأول، ومن ثم يعاب عليه ما عيب عليها من نقد، كما أن هذه الفكرة صعبة في الأخذ بها وتطبيقها تطبيقاً عملياً، فقد لا يتسنى للمدافع أن يعرف وسائل الاعتداء التي يحملها المعتدي ومن ثم تقدير الوسيلة المناسبة لردعه ورد اعتدائه، كما لو هجم لص على منزل ولم يعرف صاحب المنزل قصده وما يحمل معه من أسلحة فهنا يصعب عليه تقدير الوسيلة المناسبة لرد الاعتداء.

ونظراً لهذه الانتقادات الموجهة إلى هذا القول فقد ظهر القول الثاني الذي يرى أن التناسب يكون بين الوسيلة المستعملة والوسيلة المتاحة

بالفعل، بمعنى أن التناسب يكون متوافراً كلّما كانت الوسيلة التي استعملها المدافع هي التي يمكن اللجوء إليها من بين غيرها من الوسائل المتاحة لرد الاعتداء مهما تفاوتت الأضرار، فالضرر الناجم عن هذه الوسيلة هو القدر المناسب لرد الاعتداء، فهذا الرأي لا يقول بأن التناسب يقتضي المساواة المجردة بين المصالح المتعارضة ولا الأضرار التي تصيب كلاً منها وإنما تتوقف على الوسيلة المستعملة في رد الاعتداء.

وهذا الرأي هو الغالب في الفقه القانوني نظراً لما يتمتع به من نظرة نسبية للتجاوز بحيث لا يمكن القول بوجود التجاوز إلاّ إذا قام المدافع باستعمال وسيلة أشد مع أنه من الممكن حسب ظروف الواقعة وظروف المعتدي والمعتدى عليه استعمال وسيلة أخف منها وكانت هذه الوسيلة متاحة له ويمكنه استخدامها بسهولة ولكنه عدل إلى الوسيلة الأشد واستخدمها عن قصد[1].

معيار تقدير التناسب:

إذا كان التناسب حسب الرأي الغالب والذي سبق ذكره هو الموازنة بين

---

(١) انظر في هذا:
المسؤولية الجنائية للدكتور مصطفى القللي ص ٣٥٢، استعمال الحق كسبب للإباحة للدكتور عثمان سعيد ص ٣٧٩، القانون الجنائي للدكتور علي راشد ص ٤١٥، تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ٢٩٥، شرح القانون الجنائي القسم العام لأحمد صفوت ص ٢٢٠، الأسس العامة لقانون العقوبات للدكتور سمير الجنزوري ص ٥٢٥، الأحكام العامة في قانون العقوبات للدكتور محمود إبراهيم إسماعيل ص ٤٨٧، الجريمة والمجرم والجزاء للدكتور رمسيس بهنام ص ٢٤٣، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٤٤، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٢٣٧، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٤٢٠، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣٣١.

الوسيلة المستخدمة والوسيلة المتاحة فإن السؤال الذي يثور هنا ما هو معيار هذا التناسب؟

ذكر شرّاح القانون أن المعيار الذي يقدر به التناسب هو معيار موضوعي وشخصي معاً، بمعنى أنه يجب أن ينظر فيه إلى ما كان يفعله الرجل العادي إذا وجد في الظروف نفسها التي وجد فيها المدافع وكان ني متناوله الوسائل ذاتها التي كانت في متناول المدافع، ومن ثم يكون الدفاع متناسباً مع جسامة الخطر متى انطوى على استخدام قدر من العنف لا يجاوز القدر الذي كان يستخدمه الشخص العادي لو كان في مثل ظروفه، وفي الوقت نفسه لا يتم إغفال الظروف التي أحاطت بالمدافع وجعلته يتصرف على النحو الذي وقع منه.

وبناء على هذا يكون شرط التناسب متوافراً ولو استخدم المدافع قدراً من القوة يتجاوز في جسامته ما يتعرض له من اعتداء، كما لو كان يرد اعتداء شخص أكثر منه قوة أو شخص يقوم بالاعتداء عليه ليلاً أو في مكان مهجور وهكذا[1].

التجاوز في نظر المادة ٢٥١ عقوبات:

لما كانت المادة ٢٥١ من قانون العقوبات هي التي تنظم عملية العقاب على التجاوز ـ كما سبق عند ذكرها ـ فإن من الطبيعي أن يثير الشراح

---

(١) انظر في ذلك:
شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ٢١٧، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٤٧، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي للدكتور رؤوف عبيد ص ٥٦٢، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٤٢١، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣٣٢.

المراد بالعذر فيها والعقاب عن التجاوز، والبحث عن طبيعة التخفيف في هذه المادة، وما إذا كان التخفيف فيها عذراً قانونياً أم غيره، والمادة المذكورة تنص على أن «لا يعفى من العقاب بالكلية من تعدى بنية سليمة حدود الدفاع الشرعي أثناء استعماله إياه دون أن يكون قاصداً إحداث ضرر أشد ممّا يستلزمه هذا الدفاع، ومع ذلك يجوز للقاضي إذا كان الفعل جناية أن يعده معذوراً إذا رأى لذلك محلاً، وأن يحكم عليه بالحبس بدلاً من العقوبة المقررة في القانون».

ومن يقرأ كتب شراح القانون في هذا الشأن يجد أنهم قد اختلفوا في طبيعة هذه المادة على ثلاثة آراء وبيانها كالتالي:

الأول: يرى بعض الشراح أن حكم المادة ٢٥١ عقوبات مجرد ظرف قضائي مخفف ضمن الظروف المخففة التي تنص عليها المادة ١٧ من قانون العقوبات، وذلك لأن القانون في مثل هذه الحالات يترك تقدير طبيعتها وتوافرها للقاضي الذي يحكم في الموضوع مخولاً له سلطة مطلقة في هذا الشأن، ومن يقرأ المادة ٢٥١ يجد أنها جعلت للقاضي الخيار في اعتبار المدافع عند تجاوزه معذوراً من عدمه، ولم تلزمه باعتبار أنه كذلك بالفعل.

وبناء على هذا الرأي فإن تطبيق العذر هنا لا يغير من تكييف الجريمة ولا من طبيعتها، وكل ما هنالك أنه يغير من عقوبتها متى رأى القاضي ذلك[1].

---

(١) انظر في هذا:

المسؤولية الجنائية للدكتور مصطفى القللي ص ٣٧١، الأحكام العامة في قانون العقوبات للدكتور محمود إبراهيم إسماعيل ص ٤٨٩، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٤٨، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٢٣٧، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب =

الثاني: ويرى أصحابه أن حكم المادة ٢٥١ عقوبات مجرد عذر قانوني مخفف، بمعنى أن التجاوز حسب هذه المادة عذر قانوني مخفف للعقوبة وليس ظرفاً قضائياً، فالقانون هو الذي نص عليه ولم يتركه لتقدير القاضي، وحجتهم في ذلك أن النص قد ورد به صراحة وهذه هي السمة التي تتميز بها الأعذار القانونية، حيث يرد النص عليها قانوناً وهو ما حدث في عذر التجاوز.

وبناء على هذا الرأي متى حدث تجاوز في الدفاع الشرعي فإن الأثر المترتب على ذلك هو تخفيف الواقعة من جناية إلى جنحة، فمثلاً لو أن شخصاً أراد الاعتداء على آخر فوقعت بينهما مشاجرة ضربه فيها المدافع ضرباً شديداً أفضى إلى موته فهنا الجريمة في طبيعتها العادية جناية ضرب أفضى إلى موت، ولكنها في حالة التجاوز هنا تعد جنحة لا جناية لوجود العذر القانوني المخفف المنصوص عليه قانوناً في المادة ٢٥١ سابقة الذكر، وهذا يختلف عن الظرف القضائي المخفف الذي يكون التخفيف فيه متروكاً للقاضي وليس منصوصاً عليه قانوناً.

وقد تعرض هذا الرأي للنقد بناء على أن التجاوز يخالف العذر القانوني المخفف، فالعذر القانوني وجوبي الأثر يلزم القاضي باتباعه ولا يجوز له العدول عن الأخذ به وإلاّ كان حكمه معيباً وصالحاً للنقض بناء على مخالفة القانون، ومثال ذلك الزوج الذي يفاجأ زوجته متلبسة بالزنى فيقتلها ومن يزنِ بها فإنه هنا في حالة عذر مخفف وليس في حالة تجاوز للدفاع الشرعي، وكذا الصغير الذي يقتل غيره بتهوره فإنه معذور بحالة الصغر ومن ثم يطبق عليه العذر القانوني المخفف دون انتظار تقدير

حسني ص ٢٤٦، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٤٢٣، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣٣٣.

القاضي لهذا العذر، وليس كذلك تجاوز حدود الدفاع الشرعي، لأن المستفاد من نص المادة ٢٥١ من قانون العقوبات أن الأمر في التخفيف متروك للقاضي فهو أمر جوازي لا وجوبي وليس كذلك العذر المخفف كما سبق القول.

يضاف إلى ذلك أن هذا الرأي يميل إلى الغموض ويجعل القضايا عرضة للتقدير الشخصي في أمر مقدر قانوناً من قبل المشرع، فجعل العذر هنا قانونياً يجعل القاضي في حيرة من أمره، فهل يجعله عذراً مخفّفاً حسب نص المادة ١٧ من قانون العقوبات والتي نصت على الأعذار وأثرها في العقوبة وتكييف الجريمة؟ أم يجعلها تقتضي تخفيفاً عادياً حسب نص المادة ٢٥١؟ وهو خلاف ما صرحت به هذه المادة، فقد جعلت المادة السابقة التجاوز عذراً متروكاً للقاضي تقدير أثره ومن ثم الحكم على المتجاوز بما يناسب هذا التعدي منه[1].

الثالث: ويرى أصحابه أن حكم المادة ٢٥١ من قانون العقوبات ذو طبيعة خاصة، فهو عذر من نوع خاص، بمعنى أنه لا يصلح كونه عذراً قانونياً واجب التطبيق كما قال أصحاب الرأي الثاني، ولا ظرفاً قضائياً مخففاً كما قال أصحاب الرأي الأول، فهو يتفق مع الأعذار القانونية في استحقاقه للتخفيف وأن المشرع الوضعي نص عليه صراحة وحدده بحالة معينة وهي حالة التجاوز في الدفاع الشرعي، ويختلف عنها في أنه متروك لتقدير القاضي حسب ظروف الواقعة مع أن الأعذار القانونية لا تترك لتقدير القاضي ـ كما سبق

---

(١) انظر في هذا:
شرح القانون الجنائي القسم العام لأحمد صفوت ص ٢٢٠، النظرية العامة لعذر تجاوز الدفاع الشرعي للدكتور محمد نعيم فرحات ص ٤٣٨، المسؤولية الجنائية للدكتور مصطفى القللي ص ٣٧١.

القول ـ وإنما هي واجبة التطبيق، ولذا أطلق على هذا العذر بأنه عذر قانوني قضائي، بمعنى أنه عذر يشترك في تنظيمه القانون والقضاء، فالقانون نص عليه وعلى أثره، والقاضي يطبق هذا الأثر بما يراه من ظروف حسب واقعة التجاوز، ولذا فإن هذا العذر ذو طبيعة مختلطة، ومن ثم تختلف رقابة محكمة النقض بشأنه في حدود ما تقرره محكمة الموضوع، حيث يخضع لرقابتها باعتباره ظرفاً منصوصاً عليه قانوناً ومشروطاً بشروط معينة لا بد من توافرها، ولا يخضع لرقابتها ويكون التقدير للقاضي في مدى توافر هذه الشروط من عدمه.

ونظراً لوجاهة هذا الرأي وتوافقه مع ما جاء في نص المادة المذكورة فقد أيده غالبية الشراح وجعلوه الرأي الأولى بالتطبيق، وذلك على اعتبار أن المشرع الوضعي قد نص على هذا الظرف صراحة، وحدد الشروط اللازمة لتطبيقه، ولكن لما كان غير وارد ضمن الأعذار القانونية المذكورة صراحة لم يكن هناك سبيل في اندراجه تحتها، ومن ثم لا يمكن اعتباره عذراً قانونياً وإن كان يشبهها في العديد من الأحكام والشروط، ولذا صح القول بأنه عذر ذو طبيعة خاصة، إضافة إلى ما يحققه هذا الرأي من سلطة تقديرية واسعة المجال بالنسبة لقاضي الموضوع يستطيع بها تقدير كل حالة على حدة ومن ثم تقدير المناسب لها من حكم أو عقوبة[1].

---

(١) انظر في هذا:
القانون الجنائي للدكتور علي راشد ص ٤٣٠، الأحكام العامة لقانون العقوبات للدكتور السعيد مصطفى السعيد ص ٢١٨، الأسس العامة لقانون العقوبات للدكتور سمير الجنزوري ص ٥٢٩، الأحكام العامة في قانون العقوبات للدكتور محمود إبراهيم إسماعيل ص ٤٨٩، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٢٣٥، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٤٢٦، النظرية العامة لعذر تجاوز الدفاع الشرعي للدكتور محمد نعيم فرحات ص ٤٣٩، نظرية الدفاع الشرعي للدكتور يوسف قاسم ص ٢٥٧.

وبعد بيان ما سبق يتضح أن التناسب بين فعل الدفاع وخطر الاعتداء شرط مهم لتطبيق الإعفاء من المسؤولية عن الأفعال التي يقوم بها المدافع لرد العدوان الواقع عليه من المعتدي، ومتى حدث خلل في هذا التناسب حسبما تبين من قبل كان هناك تجاوز في الدفاع الشرعي، وعوقب المدافع على هذا التجاوز حسب قصده إن كان عمداً أو خطأ، واعتبر معتدياً لا مدافعاً في المقدار الزائد، ومن ثم استحق العقاب عليها حسب الظروف المحيطة بعملية رد العدوان أو القيام بالدفاع الشرعي.

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

بعد بيان ما سبق في معنى التجاوز في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ومعيار هذا التجاوز يتضح ما يلي:

أولاً: يتفق القانون الوضعي ـ في التعريف الراجح ـ مع ما جاء به الفقه الإسلامي في معنى التجاوز وأنه يعني تعدي الحدود المقررة شرعاً وقانوناً لرد العدوان حتى ينقلب المدافع معتدياً على الصائل عليه.

ثانياً: يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في أنه متى وجد خطر الاعتداء نشأ الحق في الدفاع الشرعي، وأنه متى نشأ الحق في الدفاع على الوجه السابق وجب مراعاة التناسب بين فعل الدفاع وخطر الاعتداء، فإن توافر هذا الشرط فلا مسؤولية على المدافع وإلاّ كان مسؤولاً عن فعله على ما سيأتي تفصيله في محله من البحث بإذن الله تعالى.

ثالثاً: يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في أن معيار تقدير التناسب والتجاوز معيار موضوعي وشخصي معاً، فهو موضوعي بالنسبة للشروط، وشخصي في مراعاة حالة المعتدى عليه أو المدافع وقت ارتكابه لأفعال الدفاع وما وقع تحته من ضغوط

اضطرته لارتكاب أفعال الدفاع على النحو الذي وقعت به.

رابعاً: بالنظر إلى النظريات القانونية المتعددة في شأن طبيعة عذر الدفاع أو التجاوز في الدفاع نجد أن هذه النظريات بعد أن تجادلت وتبادلت الحجج والسندات القانونية التي تدعم توجهها والرد والنقد لبعض هذه الاتجاهات أنها في النهاية وصلت إلى ما قال به الفقه الإسلامي من قبل من حيث ترك تقدير التجاوز ومداه والحكم فيه لقاضي الموضوع حسبما يراه في كل واقعة على حدة من أجل الوصول إلى العدالة المبتغاة في مثل هذه الظروف، وهو ما يؤكد أن الفقه الإسلامي في أصالته ومرونته وروعة أفكار فقهائه يسمو على مثل هذه الآراء بكثير وأنه لا مجال للتفوق عليه بحال، وليس ذلك تحيزاً للفقه الإسلامي ولا تحيزاً لأفكار الفقهاء في العصور المختلفة وإنما هذا ما يثبته الفحص لآراء شراح القانون الوضعي في التشريعات المختلفة، فالآراء التي تذكر في كتب شراح القانون مستقاة في كثير من الأحيان إن لم يكن في أغلبها من الأفكار الغربية التي نشأ القانون الوضعي في أحضانها ونقلته البلاد الإسلامية في حقبة الاحتلال إليها.

المطلب الثاني

اعتبارات تقدير التجاوز

وفيه فرعان:

الفرع الأول

اعتبارات تقدير التجاوز في الفقه الإسلامي

يقصد باعتبارات تقدير التجاوز هنا تلك الاعتبارات التي يُقاس بها ما يلزم المدافع باتباعه عند استخدامه لحقه في الدفاع الشرعي، فلكل اعتداء ظروفه وحالاته التي تختلف من شخص لآخر، وتختلف من طريقة في الاعتداء لأخرى، ولا شك أن بيان هذه الاعتبارات له تأثيره في أحكام الدفاع الشرعي ومدى كون الفعل الواقع من المدافع متجاوزاً فيه من عدمه.

ومن يقرأ في كتب الفقه الإسلامي يجد أن الفقهاء لم ينصوا على هذه الاعتبارات صراحة وإنّما تستنبط من كلامهم عن التجاوز في الدفاع الشرعي وعن الحد المسموح به في الدفاع، والتطبيقات التي ذكروها في هذا الشأن، ومن هذه العبارات التي سنورد بعضاً منها فيما بعد نجد أن الاعتبارات التي وضعوها لتقدير التجاوز تتنوع ما بين اعتبارات شخصية

وأخرى موضوعية على حسب ما تقرر القواعد الجنائية الحديثة، وسوف أوضح هذه الاعتبارات وتأثيرها في السطور التالية:

أولاً: الاعتبارات الموضوعية، ويقصد بها تلك الاعتبارات التي ذكرها الفقهاء واتضحت من ثنايا كلامهم في دفع الصائل، وهذه الاعتبارات متعددة وكل منها متى توافر لم يكن هناك مجال للقول بوجود تجاوز في الدفاع الشرعي، ومن هذه الاعتبارات اعتبار حماية الضروريات الخمس ومنها المحافظة على العرض، فقد جاء في المستصفى في هذا الشأن «إن جلب المنفعة ودفع المضرة من مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، ولكننا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليهم دينهم وأنفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة»[1].

فهذا النص قد بين أن أحد الاعتبارات في الفقه الإسلامي مراعاة الضرورات الخمس، ومن ثم فإن الاعتداء على هذه الضرورات يبيح الدفاع الشرعي ولكن لكل واحد منها شأن مختلف، ويعد الاعتداء على العرض من أشدها اعتباراً وتقديراً، ولذا جعل بعض الفقهاء هذا الاعتداء مبيحاً لاستعمال كل الوسائل الممكنة، بحيث لا يعد الشخص متجاوزاً باستعمالها مهما كانت الوسائل المتاحة أمامه، ومن هذا ما جاء في شرح المنهج «وإن رآه أولج في أجنبية فله أن يبدأه بالقتل وإن اندفع بدونه فإنه في كل لحظة مواقع لا يستدرك بالأناة»[2].

---

(١) انظر: المستصفى ١/ ١٣٩ وما بعدها.

(٢) شرح المنهج للشيخ زكريا الأنصاري ٥/ ١٦٨.

وجاء في مغني المحتاج «الرابعة: إذا رآه يولج في أجنبية فله أن يبدأ بالقتل وإن اندفع بدونه، لأنه في كل لحظة مواقع لا يستدرك بالأناة»[1].

وجاء في حاشية قليوبي «محل مراعاة الترتيب عند إمكانه، فلو لم يجد إلاّ سكيناً أو سيفاً ابتداء فله الدفع به، أو التحم القتال واشتد الأمر سقط الترتيب. . . وكذا في الفاحشة كأن رآه قد أولج في أجنبية فله أن يبدأه بالقتل وإن اندفع بدونه»[2].

فهذه النصوص قد بينت أن الظروف الموضوعية هنا وهو ما يتعلق بالمصلحة المهدرة له اعتبار خاص في دفع الصائل تبيح كل وسيلة، ولا تجعل استعمال وسيلة بعينها دون أخرى أقل منها في العنف تجاوزاً في حق الدفاع الشرعي.

وكذلك من الاعتبارات الموضوعية التي تؤخذ في الاعتبار عند تقدير التجاوز ما سبق ذكره من التحام القتال بين الصائل والمدافع، فلو أن شخصا هجم على آخر والتحم القتال بينهما فليس من المعقول أن نطالب المدافع باستخدام قدر معين من الدفاع دون آخر، ونعتبره متجاوزاً إذا استعمل قدراً أكبر من المطلوب، ويقصد بالتحام القتال بين المعتدي والمعتدى عليه، أنه قد قام الاعتداء فعلاً وقام المدافع باستعمال حقه في دفع الخطر الواقع عليه، فهنا لا يجب على المدافع مراعاة التناسب بين دفاعه وقدر الخطر المعرض له، لأنه في ظروف لا تجعله مراعياً لهذا الترتيب في الوسائل ومحاولة درء الخطر بالأهون منها، ولو أوجبنا عليه مراعاة الترتيب بينها لربما أفضى ذلك إلى هلاكه، ومن ثم جاز له الدفع

---

(١) مغني المحتاج ٤/ ١٩٤ وما بعدها، ومثله في تحفة المحتاج لابن حجر ٩/١٨٦، وفي حاشية الجمل على شرح المنهج ٥/١٦٨.

(٢) حاشية قليوبي على شرح المنهاج ٤/٢٠٨.

بكل وسيلة تدرأ عنه الخطر ولا يكون مطالباً بمراعاة مقدار التناسب ولا يعد فعله الزائد في الدفاع تجاوزاً، وهذه الظروف هنا ظروف موضوعية وليست شخصية.

وقد جاءت نصوص الفقهاء مؤيدة لذلك، ومنها ما جاء في أسنى المطالب «ويجب الدفع للصائل بالأخف فالأخف إن أمكن كالزجر بالكلام أو الصياح ثم الاستغاثة بالناس ثم الضرب باليد ثم بالسوط ثم بالعصا ثم بقطع عضو ثم بالقتل لأن ذلك جوز للضرورة ولا ضرورة في الأثقل مع إمكان تحصيل المقصود بالأخف، نعم لو التحم القتال بينهما وانسد الأمر عن الضبط سقط مراعاة الترتيب»[1].

وجاء في حاشية قليوبي على شرح المنهاج «محل مراعاة الترتيب عند إمكانه، فلو لم يجد إلاّ سكيناً أو سيفاً ابتداء فله الدفع به، أو التحم القتال واشتد الأمر سقط الترتيب»[2].

وجاء في نهاية الزين «ولو التحم القتال بينهما وخرج الأمر عن الضبط سقط مراعاة الترتيب سيما لو كان الصائلون جماعة، إذ رعاية الترتيب حينئذ تؤدي إلى إهلاكه»[3].

فهذه النصوص قد بينت أن دفع المعتدي يكون بالوسيلة الأخف ولكن متى التحم القتال سقط مراعاة الترتيب ولم يعد أي فعل صادر من المدافع غير مناسب تجاوزاً لحقه في الدفاع الشرعي، نظراً للظروف الموضوعية التي تعرض لها المدافع.

---

(١) أسنى المطالب ٤/ ١٦٧، ومثله في تحفة المحتاج ٩/ ١٨٧، حاشية البيجرمي على الخطيب ٤/ ٢٢٣، حاشية البيجرمي على المنهج ٤/ ٢٣٩.

(٢) حاشية قليوبي على شرح المنهاج ٤/ ٢٠٨.

(٣) نهاية الزين لأبي عبد المعطي محمد بن عمر الجاوي ١/ ٣٥٨، ط الأولى دار الفكر بيروت.

ومن هذه الاعتبارات أيضاً اعتبارات مكان وزمان الاعتداء، فالاعتداء الواقع في المصر غير الاعتداء الواقع في الصحراء، والاعتداء الواقع نهاراً غير ذاك الواقع ليلاً، ومن ثم متى كان الاعتداء في وقت ومكان يزيد من خطر الاعتداء كان للمدافع أن يدفع بكل وسيلة ممكنة، ولا يكون متجاوزاً متى استعمل وسيلة أشد مع إمكان الأخف، وقد جاءت نصوص الفقهاء مبينة لذلك، ومنه ما جاء في مجمع الأنهر «ولا شيء على من قتل شخصاً آخر سرق منه متاعه ليلاً وأخرجه إن لم يمكنه الاسترداد بدون القتل... لأنه يباح له القتل دفعاً في الابتداء فكذا الاسترداد في الانتهاء»[1].

وجاء في تكملة البحر الرائق «وكذا إذا أشهر على رجل سلاحاً فقتله أو قتله غيره دفعاً عنه، فلا يجب بقتله شيء لما بيّنّا، ولا يختلف بين أن يكون بالليل أو بالنهار، في المصر أو خارج المصر، لأنه لا يلحقه الغوث بالليل، ولا في خارج المصر، فكان له دفعه بالقتل، بخلاف ما إذا كان في المصر نهاراً»[2].

وجاء في الفروع «لصوص دخلوا عليه يقاتلهم أو يناشدهم قال: قد دخلوا ما يناشدهم، ويتضح من قوله قد دخلوا اللصوص أمر متيقن في وجود الخطر ودل عليه واقعياً ومادياً دخولهم للسرقة، ولذا أجاز له الدفاع»[3].

فقد ظهر من هذه النصوص أن الاعتداء ليلاً أو في المنزل له اعتباره في تقدير التجاوز، وأن المدافع في مثل هذه الظروف لا يعد متجاوزاً في فعله.

---

(١) مجمع الأنهر ٢/ ٦٢٣.
(٢) تكملة البحر الرائق ٨/ ٣٤٤.
(٣) الفروع لابن مفلح ٦/ ١٤٥.

ومن الاعتبارات الموضوعية أيضاً كون المعتدي حاملاً لسلاح ولم يجد المدافع غير ما دافع به، فليس مطلوباً منه هنا أن يترك الصائل يقتله أو يضربه حتى يجد الوسيلة المناسبة لدفعه بل له رده بما يجد من وسائل هنا، وقد جاءت نصوص الفقهاء مؤيدة لذلك، فقد جاء في الهداية «ومن شهر على المسلمين سيفاً فعليهم أن يقتلوه لقوله عليه الصلاة والسلام «من شهر على المسلمين سيفاً فقد أحلّ دمه»[1]، ولأنه باغ فتسقط عصمته ببغيه، ولأنه تعين القتل عن نفسه فله قتله، وقوله فعليهم وقول محمد رحمه الله في الجامع الصغير فحق على المسلمين أن يقتلوه إشارة إلى الوجوب، والمعنى وجوب دفع الضرر، وفي الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحاً ليلاً أو نهاراً أو شهر عليه عصا ليلاً في مصر أو نهاراً في طريق مصر فقتله المشهور عليه عمداً فلا شيء عليه لما بيّنّا، وهذا لأن السلاح لا يلبث فيحتاج إلى دفعه بالقتل، والعصا الصغيرة وإن كانت تلبث، ولكن في الليل لا يلحقه الغوث، فيضطر إلى دفعه بالقتل، وكذا في النهار المصر في الطريق لا يلحقه الغوث، فإذا قتله كان دمه هدراً»[2].

وجاء في تكملة البحر الرائق «ومن أشهر على المسلمين سيفاً وجب قتله ولا شيء بقتله لقوله عليه الصلاة والسلام «من شهر على المسلمين سيفاً فقد أبطل دمه»[3]، ولأن دفع الضرر واجب فوجب عليهم قتله إذا لم يكن دفعه إلاّ به، ولا يجب على القاتل شيء، لأنه صار باغياً بذلك، وكذا إذا أشهر على رجل سلاحاً فقتله أو قتله غيره دفعاً عنه، فلا يجب بقتله شيء لما بيّنّا، ولا يختلف بين أن يكون بالليل أو بالنهار، في المصر أو خارج المصر، لأنه لا يلحقه الغوث بالليل، ولا في خارج المصر،

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) الهداية للمرغيناني ٤/ ١٦٤، ومثله في بداية المبتدي له أيضاً ١/ ٢٤٠.

(٣) سبق تخريجه منذ قليل.

فكان له دفعه بالقتل، بخلاف ما إذا كان في المصر نهاراً»[1].

وجاء في نهاية الزين «ولو لم يجد المصول عليه إلاّ سيفاً جاز له الدفع به وإن كان يندفع بعصا إذ لا تقصير منه في عدم استصحابها»[2].

فقد ظهر من هذين النصين أن حمل المعتدي للسلاح يجعل للمصول عليه الحق في دفعه بما يجد، ولو أتى على حياته لم يكن عليه عقاب بذلك، وهذا ظرف موضوعي لا علاقة له بالظروف الشخصية للمصول عليه.

ثانياً: **الاعتبارات الشخصية**، ويقصد بها تلك الاعتبارات التي تتعلق بشخصية المعتدى عليه وشخصية الصائل، ومن ذلك مثلاً لو كان الصائل شخصاً صغيراً يمكن دفعه بأيسر وسيلة، أو كان من القوة بحيث لا يمكن دفعه إلاّ بالقوة الشديدة، فهنا يجب مراعاة هذه الظروف عند الدفاع، فلو كان الصائل ضعيفاً يمكن دفعه بقوة يسيرة فدفعه بالقتل كان متجاوزاً حد الدفاع الشرعي، ولو كان ممن يندفع بالصياح فدفعه بالقتل كان متجاوزاً لحقه في الدفاع الشرعي.

وقد جاءت النصوص الفقهية في هذا الشأن موضحة لذلك ومنها ما جاء في تكملة البحر الرائق «ولو علم أنه لو صاح عليه يطرح ماله فقتله مع ذلك يجب عليه القصاص، لأن قتله بغير حق، وهو بمنزلة المغصوب منه إذا قتل الغاصب، حيث يجب عليه القصاص، لأنه يقدر على دفعه بالاستعانة بالمسلمين والقاضي، فلا تسقط عصمته، بخلاف السارق والذي لا يندفع بالصياح»[3].

---

(١) تكملة البحر الرائق ٨/ ٣٤٤.

(٢) نهاية الزين للجاوي ١/ ٣٥٨.

(٣) تكملة البحر الرائق ٨/ ٣٤٥، ومثله ما جاء في حاشية ابن عابدين ٦/ ٥٨٨.

وجاء في الشرح الكبير «وجاز قصد قتله ابتداء إن علم أنه، أي الصائل لا يندفع إلاّ به، ويثبت ذلك ببينة لا بمجرد قول المصول عليه، إلاّ إذا لم يحضره أحد فيقبل قوله بيمينه»[1].

وجاء في الأم «إذا أقبل الرجل بالسيف أو غيره من السلاح على الرجل فإنّما له ضربه على ما يقع في نفسه، فإن وقع في نفسه أنه يضربه وإن لم يبدأه المقبل بالضرب فليضربه، وإن لم يقع في نفسه ذلك لم يكن له ضربه»[2].

وجاء في المحلى «فأما لو كان اللص من الضعف بحيث لا يدافع أصلاً أو يدافع دفاعاً يوقن معه أنه لا يقدر على قتل صاحب الدار فقتله صاحب المنزل فعليه القود، لأنه قادر على منعه بغير القتل فهو متعد»[3].

وكذا من الاعتبارات الشخصية ما سبق ذكره من التحام القتال وكون بنية الصائل أشد من بنية المصول عليه، فهنا يجوز للمصول عليه دفعه بكل ما يملك من وسائل، ويسقط مراعاة الترتيب كما ذكر فقهاء الشافعية وما ذكرته قبل ذلك ولا داعي للتكرار.

وكذا من الاعتبارات الشخصية مدى مهارة المصول عليه في استعمال الوسيلة، فقد يكون متمكناً بحيث يجرح بالسيف دون أن يصل إلى حد القتل، أو العكس فقد يكون غير ماهر فيستعمل السيف في غير محله فيقتل المصول عليه وكان يكفي دفعه بقدر أقل، ومن تطبيقات الفقهاء في هذا الشأن ما ذكروه من كيفية الدفع، فقد جاء في نهاية الزين «ولو لم يجد المصول عليه إلاّ سيفاً جاز له الدفع به وإن كان يندفع بعصا، إذ لا تقصير

---

(١) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٣٥٧.
(٢) الأم للشافعي ٦/ ٣٣.
(٣) المحلى لابن حزم ١١/ ٣١٤.

منه في عدم استصحابها، ولذلك من أحسن الدفع بطرف السيف بدون جرح يضمن به بخلاف من لا يحسن»[1].

فهذا النص قد بين أنه متى كان في إمكان المصول عليه ومهارته الدفع عن نفسه بطرف السيف دون أن يصيب الصائل لزمه ذلك، وإن جرحه ضمن، لأن فعله يعد تجاوزاً.

وممّا سبق يتبين أنه عند تقدير التجاوز لابد من وضع تلك الظروف الشخصية في الاعتبار، لأنها هي التي تحدد مدى مناسبة الدفاع للاعتداء ومتى يعد تجاوزاً، فما يكفي لمقاومة شيخ عجوز قد بلغ من الكبر عتياً غير ذلك الذي يكفي لمقاومة شاب في مقتبل العمر، وما يكفي لمقاومة ذلك الشاب غير ذلك الذي يكفي لمقاومة صبي صغير وهكذا، فالظروف الشخصية لها اعتبارها عند تقدير حدود الدفاع الشرعي ومناسبته للاعتداء[2].

معيار التجاوز:

يقصد بمعيار التجاوز الضابط الذي يتخذه القاضي لقياس الاعتبارات الموضوعية والشخصية السابقة، فهل يأخذ بضابط عام للجميع، أم يراعي الضابط الشخصي الذي يختلف من فرد لآخر؟

من يقرأ في كتب الفقهاء يجد أنهم لم يتكلموا عن هذا الضابط صراحة، لأنهم تكلموا عن أحكام دفع الصائل جملة، ففصلوا ما يتعلق

---

(١) نهاية الزين للجاوي ١/ ٣٥٨، ومثله في تحفة المحتاج لابن حجر ٩/ ١٨٧، نهاية المحتاج للرملي ٨/ ٢٧.

(٣٦٨) نظرية الدفاع الشرعي للدكتور يوسف قاسم ص ٢١٤، تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود سليمان العطار ص ٣٠٣.

بها دون الأخذ في الاعتبار الكلام عن مثل هذا الضابط، فهذه أفكار حديثة ظهرت مع النظريات القانونية المختلفة، ورغم ذلك لم يغفل الفقهاء ذكرها ضمناً وإن لم يذكروها صراحة، ويتضح كلامهم عن المعيار أو الضابط في تقدير الاعتبارات السابقة للتجاوز من نصوصهم في هذا الشأن، وسوف أذكر هنا بعضاً منها ثم أعلق عليها بما يفي بالحاجة.

فقد جاء في المبسوط «ولو أن هؤلاء اللصوص قالوا شيئاً من ذلك للرجل والرجل لا يرى أنهم يقدمون عليه لم يسعه الإقدام على المحرم، لأن المعتبر خوف التلف، ولا يصير خائفا التلف إذا كان يعلم أنهم لا يقدمون عليه وإن هددوه به، وقد بيّنّا أن ما لا طريق إلى معرفته حقيقة يعتبر فيه غالب الرأي، فإن كان لا يخاف أن يقدموا عليه في أول مرة حتى يعاودوه لم ينبغ له أن يقدم على ذلك حتى يعاودوه، وهذا على ما يقع في القلب، ألا ترى أنك لو رأيت رجلا ينقب عليك دارك من خارج أو دخل عليك ليلاً من الثقب بالسيف وخفت إن أنذرته يضربك وكان على أكثر رأيك ذلك وسعك أن تقتله قبل أن تعلمه إذا خفت أن يسبقك إن أعلمته، وفي هذا إتلاف نفس ثم أجاز الاعتماد على غالب الرأي لتعذر الوقوع على حقيقته، فكذلك فيما سبق»[1].

واضح من هذا النص أن المعيار الذي يقوم عليه تقدير الاعتبارات معيار شخصي واقعي وموضوعي في آن واحد، وهو يميل إلى الناحية الشخصية، فيجعل لتقدير الشخص وغالب رأيه وزنىً في مثل هذه الأمور.

وجاء في الشرح الكبير «وجاز دفع صائل على نفس أو مال أو حريم والمراد بالجواز الإذن فيصدق بالوجوب بعد الإنذار. . . وجاز قصد قتله ابتداء إن علم أنه أي الصائل لا يندفع إلاّ به، ويثبت ذلك ببينة لا بمجرد

---

(١) المبسوط للسرخسي ٢٤/ ٥٠ وما بعدها.

قول المصول عليه، إلاّ إذا لم يحضره أحد فيقبل قوله بيمينه»[1].

وجاء في حاشية الدسوقي «قوله بعد الإنذار أي التخويف بوعظه وزجره وإنشاد الله عليه لعله ينكف، والحاصل أن الصائل إذا كان ممن يفهم فإنه يناشده أولاً، ثم بعد المناشدة يدفعه شيئاً فشيئاً أي يدفعه بالأخف فالأخف، فإن أبى إلاّ الصول قتله، وأما إن كان ممن لا يفهم كالبهيمة فإنه يعالجه بالدفع إنذاراً، ويدفعه بالأخف فالأخف، فإن أبى إلاّ الصول قتله وكان هدراً»[2].

فهذان النصان قد بيّنّا أنه متى ظن ـ والمراد هنا الظن القوي ـ المصول عليه أن الصائل يقصد قتله جاز له قصد قتله ابتداء، فهنا أخذ أيضاً بالمعيار الشخصي لتقدير اعتبارات التجاوز، ولم يغفل أن تكون موضوعية أيضاً، ويدل على كون المراد بالظن هنا الظن القوي ما جاء في التاج والإكليل «وقال ابن العربي[3] لا يقصد بالمصول عليه القتل، إنما ينبغي

---

(١) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٣٥٧.

(٢) حاشية الدسوقي ٤/ ٣٥٧.

(٣) **ابن العربي**: الإمام العلامة الحافظ القاضي أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الله ابن العربي الأندلسي الإشبيلي المالكي صاحب التصانيف، ولد في سنة ثمان وستين وأربعمائة، سمع من خاله الحسن بن عمر الهوزني وطائفة بالأندلس، وكان أبوه أبو محمد من كبار أصحاب أبي محمد بن حزم الظاهري بخلاف ابنه القاضي أبي بكر فإنه منافر لابن حزم، محط عليه بنفس ثائرة، ارتحل مع أبيه وسمعا ببغداد من طراد بن محمد الزينبي وأبي عبد الله النعالي وأبي الخطاب ابن البطر وجعفر السراج وابن الطيوري وخلق، وبدمشق من الفقيه نصر بن إبراهيم المقدسي وأبي الفضل بن الفرات وطائفة، وببيت المقدس من مكي بن عبد السلام الرميلي، وبالحرم الشريف من الحسين بن علي الفقيه الطبري، وبمصر من القاضي أبي الحسن الخلعي ومحمد ابن عبد الله وغيرهما، وتفقه بالإمام أبي حامد الغزالي والفقيه أبي بكر الشاشي، وصنف وجمع، وفي فنون العلم برع، وكان فصيحاً بليغاً خطيباً، صنف كتاب عارضة الأحوذي في شرح جامع أبي عيسى الترمذي، وفسر القرآن المجيد فأتى بكل بديع في كتابه الشهير أحكام القرآن، وله كتاب كوكب الحديث والمسلسلات، وكتاب =

أن يقصد الدفع فإن أدى إلى القتل فذلك، إلاّ أن يعلم أنه لا يندفع إلاّ بالقتل فجائز قصد قتله ابتداء»[1]، فقد عبر ابن العربي عنه هنا بالعلم لا الظن.

وجاء في الأم «إذا أقبل الرجل بالسيف أو غيره من السلاح على الرجل فإنما له ضربه على ما يقع في نفسه، فإن وقع في نفسه أنه يضربه وإن لم يبدأه المقبل بالضرب فليضربه، وإن لم يقع في نفسه ذلك لم يكن له ضربه»[2].

وجاء في أسنى المطالب «ويجب الدفع للصائل بالأخف فالأخف إن أمكن كالزجر بالكلام أو الصياح، ثم الاستغاثة بالناس، ثم الضرب باليد، ثم بالسوط، ثم بالعصا، ثم بقطع عضو، ثم بالقتل، لأن ذلك جوز للضرورة، ولا ضرورة في الأثقل مع إمكان تحصيل المقصود بالأخف، نعم لو التحم القتال بينهما وانسد الأمر عن الضبط سقط مراعاة الترتيب»[3].

وجاء في مغني المحتاج «ويدفع الصائل بالأخف فالأخف إن أمكن، والمعتبر غلبة الظن، فإن أمكن دفعه بكلام واستغاثة بغين معجمة ومثلثة بالناس حرم الضرب أي الدفع به، أو أمكن دفعه بضرب بيد حرم سوط، أو أمكن دفعه بسوط حرم عصا، أو أمكن دفعه بقطع عضو حرم قتل، لأن

الأصناف في الفقه، وكتاب نزهة الناظر، وكتاب ستر العورة، والمحصول في الأصول، وغيرها، وتوفي ابن العربي ـ رحمه الله ـ بفاس في شهر ربيع الآخر سنة ثلاث وأربعين وخمسمائة.

انظر الترجمة له في: سير أعلام النبلاء ٢٠/ ١٩٧ وما بعدها.

(١) التاج والإكليل للمواق ٦/ ٣٢٣.

(٢) الأم للشافعي ٦/ ٣٣.

(٣) أسنى المطالب ٤/ ١٦٧، ومثله في تحفة المحتاج ٩/ ١٨٧، حاشية البيجرمي على الخطيب ٤/ ٢٢٣، حاشية البيجرمي على المنهج ٤/ ٢٣٩.

ذلك لصاحب للضرورة، ولا ضرورة في الأثقل مع إمكان تحصيل المقصود بالأسهل، ولو اندفع شره كأن وقع في ماء أو نار أو انكسرت رجله أو حال بينهما جدار أو خندق لم يضربه كما صرح به في الروضة، وفائدة الترتيب المذكور أنه متى خالف وعدل إلى رتبة مع إمكان الاكتفاء بما دونها ضمن»[1].

فهذه النصوص قد بينت أن دفع الصائل يكون بما في إمكان المصول عليه وحسب حالته الشخصية، ومتى خالف في ذلك واستعمل وسيلة أشد أو كما عبر صاحب مغني المحتاج متى خالف وعدل إلى رتبة مع إمكان الاكتفاء بما دونها ضمن، وعد متجاوزاً، ولا شك أن المقصود بالإمكان هنا إمكانه هو وإمكان الشخص المعتاد.

وجاء في المحرر في الفقه «من صال على نفسه أو حرمته أو ماله آدمي أو بهيمة فله الدفع عن ذلك بأسهل ما يغلب على ظنه دفعه به، فإن لم يندفع إلاّ بالقتل فله ذلك ولا ضمان عليه»[2].

فهذا النص قد بين أن دفع الصائل يكون بأسهل ما يغلب على ظنه، فدل على أن معيار تقدير التجاوز إنما هو بناء على الضابط الشخصي في هذا الأمر.

---

(١) مغني المحتاج ٤/ ١٩٤.

(٢) المحرر في الفقه لمجد الدين عبد السلام بن تيميه الحراني ٢/ ١٦٢.

الفرع الثاني

اعتبارات تقدير التجاوز في القانون الوضعي

سبق القول إنه إذا كان المدافع له الحق في دفع خطر الاعتداء عن نفسه وأهله وماله وكذا عن نفس الغير وعرضه وماله، فليس هذا الحق مطلقاً من كل قيد، بل إنه مقيد بعدم التجاوز في الدفاع، ومتى تجاوز عوقب على تجاوزه بما نص عليه قانون العقوبات في هذا الشأن وكما سيأتي تفصيلا في الباب القادم بإذن الله تعالى.

ولكن يثور هنا سؤال عن كيفية تقدير التجاوز إن وجد، وما هي الاعتبارات التي تراعى في هذا التقدير، وما المعيار الذي ينبغي الأخذ به لتقدير وجود تجاوز من عدمه؟

إن من يقرأ في كتب شراح القانون في مصر يجد أنهم قد بينوا أن هناك اعتبارات يجب على القاضي مراعاتها عند تقدير التجاوز، وهذه الاعتبارات منها اعتبارات موضوعية وأخرى شخصية، وسوف أبين هنا هذه الاعتبارات بما يناسب من تفصيل فيما يلي:

أولاً: الاعتبارات الموضوعية، ويطلق عليها أيضاً الاعتبارات الواقعية، ويقصد بها وقائع الدفاع الموضوعية، وكما ذكرت في الحديث عن موقف الفقه الإسلامي من هذه الاعتبارات مراعاة المصلحة التي

يحميها المشرع، وكذا حالة المباغتة التي يوجد فيها المدافع، وظروف الاعتداء من حيث المكان والزمان وعدد المعتدين، فكل هذه الظروف تؤثر على المدافع ولا بد من أخذها في الاعتبار عند تقدير التجاوز ومعرفة وجود التجاوز من عدمه.

فمما لا شك فيه أن لقيمة المصلحة المعتدى عليها أثر موضوعي في تقدير التجاوز، فمن رأى رجلاً يعتدي على حرمة أهله فإن له حق الدفاع عنهم، وهنا قد يغلب عليه الاندفاع فيأتي أفعالا مجاوزة للمطلوب في الدفاع، فلا بد من مراعاة الحالة التي هو فيها عند تقدير هذا التجاوز[1].

ومن الاعتبارات الموضوعية أيضاً ظروف الاعتداء من حيث الزمان والمكان، حيث إن القوة اللازمة لرد خطر الاعتداء في مكان مأهول بالسكان غير تلك القوة اللازمة في مكان غير مأهول، وكذا تقدير القوة لرد الاعتداء الواقع ليلاً غير ذاك الواقع نهاراً فلكل حالة حكمها[2].

ومن تلك الاعتبارات أيضاً طبيعة الآلة المستخدمة في الاعتداء، فمن يهاجمه لص بعصا صغيرة ليس مقبولاً أن يدفعه عن نفسه بطلق ناري، وإن فعل كان ذلك تجاوزاً منه يعاقب عليه بعقوبة التجاوز، وكذا العصا التي تقع على المعتدى عليه في غير الأماكن الخطرة من جسمه لا يبرر له

---

(١) انظر في هذا المعنى: الجريمة والمجرم والجزاء للدكتور رمسيس بهنام ص ٢٤٤، المسؤولية الجنائية للدكتور مصطفى القللي ص ٣٥٢ هامش (٢)، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور محمد نعيم فرحات ص ٤٠٨، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون سلامة ص ٢٢١.

(٢) انظر في هذا المعنى: تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ٣٠٥، المسؤولية الجنائية للدكتور مصطفى القللي ص ٣٥٢، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور محمد نعيم فرحات ص ٤٠٨، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون سلامة ص ٢٢١.

استخدام آلة قاتلة للمعتدي في مكان خطر من جسمه، وتقدير تلك الوسائل أمر يترك لقاضي الموضوع يقدره بما يراه مناسباً لكل حالة على حدة[1].

ثانياً: الاعتبارات الشخصية، ويقصد بها تلك الاعتبارات التي تقوم على مراعاة الحالة النفسية لكل شخص على حدة، فمما لا شك فيه أن الناس يتفاوتون في الحالة النفسية والظروف الشخصية، فما يكون مخوفاً لشخص قد لا يكون كذلك بالنسبة للآخر، وكذا الاعتبارات الشخصية للمعتدي نفسه، فقد يكون طفلاً صغيراً، وقد يكون شاباً قوياً، وقد يكون شيخاً كبيراً، ولا شك أن لكل شخص قدر يمكن أن يدفع به، وما زاد عليه يعتبر تجاوزاً في حق الدفاع الشرعي.

ومن تلك الاعتبارات مثلاً مدى هدوء أعصاب المدافع أو توترها الناتج عن حالة المباغتة أو المفاجأة، فإن كانت حالة المدافع تسمح له بأن يوازن بين الأمور ويختار الفعل المناسب ولكنه أقدم على ما هو أكبر عد متجاوزاً وإلاّ فلا[2].

وكذا حالة القوة التي عليها المعتدي تجعل للاعتبارات الشخصية وزناً، ومن ذلك مثلاً لو أن المعتدي كان طفلاً صغيراً أو شيخاً كبيراً فإنه لا يحتاج لقوة كبيرة لرده ويكفي استعمال القوة التي توقف عدوانه فقط وما

---

(١) انظر في هذا المعنى: الجريمة والمجرم والجزاء للدكتور رمسيس بهنام ص ٢٤٤، تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ٣٠٥، المسؤولية الجنائية للدكتور مصطفى القللي ص ٣٥٢، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور محمد نعيم فرحات ص ٤٠٨، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون سلامة ص ٢٢١.

(٢) تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود سليمان العطار ص ٣٠٣، المسؤولية الجنائية للدكتور مصطفى القللي ص ٣٥٢، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٣٣، نظرية الدفاع الشرعي للدكتور يوسف قاسم ص ٢١٤.

زاد على ذلك يعد تجاوزاً، بخلاف ما لو كان المعتدي شاباً قوياً فإنه يحتاج قدراً أكبر من أفعال الدفاع ضده[1].

ومما سبق يتضح أن تقدير ومراعاة الاعتبارات الموضوعية والشخصية لتحديد مدى التجاوز في الدفاع الشرعي أمر مهم وأنه يتوقف على هذه الاعتبارات التي يترك أمرها لقاضي الموضوع حسب كل حالة على حدة.

معيار التجاوز:

إذا كان التجاوز له اعتبارات يجب مراعاتها عند تقدير وجود التجاوز فإنه من الواجب هنا البحث عن معيار التجاوز وهل هو موضوعي يتحدد بأمور معينة كلية تنطبق على الجميع، أم هو شخصي يطبق حسب كل حالة على حدة، ويختلف تقديره باختلاف الشخص القائم بالدفاع، وبعبارة أخرى ما هو الضابط المنوط به تقدير الاعتبارات السابقة؟

اختلف شراح القانون في ذلك على رأيين:

الأول: ويرى أصحابه أن معيار التناسب بين فعل الدفاع وخطر الاعتداء معيار موضوعي لا شخصي، بمعنى أنه يكون بحلول شخص معتاد محل المعتدى عليه ويحاط بالظروف نفسها التي أحاطت به، ثم نقوم بالتساؤل عن مقدار العنف المتوقع منه القيام به لرد العدوان والتخلص من الخطر المحيق به، فإن ثبت أن المدافع لم يتعد القدر المتوقع من الشخص المعتاد كان بها وإلاّ كان المدافع متجاوزاً حقه

---

(١) انظر في هذا المعنى: قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون سلامة ص ٢٢١، تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود سليمان العطار ص ٣٠٣، المسؤولية الجنائية للدكتور مصطفى القللي ص ٣٥٢، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٣٣، نظرية الدفاع الشرعي للدكتور يوسف قاسم ص ٢١٤.

في الدفاع الشرعي ومن ثم يكون مسؤولاً عن هذا التجاوز[1].

وقد انتقد هذا الرأي على أساس أن ظروف الدفاع قد تختلف من شخص لآخر وليس من المقبول منطقاً أن الناس كلهم متساوون في الحالة النفسية، ومن ثم فلا مجال لمساواتهم في المقدار المباح في الدفاع.

الثاني: ويرى أصحابه أن القدر اللازم لدفع الاعتداء يجب أن يقوم على ضابط شخصي يتعلق بذات المدافع وما يغلب على ظنه من ظروف الاعتداء وما يناسبه من أفعال الدفاع، فجسامة التعدي التي يجب قياس القوة اللازمة للدفاع على أساسها يجب أن تقدر على أساس شخصي يقوم على النظر إلى شخص المعتدى عليه وحالته قياساً إلى حالة المعتدي وظروفه، فتقدير ظروف الدفاع الشرعي ومقتضياته أمر اعتباري يجب أن يتجه وجهة شخصية تراعى فيها مختلف الظروف الدقيقة التي أحاطت بالمدافع وقت رد العدوان، وليس على أساس موضوعي بوضع شخص معتاد مكانه وتعريضه لنفس الظروف التي تعرض لها ومن ثم قياس القوة التي كان يمكنه استخدامها وتطبيقها على حالة الدفاع وبها يتضح ما إذا كان المدافع متجاوزاً حقه في الدفاع الشرعي أم لا.

وهذا الاتجاه هو الغالب في الفقه والقضاء المصري، فقد أخذت به محكمة النقض في العديد من أحكامها كما يذكر شراح القانون[2]، وهذا الرأي هو الذي أرجحه من الرأيين المذكورين.

---

(١) أصول قانون العقوبات للدكتور أحمد فتحي سرور ص ٢٨١، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٣٤.

(٢) انظر: القانون الجنائي للدكتور علي راشد ص ٤١٦، تجاوز الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ٣٠٩، أصول قانون العقوبات للدكتور أحمد فتحي سرور ص ٢٨١، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٣٤، الأحكام لقانون العقوبات للدكتور السعيد مصطفى ص ٢٠٢.

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

بالنظر والمقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي نجد أن القانون الوضعي يتفق مع الفقه الإسلامي في أن هناك اعتبارات يجب على القاضي مراعاتها في حالة التجاوز، ومن هذه الاعتبارات اعتبارات موضوعية تقوم على قيمة الحق أو المصلحة المهددة بالاعتداء، وكذا ظروف الزمان والمكان الذي يتم فيه الاعتداء ويقوم فيه فعل الدفاع، وكذا السلاح الذي تتم به أفعال الدفاع وحالة التحام القتال وما تتطلبه من عدم مراعاة التناسب أو سقوط الترتيب كما عبر فقهاء المذهب الشافعي، وكذا هناك اعتبارات شخصية تنبني على حالة كل من المدافع والصائل من حيث قوته الجسمانية وحالته النفسية وغيرها من الوسائل.

وكذا يتفق القانون الوضعي في الرأي الراجح الذي ذهب إليه غالبية شراح القانون مع الفقه الإسلامي في أن المعيار الذي يقاس به التجاوز وتقدر به الاعتبارات السابقة هو المعيار الشخصي الذي يختلف من شخص لآخر تبعاً لما يمر به من حالة نفسية تختلف من حالة وشخص لغيره.

ولا شك أن نظرة الفقهاء لهذه الموضوعات وإن لم تأت صراحة لكنها كانت بعبارات موجزة تتضمن معناها وكانت بديعة في مقامها وتقديرها، وانتهى الرأي الراجح في القانون الوضعي إليها، ويبقى للفقه دوماً فضل السبق بأزمنة عديدة، والدقة المتناهية في وضع الأحكام.

وبعد فإذا كنت قد تكلمت فيما مضى عن التجاوز في الإباحة كنظرية عامة، والتجاوز في الدفاع الشرعي تطبيقاً لذلك كحالة خاصة هي موضوع بحثي فإنه من اللازم الكلام عن الآثار المترتبة على التجاوز عند حدوثه، وهو ما أخصص له الباب التالي بإذن الله تعالى.



البـــاب الثاني



الباب الثاني: آثار تجاوز حق الدفاع الشرعي

وفيه فصلان:

الفصل الأول: مسؤولية المتجاوز في دفع المعتدي

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: الجانب الإيجابي للمسؤولية عن التجاوز.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مسؤولية المتجاوز حد الدفاع عمداً.

المطلب الثاني: مسؤولية المتجاوز حد الدفاع خطأ.

المبحث الثاني: الجانب السلبي للمسؤولية عن التجاوز.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: انعدام أهلية المتجاوز.

المطلب الثاني: تخلف أحد عناصر الركن المعنوي.

الفصل الثاني: عقوبة المتجاوز حد الدفاع الشرعي

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التعريف بالعقوبة وأنواعها وأغراضها.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف العقوبة.

المطلب الثاني: أغراض العقوبة.

المطلب الثالث: أنواع العقوبة.

المبحث الثاني: أحكام عقوبة المتجاوز حد الدفاع الشرعي.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أحكام عقوبة المتجاوز حد الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: أحكام عقوبة المتجاوز حد الدفاع الشرعي في القانون الوضعي.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

الفصل الأول

مسؤولية المتجاوز في دفع المعتدي

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: الجانب الإيجابي للمسؤولية عن التجاوز

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مسؤولية المتجاوز حد الدفاع عمداً.

المطلب الثاني: مسؤولية المتجاوز حد الدفاع خطأ.

المبحث الثاني: الجانب السلبي للمسؤولية عن التجاوز

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: انعدام أهلية المتجاوز.

المطلب الثاني: تخلف التكوين الطبيعي للإرادة .

المبحث الأول

الجانب الإيجابي للمسؤولية عن التجاوز

إن تجاوز المدافع لحدود الدفاع إما أن يكون بفعل إيجابي بأن يقوم بفعل أكبر في نتيجته من المباح له شرعاً، وهنا يكون مسؤولاً عن هذا التجاوز سواء أكان عمداً أم خطأ، وإما أن يكون بفعل سلبي وهو أيضاً قد يكون عمداً أو خطأ.

وفي حالة التجاوز بفعل إيجابي أو ما يطلق عليه الفقهاء المعاصرون الجانب الإيجابي للمسؤولية إما أن يكون التجاوز بفعل عمدي أو بفعل خطئي، ولكل حالة حكمها، ولذا سوف أقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على الوجه التالي:

المطلب الأول
مسؤولية المتجاوز حد الدفاع عمداً

وفيه فرعان:

الفرع الأول
مسؤولية المتجاوز حد الدفاع عمداً في الفقه الإسلامي

يعد تجاوز حدود الدفاع الشرعي عمداً هو الأصل في مسؤولية التجاوز في الفقه الإسلامي، وإذا كان الأصل أن الشخص لا يعاقب على فعل ما إلاّ إذا كان معصية شرعية، والمعصية ـ كما سبق القول ـ إتيان ما حرمته الشريعة أو ترك ما أوجبته[1].

فمتى ارتكب الإنسان فعلاً يعد معصية استحق العقاب المقرر من الشارع، وفي حالة تجاوز حدود الدفاع الشرعي إما أن يكون تجاوزه عمداً أو خطأ، وفي حالة التجاوز العمدي من الفاعل يكون مسؤولاً عن هذا التجاوز بالقدر الذي تم فيه هذا التجاوز.

ولم يضع الفقهاء في المذاهب المختلفة تحديداً أو تعريفاً معيناً لمعنى التجاوز العمدي، لأنهم تكلموا في مجال دفع الصائل عن الأحكام مباشرة، ومن يقرأ كتب الفقهاء يجد أنهم يقصدون بالتجاوز العمدي تعمد المدافع الإضرار بالصائل عليه عما هو لازم في دفع ضرر صياله.

---

(١) وهو التعريف الذي ذكره الأستاذ عبد القادر عودة في كتابه القيم التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالتشريع الوضعي ١/ ٤٠٢.

وقد جاءت نصوص الفقهاء معبرة عن هذا المعنى، فقد جاء في تكملة البحر الرائق «ولو علم أنه لو صاح عليه يطرح ماله فقتله مع ذلك يجب عليه القصاص، لأن قتله بغير حق وهو بمنزلة المغصوب منه إذا قتل الغاصب حيث يجب عليه القصاص، لأنه يقدر على دفعه بالاستعانة بالمسلمين والقاضي فلا تسقط عصمته، بخلاف السارق والذي لا يندفع بالصياح»[1].

وجاء في روضة الطالبين «أما كيفية الدفع فيجب على المصول عليه رعاية التدريج والدفع بالأهون فالأهون، فإن أمكنه الدفع بالكلام أو الصياح أو الاستغاثة بالناس لم يكن له الضرب، وكذا لو اندفع شره بأن وقع في ماء أو نار أو انكسرت رجله لم يضربه، وكذا لو حال بينهما جدار أو خندق أو نهر عظيم، فإن حال نهر صغير وغلب على ظنه أنه إن عبر النهر عليه قال ابن الصباغ فله رميه ومنعه العبور، أما إذا لم يندفع الصائل إلاّ بالضرب فله الضرب، ويراعى فيه الترتيب فإن أمكن باليد لم يضربه بسوط، وإن أمكن بسوط لم يجز بالعصا ولو أمكن فتكون عضو لم يجز إهلاكه، وإذا أمكن بدرجة فدفعه بما فوقها ضمن، وكذا لو هرب فتبعه وضربه ضمن، ولو ضربه حصول فولى هارباً أو سقط وبطل صياله فضربه أخرى فالثانية مضمونة بالقصاص وغيره، فإن مات منهما لم يجب قصاص النفس ويجب نصف الدية، لأنه هلك وغيره، ولو عاد بعد الجرحين فصال فضربه ثالثة فمات منها لزمه ثلث الدية، ومتى غلب على ظنه أن الذي أقبل عليه بالسيف يقصده فله دفعه بما يمكنه وإن لم يضربه المقبل، ولو كان الصائل يندفع بالسوط والعصا ولم يجد المصول عليه إلاّ سيفاً أو سكيناً

---

(١) تكملة البحر الرائق ٨/ ٣٤٥، ومثله ما جاء في حاشية ابن عابدين ٦/ ٥٨٨، وفي تبيين الحقائق للزيلعي ٦/ ١١٠.

فالصحيح أن له الضرب به، لأنه لا يمكنه الدفع إلاّ به ولا يمكن نسبته إلى التقصير بترك استصحاب سوط، والمعتبر في حق كل شخص حاجته ولذلك نقول الحاذق الذي يحسن الدفع بأطراف السيف دون جرح يضمن إن جرح، ومن لا يحسن لا يضمن بالجرح»[1].

وجاء في كشاف القناع «فإن اندفع بالقول لم يكن له ضربه بشيء، وإن لم يندفع بالقول فله أي الدافع ضربه بأسهل ما يظن أن يندفع به، فإن ظن أن يندفع بضرب عصا لم يكن له ضربه بحديد، لأنه آلة القتل، وإن ولى هارباً لم يكن له قتله ولا اتباعه كالبغاة، وإن ضربه فعطله لم يكن له أن يثني عليه، لأنه كفى شره، وإن ضربه فقطع يمينه فولى هارباً فضربه فقطع رجله فالرجل مضمونة بقصاص أو دية، لأن الزائد على ما يحصل به الدفع لا حاجة إليه فلم يكن له فعله»[2].

وبناء على ما سبق فقد اتفق الفقهاء[3] على أنه متى تعمد المدافع زيادة الأضرار بالصائل عن القدر اللازم لدفعه ودرء خطره فإنه يكون مسؤولاً مسؤولية كاملة عن هذه الأفعال، لأن إباحة فعل الدفاع مقيدة بالقدر اللازم والمناسب لدفع الخطر، وما زاد على ذلك فهو تعد غير مشروع.

وتطبيقاً لذلك جاء في البناية للعيني[4] «ولأن القتل تعين طريقاً لدفع

---

(١) روضة الطالبين ١٠/ ١٨٧.

(٢) كشاف القناع ٦/ ١٥٤.

(٣) انظر في هذا المعنى:
تبيين الحقائق للزيلعي ٦/ ١١٠، بدائع الصنائع للكاساني ٧/ ٩٣، حاشية الدسوقي ٤/ ٣٥٧، مواهب الجليل للحطاب ٦/ ٣٢٣، تبصرة الحكام لابن فرحون ٢/ ٣٥٢، مغني المحتاج ٤/ ١٩٧، الحاوي الكبير للماوردي ١٣/ ٤٥٥، نهاية المحتاج ٨/ ٢٥، الفروع لابن مفلح ٦/ ١٤٥، المبدع لابن مفلح ٩/ ١٤٥، المحلى لابن حزم ١١/ ١٣.

(٤) العيني: بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد العيني الحنفي نسبة لقرية تدعى عينتاب، ولد في القاهرة سنة ٧٦٢ هـ وأصله من حلب، كان فقيهاً محدثاً

القتل عن نفسه أي عن نفس المشهور عليه، فإذا كان كذلك فله قتله أي قتل الشاهر حتى ولو أمكنه بطريق آخر لا يسعه قتله ولا يعلم فيه خلاف»[1].

وعلى هذا فمتى كانت أفعال الدفاع تنطوي على فعل مباح وآخر متجاوز عمداً فإن المسؤولية عن الفعل العمدي تقوم في هذه الحالة بما يعاقب عليه الفاعل في حالة الاعتداء دون دفاع، فإذا كان الدفاع عن النفس أو العرض جائزاً فإن له حدوداً ينبغي التوقف عندها والتعامل معها بما يناسب دون تجاوز، ومتى حدث التجاوز كان الفاعل مسؤولاً عنه.

ومما سبق يتضح أن التجاوز العمدي لأفعال الدفاع هو عبارة عن قصد الجاني إتيان الفعل المحظور شرعاً[2].

وبعد ذكر ما سبق يثور هنا سؤال حول حكم التجاوز لأفعال الدفاع بحسن نية، وحكم التجاوز الذي يؤدي إلى إصابة الغير، وسوف أبين حكم كل حالة على حدة فيما يلي:

أولاً: التجاوز لأفعال الدفاع بحسن نية:

ويقصد بهذه الحالة أن يظن المصول عليه أن دفع الصائل يستلزم قدراً

= مؤرخاً من أعلام الحنفية في زمانه، تنقل في إقامته بين دمشق وحلب والقدس والقاهرة، وكانت أكثر إقامته بمصر وولي بها الحسبة وقضاء الحنفية ونظر السجون، ثم اعتزل العمل وعكف بعد ذلك على الدرس والتأليف، فترك كثيراً من المؤلفات القيمة ومنها عمدة القاري شرح صحيح البخاري والبناية في شرح الهداية وهو أشهر كتبه ومغاني الأخيار في رجال معاني الآثار وعقد الجمان في تاريخ أهل الزمان وسيرة الملك الأشرف وغيرها، وتوفي رحمه الله بمصر سنة ٨٥٥ هـ.
انظر الترجمة له في: الأعلام للزركلي ٧/ ١٦٣.

(١) البناية في شرح الهداية ١٣/ ١٠٤.

(٢) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عودة ١/ ٤٠٥.

معيناً من القوة فيقوم به ثم يتضح بعد ذلك أن الحالة لا تستلزم هذا القدر وأنه كان من الممكن دفع الصائل بأقل منها، فهل يعد المدافع هنا متجاوزا عمداً؟ وما الحكم في مثل هذه الحالة؟

من يقرأ كتب الفقهاء في شأن دفع الصائل يجد أنهم لم يذكروا هذه الحالة صراحة ومن ثم لم ينصوا عليها في كتبهم، ولكن من القراءة فيها يتبين أن التجاوز بحسن نية هو أن يعمد المدافع إلى فعل حسب غلبة ظنه أنه كاف لدفع الصائل عليه، وبعد أن يوقع الفعل وهو حسن النية يتبين أن الفعل أكبر من قدر الاعتداء وأنه كان يكفيه قدر أقل مما أتاه، أو فعل أقل بكثير مما ارتكبه، فهنا لا يعد متجاوزاً رغم ذلك ولا مسؤولية عليه ما دام أنه قد أتى بالفعل حسب ظنه أنه يندفع به، ويعتقد في قرارة نفسه أن الفعل الذي قام به يتناسب مع الخطر الذي يتعرض له وتوافرت القرائن الكافية التي تدل على ذلك.

وقد جاءت نصوص الفقهاء تؤيد هذه القاعدة التي اتفقوا عليها، فقد جاء في المبسوط «ولو أن هؤلاء اللصوص قالوا شيئاً من ذلك للرجل والرجل لا يرى أنهم يقدمون عليه لم يسعه الإقدام على المحرم، لأن المعتبر خوف التلف، ولا يصير خائفاً التلف إذا كان يعلم أنهم لا يقدمون عليه وإن هددوه به، وقد بيّنّا أن ما لا طريق إلى معرفته حقيقة يعتبر فيه غالب الرأي، فإن كان لا يخاف أن يقدموا عليه في أول مرة حتى يعاودوه لم ينبغ له أن يقدم على ذلك حتى يعاودوه، وهذا على ما يقع في القلب، ألا ترى أنك لو رأيت رجلاً ينقب عليك دارك من خارج أو دخل عليك ليلاً من الثقب بالسيف وخفت إن أنذرته يضربك وكان على أكثر رأيك ذلك وسعك أن تقتله قبل أن تعلمه إذا خفت أن يسبقك إن أعلمته، وفي هذا إتلاف نفس ثم أجاز الاعتماد على غالب

الرأي لتعذر الوقوع على حقيقته، فكذلك فيما سبق»[1].

وجاء في الشرح الكبير «وجاز دفع صائل على نفس أو مال أو حريم، والمراد بالجواز الإذن فيصدق بالوجوب بعد الإنذار. . . وجاز قصد قتله ابتداء إن علم أنه أي الصائل لا يندفع إلاّ به، ويثبت ذلك ببينة لا بمجرد قول المصول عليه، إلاّ إذا لم يحضره أحد فيقبل قوله بيمينه»[2].

وجاء في مغني المحتاج «ويدفع الصائل بالأخف فالأخف إن أمكن، والمعتبر غلبة الظن، فإن أمكن دفعه بكلام واستغاثة بغين معجمة ومثلثة بالناس حرم الضرب أي الدفع به، أو أمكن دفعه بضرب بيد حرم سوط، أو أمكن دفعه بسوط حرم عصا، أو أمكن دفعه فتكون عضو حرم قتل، لأن ذلك لصاحب الضرورة، ولا ضرورة في الأثقل مع إمكان تحصيل المقصود بالأسهل، ولو اندفع شره كأن وقع في ماء أو نار أو انكسرت رجله أو حال بينهما جدار أو خندق لم يضربه كما صرح به في الروضة، وفائدة الترتيب المذكور أنه متى خالف وعدل إلى رتبة مع إمكان الاكتفاء بما دونها ضمن»[3].

وجاء في المحرر في الفقه «من صال على نفسه أو حرمته أو ماله آدمي أو بهيمة فله الدفع عن ذلك بأسهل ما يغلب على ظنه دفعه به، فإن لم يندفع إلاّ بالقتل فله ذلك ولا ضمان عليه»[4].

فهذه النصوص قد بينت أن تجاوز المدافع لحدود الدفاع بحسن نية لا

---

(١) المبسوط للسرخسي ٢٤/ ٥٠ وما بعدها.
(٢) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٣٥٧.
(٣) مغني المحتاج ٤/ ١٩٤.
(٤) المحرر في الفقه لمجد الدين عبد السلام بن تيمية الحراني ٢/ ١٦٢، ومثله في كشاف القناع للبهوتي ٦/ ١٥٤.

يجعله مسؤولاً عن هذا التجاوز، لأنه قد أتى ما يراه مناسباً لدفع الضرر الواقع عليه دون تعدٍّ منه ولا قصد له، وهذا القول مبني على القاعدة الفقهية الكبرى التي ذكرها الفقهاء كثيراً وهي قولهم «الأمور بمقاصدها» أخذاً من قوله ﷺ «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى»[1].

وإذا كانت النية من الأمور الباطنية فإن الفقهاء قد وضحوا أن لذلك أمارات ظاهرة يستدل بها على وجود النية، ومن هذه الأمارات يظهر كون الفعل مقصوداً عمداً أم لا، وما إذا كان القصد الاعتداء على الصائل أم رد اعتدائه.

ثانياً: التجاوز الذي يؤدي إلى إصابة الغير:

قد يكون هناك تجاوز لأفعال الدفاع الشرعي ينتج عنه إصابة أجنبي عن المعتدي، فما الحكم هنا؟

يقصد بهذه الحالة أن يقوم المدافع بفعل فيه قوة ليرد على اعتداء الصائل عليه، ولكن الفعل الصادر منه يتجاوز الصائل ويصيب الغير بدون قصد، فهل يعاقب المدافع على فعله هذا أم يعد داخلاً في حدود الدفاع التي لا يسأل عنها؟

إن من يقرأ كتب الفقهاء في المذاهب المختلفة بشأن الدفاع الشرعي يجد أنهم لم يخصّوا هذه الحالة بحكم خاص، ومن ثم فإنه يجب تطبيق القواعد العامة في القتل أو الإصابة الخطأ، حيث إن الفقهاء يفرقون بين نوعين من الخطأ، هما الخطأ في الفعل والخطأ في القصد، وهذه الحالة تندرج ضمن الخطأ في القصد، فالفاعل يقصد إيقاع الفعل بالصائل ولكنه يقع على الغير، وقد اختلف الفقهاء في حكم الخطأ في القصد على رأيين:

---

(١) سبق تخريجه.

الرأي الأول:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣] إلى أن من قصد قتل شخص أو إصابته فأصاب غيره فإنه يكون مسؤولاً عن فعله سواء كان قتلاً أم جرحاً، بغض النظر عما لو كان المقصود مباحاً في الأصل أم محرماً.

وبناء على هذا الرأي فإن من يصيب الغير أو يقتله وهو يقصد إصابة الصائل عليه أو قتله يكون مسؤولاً عن فعله مسؤولية المخطئ لا المتعمد، سواء كان الفعل الذي قام به مناسباً لرد الاعتداء الواقع من الصائل أم غير مناسب، فالأمران سيان هنا.

الرأي الثاني:

ذهب المالكية[٤] إلى أن من قصد شخصاً فأصاب آخر فإنه يفرق بين ما إذا كان المراد مباحاً في الأصل أم محرماً، فلو كان المقصود مباحاً فالمسؤولية قائمة على المخطئ هنا، ولكنها مسؤولية عن الخطأ لا العمد، وإن كان المقصود محرماً فإن الفاعل هنا يكون مسؤولاً عن فعله على أساس أنه قتل أو إصابة عمد.

وبناء على هذا الرأي فإن إصابة الغير في حالة الخطأ في دفع الصائل هنا تدخل ضمن الحالة الأولى وهي التي يكون الفعل فيها مباحاً في الأصل ولكنه أخطأ في استعمال حقه، وتطبيقاً لذلك إذا كان المدافع متجاوزاً في الدفاع كان فعله عمداً، لأنه أتى فعلاً غير مباح شرعاً، وإن

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٧/ ٢٣٤.
(٢) نهاية المحتاج للرملي ٧/ ٤.
(٣) المغني لابن قدامة ٨/ ٢٤٩ وما بعدها.
(٤) مواهب الجليل للحطاب ٦/ ٢٤٠.

كان فعله مناسباً لخطر الاعتداء كان في حدود المباح، ومن ثم يكون مسؤولاً على طريق الخطأ فقط دون العمد.

الرأي الراجح:

بعد ذكر الرأيين السابقين وتطبيق كل منهما على حالة التجاوز في الدفاع الشرعي أرى أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء هو الراجح من الرأيين، لأن الدفاع في أصله مباح وهو قاصد لرد الاعتداء الواقع عليه ومنع وقوعه أصلاً، فإن أخطأ فأصاب الغير كان فعله عن طريق ارتكاب فعل مباح فقصد غيره، وإن كان في الأصل غير مباح فكذا ما يترتب عليه من نتائج، والله تعالى أعلى وأعلم.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

الفرع الثاني

مسؤولية المتجاوز حد الدفاع عمداً في القانون الوضعي

إن الفرق بين العمد والخطأ في القانون الوضعي يتوقف على معرفة المراد بالقصد الجنائي والتفرقة بين وجود هذا القصد وتخلفه، فالقصد الجنائي يعني إرادة الفعل الإجرامي مع العلم بعناصره، وقد انقسم شراح القانون في مفهوم القصد الجنائي على رأيين:

الأول: ويرى أن القصد الجنائي لا يتوافر إلاّ إذا توافرت للفاعل إرادة الفعل الإجرامي وإرادة النتيجة على السواء، بمعنى أن الفعل لا يتوافر فيه القصد والعمد إلاّ إذا أراد الفاعل القيام بالفعل وقصد حدوث النتيجة، فلا يكفي أحدهما لتوافر القصد الجنائي، وهذا الرأي يعرف بنظرية الإرادة، وهي تقوم على أساس أن السلوك الإنساني هو وسيلة لتحقيق غاية معينة يهدف إليها الفرد، ولذلك إذا كان السلوك يدخل تحت سيطرة الإرادة فلا شك في أن الإرادة لا بد أن تحيط بالغاية من السلوك، ومعنى هذا أن القصد الجنائي هو إرادة النتيجة غير المشروعة، فلا يكفي اتجاه الإرادة إلى الفعل أو السلوك، بل يلزم أن تحيط الإرادة بالنتيجة المترتبة على الفعل حتى يتوافر القصد الجنائي.

الثاني: ويرى أن القصد الجنائي يتوافر بإرادة الفاعل للفعل الجنائي مع توفر علمه بكافة العناصر الأخرى المشكلة للركن المادي للجريمة، وأصحاب هذا الرأي يعرفون بأصحاب نظرية العلم، وتقوم هذه النظرية على أساس أن الإرادة لا يمكن أن تحيط إلاّ بالسلوك الإنساني عن طريق دفع القوى العصبية لتحقيق الحركة العضوية التي تشكل السلوك الخارجي، أمّا النتيجة الإجرامية المترتبة على ذلك السلوك فلا يمكن أن تدخل في مضمون الإرادة وإنما يحيط بها علم الجاني بتمثله للنتائج التي يمكن أن تترتب على سلوكه وقت ارتكابه، وعلى هذا فإن القصد الجنائي لا يقوم على الإرادة والتي تقف فقط عند حد السلوك، وإنّما يقوم على العلم أو تمثل النتيجة المترتبة على السلوك، فالواقعة الإجرامية تتكون من سلوك ونتيجة وعلاقة سببية تربط بينهما وبالتالي لا بد أن يحيط قصد الجاني بتلك الواقعة في عناصرها المختلفة، وهذه النظرية هي الرائجة في الفكر المصري[1].

وقد قسم شراح القانون القصد الجنائي إلى أشكال عدة، فمن حيث الاتجاه المباشر إلى النتيجة المتعلقة بالفعل ينقسم القصد الجنائي إلى نوعين، قصد مباشر وقصد احتمالي، فالقصد المباشر هو الذي تكون فيه النتيجة المتحققة قد توقعها الجاني باعتبارها أكيدة الوقوع، ولذلك فإتيان السلوك بالرغم من هذا التوقع يفيد اتجاه الإرادة إلى تلك النتيجة.

أما القصد الاحتمالي فهو الذي يتوقع فيه الجاني النتيجة باعتبارها

---

(١) انظر في عرض النظريتين:

قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٢٣٧، القصد الجنائي للدكتور محمود نجيب حسني ص ٨٩، الجريمة متعدية القصد للدكتور جلال ثروت ص ١٥٢، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٣٠٠ وما بعدها.

ممكنة الوقوع لا أكيدة الوقوع، أي أنها في ظنه قد تقع وقد لا تقع، فإن إتيان السلوك رغم ذلك لا يفيد بالضرورة أن الإرادة اتجهت إلى تلك النتيجة[1].

ومن حيث اتجاه الإرادة إلى تحقيق نتيجة معينة في موضوع محدد أو غير محدد ينقسم القصد الجنائي إلى قصد محدود وقصد غير محدود، فالقصد المحدود هو الذي تتجه الإرادة فيه إلى إحداث نتيجة في موضوع أو أكثر محدد سلفاً وقت مباشرة الفعل، مثل إطلاق عدة أعيرة نارية على شخص معين بغية إزهاق روحه، أو إطلاق أعيرة نارية على مجموعة أشخاص بقصد قتلهم؛ والقصد غير المحدود هو الذي تتجه الإرادة فيه إلى موضوع نتيجة غير محدد سلفاً وقت مباشرة السلوك وإنما اتجهت إرادة الجاني فقط إلى إحداث نتيجة أيّاً كان الموضوع الذي تتحقق فيه، مثل إطلاق النار في مواجهة عدد من الناس بقصد قتل أي عدد منهم[2].

وينقسم القصد الجنائي من حيث وقت اتخاذ القرار بالفعل إلى قصد فجائي وقصد مع سبق الإصرار، فالقصد الفجائي هو الذي يقوم فيه الجاني باتخاذ قراره بارتكاب الجريمة والقيام بتنفيذها دون مرور وقت أو

---

(١) انظر في ذلك:
قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٣١٢ وما بعدها، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٤٣٥ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ٢٥٠ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٢٦٢ وما بعدها.

(٢) انظر في ذلك:
قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٣١٣ وما بعدها، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٤٣٩ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ٢٥٢ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٢٦٨.

فاصل زمني بين القرار والتنفيذ يسمح بالتفكير الهادئ في الجريمة، والقصد مع سبق الإصرار هو القصد المصمم عليه قبل الفعل لارتكاب جناية أو جنحة، ولذا فهو يتطلب فترة زمنية معقولة بين اتخاذ القرار بارتكاب الجريمة وبين تنفيذها تسمح للجاني بإعادة التفكير فيما يقدم عليه من فعل إجرامي[1].

وينقسم من حيث اعتداد المشرع بالغاية التي يرمي إليها الجاني من فعله إلى قصد عام وقصد خاص، فالقصد العام هو الذي يريد فيه الجاني تحقيق الواقعة الإجرامية مع العلم بكافة عناصرها المكونة لها بغض النظر عن الغاية التي يبغي الجاني تحقيقها، ويتحدد القصد الجنائي بحسب كل جريمة على حدة وفقاً للعناصر الداخلة في تكوينها كواقعة مادية، أما القصد الخاص فهو الذي يعتد فيه المشرع بغاية معينة يتطلبها لاكتمال الركن المعنوي للجريمة، ويستفاد هذا القصد الخاص من الوصف التشريعي للجريمة، مثال ذلك جرائم تزوير الشهادات الطبية، وجريمة الحصول على سر من أسرار الدفاع لإفشائه إلى دولة أجنبية، وجريمة إعطاء شيك بدون رصيد وهكذا[2].

---

(١) انظر في ذلك:
قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٣١٤ وما بعدها، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٤٤٣ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ٢٥٣ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٢٧٣.

(٢) انظر في ذلك:
قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٣١١ وما بعدها، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٤٤٠ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ٢٤٨ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٢٦٨ وما بعدها.

وبتطبيق ما سبق على حالة الدفاع الشرعي نجد أن أهم التقسيمات التي تختص به هو تقسيم القصد الجنائي إلى قصد عام وقصد خاص، والتجاوز في حدود الدفاع الشرعي تصدق عليه حالة القصد العام لا الخاص، فمتى قام المدافع بالفعل التجاوزي وهو يعلم بأنه يتجاوز الحدود المقررة له قانوناً فإنه يكون هنا متجاوزاً حدود الدفاع الشرعي عمداً، ومن ثم يسأل عن فعله هذا باعتباره متجاوزاً حد الدفاع المسموح له به قانوناً، مثال ذلك أن يحمل المعتدي عصا يريد أن يضرب بها المعتدى عليه، وكان بوسع الأخير أخذ العصا من المعتدي وكسرها، ولكنه لم يفعل ذلك بل قام بجرح المعتدي جرحاً كبيراً، فلا شك أن المسؤولية هنا عمدية لكونه تجاوز عن قصد حدود الدفاع إلى درجة الاعتداء على من يهدده بالخطر، والدفاع مقرر لرد العدوان لا للاعتداء على من يهاجمه، ومثاله أيضاً من يقوم بضرب المعتدي عليه فيطرحه أرضاً ثم يستمر في ضربه بعد ذلك، فلا شك أن هذا يعد تجاوزاً عمدياً عن أفعال الدفاع، ومن ثم يكون مسؤولاً عنها مسؤولية عمدية[1]، ويستحق العقاب المقرر لحالة التجاوز العمدي كما سيأتي فيما بعد.

وبعد تقرير ما سبق يثور هنا سؤال حول الحكم القانوني لتجاوز حدود الدفاع بحسن نية من جهة، وحكم تعدي أفعال الدفاع لتصيب الغير من جهة ثانية، وسوف أبين حكم كل حالة منهما على حدة فيما يلي:

---

(١) انظر في ذلك:

الأحكام العامة لقانون العقوبات للدكتور محمود إبراهيم إسماعيل ص ٣٧٨، القصد الجنائي للدكتور محمود نجيب حسني ص ٢٠٧، تجاوز الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ٣٤٧، استعمال الحق كسبب للإباحة للدكتور عثمان سعيد ص ٤٩٨، المسؤولية الجنائية للدكتور مصطفى القللي ٨١، المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية للدكتور حسن صادق المرصفاوي ص ٦٦ ط المؤلف سنة ١٩٧٢ م، النظرية العامة لتجاوز عذر الدفاع الشرعي للدكتور محمد نعيم فرحات ص ٥٠٦.

اولاً: تجاوز حدود الدفاع بحسن نية:

ويقصد بهذه الحالة أن يظن المدافع أن دفع المعتدي عليه يستلزم قدراً معيناً من القوة فيقوم به ثم يتبين بعد ذلك أن الحالة لم تكن تستلزم هذا القدر، بل كان يكفي قدر أقل منه، أو أنه كان من الممكن دفع الصائل بقدر أقل من هذا، فما الحكم هنا؟

إن مقتضى حسن النية هنا أن يكون قصد الجاني منصرفاً إلى الدفاع بأن يعتقد أن سلوكه الدفاعي هو السبيل الوحيد لرد الاعتداء أو خطره مما يسبب خطأه في تقدير القوة اللازمة له[1]، وقد ذكر شراح القانون أن حسن النية في عمليات الاعتداء وسوءها نقيضان لا يجتمعان ولا يرتفعان ـ كما يقول أهل المنطق ـ فمتى تحقق أحدهما انتفى الآخر.

وبناء على هذا فإن مقتضى حسن النية في استعمال حق الدفاع الشرعي بعني أن يستهدف صاحب الحق تحقيق الغاية التي تقرر من أجلها الدفاع وهو رد الاعتداء أو منع وقوعه عند احتمال ذلك، ومتى ثبت أن المدافع يريد باستعماله حقه في الدفاع غاية أخرى غير رد الاعتداء أو منع وقوعه بالقوة اللازمة لذلك كان متجاوزاً وسيئ النية، وقد سبق القول إن الدفاع الشرعي مشروع للدفاع لا للانتقام من الجاني أو القصاص مما وقع منه في فعله، فإن استهدف المدافع رد الاعتداء أو وقفه أو منع وقوعه كان مستعملاً لحقه بحسن نية، فإن تجاوز في حدود الدفاع بناء على حسن نيته كيف تترتب المسؤولية ضده؟

---

(١) انظر في هذا المعنى:

النظرية العامة لعذر تجاوز الدفاع الشرعي للدكتور محمد نعيم فرحات ص ٢٦٦، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ٢٤٣، الأحكام العامة لقانون العقوبات للدكتور السعيد مصطفى ص ٢١٧، قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ١٨١.

لقد ذكر شراح القانون أن المقصود بحسن النية في إطار التجاوز يعني أن المدافع كان معتقداً في دفاعه أن ما يقوم به يأتي في إطار حدود الدفاع المقررة قانوناً، وأن ما استخدمه من قوة كان لازماً لرد الاعتداء الواقع عليه أو وشيك الوقوع[1]، ولكنهم اختلفوا في تكييف واقعة التجاوز هنا على رأيين:

الأول: يرى بعض الشراح[2] أن الجاني هنا يعد مرتكباً لجريمة غير عمدية، فيحل الخطأ غير العمدي محل القصد الجنائي، ومن ثم يعاقب المدافع المتجاوز بحسن نية عقاب المخطئ في جريمته لانتفاء القصد الجنائي الذي هو الركن الأهم في الجرائم العمدية.

ولكن يعيب هذا الرأي أن حسن النية لا ينفي قيام التجاوز العمدي، فقد يتجاوز المدافع في فعله بحسن نية ولكنه يكون قاصداً إيقاع النتيجة المجاوزة، ومن هنا فإنه يكون متعمداً رغم حسن نيته.

الثاني: يرى أغلب الشراح[3] أن تحقق المقصود في فعل الدفاع وكونه

---

(١) انظر في هذا المعنى:
الجريمة المتعدية القصد للدكتور جلال ثروت ص ٥٠٩، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٤٣٩، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ٢٣٥، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣٣٥.

(٢) أصول قانون العقوبات القسم العام للدكتور أحمد فتحي سرور ص ٢٩٢.

(٣) انظر في هذا:
شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ٢٥٥، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٤٥، الأحكام العامة لقانون العقوبات للدكتور السعيد مصطفى ص ٢١٧، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات للدكتور محمود إبراهيم إسماعيل ص ٤٨٨، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي للدكتور رؤوف عبيد ص ٥٧٠، الأسس العامة لقانون العقوبات للدكتور سمير الجنزوري ص ٥٣٥، تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ٣٥٢، =

مطلوباً في اعتقاد المدافع وما ذكر في حسن النية لا يعني صعوبة أو استحالة جعل الفعل عمداً رغم ذلك، ومن هنا فإنه يكون التجاوز بحسن نية عمداً، ويسأل الجاني المتجاوز عن ذلك باعتباره جريمة عمدية، مع الأخذ في الاعتبار أن التجاوز هنا لا يعاقب عليه بنفس عقوبة سيئ النية، وإنما يكون للمحكمة الأخذ بالعذر المخفف، وهذا الرأي هو ما أخذت به محكمة النقض في مصر في العديد من أحكامها، واشترط القائلون بهذا الرأي أن يكون تقدير التجاوز وحسن النية من عدمه متروكاً لقاضي الموضوع في كل حالة على حدة وحسب ظروفها.

ثانياً: إصابة الغير نتيجة لأفعال الدفاع:

قد يقوم المدافع بفعل الدفاع في حدود مناسبة أو غير مناسبة فينتج عن فعله إصابة الغير عن طريق الخطأ فكيف تقوم المسؤولية تجاهه هنا؟

إن إصابة الغير نتيجة لفعل الدفاع سواء كان فيه تجاوز للحدود المناسبة أم لا يتحقق في حالتين:

الأولى: حالة الخطأ في توجيه الفعل، أو كما يطلق عليها بعض الشراح حالة الحيدة عن الهدف، ويقصد بها أن يحاول المعتدى عليه أن يصيب المعتدي بفعله، ولكنه يخطئه لعدم الدقة في الفعل فيصيب غيره ممن تصادف وجوده في مكان الفعل في هذا الوقت، مثال ذلك أن يسطو لص على منزل ليلاً فيهب صاحب المنزل للدفاع عن نفسه وماله وأهله فيطلق عياراً نارياً على المعتدي ولكنه يخطئه

النظرية العامة لعذر تجاوز الدفاع الشرعي للدكتور محمد نعيم فرحات ص ٥٦٨، قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ١٨٢ وما بعدها.

ويصيب خادمه الموجود معه في المنزل أو يصيب أحد أقربائه أو أفراد عائلته الموجودين معه في المنزل، أو يقوم شخص بالاعتداء على آخر بطلق ناري فيقوم المعتدى عليه بالدفاع عن نفسه فيطلق على المعتدي عياراً نارياً فيصيب ثالثاً تصادف وجوده ومروره وقت إطلاق النار، فهنا قصد المدافع إصابة هدف معين ولكنه أخطأ الهدف وأصاب غيره[1].

الثانية: حالة الغلط في الشخص المقصود، ويقصد بها أن يقوم المدافع بفعل على أساس اعتقاده أنه يصيب شخصاً ما ثم يتبين خطأه في الشخص، مثال ذلك أن يسمع صاحب منزل صوت حركة في المنزل فيهب من فراشه متتبعاً صوت الحركة فيجد شخصاً يسير في الظلام فيعتقد أنه لص يهاجم منزله فيقوم بإطلاق عيار ناري عليه فيصيبه بجراح بالغة، ثم يظهر بعد ذلك أنه خادمه أو قريبه الذي يسكن معه في المنزل سمع صوت الحركة نفسها فقام لينظر الأمر، ومثاله أيضاً من يتعرض لهجوم في الظلام فيقوم بإطلاق النار على من خلفه ظاناً أنه المهاجم له ثم يتبين أنه لم يهاجمه وأن المهاجم له قد لاذ بالفرار، فهنا قد حدث خطأ في الشخص المقصود بالفعل، ومن ثم كان نوعاً من إصابة الغير بدون قصد[2].

فمتى حدث الخطأ على الوجه السابق وكان المتعدي متجاوزاً في فعل الدفاع الذي يقوم به فما مدى مسؤوليته عن إصابة الغير هنا؟

اختلف شراح القانون في حكم هذه الحالة على ثلاثة آراء:

---

(١) القانون الجنائي للدكتور علي راشد ص ٣٥٤، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ٢٤١.

(٢) القانون الجنائي للدكتور علي راشد ص ٣٥٤، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ٢٤١.

الأول: يرى بعض الشراح[1] أنه متى ثبت أن المدافع قد بذل كل العناية والاحتياط المفروضين عليه لإصابته المعتدي وحده ولكن حدثت إصابة الغير لأسباب لا سيطرة لإرادته عليها فالفعل هنا مباح لتوافر كل شروط الدفاع الشرعي ومن ثم لا مسؤولية على المدافع.

الثاني: يرى بعض الشراح[2] أنه يجب التفرقة بين حالة الغلط في الشخص وحالة الخطأ في توجيه الفعل أو الحيدة عن الهدف، ففي الحالة الأولى يكون فعل المدافع مباحاً وإن أصاب أجنبياً، لأنه غير مقصود بالفعل وهو بصدد الدفاع الشرعي فلا مسؤولية عليه، وفي حالة الخطأ في توجيه الفعل أو الحيدة عن الهدف يعتبر مباحاً ولكن بشرط أن يثبت أن الحيدة عن الهدف لم تقترن بإهمال يعتبر هو السبب في إصابة الأجنبي، فإن كان هناك إهمال هو السبب في إصابة الأجنبي فإن المدافع يسأل عن جريمة غير عمدية.

الثالث: يرى معظم الشراح[3] أنه يجب التفرقة بين حالة ما إذا كانت إصابة الأجنبي نتيجة عدم احتياط أم مع الاحتياط، فإن كانت إصابته قد حدثت مع التزام المدافع بحدود الاحتياط اللازم في مثل حالته ومع ذلك فإن القوة المستعملة لرد الاعتداء قد أصابت غيره

---

(١) شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ٢٤٢.
(٢) القانون الجنائي للدكتور علي راشد ص ٣٥٤.
(٣) انظر في هذا:
قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٢٠١، أصول قانون العقوبات القسم العام للدكتور أحمد فتحي سرور ص ٢٨٥، الأسس العامة لقانون العقوبات للدكتور سمير الجنزوري ص ٥٣١ وما بعدها، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد كامل مرسي ص ٢٠١، الجريمة والمجرم للدكتور رمسيس بهنام ص ٣٠٦، تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ٣٦١.

لأسباب لا دخل لإرادته فيها فإنه لا يكون مسؤولاً عن إصابة الغير هنا، ولا يعاقب عليها، لانتفاء الخطأ في حقه، ولذا ينتفي الركن المعنوي في الجريمة وهو أهم أركانها الذي تثبت به.

أما إن كانت إصابة الأجنبي ناتجة عن عدم احتياط من المدافع بحيث لو أنه احتاط بالقدر الكافي لما وقعت الإصابة فإنه هنا يسأل عن جريمته باعتبارها جريمة غير عمدية.

وبناء على هذا الرأي فإن فعل المدافع في كلا الحالتين لا يعد مشروعاً ولا مباحاً، كل ما هنالك أنه يسأل مسؤولية غير عمدية عند عدم الاحتياط، ولا يسأل في حالة الاحتياط وإن اعتبر الفعل غير مشروع مع توقف المسؤولية.

وأخذاً بهذا الرأي على اعتبار أنه الرأي الراجح في الفقه القانوني المصري فإنه ينبغي التفريق بين عدة صور في إصابة الغير على الوجه التالي:

أولاً: إذا كان المتعدي غير قاصد لإحداث التجاوز ولكنه نشأ عن تقصير وإهمال كانت مسؤوليته غير عمدية، ومن ثم يسأل عن جريمة تجاوز غير عمدية.

ثانياً: إذا كان التجاوز الواقع من المتعدي قد وقع نتيجة للغلط في تقدير الوقائع وثبت حسن نيته فيها وأنه كان يريد أن يقوم بالدفاع بقدر مناسب وأن ما قام به هو السبيل الوحيد لرد الاعتداء فإن الغلط هنا متى كان مغتفراً ولا مفر منه فإنه لا يكون مسؤولاً، ومتى كان الغلط غير مغتفر قامت مسؤوليته عن فعله.

ثالثاً: إذا كان المدافع قد قصد وقوع التجاوز العمدي فإن مسؤوليته هنا تكون عمدية، ومن ثم لا يكون هناك تأثير للغلط أو الحيدة عن

الهدف أو الخطأ في توجيه الفعل على المسؤولية بل يسأل عن فعله مسؤولية عمدية[1].

هذا هو موقف القانون الوضعي وما ذكره شراحه بشأن التجاوز العمدي ومدى المسؤولية عنه سواء كان التجاوز مصيباً للمعتدي أو مصيباً للغير، وسواء وقع بحسن نية أم لا.

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

بالنظر والمقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في شأن التجاوز العمدي في الدفاع الشرعي ومدى المسؤولية الناشئة عنه يظهر ما يلي:-

أولاً: يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في مسؤولية المتعدي لحدود الدفاع الشرعي حسب نوع تعديه ودرجته، وأن المسؤولية هنا تابعة لمدى القصد المتوافر لدى المتعدي وهل كان يقصد بفعله إيقاع النتيجة أم كان غير قاصد إلاّ لإزالة الاعتداء الواقع عليه أو وقفه فقط.

ثانياً: يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في عدم مسؤولية المتجاوز بحسن نية، ولكن الفقه الإسلامي يشترط ـ كما سبق القول ـ أن يكون المدافع غالباً على ظنه أن ما قام به هو السبيل الوحيد لرد الاعتداء أو وقف وقوعه عليه، فهنا يجعله الفقه غير مسؤول نهائياً،

---

(١) انظر في هذا المعنى:
الجريمة والمجرم للدكتور رمسيس بهنام ص ٣٠٦، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٢٠١، أصول قانون العقوبات القسم العام للدكتور أحمد فتحي سرور ص ٢٨٥، الأسس العامة لقانون العقوبات للدكتور سمير الجنزوري ص ٥٣١ وما بعدها، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد كامل مرسي ص ٢٠١، تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ٣٦١.

أما القانون الوضعي ـ وكما اتضح مما قاله الشراح فيما سبق ـ فيجعل المتجاوز بحسن نية معذوراً في فعله وإن كان ذلك لا يعني مشروعية الفعل.

ثالثاً: في حالة إصابة الأجنبي الناتجة عن التجاوز اختلف الفقهاء في مدى مسؤولية المتجاوز عن فعله وإن اتفقوا على هذه المسؤولية، كل ما هنالك أن المالكية يعتبرون المسؤولية عن جريمة عمدية ما لم تتوافر أمور أخرى، وجمهور الفقهاء يعتبرون المسؤولية خطأ، أمّا في الفقه القانوني فجمهور الشراح يفرقون بين صور التجاوز المختلفة وبناء عليه ينظر مدى مسؤولية المتجاوز من عدمه.

ولا شك أن نظرة الفقه الإسلامي في ذلك أكثر دقة في تحديد المسؤولية، فالمتعدي المصيب للغير بناء على رأي الجمهور قد أتى فعلاً غير مشروع، فما ذنب الغير في دفاعه؟ ونحن وإن كنا لا نسائله باعتباره متعمداً، لكنّنا لا نغفل حق الغير في خطئه، والله تعالى أعلى وأعلم.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

المطلب الثاني

مسؤولية المتجاوز حد الدفاع خطأً

وفيه فرعان:

الفرع الأول

مسؤولية المتجاوز حد الدفاع خطأً في الفقه الإسلامي

إذا كانت نصوص الفقهاء في موضوع دفع الصائل تصلح لبيان حكم التجاوز العمدي لدفع الصائل فإنها لا تظهر صراحة حكم التجاوز لحد الدفاع خطأ، ومن ثم فإننا نبين هنا موقفهم من حكم القتل الخطأ وعلى ضوئه نبين حكم التجاوز في حد الدفاع خطأ.

فالخطأ في اللغة ضد الصواب، وهو يرد بعدة معان، فيرد بمعنى الذنب، ويرد بمعنى ما لم يتعمد[1].

وفي اصطلاح الفقهاء فإن الخطأ يعني قصد الفعل دون قصد الشخص[2]، بمعنى أن الشخص يقصد فعلاً معيناً ولكن يقع غيره على طريق الخطأ.

---

(١) لسان العرب لابن منظور مادة (خطأ).

(٢) انظر في هذا المعنى: نهاية المحتاج للرملي ٢٤٩، ٢٥٠، مغني المحتاج للشربيني ٤/ ٤.

والخطأ نوعان، خطأ في الفعل، كأن يرمي شجرة أو صيداً فيصيب إنساناً معصوماً، وخطأ في القصد كأن يرمي ما يظنه صيداً فيصيبه ويتبين بعد ذلك أنه آدمي معصوم، أو يرمي في دار الحرب رجلاً يظنه حربياً فيصيبه ثم يتبين أنه مسلم[1].

وبناء على هذا يمكن القول بتوافر نوعي الخطأ في التجاوز لحد الدفاع الشرعي، فمثلاً قد يحاول المعتدى عليه الفرار من وجه المعتدي ولكن لرعونته وعدم تثبته يصطدم به أثناء الفرار فيطرحه أرضاً فيصيبه بجراح، أو أن يقدر المعتدى عليه جسامة الخطر بظن معين ويأتي بفعل الدفاع بناء على هذا الظن ثم يتبين أنه أخطأ التقدير، كما لو قدر أن الصائل عليه لا يندفع إلاّ بضربه بآلة حادة قاتلة ثم يظهر أنه كان يكفي ضربه بعصا صغيرة وما أشبه لولا رعونة المدافع في تقدير جسامة القوة المستخدمة من الصائل عليه.

وإذا كان الأمر كذلك فممّا لا خلاف فيه أن المخطئ مسؤول عن فعله، كما أن المتعمد مسؤول عن فعله، وإنما المختلف هو العقوبة في كل منهما، فقد اتفق الفقهاء[2] على أن من قتل شخصاً خطأ يسأل عن القتل ويعاقب بعقوبته، وهي عقوبة تختلف في قدرها ونوعها عن عقوبة القتل العمد.

وبناء على هذا متى أوقع المدافع على المعتدي عليه فعلاً عن طريق

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٧/ ٢٣٤، مواهب الجليل للحطاب ٦/ ٢٤٠، حاشية الدسوقي ٤/ ٢٤٢، مغني المحتاج ٤/ ٤، نهاية المحتاج ٧/ ٢٤٧، كشاف القناع للبهوتي ٥/ ٥١٣، شرح منتهى الإرادات ٣/ ٢٧٢، المحلى لابن حزم ١٠/ ٣٤٤.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٧/ ٢٣٤، مواهب الجليل للحطاب ٦/ ٢٤٠، حاشية الدسوقي ٤/ ٢٤٢، مغني المحتاج ٤/ ٤، نهاية المحتاج ٧/ ٢٤٧، كشاف القناع للبهوتي ٥/ ٥١٣، شرح منتهى الإرادات ٣/ ٢٧٢، المحلى لابن حزم ١٠/ ٣٤٤.

الخطأ كان به متجاوزاً حدود الدفاع الشرعي فإنه يعد مسؤولاً عن فعله على أساس الخطأ، وهو معتبر هنا في الخطأ في القصد.

أمّا إذا كان التجاوز ناتجاً عن ظنه خطأ في مدى القوة اللازمة لفعل الدفاع أو ظنه أن ما قام به هو المناسب لرد الاعتداء أو وقفه بعد وقوعه وأثناء استمراره فإن المتجاوز هنا لا يكون مسؤولاً عن فعله لا عمداً ولا خطأ[1]، لأن العبرة بغلبة الظن كما سبق القول أكثر من مرة ولا داعي للتكرار.



(١) نظرية الدفاع الشرعي للدكتور يوسف قاسم ص ٢٥٩.

الفرع الثاني

مسؤولية المتجاوز حد الدفاع خطأً في القانون الوضعي

لم يرد في قانون العقوبات تعريف للخطأ رغم أهميته باعتباره يمثل صورة من صور الركن المعنوي في الجرائم، فهي إما عمدية أو خطئية، ولكن عرف الخطأ بأنه كل فعل أو ترك لفعل إرادي يؤدي إلى نتيجة لم يردها الفاعل مباشرة ولا غير مباشرة ولا قصد إليها بحال ولكن كان في وسعه تجنبها[1].

ويتصور ورود الخطأ في فعل الدفاع هنا متى قدر المدافع الأفعال اللازمة لرد الاعتداء أو وقف وقوعه تقديراً خاطئاً وقام بالدفاع بناء عليها، وكان في وسعه تجنبها، ومن هنا فإنه متى أتى المدافع بسلوك مادي خارجاً عن حدود الحق المباح له وكان ذلك نتيجة لإهماله في تقدير جسامة الاعتداء الواقع عليه أو وشيك الوقوع عليه في حين كان في استطاعته تقدير تلك الجسامة والاستغناء عن الفعل الذي أتاه أو التقليل من جسامته على الأقل فهو هنا يكون متجاوزاً خطأ لحدود الدفاع الشرعي، ومن ثم يسأل عن تجاوزه هذا مسؤولية غير عمدية.

---

(١) القانون الجنائي للدكتور علي راشد ص ٤٣١، قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ١٣٦.

ولكن قد يقوم المدافع بتجاوز حدود الدفاع الشرعي دون قصد ودون خطأ من جانبه فما حكم المدافع في هذه الحالة؟

لم ينص قانون العقوبات المصري على حكم هذه الحالة صراحة، بل ترك ذلك للقواعد العامة حسب كل حالة على حدة، مما أدى إلى اختلاف الشراح في حكمها على رأيين:

الأول: ويرى أصحابه أنه متى انتفى عن فعل المدافع تعمد التجاوز والخطأ في تقدير القوة اللازمة فيجب الرجوع إلى القواعد العامة والتي تقضي بعدم توقيع العقاب على المدافع، بمعنى أن مسؤولية المدافع تنتفي لتخلف عنصر أو أكثر من عناصر الركن المعنوي للجريمة.

وقد انتقد هذا الرأي على أساس أنه غير دقيق من الناحية القانونية، فهو وإن أسقط عن الفعل وصف الجريمة إلاّ أنه أثبت له وصف عدم المشروعية الجنائية، وذلك التقدير يؤدي إلى نتائج غير مقبولة، فتحديد القدر اللازم للدفاع متروك للمدافع نفسه بشرط أن يبذل الجهد اللازم لمعرفة القدر الصحيح والمناسب لرد الاعتداء، وهو ما يتنافى مع قول أصحاب هذا الرأي[1].

الثاني: ويرى أصحابه أنه متى تجاوز المدافع حدود الدفاع الشرعي دون عمد أو خطأ واتخذ الأسباب اللازمة للحيطة والحذر فإن دفاعه يكون صحيحاً وفعله يكون مباحاً، لأن القدر اللازم للدفاع الشرعي

---

(١) انظر في عرض هذا الرأي ونقده:

شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ٢٣٧، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون سلامة ص ٢٣٤، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٤٤٠، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣٣٦.

أمر غير منضبط ويختلف باختلاف الوقائع والظروف وحسب كل حالة على حدة، وما دام أن المدافع لم يتعمد التجاوز ولم يخطئ في تقدير القوة اللازمة فلماذا ينسب إليه فعل على أنه عمد أو خطأ؟[1]

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

بعد ذكر ما سبق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يظهر أن القانون الوضعي يتفق مع الفقه الإسلامي في أن التجاوز غير العمدي لحدود الدفاع الشرعي يجعل المتجاوز مسؤولاً عنه وإن كانت مسؤوليته تختلف في قدرها وجسامتها عن مسؤولية المتجاوز له عمداً، وهذا الاتفاق في الجملة وإن كانت هناك خلافات في بعض التفصيلات، فلكل منهما منهجه في التعامل مع هذا التجاوز وتكييفه، وقدر العقوبة اللازمة له، وهو ما سوف يتضح فيما بعد عند الكلام عن عقوبة التجاوز لحدود الدفاع الشرعي.

---

(١) انظر في عرض هذا الرأي:
المسؤولية الجنائية للدكتور مصطفى القللي ص ٣٥١، النظرية العامة لتجاوز الدفاع الشرعي للدكتور محمد نعيم فرحات ص ٥٧٦، أصول قانون العقوبات القسم العام للدكتور أحمد فتحي سرور ص ٢٧٤، تجاوز الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ٣٥٧، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ٢٣٧، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون سلامة ص ٢٣٤، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد عيد الغريب ص ٤٤٠، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٣٣٦.

المبحث الثاني

الجانب السلبي للمسؤولية عن التجاوز

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

انعدام أهلية المتجاوز

وفيه فرعان:

الفرع الأول

انعدام أهلية المتجاوز في الفقه الإسلامي

يقصد بانعدام مسؤولية المتجاوز أن يكون المتجاوز لحدود الدفاع الشرعي غير مسؤول في الأصل عن فعله ولا يعاقب عليه كالصبي والمجنون، فقد يقع اعتداء على صبي أو مجنون فينشأ له كغيره من الناس الحق في الدفاع الشرعي عن النفس، وقام المجنون أو الصبي فعلاً بالدفاع ولكنه تجاوز حدود هذا الدفاع سواء في الوسيلة أو في قدر الجسامة أو غيرها، فكيف يكون حكمه هنا؟

لم يتعرض الفقهاء في المذاهب المختلفة لهذه الحالة وإن تعرضوا لحكم كون الصائل صبياً أو مجنوناً، أما أن يكون المصول عليه صبياً أو مجنوناً، فلم أر فيما قرأت من مصادر ذكراً لحكم هذه الحالة مما يجعلنا نرجع إلى حكم القواعد العامة في هذا الشأن.

فقد اتفق الفقهاء[1] على أنه يشترط للقصاص من القاتل أن يكون بالغاً عاقلاً فلو كان صبياً أو مجنوناً فلا قصاص عليه لأنهما ليسا أهلاً للعقوبة، وكذا لا يُقام عليهما حد إذا ارتكبا ما يوجبه، والأصل في هذا ما رونه عائشة ـ رضي الله عنها ـ قالت قال رسول الله ﷺ «رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الغلام حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق»[2].

---

(١) بدائع الصنائع ٧/ ٢٣٤، رد المحتار ٦/ ٥٣٢، مواهب الجليل للحطاب ٦/ ٢٣٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٢٣٧، شرح الزرقاني على الموطأ ٤/ ٢١٩، نهاية المحتاج للرملي ٧/ ٢٦٧، مغني المحتاج للشربيني ٤/ ١٥، المغني لابن قدامة ٨/ ٢٢٦، كشاف القناع للبهوتي ٥/ ٥٢٠ وما بعدها، المحلى لابن حزم ١٠/ ٣٤٤، فتح الباري لابن حجر ١٢/ ١٢١، تحفة الأحوذي ٤/ ٥٧٠، سبل السلام للصنعاني ٣/ ١٨١، نيل الأوطار ١/ ٣٧٩.

(٢) رواه ابن حبان في صحيحه، صحيح ابن حبان ١/ ٣٥٥، ورواه البيهقي في سننه، السنن الكبرى ٨/ ٤١، ورواه ابن ماجه في سننه، سنن ابن ماجه ١/ ٦٨٥، ورواه الإمام أحمد في مسنده، المسند ٦/ ١٠٠.

وما رواه الحاكم[1] والدارقطني[2] أنه مر علي بن أبي طالب[3] ـ رضي

---

(٣) **الحاكم**: محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم، مولده في يوم الاثنين ثالث شهر ربيع الأول سنة إحدى وعشرين وثلاثمائة بنيسابور، تلقى العلم وطلب الحديث وهو صغير السن، فاستملى على أبيه، وعلى ابن حبان، وروى عن محمد بن علي المذكر، ومحمد بن يعقوب السباني وابن بالويه وغيرهم، وحدث عنه كثيرون منهم الدارقطني وهو شيخه، وأبو العلاء الواسطي ومحمد بن أحمد بن يعقوب وأبو ذر الهروي وأبو يعلى الخليلي وأبو بكر البيهقي وأبو القاسم القشيري وأبو صالح المؤذن وغيرهم، وقد شرع الحاكم في التصنيف سنة سبع وثلاثين فاتفق له من التصانيف ما لعله يبلغ قريباً من ألف جزء من تخريج الصحيحين والعلل والتراجم والأبواب والشيوخ ثم المجموعات مثل معرفة علوم الحديث ومستدرك الصحيحين وتاريخ النيسابوريين وكتاب مزكي الأخبار والمدخل إلى علم الصحيح وكتاب الإكليل وفضائل الشافعي وغير ذلك، وتوفي رحمه الله سنة ٤٠٥ هـ.
انظر الترجمة له في: سير أعلام النبلاء للذهبي ١٧/ ١٦٢ وما بعدها، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٢/ ١٩٣.

(٢) **الدارقطني**: أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار بن عبد الله البغدادي الدارقطني نسبة لمحلة دار القطن ببغداد، الحافظ الكبير صاحب المصنفات المفيدة منها كتاب السنن والعلل الذي لم ير مثله في فنه وكتاب الإفراد، ولد سنة ٣٠٦ هـ، وتفقه بأبي سعيد الإصطخري وقيل على غيره، قال الحاكم صار أوحد آلاف في الحفظ والفهم والورع وإماماً في النحو والقراءة وأشهد أنه لم أر على أديم الأرض مثله، وقال الخطيب عن أبي الوليد الباجي عن أبي ذر قلت للحاكم هل رأيت مثل الدارقطني فقال هو لم ير مثل نفسه فكيف أنا، وقال الخطيب سمعت القاضي أبا الطيب الطبري يقول: الدارقطني أمير المؤمنين في الحديث، وتوفي رحمه الله ببغداد في ذي القعدة سنة خمس وثمانين وثلاثمائة عن تسع وسبعين سنة، ودفن قريباً من معروف الكرخي.
انظر الترجمة له في: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٢/ ١٦١ وما بعدها، طبقات الفقهاء للشيرازي ١/ ٢١٣ وما بعدها، سير أعلام النبلاء ١٦/ ٤٤٩ وما بعدها.

(٣) **علي بن أبي طالب**: ابن عم رسول الله ـ ﷺ ـ، وزوج ابنته السيدة فاطمة، وأبو سيدي شباب أهل الجنة الحسن والحسين، كان أول من أسلم من الصبيان، فقد أسلم وهو ابن تسع سنين، وقيل ابن أربع عشرة سنة، وهو أول فدائي في الإسلام، حيث نام في فراش رسول الله ـ ﷺ ـ ليلة الهجرة، وشهد بدراً وما بعدها من الوقائع، ولم يتخلف عن رسول الله ـ ﷺ ـ حتى مات، كما كان صاحب لواء رسول الله يوم بدر وفي كل مشهد، وقد كان عليّ كرم الله وجهه آية في العلم والذكاء، وكان يشتهر =

الله عنه ـ بمجنونة بني فلان وقد زنت، وأمر عمر بن الخطاب برجمها، فردها عليّ، وقال لعمر: يا أمير المؤمنين أترجم هذه؟ قال: نعم، قال: أَوَما تذكر أن رسول الله ﷺ قال «رُفع القلم عن ثلاثة عن المجنون المغلوب على عقله وعن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم» قال: صدقت، فخلى عنها»[1].

وإذا كان الحديث هنا قد رفع الإثم عن الفاعل صبياً كان أو مجنوناً فقد بقيت العقوبة الأخرى وهي الدية حيث يكون على عاقلته الدية، ولكن هل هي دية عمد أم خطأ، خلاف بين الفقهاء بناء على خلافهم في القاعدة المعروفة عمد الصبي والمجنون عمد أم خطأ، فمنهم من قال إنه عمد، ومنهم من قال إنه خطأ[2].

بحسن القضاء حتى قال عنه عمر «علي أقضانا» أي أكثرنا معرفة بالقضاء، وقال أيضاً «أعوذ بالله من معضلة ليس لها أبو الحسن»، وقال ابن عباس «إذا حدثنا الثقة بفتيا عن علي لم نتجاوزها»، وكان أحمد بن حنبل يقول «ما ورد لأحد من أصحاب رسول الله ـ ﷺ ـ من الفضائل ما ورد لعلي»، وقد مات رضي الله عنه وكرم الله وجهه شهيداً حين قتله عبد الرحمن بن ملجم المرادي، وكان قد ضربه يوم الجمعة وهو في طريقه إلى صلاة الصبح، فمكث يومي الجمعة والسبت، وتوفي ليلة الأحد التاسع عشر من رمضان سنة أربعين هجرية، رضي الله عنه.
وقد وردت الترجمة له في كتب كثيرة انظر منها: تاريخ الإسلام للذهبي ٢/ ٢٤٢ وما بعدها، الطبقات الكبرى ٣/ ١٧ وما بعدها، عبقرية الإمام للعقاد، ط دار المعارف سلسلة اقرأ، عليّ بن أبي طالب حياته وفقهه للدكتور حامد جامع، ط المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بالقاهرة.

(١) رواه الحاكم في المستدرك وقال: حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، المستدرك ١/ ٣٨٩، ورواه الدار قطني في سننه، سنن الدار قطني ٣/ ١٣٨، ورواه الترمذي في سننه وقال حديث حسن غريب، سنن الترمذي ٤/ ٣٢.

(٢) انظر في تفصيل هذه القاعدة وحكمها: المبسوط للسرخسي ١١/ ١٢٠، بدائع الصنائع ٧/ ٢٠٣، أحكام القرآن للجصاص ١/ ٢٨٠، حاشية ابن عابدين ٨/ ١٠٣، الفواكه الدواني ٢/ ٢٥٨، الأم ٦/ ٢٩، المهذب ٢/ ١٧٤، روضة الطالبين ٥/ ٤٣٥، المبدع ٨/ ٢٨٠، الإنصاف ٩/ ٤٤٨، الروض المربع بشرح زاد المستقنع للبهوتي ٣/ ٢٥٧.

وبناء على ما سبق فإنه متى تجاوز المدافع حدود الدفاع الشرعي وكان ذلك المدافع صبياً أو مجنوناً فإنه لا يكون مسؤولاً عن فعله ولا يقتص منه حتى ولو تعمد تلك الزيادة وأدت إلى قتل الصائل عليه، وحتى ولو أخطأ التقدير وكان الدفاع أشد جسامة بكثير مما يستلزمه فعل الدفاع، وكل ما هنالك أنه يكون عليه الدية على عاقلته كما سبق القول.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

الفرع الثاني

انعدام أهلية المتجاوز في القانون الوضعي

إن خطر الاعتداء ليس خاصاً بالعقلاء والبالغين فقط بل قد يطول هذا الخطر غيرهم من المجانين والصبيان، ولما كان الدفاع عن النفس والمال أمراً فطرياً ـ كما سبق القول ـ فإنه من الطبيعي أن تتجه إرادة من يتعرض للاعتداء إلى الدفاع عن نفسه ضد ما يراه من خطر واقع به أو وشيك الوقوع.

وقد ذكر شراح القانون[1] أنه متى كان الفاعل للجريمة غير مخاطب بأحكام القانون فإنه لا يسأل عن فعله جنائياً، بل إن على الدولة أن تتخذ من الإجراءات ما يكفل لهذا المريض علاجاً وللناس أمناً من شره وأذاه، ولذا لا يسأل المتجاوز لحدود الدفاع الشرعي جنائياً عما وقع منه من فعل الدفاع متى كان غير مخاطب بأحكام القانون لانعدام أهليته، وأسباب انعدام الأهلية تتوافر في طائفتين من الناس، طائفة المصابين بأمراض

---

(١) انظر في ذلك:

شرح قانون العقوبات للدكتور محمود مصطفى ص ٥١١ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٢٨٨ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ٤٧٠ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٢٠٦ وما بعدها.

وعاهات عقلية، وهم المجانين ومن بهم عته، وطائفة من لم يكتمل نموهم العقلي والذهني بعد وهم الصبيان غير البالغين.

وما ذكره الشراح هنا إنما هو مبني على القاعدة العامة التي وضعتها المادة ٦٢ من قانون العقوبات والتي قررت أنه لا يكون أهلاً لحمل المسؤولية من لا يتوافر لديه وقت ارتكاب العمل المكون للجريمة القدر اللازم من الإدراك أو الشعور أو التمييز.

والسبب في انعدام المساءلة هنا هو أن إرادتهم ليس بها حرية الاختيار كغيرهم من البالغين والعقلاء، ومن ثم لم يكن هناك وجه لتلك المساءلة، فمن المسلم به أنه متى ارتكب الإنسان جريمة تحت تأثير علة عقلية فلا عدالة ولا مصلحة في عقابه.

ويقصد بالجنون هنا معناه الخاص وهو اضطراب القوى العقلية بعد تمام نموها، يؤدي إلى اختلاف المصابين به في تصوراتهم وتقديراتهم عن العقلاء، وهو ينشأ عن أسباب عدة كالإدمان للمخدرات أو التعرض لصدمة شديدة أو غير ذلك، ويدخل تحت مسمى الجنون هنا المصاب بعاهة عقلية وبعض الأمراض النفسية كالصرع وما شابهه مما يفقد صاحبه الإدراك والاختيار الواعي السليم.

على أن من الواجب أخذه في الاعتبار في هذا الصدد أنه يجب أن يكون الجنون تاماً حتى لا يؤاخذ صاحبه على ما يرتكب من جرائم، أي يكون من الجسامة بحيث يعدم الشعور أو الاختيار كلية، وأن يكون الجنون معاصراً لارتكاب الجريمة، سواء أكان الجنون كاملاً ومستمراً أم متقطعاً يفيق فيه المجنون بعض الوقت ويجن في بعضه.

أما الصبيان غير البالغين الذين لا يسألون عن جرائمهم فهم من كانوا دون ثماني عشرة سنة ميلادية كما حدد قانون العقوبات المصري، ومتى

حدث من الصغير سلوك يدل على الانحراف فإن وليه ينذر بذلك، فإن كان مارقاً اتخذ في شأنه التدابير المنصوص عليها قانوناً بوضعه في دار رعاية الأحداث يقضي بها مدة تهذب فيها طباعه ليعود إلى الطريق القويم.

وقد قسم القانون المصري جرائم الأحداث حسب السن، ففرق بين الجرائم التي تقع في سن السابعة وحتى الخامسة عشرة، والجرائم التي تقع بعد هذه السن، وذكر لكل حالة أحكاماً ليس هنا مجال لتفصيلها لخروجها عن نطاق البحث[1].

وبناء عليه متى حدث تجاوز من أحد هؤلاء لم يكن مسؤولاً عن هذا التجاوز لحدود الدفاع، كما لو تجاوز في استعمال الوسيلة المناسبة، أو في تقدير خطر الاعتداء، أو غير ذلك من أنواع التجاوز، على أن يؤخذ في الاعتبار أن عدم المساءلة هنا تعني أن فعلهم مشروع، بل هو مجرم وغير مشروع، وكل ما هنالك أن المساءلة عليه هي المنتفية هنا، لعدم أهلية المتجاوز[2].

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

مما سبق يتضح أن القانون الوضعي يتفق مع الفقه الإسلامي في عدم مسؤولية المجنون والصبي وغيرهما من عديمي الأهلية عن تجاوز حدود الدفاع الشرعي، وذلك لأنهم غير مسؤولين أصلاً عما يقع منهم من جرائم.

---

(١) انظر هذا التفصيل في:
شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٥٤٠ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٢٧٧ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ٤٦٣ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٢٠١.

(٢) انظر في ذلك: قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٢٦٧.

المطلب الثاني

تخلّف أحد عناصر الركن المعنوي

وفيه فرعان:

الفرع الأول

تخلّف أحد عناصر الركن المعنوي في الفقه الإسلامي

يقصد بالركن المعنوي للجريمة هنا تخلّف القصد إلى إحداث الجريمة التجاوزية، بمعنى أن المتجاوز هنا كامل الأهلية ومسؤول عن فعله ولكن الجريمة وقعت منه قهراً عن إرادته بفعل الظروف القاهرة التي اضطرته لذلك، كأن وقع في مفاجأة من الصائل لم تمكنه من تقدير الفعل المناسب لدفعه، أو التحم القتال بينه وبين المعتدي عليه مما جعله يحاول النجاة من خطره بأي وسيلة فكان فعله متجاوزاً للقدر المعتاد.

وسوف أعرض هنا لصورتين من هذا التخلف للركن المعنوي ووقوع الفعل التجاوزي نتيجة الظروف القاهرة التي وقع فيها المصول عليه وعدم مسؤوليته رغم وقوع العدوان:

الصورة الأولى: إذا التحم القتال بين المعتدي والمعتدى عليه، بمعنى أنه

قد قام الاعتداء فعلاً، وقام المدافع باستعمال حقه في دفع الخطر الواقع عليه، فهنا لا يجب على المدافع مراعاة التناسب في فعل الدفاع، لأنه في ظروف لا تجعله مراعياً لهذا الترتيب في الوسائل ومحاولة درء الخطر بالأهون منها، ولو أوجبنا عليه مراعاة الترتيب بينها لربما أفضى ذلك إلى هلاكه، ومن ثم جاز له الدفع بكل وسيلة تدرأ عنه الخطر، ولا يكون مطالباً بمراعاة مقدار التناسب ولا يعد فعله الزائد في الدفاع تجاوزاً.

وقد جاءت نصوص الفقهاء مؤيدة لذلك، ومنها ما جاء في أسنى المطالب «ويجب الدفع للصائل بالأخف فالأخف إن أمكن كالزجر بالكلام أو الصياح ثم الاستغاثة بالناس ثم الضرب باليد ثم بالسوط ثم بالعصا ثم بقطع عضو ثم بالقتل، لأن ذلك جوز للضرورة ولا ضرورة في الأثقل مع إمكان تحصيل المقصود بالأخف، نعم لو التحم القتال بينهما وانسد الأمر عن الضبط سقط مراعاة الترتيب»[1].

وجاء في حاشية قليوبي على شرح المنهاج «محل مراعاة الترتيب عند إمكانه فلو لم يجد إلاّ سكيناً أو سيفاً ابتداء فله الدفع به، أو التحم القتال واشتد الأمر سقط الترتيب»[2].

فهذه النصوص قد بينت أن دفع المعتدي يكون بالوسيلة الأخف ولكن متى التحم القتال سقط مراعاة الترتيب ولم يعد أي فعل صادر من المدافع غير مناسب تجاوزاً.

---

(١) أسنى المطالب ٤/ ١٦٧، ومثله في تحفة المحتاج ٩/ ١٨٧، حاشية البيجرمي على الخطيب ٤/ ٢٢٣، حاشية البيجرمي على المنهج ٤/ ٢٣٩.
(٢) حاشية قليوبي على شرح المنهاج ٤/ ٢٠٨.

الصورة الثانية: وكذا حالة ما إذا كان المعتدي يمكن دفعه بالعصا والسوط وغيره من الوسائل الأخف ولكن لم يجد المدافع وسيلة غير الأشد، فهنا يكون فعله غير متجاوز ولا يسأل عن هذا التجاوز، ولا يجب عليه مراعاة التناسب بين الخطر وفعل الدفاع، إذ ليس من المعقول أن يطلب ممن يواجه خطر الاعتداء ولا يجد وسيلة غير التي في يده أن يستسلم لمن يضربه، لأن ما معه أشد في مناسبتها لما يجب استعماله من وسائل.

وقد نص الفقهاء على ذلك في كتبهم، فقد جاء في مغني المحتاج «الثالثة: لو كان الصائل يندفع بالسوط والعصا والمصول عليه لا يجد إلاّ السيف فالصحيح أن له الضرب به، لأنه لا يمكنه الدفع إلاّ به وليس بمقصر في ترك استصحاب السوط ونحوه»[1].

وجاء في حاشية قليوبي على شرح المنهاج «محل مراعاة الترتيب عند إمكانه، فلو لم يجد إلاّ سكيناً أو سيفاً ابتداء فله الدفع به»[2].

فهذه النصوص قد بينت أن المدافع المصول عليه غير مطالب بعدم التجاوز ولا يسأل عنه إذا لم يجد غير ما استعمله من وسائل لرد الاعتداء الواقع عليه، فالظروف القهرية هنا هي التي أجبرته على استعمالها ولم يستعملها باختياره، ومن ثم لا يكون مسؤولاً عن هذا التجاوز عمداً أو خطأ وذلك لتخلف الركن المعنوي في الجريمة وهو القصد إلى ارتكابه عمداً أو الخطأ الذي يقع عن روية وتبصر لعواقب الأمور مع عدم أخذ الاحتياطات اللازمة لتفادي المخاطر.

---

(١) مغني المحتاج ٤/ ١٩٤ وما بعدها، ومثله في تحفة المحتاج لابن حجر ٩/١٨٦، وفي حاشية الجمل على شرح المنهج ٥/١٦٨.

(٢) حاشية قليوبي على شرح المنهاج ٤/٢٠٨.

الفرع الثاني

تخلّف أحد عناصر الركن المعنوي في القانون الوضعي

يعد الركن المعنوي للجريمة من أهم الأركان التي تقوم عليها والتي تكون سبباً في قيام المسؤولية الجنائية عن الأفعال المرتكبة، حيث لا تقوم المسؤولية عن الجرائم لمجرد كون الشخص قد ارتكب الركن المادي للجريمة كما هو موصوف في نموذجها القانوني، بل يجب أن يكون الشخص قد ارتكب خطأ مقصوداً أو غير مقصود، ولذا فإن الجرائم إما أن تكون جرائم عمدية أو غير عمدية، والأصل في الجرائم أن تكون عمدية.

ويطلق شراح القانون على الركن المعنوي مسمى القصد الجنائي ويقصد به أن يرتكب الجاني جريمته قاصداً نتيجتها فيكون الفعل عمداً، وقد يرتكبها قاصداً الفعل دون النتيجة فتكون الجريمة خطأ أو غير عمدية، ولم يعرف قانون العقوبات المصري القصد الجنائي تاركاً ذلك للشراح كما هو الحال في أغلب القوانين الوضعية، فهي لا تهتم بوضع التعريفات بقدر ما تهتم بوضع الأحكام للجرائم المختلفة ببيان ماهيتها وعقوبتها ومتى تكون عمداً ومتى تكون خطأ، وقد اختلف شراح القانون في مفهوم القصد

الجنائي تبعاً لاختلافهم في نظريتي العلم والإرادة وأيهما المفضلة في تعريف القصد الجنائي مما لا مجال لتفصيله هنا[1].

وقد ذكر شراح القانون[2] أن تخلف أحد عناصر الركن المعنوي في المتجاوز لا يجعله مسؤولاً جنائياً، كما لو تخلف القصد الجنائي والخطأ غير العمدي في فعل التجاوز، كأن وقع الفعل نتيجة لحادث فجائي، مثل أن يفاجأ باعتداء آخر عليه فيهب للدفاع عن نفسه بما يجد من وسائل، أو يقع الاعتداء فعلاً ويستمر في وقوعه ولا يجد مناصاً من الانفكاك عنه سوى دفع المعتدي بأي وسيلة، فهنا قد تجرد فعل المتجاوز في الدفاع عن القصد الجنائي وعن الخطأ غير العمدي، ومن ثم لا يكون مسؤولاً جنائياً عن هذا التجاوز.

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

بعد ذكر حكم تخلف الركن المعنوي للجريمة التجاوزية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يظهر أن القانون الوضعي يتفق مع الفقه الإسلامي في أن تخلف الركن المعنوي للجريمة التجاوزية يجعل المتجاوز غير مسؤول عن هذا التجاوز، نظراً للمفاجأة والظروف القاهرة التي وقع فيها والتي لم تجعله في حالة تروّ واختيار لما يقدم عليه من أفعال.

---

(١) انظر في تفصيل ذلك:
قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٢٣٦ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٣٠٠ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور عوض محمد ص ٢٠١ وما بعدها، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٤١٥ وما بعدها.

(٢) انظر في هذا: أصول قانون العقوبات للدكتور أحمد فتحي سرور ص ٢٨٩، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٢٣٤، تجاوز الدفاع الشرعي للدكتور داود العطار ص ٣٦٥ وما بعدها.



الفصل الثاني

عقوبة المتجاوز حد الدفاع الشرعي

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التعريف بالعقوبة وأنواعها وأغراضها

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف العقوبة.

المطلب الثاني: أنواع العقوبة

المطلب الثالث: أغراض العقوبة.

المبحث الثاني: أحكام عقوبة المتجاوز حد الدفاع الشرعي

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أحكام عقوبة المتجاوز حد الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: أحكام عقوبة المتجاوز حد الدفاع الشرعي في القانون الوضعي.

المبحث الأول

التعريف بالعقوبة وأنواعها وأغراضها

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول
تعريف العقوبة

وفيه فرعان:

الفرع الأول
تعريف العقوبة في الفقه الإسلامي

أولاً: في اللغة:

هي ما يقع على الإنسان من جزاء بسبب فعله سوءاً، والعقاب والمعاقبة أن تجزي الرجل بما فعل سوءاً، والإسم العقوبة، وعاقبه بذنبه معاقبة وعقاباً أخذه به، وتعقبت الرجل إذا أخذته بذنب كان منه[1].

---

(١) لسان العرب لابن منظور مادة (عقوبة).

ثانياً: في الاصطلاح:

لم يذكر الفقهاء القدامى تعريفاً محدداً للعقوبة فيما اطلعت عليه من كتبهم، وإنما اهتموا بذكر أنواع العقوبات في كل جريمة على حدة مما هو موضح تفصيلاً في أبواب الجنايات والحدود من كتب الفقه الإسلامي، مما جعل بعض الفقهاء المحدثين يقومون بوضع تعريف للعقوبة، فقيل هي الجزاء المقرر لمصلحة الجماعة على عصيان أمر الشارع[1].

وقيل هي أذى ينزل بالجاني شرع لدفع المفاسد[2].

والتعريفان السابقان مع اختلافهما في الألفاظ والعبارات لكنهما متفقان في المعنى، فالعقوبة في نظرهم لا تعدو أن تكون إيلاماً أو أذى ينزل بالجاني نتيجة لارتكابه أمراً محظوراً شرعاً، والهدف من العقوبة هو ردع الجاني وردع من تسول له نفسه أن يسير فيما سار فيه من جرائم ومعاص.

خصائص العقوبة:

من التعريف والمعنى السابق لكلمة العقوبة في الفقه الإسلامي ومن أحكام العقوبة التي ذكرها الفقهاء في المواضع المختلفة يتضح أن للعقوبة خصائص معينة تميزها عن غيرها من العقوبات الوضعية، وهي على الوجه التالي:

١ ـ إن العقوبة في التشريع الإسلامي تحافظ على المصالح الأساسية للإنسان والتي لا تقوم حياته إلاّ بها، وهذه المصالح ـ كما سبق القول

---

(١) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عودة ص ٦٠٩.

(٢) العقوبة في الفقه الإسلامي للشيخ محمد أبو زهرة ٦/٢ ط دار الفكر العربي.

ـ حماية الدين والنفس والعرض والعقل والمال، وهي مصالح ضرورية لا غنى لأحد عنها.

٢ ـ إن العقوبة في التشريع الإسلامي تحول دون انتشار الجرائم، فهي عقوبات رادعة تجعل المجرم يفكر ألف مرة قبل الإقدام على الجريمة، وتجعل غيره يحذو حذوه في ذلك، ممّا يجعل المجتمع يحيا في أمان واطمئنان.

٣ ـ إن العقوبة في التشريع الإسلامي تهدف إلى حماية الفضيلة وصيانة المجتمع من الرذيلة والقضاء عليها، فهي مثلاً تحمي العفة بحد الزنى، وتحمي المال بحد السرقة، وتحمي العقل والمروءة بحد الشرب وهكذا.

٤ ـ إن العقوبة في التشريع الإسلامي تقيم العدل بين الناس، وتستل الأحقاد من قلوبهم، فيحيوا آمنين على أموالهم وأعراضهم ودمائهم، ويظهر هذا المعنى أكثر في عقوبة القصاص، فإن أولياء المقتول لا يشفي صدروهم شيء إلاّ قتل الجاني المتعمد وسفك دمه كما أزهق روح غيره، ولا يذهب غيظ قلوبهم سجن القاتل وعدم قتله ولو كان السجن طول العمر، ولا يشبع ذلك شهوة الانتقام ونار الحقد المتأججة في صدورهم.

٥ ـ إن العقوبة في التشريع الإسلامي تجمع بين الثبات والتطور، ففيها بعض العقوبات الثابتة التي لا تتغير بمرور الأيام وكرور السنين ومن أهمها عقوبات الحدود، وذلك لأن ما جاءت من أجل معالجته من جرائم لا يتغير بتغير الأيام، ولا يتبدل بتبدل السنين والأعوام، وفيها بعض العقوبات المرنة المتطورة التي تترك للحاكم أن يطبقها كيف يشاء حسب كل حالة على حدة وهو ما يعرف بعقوبات التعزير والتي يترك

أمر تحديد قدرها ونوعها لقاضي الموضوع حسبما يرى من صلاح الجاني أو فساده[1].



(١) انظر في تفصيل هذه الخصائص: العقوبة للشيخ محمد أبو زهرة ص ١١ وما بعدها، الجنايات في الفقه الإسلامي للدكتور حسن علي الشاذلي ص ٣١ وما بعدها، الطبعة الثانية ١٣٩٨ هـ ١٩٧٨ م.

الفرع الثاني

تعريف العقوبة في القانون الوضعي

إن العقوبة من الوجهة القانونية عبارة عن جزاء يقرره القانون ويوقعه القاضي على من تثبت مسؤوليته عن فعل يعتبر جريمة في القانون.

وهذا التعريف يكشف بوضوح عن جوهر العقوبة في القانون الوضعي وأنها عبارة عن جزاء لا يتقرر إلاّ بقانون ولا يوقع إلاّ بمقتضى حكم صادر من محكمة مختصة به على من تثبت مسؤوليته عن الجريمة المرتكبة، وهذا الجزاء يستهدف غاية معينة وعامة تهم المجتمع في مجموعه، ومن هنا كانت المطالبة بتطبيقها مسندة إلى النيابة العامة بوصفها نائبة عن المجتمع في المطالبة بالتطبيق الصحيح للقانون.

ومما سبق يظهر أن العقوبة في جوهرها ألم يصيب الجاني من جراء ارتكابه لجريمته ومخالفته أوامر المشرع الوضعي ونواهيه، على أنه ليس المقصود بالألم هنا إذلال المجرم أو إشعاره بالهوان، وإنما المقصود بالألم أن العقوبة تصيب لدى المجرم حقاً من الحقوق اللصيقة بشخصيته، سواء أكان حقاً مالياً أم حقاً من الحقوق المتعلقة بالحياة أو الحرية حسب نوع العقوبة المحكوم بها عليه.

ولا يتوقف الألم المقصود بالعقوبة على الصورة المحسوسة فقط، بل

يشمل تلك الصورة المحسوسة المادية باعتبار أن المساس بالحق يجعل وسائل من ناله محدودة فيضيق تبعاً لذلك مجال نشاطه في المجتمع، ويشمل أيضاً الصورة المعنوية المتمثلة في شعوره بالمهانة نتيجة لهبوط مركزه في المجتمع.

ومن هنا تفارق العقوبة غيرها من الإجراءات التي وإن أحدثت ألماً لدى من توقع عليه فإنه لا يكون مقصوداً بذاته كالحبس الاحتياطي.

وقد كان الألم في العقوبة مقصوداً لذاته فيما سبق، ولكن مع تطور الأفكار التشريعية، وتطور العقوبات الإصلاحية التي يقررها القانون أصبح تحقيق الألم وسيلة في الردع والإصلاح، فهو يردع الجاني وغيره عن الوقوع فيما وقع فيه، وفي الوقت نفسه تعمل على إصلاح الخلل الكائن في شخص الجاني وإعادته إلى الطريق القويم[1].

خصائص العقوبة:

بناء على التعريف السابق للعقوبة في القانون الوضعي يظهر أن للعقوبة مجموعة من الخصائص سوف أبينها فيما يلي:

أولاً: شرعية العقوبة، بمعنى أن العقوبة كالجريمة لا تكون في الشرائع الحديثة إلاّ بنص يقررها، وهذا المبدأ مقرر في جميع الدساتير في الدول المختلفة، وقد قررت المادة ٦٦ من الدستور المصري أنه «لا جريمة ولا عقوبة إلاّ بناء على قانون».

---

(١) انظر في ذلك:

قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٤٧٩ وما بعدها، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ٣٦، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٥٥٥ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٥٧٦ وما بعدها.

وهذا المبدأ يرتب عدداً من النتائج الجنائية المهمة، ومنها أنه لا يجوز تطبيق القانون الجنائي في شقه المتعلقة بالتجريم بأثر رجعي ما لم يكن هذا التطبيق أصلح للمتهم، بمعنى أنه متى ارتكب شخص فعلاً ولم يكن هناك نص يجرمه فلا يعاقب عليه متى صدر قانون بعد فعله يصف الفعل بأنه مجرم، أما لو ارتكب فعلاً مجرماً قانوناً ثم صدر قانون جديد يبيحه فهنا تخلى ساحته ويستفيد من القانون الجديد، لأن التطبيق الرجعي يسري متى كان في صالح المتهم.

وكذا يترتب على هذا المبدأ أن القانون وحده هو الذي يقرر متى تكون هناك جريمة، وهو وحده الذي يقرر العقوبة لهذه الجريمة بتحديد حد أدنى وأقصى لها تاركاً للقاضي إعمال الظروف المختلفة المؤثرة في الواقعة الإجرامية بعد ذلك.

وكذا يترتب على هذا المبدأ أن القانون وحده هو الذي يحدد مدى جسامة العقوبة بناء على جسامة الجريمة، وهو الذي يحدد المال الذي تصيبه العقوبة بناء على نوع الجريمة المرتكبة[1].

ثانياً: شخصية العقوبة، ويقصد بذلك أن الجزاء الجنائي المترتب على الجريمة لا يطول غير مرتكب الجريمة مهما قربت صلته به، فالعقوبة سواء توجهت نحو حياة المحكوم عليه أم نحو حريته أم نحو ماله فلا توقع إلاّ عليه هو فقط دون غيره ممن تربطهم به صلة القرابة أو الزوجية ما دام أنه غير مشارك معه في الجريمة، ولا يجوز أن يتحملها عنه الغير أيّاً كان.

---

(١) انظر في ذلك:

قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٤٩٨ وما بعدها، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ٥٥٨ ص وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٥٨١.

ولذا فإنه متى توفي المتهم في جريمة ما فإن الدعوى الجنائية تنقضي بوفاته، ومتى توفي بعد الحكم وقبل التنفيذ سقط الحكم وامتنع التنفيذ.

وشخصية العقوبة بناء على هذا وجه من وجره عدالة العقوبة، فعدالة العقوبة تستوجب عدة أمور منها تناسبها مع الجرم الواقع من الجاني، وشخصية العقوبة الموقعة عليه.

ويلاحظ أخيراً أنه ليس معنى أن العقوبة شخصية وعدم إطالتها للغير أنه يمنع وقوع آثارها عليهم، فمن الطبيعي أن يصيب أهل الجاني بعض الآثار المادية والمعنوية نتيجة العقوبة، ومن المحال رفع هذه الآثار عنهم أو منع وقوعها، كتأثرهم بغياب الجاني عن حياتهم خاصة إذا كان هو العائل لهم، وتدني مركزهم في المجتمع نتيجة الحكم على قريبهم وغير ذلك، وهي أمور في الغالب تتبع الأعراف، فمن المعروف أن كل أسرة وكل جماعة بها الطيب والخبيث والمجرم والصالح، فلا يعقل أن يؤاخذوا في المجتمع بجرم غيرهم[1].

ثالثاً: تفريد العقوبة، ويقصد بذلك أن تتدرج أنواع العقوبات ومقاديرها حتى تتلاءم مع جسامة الجريمة وخطورة الجاني، فالعقوبة المقررة لفعل إجرامي معين وإن كانت معروفة سلفاً إلاّ أنها لم تعد ثابتة، وإنما تتراوح بين حد أقصى وحد أدنى، وليست هناك عقوبة واحدة متساوية لكل الجناة عن ذات الجرم المرتكب، وإنما تتفاوت تبعاً لتفاوت الجريمة وجسامتها ومدى خطورة الجاني نفسه.

وهذا التفريد للعقوبة قد يكون تشريعياً أي ينص المشرع عليه قانوناً،

---

(١) انظر في ذلك:

قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٥٠١ وما بعدها، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٥٥٩ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٥٨٠.

وقد يكون قضائياً أي يترك تقديره لقاضي الموضوع حسبما يرى من ظروف الجريمة والجاني، وقد يكون إدارياً تقوم به جهة غير الجهات القضائية والتشريعية.

فالتفريد القانوني ينشأ عندما يقرر المشرع في النص الجنائي تدرجاً في العقوبة بحسب ظروف الجريمة والجناة فيفرض على القاضي تطبيق نص معين عقوبته أشد أو أخف من العقوبة العادية المقررة لنفس الفعل إذا وقع في ظروف معينة أو من جناة محددين، مثال ذلك تشديد العقوبة إذا وقعت في ظرف معين كالإكراه بالنسبة لجريمة السرقة، ووقوع الإجهاض من طبيب أو صيدلي أو جراح أو قابلة.

والتفريد القضائي هو الذي يقوم القاضي ذاته بتطبيقه عند تقدير العقوبة المقررة بناء على تفويض المشرع له بذلك، ومثاله ترك الخيار للقاضي بين عقوبتي الإعدام والأشغال الشاقة المؤبدة في بعض الجنايات، والخيار بين الحبس والغرامة في بعض الجنح وكذا الجمع بينهما في بعض الأحوال، وكذا إمكانية النزول بالعقوبة درجة أو درجتين عن العقوبة الأصلية في الجنايات المقررة بالمادة ١٧ من قانون العقوبات الخاص بعذر ضبط الزوج لزوجته متلبسة بالزنى فيقوم بقتلها ومن يزني بها.

والتفريد الإداري هو الذي تقوم به السلطة الإدارية القائمة على تنفيذ العقوبة دون الرجوع إلى القضاء، ومن ذلك مثلاً الإفراج الشرطي متى استوفى المحكوم عليه ثلاثة أرباع المدة المحكوم عليه بها إذا كان سلوكه في أثناء وجوده بالسجن يدعو إلى الثقة به وأنه لن يعود إلى الجريمة مرة أخرى[1].

---

(١) انظر في ذلك:
قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٥٠٢ وما بعدها، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ٥٦٠ ص، قانون العقوبات =

رابعاً: المساواة في العقوبة، بمعنى أن النص القانوني الخاص بها يسري في حق الجميع دون تمييز وأيّاً كانت مراكزهم في المجتمع، ولكن المقصود هنا تساويهم في تطبيق النص عليهم، وليس مساواتهم جميعاً في جنس العقوبة المقررة ولو لفعل واحد، فذلك يخضع لظروف أخرى ـ كما سبق القول في التفريد ـ، فالمساواة في العقوبة تعني إمكانية تطبيق النص القانوني على الجميع[1].

خامساً: قضائية العقوبة، ويقصد بذلك أن السلطة القضائية وحدها هي التي تحتكر توقيع العقوبات الجنائية، وهذه الخصيصة تعد مكملة لأولى الخصائص وهو مبدأ شرعية العقوبة، فقد سبق أن العقوبة لا تتقرر إلاّ بنص قانوني ويضاف هنا أن من يطبقها على الجاني هو القاضي وحده دون غيره من السلطات مهما كانت مكانتها، وهذا هو ما يفرق العقوبة عن غيرها من الجزاءات التي يمكن أن تقع بالاتفاق كالتعويض أو الذي توقعه السلطة الإدارية كالجزاء التأديبي، وهكذا[2].

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

وبعد فمما سبق يتضح أن القانون الوضعي يتفق مع الفقه الإسلامي في

القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٥٨١.

(١) انظر في ذلك:
قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٥٠٥، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٥٦٠، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٥٨١.

(٢) انظر في ذلك:
قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٥٠٥ وما بعدها، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٥٥٨، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٥٨١.

مفهوم العقوبة وخصائصها في الجملة وإن اختلف المنهج بينهما بعد ذلك في نوعية هذه العقوبات وكيفية تطبيقها، فلكل منهجه الخاص، فمثلاً يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في كون العقوبة لا تكون إلاّ بنص، ولا يطبقها إلاّ القاضي لا غير، وأنها شخصية لا تطول غير الجاني في الجملة، ولكن هناك بعض العقوبات في الفقه الإسلامي تصيب الغير نتيجة للتآزر المتوقع بينهما، ومن ذلك مثلاً عقوبة الدية في القتل الخطأ، حيث يكون على العاقلة مواساة الجاني والتحمل معه فيها وهكذا، يضاف إلى ذلك أن العقوبات في الفقه الإسلامي محددة ومقدرة في جزء منها، وغير مقدرة ومتروكة لحرية القاضي في جزء آخر، وليس هنا مجال تفصيل ذلك، وسيأتي الكلام على بعض منها في أغراض العقوبة وأنواعها بإذن الله تعالى.

يبقى بعد ذلك أن نذكر أن الخصائص التي ذكرها شراح القانون وبرعوا في تفصيلها لم تصل إليها التشريعات الجنائية مرة واحدة وإنما بعد كفاح طويل، وثورات في مجتمعات مختلفة، وتطور نظريات عديدة، وبعد كل ذلك تحتاج أيضاً إلى التطور، ويظهر ذلك في التغيير في التشريعات الجنائية المختلفة في بلاد عديدة رغم ظنها أنها قد وصلت للقمة في إحداها، فلا تكاد تمر سنوات قليلة حتى تكتشف قصورها عن مجاراة العصر.

وهذا بخلاف نظرية العقوبة في الفقه الإسلامي، فهي مرنة متطورة، وقادرة على الوفاء باحتياجات المجتمعات في كل مكان وزمان، وهي متكاملة كنظرية، ولا يطولها القصور، ولم تتهالك رغم مرور مئات السنين عليها، لأنها شريعة أحكم الحاكمين، وما أحرانا بتطبيقها والتمسك بها، والله تعالى أعلى وأعلم.

المطلب الثاني

أغراض العقوبة

وفيه فرعان:

الفرع الأول

أغراض العقوبة في الفقه الإسلامي

إن العقوبة في الفقه الإسلامي لها فلسفتها الخاصة ونظامها المتفرد الذي لا يوجد له مثيل في تشريع آخر، فهي لم تشرع عبثاً، ولم تقدر بغير حكمة، وإنما شرعت لتحقيق أغراض معينة للمجتمع والجاني ذاته، وهذه الأغراض هي:

أولاً: تطهير المجتمع من الفساد، فالعقوبة تمنع من لم يقع في الجريمة من الوقوع فيها، فهو ينظر بعينيه إلى عقوبة المجرم وما حل به من جزاء رادع لما ارتكب من جريمة فيفكر ألف مرة قبل أن يقدم على ارتكاب الجريمة، وبعد التفكير الهادي يجد نفسه خوارة خائفة من الإقدام على الجريمة حتى لا تنالها العقوبة التي نالت غيرها، ومن هنا فإن المجتمع يقل فيه وقوع الجريمة إن لم يمنع كلية، فيعيش آمنا هادئاً، وقد جاءت تعبيرات الفقهاء لذلك في كتبهم، حيث جاء

في الهداية «أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيه معنى العوضية، فلا تثبت مع الشبهة»[1].

وجاء في البحر الرائق «والتحقيق أن الحدود موانع قبل الفعل زواجر بعده، أي العلم بشرعيتها يمنع الإقدام على الفعل، وإيقاعها بعده يمنع من العود إليه، فهي من حقوق الله تعالى، لأنها شرعت لمصلحة نافذة إلى كافة الناس فكان حكمها الأصلي الانزجار عما يتضرر به العباد، وصيانة دار الإسلام عن الفساد، ففي حد الزنى صيانة الأنساب، وفي حد السرقة صيانة الأموال، وفي حد الشرب صيانة العقول، وفي حد القذف صيانة الأعراض»[2].

وجاء في قواعد الأحكام في مصالح الأنام «والزواجر مشروعة لجلب ما فات من المصالح والزواجر، مشروعة لدرء المفاسد، والغرض جبر ما فات من مصالح حقوق الله وحقوق عباده، ولا يشترط في ذلك أن يكون من وجب عليه الجبر آثماً، وكذلك شرع الجبر مع الخطأ والعمد والجهل والعلم والذكر والنسيان وعلى المجانين والصبيان، بخلاف الزواجر فإن معظمها لا يجب إلاّ على عاص زجراً له عن المعصية»[3].

وجاء في إعلام الموقعين «وكذلك الحدود جعلها الله تعالى زواجر للنفوس وعقوبة ونكالاً وتطهيراً، فشرعها من أعظم مصالح العباد في المعاش والمعاد، بل لا تتم سياسة ملك من ملوك الأرض إلاّ بزواجر وعقوبات لأرباب الجرائم»[4].

---

(١) الهداية للمرغيناني ٤/ ٢٧٠.

(٢) البحر الرائق لابن نجيم ٥/ ٣، ومثله ما جاء في حاشية ابن عابدين ٤/ ٣، وشرح فتح القدير لابن الهمام ٥/ ٢١٢.

(٣) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ١/ ١٥٠.

(٤) إعلام الموقعين عن رب العالمين ٣/ ١٨٤.

ثانياً: إصلاح الجاني وتقويمه ـ فيما دون القصاص أو العقوبات التي فيها الخلاص منه كلياً ـ فالعقوبة ليست انتقاماً خالصاً من الجاني وإنما هي مشروعة لتهذيب طباعه، وتعويده على سلوك الطريق المستقيم، فإن لم يكن هناك مفر فإن في بتره من المجتمع كعضو فاسد راحة للمجتمع وأمان له[1]، وفي ذلك جاء في حاشية العدوي على الخرشي «وهل الحدود زواجر عن إتلاف العقول والنفوس والأديان والأعراض والأموال والأنساب، ففي القصاص حفظ النفوس، وفي القطع للسرقة حفظ الأموال، وفي الحد للزنى حفظ الأنساب، وفي الحد للشرب حفظ العقول، وفي الحد للقذف حفظ الأعراض، وفي القتل للردة حفظ الدين، وقيل إن الحدود جوابر أي كفارات وهو الصحيح»[2].

فهذا النص قد بين أنه على الرغم من كون الحدود وهي عقوبات مقدرة زواجر عن المعصية فإن البعض يراها جوابر وتوبة للجاني وتطهيراً له، ومن ثم فإن العقاب في الشريعة الإسلامية يرمي إلى تطهير نفس الجاني من درن الجناية ووزر المعصية في الدنيا والآخرة.

ثالثاً: إن العقوبة تحقق العدالة والرحمة في المجتمع، فهي على قدر الجرم الواقع من الجاني والمعصية المرتكبة منه، ولذلك جاء في المغني «التعازير المشروعة على جناية لا حد فيها، كوطء الشريك الجارية المشتركة، أو أمته المزوجة، أو جارية ابنه، أو وطء امرأته في دبرها أو حيضها، أو وطء أجنبية دون الفرج، أو سرقة ما دون النصاب أو حرز أو النهب أو الغصب أو الاختلاس، أو الجناية على إنسان بما لا يوجب حدّاً ولا قصاصاً ولا دية، أو شتمه بما

---

(١) راجع العقوبة في الفقه الإسلامي للشيخ محمد أبو زهرة ص ٣٣.

(٢) حاشية العدوي على الخرشي ٢/ ٣٧٤.

ليس بقذف، ونحو ذلك يسمى تعزيراً، لأنه منع من الجناية، والأصل في التعزير المنع، ومنه التعزير بمعنى النصرة، لأنه منع لعدوه من أذاه، واختلف عن أحمد في قدره فروي عنه أنه لا يزاد على عشر جلدات نص أحمد على هذا في مواضع، وبه قال إسحاق[1] لما روى أبو بردة[2] قال سمعت رسول الله ﷺ يقول «لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلاّ في حد من حدود الله تعالى»[3]، والرواية الثانية لا يبلغ به الحد وهو الذي ذكره الخرقي[4] فيحتمل

---

(١) إسحاق: أبو يعقوب إسحاق بن إبراهيم راهويه الحنظلي المروزي، عالم المشرق، وسمي أبوه راهويه وهي كلمة فارسية لمولده في طريق مكة، وقد أطلقه الفرس عليه، قال عنه الإمام أحمد «لا أعلم بالعراق له نظيراً وما عبر الجسر مثل إسحاق»، وناظر الشافعي في بيع دور مكة فلما عرف فضله صحبه وصار من أصحاب الشافعي، كما كان من جلة أصحاب الإمام أحمد، وله كتب متعددة منها كتاب السنن في الفقه، وكتاب المسند، وكتاب التفسير، وتوفي رحمه الله سنة ٢٣٨ هـ.
انظر الترجمة له في: شذرات الذهب ٢/ ٨٩، تاريخ الإسلام ٦/ ٥٦٧، الفهرست ص ٣٧٩.

(٢) أبو بردة: أبو بردة ابن نيار البلوي، واسمه هانئ بن نيار بن عمرو وقيل مالك بن هبيرة والأول أصح وهو حليف الأنصار وخال البراء بن عازب وقيل عمه، شهد بدراً وما بعدها، وروى عن النبي ﷺ، وعنه البراء بن عازب وجابر وابن أخيه سعيد بن عمير بن عقبة بن نيار وعبد الرحمن بن جابر بن عبد الله وبشير بن يسار وغيرهم، قيل مات سنة إحدى وقيل اثنتين وأربعين، وقيل خمس وأربعين، وقال الواقدي توفي في أول خلافة معاوية بعد شهوده مع علي حروبه كلها.
انظر الترجمة له في: تهذيب التهذيب لابن حجر ١٢/ ٢٢ وما بعدها، تهذيب الكمال للمزي ٣٣/ ٧٢ وما بعدها، الاستيعاب ٤/ ١٥٣٥، الإصابة في تمييز الصحابة ٦/ ٥٢٣.

(٣) متفق عليه واللفظ لمسلم، رواه في صحيحه، الصحيح ٣/ ١٣٣٢، ورواه البخاري في صحيحه، الصحيح ٦/ ٢٥١٢.

(٤) الخرقي: أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله البغدادي الخرقي الحنبلي، ولد ونشأ ببغداد، وكان من كبار الأئمة، كما كان أبوه من أئمة الحنابلة في عصره، تلقى العلم على يد والده وعلى يد الكرماني، كما تفقه بصالح وعبد الله ابني الإمام أحمد، وتعلم على يديه جماعة من شيوخ المذهب منهم أبو عبد الله بن بطة وأبو الحسين =

أنه أراد لا يبلغ به أدنى حد مشروع وهذا قول أبي حنيفة والشافعي. . . ولنا حديث أبي بردة عن النبي ﷺ أنه قال «من بلغ حدّاً في غير حد فهو من المعتدين»[1]، فدل على أن العقوبة تكون على قدر الإجرام والمعصية، والمعاصي المنصوص على حدودها أعظم من غيرها، فلا يجوز أن يبلغ في أهون الأمرين عقوبة أعظمها»[2].

وهذا النص رائع البيان في تحديد العقوبة وأنها على قدر الجرم ولا تزيد عليه، لأن الغاية منها تحقيق العدالة وليس الانتقام من الجاني وبتره أو زيادة العقوبة على القدر المسموح به شرعاً.

وممّا سبق يتضح أن العقوبة في الفقه الإسلامي لها غاية عظيمة وفلسفة بديعة لا توجد في تشريع آخر، حيث تجمع بين الرحمة والحزم، والرقة والفظاظة، والرفق بالجاني وإصلاحه، وأخذ حق المجني عليه وإرضائه وإرضاء المجتمع بتقويم العضو الفاسد وأخذ الحق منه وإلاّ بتره نهائياً إن لم يكن هناك بد من ذلك ولا سبيل إلى إصلاحه بأي طريق.

التميمي وأبو الحسين بن شمعون وغيرهم، وللخرقي مصنفات كثيرة لم تظهر، وأشهر مصنفاته المختصر في الفقه، وهو من أهم المتون في فقه الحنابلة، فقد شرح بشروح كثيرة تعدت الثلاثمائة شرح، أشهرها شرح موفق الدين بن قدامة المقدسي المسمى بالمغني، وشرح شمس الدين بن قدامة المسمى بالشرح الكبير، وشرح الزركشي، وقدم إلى دمشق في آخر حياته، ومات بها سنة ٣٣٤ هـ.
انظر الترجمة له في: تاريخ الإسلام ٩/ ٤٤٢، سير أعلام النبلاء ١٥/ ٣٦٣ وما بعدها، طبقات الحنابلة لأبي يعلى ٢/ ٧٥ ط دار المعرفة بيروت.

(١) رواه البيهقي في سننه وقال هذا حديث مرسل، السنن الكبرى ٨/ ٣٢٧.

(٢) المغني لابن قدامة ٩/ ١٤٨ وما بعدها، ومثله في كشاف القناع ٦/ ١٢٣.

الفرع الثاني

أغراض العقوبة في القانون الوضعي

يقصد بأغراض العقوبة تلك الوظائف المنوطة بالعقوبة أو فاعليتها في إحداث الآثار المترتبة عليها والتي من أجلها تستخدمها الدولة كرد فعل حيال الجريمة.

وفاعلية العقوبة بالنسبة لآثارها لا تتوقف على زمن بعينه بل تطول الماضي والحاضر، فهي بالنسبة للماضي تعبر عن الزجر للجاني عما ارتكب من جرائم ثبتت مسؤوليته عنها، وهي بالنسبة للمستقبل تعبر عن الردع العام لكل أفراد المجتمع حتى لا يقترف أحدهم ما اقترفت يد الجاني من جرائم.

وقد اختلفت اتجاهات الشراح حول أغراض العقوبة في التشريعات الجنائية المختلفة، ويمكن رد جميع الاتجاهات إلى نظريتين فقط وهما:

الأولى: النظرية النسبية، وهي التي ترى أن العقوبة ترجع في أساسها إلى الغاية التي تهدف إليها وهي منع ارتكاب الجرائم مستقبلاً.

والثانية: النظرية المطلقة، وهي التي ترى أن العقوبة عبارة عن رد فعل غريزي للمجتمعات على ما حدث من جرائم ارتكبها الجاني الذي توقع عليه العقوبة ولذا فهي في نظرهم تطبق كمقابل لارتكاب

الجريمة وما نتج عنها من أذى اجتماعي[1].

وأيّاً كانت النظريات والاتجاهات المتعددة في أغراض العقوبة فإنها جميعها ترجع إلى أفكار ثلاث أو وظائف ثلاث هي:

الأول: الزجر، وقد قال به بعض شراح القانون في بلدان مختلفة على أساس أنه الغرض والوظيفة الأولى للعقوبة باعتبار أن الضمير الجماعي كما يرى وجوب استحقاق الفعل الحسن للثواب كذلك يستحق الفعل السيئ العقاب، ولذا فإن العقوبة عندهم هي مجرد جزاء على ارتكاب الجريمة أو مقابل لارتكابها، فإن الجاني قد خالف بسلوكه النص التجريمي الذي يحمي مصالح المجتمع، ومن ثم فهو يستحق الزجر وبالتالي العقاب المقرر لها قانوناً.

وقد اختلف القائلون بهذه الوظيفة للعقوبة في الأساس الذي يقوم عليه الزجر، فذهب بعضهم إلى أنه الأساس القانوني باعتبار أن الجريمة ليست مخالفة دائماً للقيم الخلقية وإنما هي مخالفة دائماً للقيم القانونية التي تبناها المشرع الوضعي في صورة نصوص تحظر عليه ارتكاب الفعل الذي أتاه.

وذهب البعض الآخر إلى أنه الأساس الأخلاقي باعتبار أن الزجر يستند إلى أن هناك حاجة عميقة وملحة للطبيعة الإنسانية في أن الشر يجازى بالشر، وما دام أن الجريمة المرتكبة تشكل مخالفة للقيم الأخلاقية فإن

---

(١) قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٥٨٢ وما بعدها، شرح قانون انعقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٥٥٥، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٤٨٤ وما بعدها، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ٧٣٤، القانون الجنائي للدكتور علي راشد ص ٤٤٢ وما بعدها، شرح القانون الجنائي القسم العام للدكتور أحمد صفوت ص ٢٣٧ وما بعدها.

الضمير الإنساني يتطلب وجوب توقيع العقوبة على مرتكب الجريمة[1].

وعلى الرغم من أن الآراء المتعددة حول الزجر كوظيفة وغاية للعقوبة قد عبرت عن جانب من جوانب الحقيقة في وظيفة العقوبة إلاّ أنها أهملت الوظائف الأخرى لها والتي تهدف العقوبة إلى تحقيقها.

الثاني: الردع، وقد قالت به بعض النظريات القانونية على اعتبار أن وظيفة العقوبة تنحصر في الوقاية ومنع ارتكاب الجريمة في المستقبل، ويتحقق ذلك عن طريق ردع الآخرين وتهديدهم بإنزال العقوبة التي نزلت بالجاني إن ارتكبوا ما ارتكب، وهذا يحول دون وقوع جرائم مستقبلية من نفس نوع الجريمة الواقعة، ولذلك ترى النظريات القائلة بهذا الاتجاه وجوب تشديد العقوبة المقررة كجزاء لمخالفة نصوص القانون في التجريم، ووجوب تنفيذ العقوبة أمام العامة حتى يتحقق الردع العام.

ولا تقتصر العقوبة على الردع العام فقط، بل تحقق الردع الخاص أيضاً بالنسبة للجاني، فتنفيذ العقوبة عليه يحقق بالنسبة له ردعاً عن العود لتلك الجريمة ثانية، ومن ثم فإنها تكون باعثاً على منعه من ارتكاب الجريمة مرة ثانية، خاصة أن نظام الإفراج الشرطي قد أثبت نجاح العقوبة في تحقيق الردع الخاص للجاني، حيث يظهر أن خوف الجاني من الحرمان من الحياة الحرة والمزايا التي يحققها له نظام الإفراج الشرطي يجعله متحسباً من وقوع أي خطأ منه أو ارتكاب فعل يعود به إلى غياهب السجون ثانية.

---

(١) انظر في ذلك: قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٥٨٥ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٤٨٦، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ٧٣٤.

ورغم أن هذه النظرية قد أشارت إلى أحد وظائف العقوبة إلاّ أنها أهملت كسابقتها الأغراض والوظائف الأخرى، كما أن قصر وظيفة العقوبة على الردع العام فقط أدى إلى الإفراط في التشديد في العقوبة وقسوتها مع أن المفروض أنها توازي جسامة الجرم المرتكب، وأن يكون شعور الأفراد بعدالة العقوبة لا قسوتها فقط هو الذي يحقق لهم الردع العام وكذا الجاني فلا يرتكب جانٍ تلك الجريمة مرة ثانية[1].

الثالث: الإصلاح، وقد قال به بعض الشراح على اعتبار أن العقوبة شر لا بد منه إلاّ أن له غاية معينة وهي إصلاح الجاني وتهذيبه بإزالة الأسباب التي تدفعه إلى ارتكاب الجرائم، فالجاني بجريمته قد أثبت أنه أهل لارتكاب أفعال إجرامية، ولمنعه من الوقوع في الإجرام ثانية فإنه ينبغي استثارة الشعور بالندم لديه، وهذا يأتي عن طريق الإصلاح والتهذيب اللذين يمثلان الوظيفة الرئيسية للعقوبة.

وهذه النظرية رغم قربها من أهم وظائف العقوبة إلاّ أنها يعيبها ما عاب السابقتين من قصر وظيفة العقوبة على هدف واحد فقط دون غيره، فقد لا يكون المجرم أهلاً للإصلاح فتتحقق الغاية بردعه وزجره وربما بتره من المجتمع إذا كانت العقوبات الأخرى غير كافية لدفع شره ودرء جرائمه، يضاف إلى ذلك أن هذه النظرية قد عممت الحكم على كل المجرمين مع أن الواقع يقول ليس كل من ارتكب جريمة يحتاج إلى إصلاح وتهذيب، فكثير من الأفراد يقدمون على الجريمة نتيجة انفعال أو عاطفة وسرعان ما يندمون على فعلتهم ويدركون مدى خطئهم فكيف تكون العقوبة إصلاحاً

---

(١) قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٥٨٦ وما بعدها، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ٧٣٥، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٤٨٦ وما بعدها.

لهم مع أنهم لا يحتاجون لذلك بفعل خلقهم السوي في الأصل؟[1]

العقوبة كوسيلة للدفاع الاجتماعي:

من يدرس تاريخ العقوبة وتطورها في المجتمعات المختلفة يجد أنها ضرورة من الضرورات التي لا غنى عنها لتقويم المعوج من الأفراد، فقد قامت المجتمعات المختلفة قديماً وحديثاً بتقرير العقوبة حفاظاً على النظام السائد في المجتمع، وهي كذلك في مجتمعاتنا المعاصرة، فعند التشريع يقوم المشرع الوضعي بالنص على عقوبة الفعل لغاية محددة وهي حماية المجتمع من الأفعال المستوجبة للعقوبة، فإن أحدث التهديد بالعقوبة والتلويح بها في نصوص القانون أثره في منعها كان بها وإلاّ فلا مناص من توقيعها على الجاني، فتوقيع العقوبة بعد ارتكاب الجريمة جزء مكمل للتهديد بها قبل ارتكابها، وعلى ذلك فإن العقوبة يتحدد دورها في المجتمعات المختلفة بالوقاية من وقوع الجرائم مستقبلاً.

ورغم ذلك فإن هذه الوظيفة الأساسية للعقوبة لا تمنعها من أداء وظائف أخرى لصالح المجتمع ونفعه ومنها ما يلي:

١ ـ **الإبعاد**، فقد تهدف العقوبة إلى إبعاد الجاني عن الحياة الاجتماعية لخطورته على مصالح المجتمع ونظمه، وقد كانت هذه الوظيفة معروفة في المجتمعات القديمة كما تنص عليه بعض التشريعات الحديثة في حالة استحالة تأديب الجاني وتهذيب طباعه وميوله الإجرامية، ومثال ذلك عقوبة الإعدام والأشغال الشاقة المؤبدة، مع ملاحظة أن

---

(١) انظر في ذلك: قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٥٨٨ وما بعدها، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ٧٣٦، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٤٨٨ وما بعدها.

التشريعات التي تقرر عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة تترك فرصة لإصلاح الجاني عن طريق تقرير نظام الإفراج الشرطي.

٢ ـ **التأهيل الاجتماعي**، بمعنى أن تتم الاستفادة من العقوبة في تهذيب المحكوم عليه وإصلاحه وتعليمه لكي يعود إلى المجتمع عضواً صالحاً، ويتحقق تأهيل المحكوم عليه اجتماعياً بطرق متعددة، كتعليمه حرفة، وتثقيفه إن كان يجيد القراءة والكتابة، والنقاش الديني معه عن طريق الوعظ والإرشاد له، وتعليمه القراءة والكتابة إن كان أمياً، وغير ذلك من وسائل ليس هنا مجال تفصيلها[1].

وظيفة العقوبة في قانون العقوبات المصري:

من يقرأ نصوص قانون العقوبات المصري في شأن العقوبات يتبين له أن العقوبة فيه تقوم على أساس الزجر باعتبار أنها مقابل للأذى الناشئ عن الجريمة، ويتبين ذلك فيما يلي:

١ ـ إن العقوبة فيه مقدرة على أساس جسامة الجريمة والإثم المرتكب من الجاني.

٢ ـ إن العقوبة لا تطبق ولا يستمر في تنفيذها متى ثبت عدم أهلية المحكوم عليه بسبب جنون أو مرض عقلي، فهو لا يدرك معنى العقاب والقصد من إيلامه.

٣ ـ إن قانون العقوبات المصري يأخذ بعقوبة الإبعاد سابقة الذكر، ويتمثل

---

(١) انظر هذا التفصيل في: قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٥٨٩ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٤٩٠ وما بعدها، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي للدكتور رؤوف عبيد ص ٣٨٤، الجريمة والمجرم والجزاء للدكتور رمسيس بهنام ص ٢٦٤ وما بعدها.

ذلك في تقريره لعقوبتي الإعدام والأشغال الشاقة المؤبدة.

٤ ـ إنه يأخذ بالعقوبات السالبة للحرية، فهو يعرف عقوبة الحبس والسجن والأشغال الشاقة مع ما يترتب على ذلك من اختلاف مكان تنفيذها حسب نوعها[١].

وبعد فمما سبق يتبين أن العقوبة في التشريع الوضعي لها أكثر من غرض وغاية يمكن تحقيقها عن طريقها، وهي في جملتها تهدف إلى منع الجاني من ارتكاب جرائم أخرى أو العودة لما ارتكبه، وكذا زجر غيره عن السير في طريقه أو اتباع نهجه في الحياة حماية للمجتمع من آثامهم، وحفظاً لأمنه وأمانه.

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

بالنظر فيما سبق من أغراض العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يظهر أن القانون الوضعي يتفق في جملته مع الفقه الإسلامي في أن الغرض من العقوبة متعدد، حيث تحقق الردع والزجر للجاني ولباقي أفراد المجتمع، كما أن الهدف من العقوبة ليس استئصال الجاني أو سد طريق التوبة في وجهه متى كان فعله لا ينطوي على خطورة كبيرة أو تعدٍّ على حياة الغير، وكان ما ارتكب من جرم يمكن تقويمه، ورغم تعدد النظريات القانونية في أغراض العقوبة على الوجه السابق إلاّ أن كل هذه النظريات لا تخرج عما قال به الفقهاء القدامى الذين يبقى لهم فضل السبق من جهة، وفضل الغوص وراء المعاني الدقيقة في عباراتهم الموجزة في هذا الشأن والتي تقابل كل ما ظهر من نظريات مطولة تورمت بها كتب

---

(١) قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص٥٩٠ وما بعدها.

شراح القانون المختلفة من قول ورد وأخذ وتفسير وتطور في مراحل مختلفة وهكذا.

يبقى بعد ذلك أن نظام العقوبة في الفقه الإسلامي له ذاتيته المستقلة في تقسيماته ووظائفه وأغراضه، والتي تختلف عن كل التشريعات الوضعية الأخرى، ومن يقرأ في كتب قانون العقوبات بقسميه العام والخاص يجد أن السياسات التشريعية في كل بلدان العالم تأخذ بعضها عن بعضها الآخر وتحاول تطوير أفكارها القانونية وتغيير نصوص مواد قانونها كلما ظهرت جريمة معينة بهدف تحقيق الغرض من العقوبة بصيانة المجتمع بطريقة مادية بحتة، في حين يتميز التشريع الإسلامي أنه يخاطب الفرد في ظاهره وباطنه، فهو يعرف أنه بالجريمة يستحق عقاب الشارع في الدنيا من جهة بخلاف ما ينتظره من عقاب الله تعالى في الآخرة، فيتحقق له الردع الذي لا تحققه كل التشريعات الوضعية في العالم أجمع.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

المطلب الثالث

أنواع العقوبة

وفيه فرعان:

الفرع الأول
أنواع العقوبة في الفقه الإسلامي

للعقوبة في الفقه الإسلامي تقسيمات عديدة باعتبارات مختلفة، فمنها عقوبات مقدرة وعقوبات غير مقدرة، وعقوبات لحماية حق الله وعقوبات لحماية حق العبد، وعقوبات مشروعة لمصالح معينة جاءت لحفظها وصيانتها، وسوف ألقي الضوء على هذه التقسيمات بتفصيل مناسب فيما يلي:

اولاً: باعتبار التقدير وعدمه:

تنقسم العقوبات من حيث التقدير وعدمه إلى عقوبات مقدرة، وعقوبات غير مقدرة بل يترك أمرها للقاضي حسب كل حالة على حدة.

فالعقوبات المقدرة هي التي حدد الشرع لها مقداراً معيّناً لا يستطيع القاضي تجاوزه أو الحكم بدونه أو بعقوبة غيرها ولو كانت أشد أو

أخف، وهذه العقوبات ثلاث وهي الحدود والقصاص والدية.

١ ـ **الحدود**، وقد عرفت بأكثر من تعريف فقيل هي العقوبة المقدرة حقاً لله تعالى[١]، وقيل هي عقوبة مقدرة لتمنع من الوقوع في مثله[٢]، وقيل هي ما ذكر من الجلد أو الرجم ونحو ذلك من كل عقوبة مقدرة[٣]، وهذه التعريفات متقاربة في المعنى وإن تعددت الصياغات، وقد سميت الحدود بذلك لمنعها من ارتكاب الفواحش، مثال ذلك عقوبة جريمة الزنى فهي إما الجلد للزاني غير المحصن أو الرجم للزاني المحصن، وقطع يد السارق، وجلد القاذف وشارب الخمر، والحدود في الفقه الإسلامي مقررة ومسماة ومعروفة وهي حد الردة والزنى والسرقة وشرب الخمور والقذف والحرابة.

٢ ـ **القصاص**، لم يذكر الفقهاء فيما اطلعت عليه تعريفاً معيّناً للقصاص مكتفين في ذلك بمعناه اللغوي الذي يعني القود، أو القتل بالقتل، يقال أقصه الحاكم إذا مكنه من أخذ القصاص وهو أن يفعل به مثل فعله من قتل أو ضرب أو جرح[٤]، والقصاص كقتل القاتل عمداً وقطع الطرف للقاطع طرف غيره عمداً وهكذا من الجراح التي يمكن فيها القصاص، وهذا النوع من العقوبة مقرر لمجموعة من الجرائم التي تمس كيان المجتمع وتهدد استقراره وسلامه وأمانه.

٣ ـ **الدية**، وهي عقوبة مالية بحتة، وقد عرفت بأنها المال الواجب

---

(١) الهداية في شرح بداية المبتدي ٣/ ٣٢٥.
(٢) المبدع لابن مفلح ٩/ ٤٣، الإنصاف للمرداوي ١٠/ ١٥٠، الروض المربع شرح زاد المستقنع للبهوتي ٣/ ٣٠٤ وما بعدها.
(٣) إعانة الطالبين للبكري ٤/ ١٤٢.
(٤) انظر لسان العرب لابن منظور مادة (قصص).

بالجناية في نفس أو طرف[1]، وهي تكون في القتل الخطأ والجرح الخطأ والجرح العمد الذي لا يمكن فيه القصاص والقتل العمد المعفو فيه إليها، والدية في كل ذلك مقدرة شرعاً ولا سبيل لتغييرها بحال، وإن اختلف الفقهاء في تغليظها وتخفيفها في حالات معينة لا مجال هنا لذكرها وهي مفصلة في كتب المذاهب المختلفة.

وأما العقوبات غير المقدرة فهي تلك العقوبات التي لم يرد فيها من الشرع تقدير معين، وإنما ترك تقديرها للقاضي حسب ظروف كل جريمة على حدة، وهي الجرائم التي دون الحدود والقصاص، وتعرف هذه العقوبات في الفقه الإسلامي باسم التعزير، وقد عرف بتعريفات كثيرة فقيل هو العقوبة المشروعة على جناية لا حد فيها[2]، وقيل هو كل معصية لا حد فيها والأشهر ولا كفارة[3]، وقيل هو تأديب على ذنب لا حد فيه ولا كفارة غالباً[4]، وهذه التعريفات رغم تعددها لكنها متحدة في المعنى كما سبق، فهي تبين أن التعزير عقوبة غير مقدرة شرعاً ومتروك أمرها للحاكم يقدرها في كل جريمة على حدة.

وقد اتفق الفقهاء[5] على أن التعزير واجب في كل معصية لا حد فيها

---

(١) تعددت تعريفات الدية في كتب الفقهاء وكلها تدخل تحت هذا التعريف المذكور، انظر مثلاً: الدر المختار مع رد المحتار لابن عابدين ٦/ ٥٧٣، الفواكه الدواني ٢/ ٢٥٧، نهاية المحتاج ٧/ ٣١٥، شرح منتهى الإرادات ٣/ ٢٩٨، الروض المربع ٢/ ٤٧٦.

(٢) المبدع ٩/ ١٠٨، المغني ٩/ ١٤٨.

(٣) الفروع لابن مفلح ٦/ ١٠٧، المحرر في الفقه ٢/ ١٦٣، الإنصاف ١٠/ ٢٣٩، منار السبيل ٢/ ٣٣٨، وقريب منه في المهذب ٢/ ٢٨٨.

(٤) فتح الوهاب للأنصاري ٢/ ٢٨٩.

(٥) الهداية ٢/ ١١٦، البحر الرائق ٥/ ٤٤، المبسوط ٢٤/ ٣٦، تحفة الفقهاء ٣/ ١٤٨، الشرح الكبير للدردير ٤/ ٣٥٤، حاشية الدسوقي ٤/ ٣٥٥، التاج والإكليل ٦/ ٣١٩، المهذب ٢/ ٢٨٨، الوسيط ٦/ ٥١٣، روضة الطالبين ١٠/ ١٧٤، الفروع لابن مفلح ٦/ ١٠٧، المحرر في الفقه ٢/ ١٦٣، الإنصاف ١٠/ ٢٣٩، منار السبيل ٢/ ٣٣٨.

ولا كفارة، كمباشرة دون الفرج، ومباشرة امرأة لامرأة، وسرقة لا قطع فيها، وجناية لا قود فيها، وقذف بغير زنى وغير ذلك من الجرائم، ويترك تقديره للإمام على قدر جريمته وما يستوجبه من عقاب يختلف باختلاف شخص المعاقب، فمن الناس من يكفيه في واقعة الزجر والنهر، ومنهم من لا يزجره إلاّ الضرب والجلد وهكذا.

ثانياً: تقسيم الحقوق باعتبار تعلقها بحق الله أو حق العبد:

تنقسم العقوبة بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام، ما يتعلق بحق الله تعالى وهي الحدود المقررة لمصلحة الجماعة وتشمل حد الردة والزنى والسرقة والشرب.

وما يتعلق بحق العبد أي غلب فيه حق العبد وهو القصاص[1]، حيث يحق له المطالبة به أو تركه، ومتى عفا عنه لم يجز قتل القاتل قصاصاً وإن جاز للإمام تعزيره حفظاً لحق الجماعة.

وقسم ثالث يدور بين الاثنين ولذا فهو مختلف فيه بين الفقهاء هل يغلب حق الله أم يغلب حق العبد؟ كحد القذف، فمنهم من قال بالأول، ومنهم من قال بالثاني، ومنهم من قال إنه حق العبد قبل أن يبلغ الإمام وحق الله بعد بلوغه، ولا مجال لتفصيل ذلك لخروجه عن نطاق البحث[2].

---

(١) انظر ذلك في كشف الأسرار عن أصول البزدوي لعبد العزيز البخاري ٤/ ١٣٤، الكافي في فقه الإمام أحمد لابن قدامة ٤/ ٢٢٢، المحلى لابن حزم الظاهري ١١/ ٢٨٨.

(٢) وقد اختلفوا في ذلك ولهم أدلة ومناقشات لا مجال هنا لذكرها، انظر هذا في: بدائع الصنائع للكاساني ٧/ ٥٥ وما بعدها، حاشية الدسوقي ٤/ ٣٣١، مغني المحتاج ٤/ ١٥٥، حشية الشرقاوي على التحرير ٢/ ٤٠٨، الكافي لابن قدامة ٤/ ٢٢٢، المحلى لابن حزم ١١/ ٢٨٨ وما بعدها.

ثالثاً: تقسيم العقوبة باعتبار المصلحة التي شرعت للمحافظة عليها:

إذا كنا قد قسمنا العقوبة من حيث تقديرها وعدمه إلى عقوبات مقدرة وعقوبات غير مقدرة كما سبق، فإن هذه العقوبات ما شرعت إلاّ لحماية مصالح معتبرة عند الشارع، فقد قصد الشارع من تلك العقوبات حماية المصالح الكلية المعتبرة من أي اعتداء[1]، وهذه المصالح هي:

١ ـ عقوبة شرعت للمحافظة على الدين وهي الردة.

٢ ـ عقوبة شرعت للمحافظة على النفس وهي القصاص والدية.

٣ ـ عقوبة شرعت للمحافظة على العقل وهي شرب الخمر.

٤ ـ عقوبة شرعت للمحافظة على النسل وهي حد الزنى والقذف.

٥ ـ عقوبة شرعت للمحافظة على المال وهي السرقة.

وإذا كانت العقوبات السابقة مقدرة حدوداً لا يمكن تجاوزها أو تبديلها فإنما ذلك للجرائم الكاملة فإن وقعت جريمة أقل منها ولم تبلغ مقدار الحد كانت العقوبة التعزير للمحافظة على ذات المصالح أيضاً فهي الأساس الذي تدور حوله كل الجرائم والعقوبات.

---

(١) انظر في هذا المعنى الكتاب البديع: المستصفى في أصول الفقه للإمام الغزالي ١/ ٢٨٦ وما بعدها.

الفرع الثاني

أنواع العقوبة في القانون الوضعي

تنقسم العقوبة في القانون الوضعي إلى أقسام مختلفة باعتبارات متعددة وتبعاً لاختلاف وجهة النظر التي يبنى عليها التقسيم، ومن أشهر هذه التقسيمات تقسيم العقوبة إلى عقوبات جنايات وجنح ومخالفات، وسوف أبين تقسيمات العقوبة بالاعتبارات المختلفة في السطور التالية:

أولاً: تقسيم العقوبة إلى جنايات وجنح ومخالفات:

وهذا هو التقسيم الأشهر في الفقه القانوني، وهو تقسيم لها من حيث الجسامة، وقد أشار قانون العقوبات إلى هذا التقسيم في المواد من ١٠ ـ ١٢ منه، فعقوبات الجنايات هي الإعدام والأشغال الشاقة المؤبدة والأشغال الموقتة والسجن، وعقوبة الجنح هي الحبس والغرامة التي يزيد أقصى مقدارها على خمسمائة جنيه، والمخالفات هي الغرامة التي لا يزيد أقصى مقدارها على خمسمائة جنيه، ومقتضى هذا التقسيم أن الجريمة تعتبر جناية إذا كانت العقوبة المقررة لها في القانون هي الإعدام أو الأشغال الشاقة أو غيرها كما سبق، وتعتبر جنحة أو مخالفة فيما عدا ذلك، والعبرة في هذا التقسيم هي بالعقوبة المقررة قانوناً في النص

القانوني الذي طبقه القاضي لا بالعقوبة الصادرة فعلاً[1].

ثانياً: من حيث الحق الذي تصيبه العقوبة:

تنقسم العقوبة من حيث الحق الذي تصيبه إلى عقوبة تصيب حياة الإنسان وهي الإعدام، ومنها ما يصيب حريته وهي العقوبات السالبة للحرية، ومنها ما يصيب حقوقه السياسية، كالحرمان من الحقوق والمزايا المنصوص عليها في المادة ٢٥ من قانون العقوبات، ومنها ما يصيب ذمته المالية كالغرامة والمصادرة، ومنها ما يصيب شرفه واعتباره، كالأمر بنشر الحكم الصادر بالعقوبة في الصحف وإلصاقه على الجدران[2].

ثالثاً: من حيث الغاية الاجتماعية للعقوبات:

تنقسم العقوبة من حيث الغاية الاجتماعية للعقوبات إلى عقوبات تثبيطية أو تحذيرية كالغرامة والمصادرة والعقوبات السالبة للحرية لمدة قصيرة، وعقوبات إصلاحية أو تعليمية كالأشغال الموقتة والسجن والحبس لمدة طويلة، وعقوبات وقائية استئصالية، كالإعدام والأشغال الشاقة المؤبدة[3].

---

(١) انظر: قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٤٩٥، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٥٦٢، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٥٩٣.

(٢) انظر في هذا المعنى: شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٥٦١، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٤٩٧، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٥٩٣.

(٣) انظر: قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٥٩٣، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٥٦١، قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٤٩٥.

رابعاً: من حيث الأصالة والتبعية:

تنقسم العقوبة بهذا الاعتبار إلى عقوبات أصلية وتبعية وتكميلية، وقد ذكر قانون العقوبات المصري هذه الأقسام في الباب الثالث من الكتاب الأول منه في المواد من ١٣ إلى ٣١ من ذلك القانون بالنسبة للعقوبات الأصلية والتبعية فقط.

والعقوبات الأصلية هي الإعدام والأشغال الشاقة بنوعيها والسجن والحبس والغرامة، وهذه العقوبات تستمد صفتها من أنها تكون العقاب الأصلي أو الأساسي للجاني، ويجوز الحكم بها منفردة، ولا يجوز تنفيذها على المحكوم عليه إلاّ إذا نص القاضي عليها في الحكم وبين مقدارها تحديداً متى كانت تحتمل التجزئة.

والعقوبات التبعية هي التي لا تقوم بذاتها ولا توقع منفردة، وإنما تكون تابعة لحكم أصلي أو عقوبة أصلية، وهذه العقوبة تلحق المحكوم عليه بقوة القانون لمجرد الحكم عليه بالعقوبة الأصلية، فهي لا تحتاج في توقيعها إلى النص عليها في الحكم كالعقوبة الأصلية، مثال ذلك أن كل حكم بعقوبة جناية يستلزم حتماً حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا المنصوص عليها في المادة ٢٥ من قانون العقوبات، وكذا من يحكم عليه بعقوبة الأشغال الشاقة أو السجن يعاقب تبعاً لذلك بعقوبة مراقبة البوليس في الأحوال المبينة في المادتين ٢٨ و٧٥ من قانون العقوبات.

والعقوبات التكميلية هي التي لا تلحق المحكوم عليه إلاّ إذا نص صراحة عليها في الحكم، وهي بهذا تشبه العقوبة الأصلية من هذا الوجه، ومن تلك العقوبات مثلاً عقوبة العزل من الوظيفة متى كانت الجناية من الجنايات المخلة بالشرف والاعتبار أو الأمانة كالإتجار في المخدرات والسرقة والنصب والتزوير والاختلاس، ومن ذلك أيضاً مثلاً عقوبة إغلاق

المحال التجارية في حالة الحكم على حائزها في استعماله لها في الإتجار في المخدرات مثلاً.

والعقوبة التكميلية قد تكون واجبة الحكم من القاضي، وقد تكون جائزة، فهي تكون وجوبية متى كان الحكم بها لازماً قانوناً في مثل القضية المحكوم فيها بعقوبة أصلية مثل عقوبة المصادرة، وتكون جوازية متى ترك للقاضي الخيار بين توقيعها وعدمه، مثل عقوبة مراقبة البوليس في الجنح المنصوص عليها في المواد ٣٢٠ و٣٣٦ و٣٥٥ و٣٦٧ من قانون العقوبات[١].

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

من يراجع نظرة الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في شأن تقسيم العقوبات يجد البون شاسعاً بينهما، فالفقه الإسلامي ينطلق من منطلق تشريعي يختلف تماماً عمّا عليه القانون الوضعي الذي يجري في مجرى آخر، حيث لا يعرف القانون الوضعي ما يسمى بالحدود والقصاص وعقوبة الإعدام فيه لا تتوقف على القتل فقط بل تكون على جرائم أخرى يراها المشرع القانوني خطيرة وتستحق استئصال الجاني من المجتمع، وعقوبة الزنى والسرقة والقذف والردة فيه مختلفة تماماً بل والجريمة نفسها في الزنى لا تعد جريمة إلاّ بشروط معينة غير تلك التي يقول بها الفقه الإسلامي.

وما يمكن القول فيه بوجود التقارب هو التعازير فهي عقوبة غير مقدرة

---

(١) انظر في ذلك: قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد زكي أبو عامر ص ٤٩٥، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٥٦٢ وما بعدها، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٥٩٢.

شرعاً، ومن ثم يمكن للحاكم أن يحدد فيه عقوبات للجرائم، من يرتكبها تطبق عليه حسب شروط معينة يضعها لهذا الأمر، أمّا الحدود فهي مجال آخر أثبت روعته في العصور الماضية وما زال يثبت ذلك في البلاد التي تطبقه وليت الأمة كلها ترجع إليه وتعمل به فهو النجاة من طوفان الجرائم التي نسمعها ليل نهار والتي تصم الآذان وتذهل القارئ والسامع.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

المبحث الثاني

أحكام عقوبة المتجاوز حد الدفاع الشرعي

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

أحكام عقوبة المتجاوز حد الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي

بعد ذكر تعريف العقوبة وخصائصها وأغراضها وتقسيماتها على الوجه السابق نأتي هنا لبيان عقوبة المتجاوز حد الدفاع الشرعي، وهي لا شك تندرج في الفقه الإسلامي تحت أحد نوعي العقوبة المقدرة وغير المقدرة.

فجريمة التجاوز في دفع الصائل تكون إمّا جريمة من جرائم الحدود أو القصاص أو الدية أو التعزير حسب نوع الجريمة وجسامتها، فقد يتجاوز المدافع في دفاعه إلى جريمة تعد حدّاً، وقد يتجاوز إلى جريمة عقوبتها القصاص، وقد يتجاوز إلى جريمة لا حدّ فيها ولا قصاص ومن ثم يعزر كغيره ممن يقترف هذا الجرم، وعقوبته ما دام متعمداً كغيره ممن يرتكب تلك الجريمة في الأحوال العادية، ولا يعد الدفاع الشرعي مسوغاً له

لارتكابها، ولا معفياً له من عقوبتها، وسوف أضرب أمثلة توضح ذلك فيما يلي:

أولاً: مثال التجاوز إلى جريمة قصاص أن يقدم الصائل على المصول عليه في مصر يمكن فيه الغوث نهاراً شاهراً عصا في يده أو ممسكاً بسوط صغير، فهنا يكون المصول عليه في حالة تبيح له الدفاع الشرعي عمّا سيقع عليه من اعتداء إن لم يكن هناك مجال للجوء للسلطة، فلو فرض هنا أن المصول عليه يمكنه رد الاعتداء بأقل قدر ممكن من الدفاع، أو كان في إمكانه أن يمسك بالعصا أو السوط ممن يشهره عليه، ولكنه على الرغم من ذلك عمد إلى قتل الصائل عليه بحجة أنه في دفاع شرعي، فهنا نكون بصدد قتل عمد باتفاق الفقهاء[1]، وجزاء القتل العمد القصاص متى توافرت شروطه، وهي أن يكون القاتل بالغاً عاقلاً مختاراً متعمداً القتل مباشراً له، وذلك لقول الله تعالى ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنْفَ بِالأَنْفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ اللهُ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾[2]، وقوله تعالى ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرّ بِالْحُرّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالأُنثَى بِالأُنثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَىَ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾[3]،

---

(١) المبسوط للسرخسي ٢٦/ ٥٩ وما بعدها، بدائع الصنائع ٧/ ٢٣٤، تكملة البحر الرائق ٨/ ٣٣٦، الفواكه الدواني ٢/ ٢٧٨، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي لابن عبد البر ص ٥٨٧، المهذب للشيرازي ٢/ ١٧٢، روضة الطالبين ٩/ ١٤٩، المبدع لابن مفلح ٨/ ٢٤١، منار السبيل ٢/ ٢٨٧، الروض المربع ٣/ ٢٦٢.

(٢) سورة المائدة الآية رقم (٤٥).

(٣) سورة البقرة الآية رقم (١٧٨).

وقوله تعالى ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَأُولِي الأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾[1]، وقوله ﷺ «لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلاّ الله وأني رسول الله إلاّ بإحدى ثلاث الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة»[2]، وقوله ﷺ «العمد قود إلاّ أن يعفو ولي المقتول»[3].

فمن ينظر في هذه النصوص يجد أنها لم تفرق بين القتل العمد في حال الدفاع من غيره، فمتى تجاوز المدافع حقه وكان بإمكانه الدفاع بقدر أقل بكثير مما أقدم عليه ولكنه قام بقتل الصائل عليه عمداً فإنه يقتل به قصاصاً، وقد جاء في تكملة البحر الرائق تطبيقاً لذلك «ومن شهر على رجل سلاحاً ليلاً أو نهاراً في المصر أو غيره أو شهر عليه عصا ليلاً أو نهاراً في المصر أو في غيره فقتله المشهور عليه فلا شيء عليه لما بيَّنّا من المنقول والمعقول، قال رحمه الله: ومن شهر عصا نهاراً في مصر فقتله المشهور عليه قتل به، لأن العصا خفيفة منقطع في المصر فكان بالقتل معتدياً»[4].

ثانياً: مثال الجريمة التي يعد التجاوز فيها حداً من الحدود أن يقوم الصائل بسب المصول عليه فيحاول المصول عليه إيقافه فيجوز له ذلك باتفاق الفقهاء كما سبق، ولكن الحال غير ذلك فقد يرد المصول عليه السب والشتم بمماثل فلا يسأل عنه، وقد يرده بزيادة كأن يرمي من يسبه بما هو أكثر فيرميه بالزنى، فهنا قد تجاوز حد

---

(١) سورة البقرة الآية رقم (١٧٩).

(٢) سبق تخريجه ص ٨٠ من البحث.

(٣) رواه الدارقطني عن ابن عباس رضي الله عنهما، سنن الدارقطني ٣/ ٩٤، ورواه عنه أيضاً ابن أبي شيبة في مصنفه، المصنف ٥/ ٤٣٦، ورواه الهيثمي في مجمع الزوائد عن عمرو بن حزم رضي الله عنه بلفظ «العمد قود والخطأ دية»، وقال: فيه عمران بن الفضل وهو ضعيف، مجمع الزوائد ٦/ ٢٨٦.

(٤) تكملة البحر الرائق للطوري ٨/ ٣٤٤.

الدفاع إلى جريمة القذف ومن ثم يوقع عليه عقاب القاذف، وهو الجلد ثمانين جلدة وعدم قبول شهادته باتفاق الفقهاء[1] عملاً بقوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُواْ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلاَ تَقْبَلُواْ لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾[2]، وقوله ﷺ «اجتنبوا السبع الموبقات قالوا: يا رسول الله وما هن، قال: الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلاّ بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات»[3].

ثالثاً: ومثال التجاوز الذي تكون العقوبة فيه بالتعزير أن يصول إنسان أو حيوان على مال الغير فيهب المصول عليه للدفاع عن ماله ويقوم بإخراج الحيوان من ماله أو أرضه، وبدلاً من الاكتفاء بالدفاع عن ماله يقوم بسب مالكه بألفاظ لا تصل إلى حد القذف، كأن يقول له: أبعد حيواناتك يا فاسق أو يا خبيث أو يا منافق أو غير ذلك من ألفاظ، فهنا يعد فعل المدافع تجاوزاً في ناحية السب والشتم، ولم يكن السب بقذف أو بألفاظ القذف فشكل فعله هذا جريمة تعزيرية تجاوز بها حدود الدفاع، ومن ثم يكون مسؤولاً عنها ويعزر

---

(١) وإن اختلفوا بعد ذلك في قبول شهادته بعد التوبة مما لا مجال لتفصيله هنا، انظر في هذا: بداية المبتدي للمرغيناني ١/ ١٠٨، الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ١١٢، البحر الرائق لابن نجيم ٥/ ٣٢، تحفة الفقهاء للسمرقندي ٣/ ١٤٤، التاج والإكليل للمواق ٦/ ٣٠٠، الفواكه الدواني للنفراوي ٢/ ٢١٠، مواهب الجليل للحطاب ٦/ ٣٠٠، المهذب للشيرازي ٢/ ٢٧٢، إعانة الطالبين للبكري ٤/ ١٤٩ وما بعدها، الوسيط للغزالي ٦/ ٤٥٤ وما بعدها، المبدع لابن مفلح ٩/ ٨٣ وما بعدها، الفروع لابن مفلح ٦/ ٨٧، الإنصاف للمرداوي ١٠/ ١٥٧.

(٢) سورة النور الآية رقم (٤).

(٣) متفق عليه واللفظ للبخاري رواه في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله عنه ٣/ ١٠١٧، ورواه مسلم عنه أيضاً، صحيح مسلم ١/ ٩٢.

بسببها، فقد اتفق الفقهاء[1] على أن القذف لا يكون إلاّ بالزنى، فإن قذفه بألفاظ لا تدل على الزنى ـ كما سبق القول والتمثيل ـ فإنه لا يكون مرتكباً لجريمة القذف ولا يستحق العقاب عليها بالحد، وإنما يكون مرتكباً لجريمة تعزيرية ويحق للقاضي تعزيره عليها متى ثبت وقوع ذلك منه.

رابعاً: ومثال التجاوز الذي تكون العقوبة فيه بالدية، أن يقوم المدافع برد العدوان بما هو أثقل منه بكثير ولكنه يقوم بذلك عن طريق الخطأ، كأن يقدم عليه بعصا على سبيل المزاح فيحسبه يريد قتله فيقوم بضربه قاصداً إبعاد أذاه فينتج عن ذلك موته أو قطع طرف من أطرافه، فهنا يعد متجاوزاً للدفاع عن طريق الخطأ لا العمد، ومن ثم تكون عليه عقوبة الخطأ، ومن المعروف أن الخطأ في القتل أو قطع الأطراف حكمه أن تكون عليه الدية لمن وقع عليه الفعل باتفاق الفقهاء[2].

وتطبيقاً لذلك جاء في روضة الطالبين «أما كيفية الدفع فيجب على المصول عليه رعاية التدريج والدفع بالأهون فالأهون فإن أمكنه الدفع بالكلام أو الصياح أو الاستغاثة بالناس لم يكن له الضرب... وإذا أمكن بدرجة فدفعه بما فوقها ضمن وكذا لو هرب فتبعه وضربه ضمن ولو ضربه

---

(١) الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ١١٢، البحر الرائق لابن نجيم ٥/ ٣٢، تحفة الفقهاء للسمرقندي ٣/ ١٤٤، التاج والإكليل للمواق ٦/ ٣٠٠، الفواكه الدواني للنفراوي ٢/ ٢١٠، مواهب الجليل للحطاب ٦/ ٣٠٠، المهذب للشيرازي ٢/ ٢٧٢، إعانة الطالبين للبكري ٤/ ١٤٩ وما بعدها، الوسيط للغزالي ٦/ ٤٥٤ وما بعدها، المبدع لابن مفلح ٩/ ٨٣ وما بعدها، الفروع لابن مفلح ٦/ ٨٧، الإنصاف للمرداوي ١٠/ ١٥٧.

(٢) انظر في ذلك مثلاً: رد المحتار لابن عابدين ومعه الدر المختار ٦/ ٥٧٣، الفواكه الدواني ٢/ ٢٥٧، نهاية المحتاج ٧/ ٣١٥، شرح منتهى الإرادات ٣/ ٢٩٨، الروض المربع ٢/ ٤٧٦.

حصول فولى هارباً أو سقط وبطل صياله فضربه أخرى فالثانية مضمونة بالقصاص وغيره، فإن مات منهما لم يجب قصاص النفس ويجب نصف الدية، لأنه هلك وغيره، ولو عاد بعد الجرحين فصال فضربه ثالثة فمات منها لزمه ثلث الدية»[1].

وقد يكون المدافع صبياً أو مجنوناً وتجاوز في فعله، فهنا لا يمكن تطبيق القصاص عليه، ومن ثم لا يكون هناك مجال للعقوبة إلاّ الدية، فقد اتفق الفقهاء[2] على أنه يشترط للقصاص من القاتل أن يكون بالغاً عاقلاً، فلو كان صبياً أو مجنوناً فلا قصاص عليه، لأنهما ليسا أهلاً للعقوبة، وكذا لا يقام عليهما حد إذا ارتكبا ما يوجبه، وإذا كان الإثم هنا قد رفع عن الفاعل صبياً كان أو مجنوناً فقد بقيت العقوبة الأخرى وهي الدية حيث يكون على عاقلته الدية، ولكن هل هي دية عمد أم خطأ؟ خلاف بين الفقهاء بناء على خلافهم في القاعدة المعروفة عمد الصبي والمجنون عمد أم خطأ، فمنهم من قال إنه عمد، ومنهم من قال إنه خطأ كما سبق القول.

وبعد هذا البيان يتضح أن التجاوز العمدي في الدفاع الشرعي قد تكون عقوبته الحد أو القصاص أو التعزير إن وقع من عاقل بالغ قاصد له، أما إن وقع من صغير أو مجنون فإن العقوبة هنا تكون الدية، وكذا لو وقع من عاقل بالغ خطأ لا عمداً.

---

(١) روضة الطالبين ١٠/ ١٨٧.

(٢) بدائع الصنائع ٧/ ٢٣٤، رد المحتار ٦/ ٥٣٢، مواهب الجليل للحطاب ٦/ ٢٣٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٢٣٧، شرح الزرقاني على الموطأ ٤/ ٢١٩، نهاية المحتاج للرملي ٧/ ٢٦٧، مغني المحتاج للشربيني ٤/ ١٥، المغني لابن قدامة ٨/ ٢٢٦، كشاف القناع للبهوتي ٥/ ٥٢٠ وما بعدها، المحلى لابن حزم ١٠/ ٣٤٤، فتح الباري لابن حجر ١٢/ ١٢١، تحفة الأحوذي ٤/ ٥٧٠، سبل السلام للصنعاني ٣/ ١٨١، نيل الأوطار للشوكاني ١/ ٣٧٩.

المطلب الثاني

أحكام عقوبة المتجاوز حد الدفاع الشرعي في القانون الوضعي

سبق القول إن العقوبة في القانون الوضعي لها أغراض اجتماعية وعقابية معينة يرمي من ورائها المجتمع إلى تحقيق ما يصبو إليه من أمان، كما سبق أن العقوبة في القانون الوضعي أنواع حسب اعتبارات متعددة منها جسامة الجريمة والحق الذي تصيبه والأصالة والتبعية وغيرها، ويهمنا هنا من هذه الأقسام تقسيم الجريمة إلى جناية وجنحة ومخالفة.

ولتطبيق ذلك على واقعة التجاوز نجدها تتعلق بجريمة جناية أو جنحة أو مخالفة، فلا يخلو التجاوز في الدفاع الشرعي عن واحد من هذه الأنواع، فقد نصت المادة ٢٥١ من قانون العقوبات على أنه «لا يعفى من العقاب بالكلية من تعدى بنية سليمة حدود الدفاع الشرعي أثناء استعماله إياه دون أن يكون قاصداً إحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع، ومع ذلك يجوز للقاضي إذا كان الفعل جناية أن يعده معذوراً إذا رأى لذلك محلاً وأن يحكم عليه بالحبس بدلاً من العقوبة المقررة في القانون».

ومن ينظر في هذا النص يجد أنه قام بتحديد عقوبة التجاوز في حدود

الدفاع الشرعي نصّاً وصراحة في أنه لا يعفى من العقاب، ولكنها لم تبين قدر هذه العقوبة ومداها، بل تركت تحديد ذلك لقاضي الموضوع، على أنه متى كانت الجريمة التجاوزية جناية كان له الحق في استخدام التخفيف القانوني عن مرتكبها، وإن كانت جنحة فقد تركت له الحق تماماً في اختيار العقوبة المناسبة، ولا شك أن ذلك يتوقف على ظروف كل جريمة على حدة وظروف الجاني وما تم في كل حادثة من حوادث التجاوز في الدفاع الشرعي، وكذا يتبين من هذا النص أن الجريمة التجاوزية لا تكون إلاّ عمدية فقط ومن ثم يكون العقاب عليها عقاب العمد.

ومن يقرأ كتب شراح القانون يجد أنهم نصوا على عدم مساواة الجريمة التجاوزية بغيرها من الجرائم في العقوبة إذ ليس ذلك من العدل في شيء، وعلى هذا لو أن رجلاً قام بالاعتداء على الآخر وكان يكفي المعتدى عليه أن يرده بأي وسيلة غير القتل ولكنه قام بقتله فكان متجاوزاً القدر المسموح به فإنه يكون مسؤولاً عن هذا التجاوز، ولكن المسؤولية هنا مخففة لوجود عذر الدفاع الشرعي طبقاً لنص المادة ٢٥١ سابقة الذكر، ولذا فإن القاضي لا يحكم بعقوبة الجناية وإنّما يحكم بعقوبة أقل قد تصل إلى درجة الجنحة فقط لا الجناية.

وفي هذا الإطار يثور سؤال حول الجريمة هنا هل تعد الجريمة المرتكبة جنحة حسب نوع الحكم الصادر فيها أم جناية حسب نوع الجريمة في الأصل؟

اختلف شراح القانون في ذلك على رأيين:

الأول: ويرى أصحابه أن الحكم في حالة التجاوز يخفض الجريمة من جناية إلى جنحة متى حكم بعقوبة الجنحة، وذلك بناء على أساس

أن القانون هو الذي يقرر للجريمة العقوبة المخففة التي نطق بها القاضي[1].

وقد انتقد هذا الرأي على أساس أنه في الحالة التي لا يتوافر فيها سوى ظرف مخفف فقط فإن القاضي يحق له الحكم بعقوبة الجناية، فيكون القانون هو المقرر لها أيضاً، ومن هنا يحدث التناقض في هذا الرأي.

الثاني: ويرى أصحابه ـ وهم جمهور الشراح ـ أن تخفيف عقوبة المتجاوز والحكم عليه بعقوبة الحبس بدلاً من العقوبة المقررة لجنايته أصلاً لا يؤثر على طبيعة الجريمة القانونية، حيث تظل كما هي جناية لا جنحة مع أنه قد حكم فيها بعقوبة الجنحة، فالعبرة بنوع الجريمة لا بنوع العقوبة المحكوم بها[2].

والسبب في خلاف الفقهاء في ضابط نوع الجريمة التجاوزية هنا إنما يرجع في الأصل إلى خلافهم في تحديد الضابط المعتبر في تحديد نوع الجريمة، حيث ذهب بعضهم إلى أن الضابط المعتبر هو نوع العقوبة المحكوم بها فعلاً، سواء أكانت نتيجة تطبيق أحد الأعذار القانونية أم الظروف القضائية المخففة، وذهب البعض الآخر إلى أن الضابط المعتبر في تحديد نوع الجريمة إنما هو نوع العقوبة المقررة أصلاً للجريمة بغض النظر عن العقوبة المحكوم بها فعلاً، وذهب البعض إلى التفرقة بين ما إذا

---

(١) انظر: شرح القسم العام من قانون العقوبات للأستاذ علي زكي العرابي ص ١٣٥، شرح القانون الجنائي القسم العام لأحمد صفوت ص ٢٢٣.

(٢) انظر: شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات للدكتور محمود إبراهيم إسماعيل ص ٤٥١، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٢٢٣، أصول قانون العقوبات القسم العام للدكتور أحمد فتحي سرور ص ١٨١، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي للدكتور رؤوف عبيد ص ٥٧٤، القانون الجنائي للدكتور علي راشد ص ٥٨٥ وما بعدها، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٤٨.

كان مصدر التخفيف أحد الأعذار القانونية وفي هذه الحالة يكون الضابط المعتبر في تحديد نوع الجريمة هو العقوبة المحكوم بها فعلاً، وبين ما إذا كان مصدر التخفف هو الظروف القضائية وحينئذ يكون الضابط المعتبر في تحديد نوع الجريمة هو ما يختاره القاضي من العقوبة الأصلية أو المخففة[1].

وأخيراً فإن من ينظر إلى عقوبة تجاوز حدود الدفاع الشرعي في القانون الوضعي يجد أنها تعود إلى نظام التفريد في العقوبة ـ الذي ذكرته فيما سبق عند الحديث عن أغراض العقوبة في القانون الوضعي ـ حيث يكون للقاضي أن يحكم على المتجاوز بما يراه من ظروف واقعة التجاوز وظروف الدفاع وما إذا كان يمكنه الدفاع بما هو أقل أم لا، وكذا مدى حسن النية المتوافر في المدافع، فإن تبين أنه قد قام بفعل التجاوز عمداً فإنه يعاقب عليه مع التخفيف على أساس أنه جريمة عمدية، ومتى كان التجاوز بحسن نية أو تم بطريق الإهمال وعدم الاحتياط مع حسن نيته فإنه يسأل عن جريمة غير عمدية، ولذا يرى بعض الشراح أن المادة ٢٥١ من قانون العقوبات والخاصة بعقوبة الجريمة التجاوزية ما هي إلاّ امتداد لسلطة القاضي التقديرية في توقيع العقوبة المناسبة، حيث يكون له تخفيف العقوبة والنزول بها إلى درجة تليق وما قام به المتجاوز من جرم[2].

---

(١) انظر هذه الآراء وما ورد عليها من نقد في: شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ٦٤، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمد كامل مرسي ص ٣٦٧، شرح القانون الجنائي القسم العام لأحمد صفوت ص ٢٢٣، شرح القسم العام من قانون العقوبات لعلي زكي العرابي ص ١٣٥، قانون العقوبات القسم العام للدكتور مأمون محمد سلامة ص ٢٣٥، أصول قانون العقوبات للدكتور أحمد فتحي سرور ص ١٨١.

(٢) النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي للدكتور محمد نعيم فرحات ص ٦٢١ وما بعدها.

وبعد فإن جريمة التجاوز في القانون واقعة تتم بطريق العمد وعدمه، والعقوبة المقررة لها تتفق وما يظهر من نية المتجاوز وفعله فيها، وهي عقوبة مخففة عما عليه الحال في الجرائم العادية.

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

بالنظر والمقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي نجد أن القانون الوضعي يتفق مع الفقه الإسلامي في أن العقوبة تدور في جريمة التجاوز بين العمد والخطأ، ويعاقب المتعدي على حسب نوع قصده الذي يظهر من فعله، كما يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في أن تحديد العقوبة في جرائم التعزير تكون للقاضي حسب كل جريمة وظروفها على حدة.

ولكن الفقه الإسلامي يعاقب المتعدي بعقوبة الجريمة الأصلية في الجناية على النفس أو الطرف كما لو كانت الجريمة قد تمت في أحوال عادية ما دام أن المتعدي حدود الدفاع كان يمكنه الدفع بما هو أقل ولكنه تمادى، فيكون قد ترك العذر وانقلب جانياً بدلاً من مجني عليه، ومن ثم يعاقب بالعقوبة المقررة لجنايته، فهي حد في جرائم الحدود، وقصاص في جرائم القتل العمد، ودية في جرائم الخطأ وجرائم العمد التي لا يمكن فيها القصاص وجرائم العمد المعفو فيه إليها، وتعزير في غير ذلك.

بينما يعاقبه القانون الوضعي بعقوبة أقل لوجود العذر المخفف المنصوص عليه في المادة ٢٥١ الذي سبق ذكره، ومن ثم فإنه لا يعاقب بعقوبة الجريمة الأصلية مهما كان تجاوزه، وإنما يطبق عليه الظرف المخفف، ناهيك عن الخلاف في نوع العقوبة ذاته، حيث لا يعرف القانون عقوبات الحدود كما سبق، كما أن الدية فيه ليست مقدرة إن حكم بها ولكنها مجرد تعويض ترفع به دعوى مدنية مستقلة.

ولا شك أن نظرة الفقه الإسلامي في هذا الصدد أكثر دقة وأفضل في الحكم من القانون الوضعي، حيث إن المتجاوز بحسن نية يعد مخطئاً، ومن ثم يكون العقاب بقدر مخفف، ولكن لا يضيع معه حق الصائل حتى وإن كان في الأصل متعدياً ومبتدئاً بالتعدي، ولكن ليس معنى ذلك أن يهدر دمه فهو ما زال معصوم الدم في حدود الاعتداء، وأما المتجاوز عمداً وبسوء نية فشخص قلب الرخصة التي منحت له إلى اعتداء على الغير بدون وجه حق، وقتل الغير بدون حق فعقابه القصاص في الفقه الإسلامي، وكذا ارتكاب جريمة من جرائم الحدود، على خلاف القانون الوضعي الذي يجعلها ظرفاً مخففاً أو عذراً قانونياً فيهمل بذلك حق الصائل رغم أن صياله كان لا يؤدي إلى النتيجة التي وقعت عليه.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى



الخاتمة

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی



الخاتمة: وبها أهم نتائج البحث

بعد تلك الرحلة مع الدفاع الشرعي وأحكامه وحدود هذا الدفاع وتجاوزه وأحكام هذا التجاوز وعقوبته فإني أثبت هنا أهم النتائج المستخلصة من هذا البحث والتي تتمثل في النقاط التالية:

١ ـ إن أول ملاحظة تدرك من دراسة هذا الموضوع هو التقارب الواضح بين نظرة الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في الجملة مع اختلاف كل منهما من ناحية المصدر والمقاصد المبتغاة ، ويتبقى للفقه الإسلامي فضل السبق الذي تعدى به القانون الوضعي بمراحل عديدة من ناحية، وفضل التنظيم الدقيق للأحكام من ناحية ثانية، والسبب في هذا التقارب أن الدفاع الشرعي أمر فطري لا ينتظر فيه الاختلاف بين التشريعات السماوية والوضعية، وأي تشريع لا يقرره يخالف الفطرة ويخرج عن منهجها، هذا في الجملة ولا يمنع ذلك من وجود الاختلاف في التفصيلات بعد ذلك كما وضح في ثنايا البحث.

٢ ـ الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي هو قيام المصول عليه برد الاعتداء الواقع عليه في الحال أو وشيك الوقوع، سواء أكان وقوعه على المال، أم على النفس، أم على العرض، وسواء أكان

واقعاً على نفسه هو أم نفس أحد أهله أو عرضه أو ماله أو نفس وعرض ومال الغير.

٣ ـ إن دفع الصائل على المال والعرض والنفس أمر مشروع في الفقه الإسلامي، وإن كانت هذه المشروعية تختلف في درجاتها حسب نوع الحق المصول عليه، فهو واجب في الدفاع عن العرض سواء كان عرض النفس أو الأهل أو الغير، وكذا هو جائز عند الجمهور في الدفاع عن المال، وواجب عندهم في الدفاع عن النفس وأجازه البعض على اعتبار أنه دفاع ضد مسلم وترك رد العدوان منه أفضل من الاعتداء عليه، وإن كان الأفضل والراجح أنه واجب، والحكمة من مشروعيته أنه يؤدي إلى المحافظة على الضرورات الخمس التي نصت الشريعة على وجوب حفظها ومراعاتها.

وكذا الدفاع الشرعي جائز قانوناً بحيث لا يعاقب من يقوم به متى توافرت شروطه المحددة، وقد اختلف شراح القانون فيه أيضاً بين جاعل له مجرد رخصة ومن جعله واجباً مطلقاً ومن جعله حقاً قانونياً.

٤ ـ إن الدفاع الشرعي له أهمية كبرى في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي حيث لا غنى عنه في تدعيم القيم الخلقية للمجتمع، وخطاب الفطرة الطبيعية التي فطر الله الناس عليها، فكل حي متى أحسّ بوقوع عدوان عليه فإنه ينشط لرد هذا العدوان، فمن يرى الحيوانات عندما تهاجم من غيرها فإنها تحاول الدفاع عن نفسها بكل طريق فما بالك بالإنسان الذي كرمه الله سبحانه وسخر له ما في هذا الكون؟

٥ ـ إن ما تتميز به الشريعة الإسلامية أنها لم تقصر الدفاع الشرعي على النفس فقط، بل وسعت من مجاله، وجعلت الاعتداء على الدولة أمراً يبيح الدفاع عن النفس، وهو الذي ينظمه القانون الدولي حالياً، ولم

تقتصر على هذا بل وسعت من جانب هذا الدفاع، فجعلت دفع الصائل دفاعاً خاصاً عن النفس، وجعلت الاعتداء على مبادئ الجماعة وأخلاقها اعتداء خطيراً يبيح حق الدفاع عنها، وهو لون من ألوان الدفاع الشرعي، ولكنه دفاع عام وهو ما يعرف بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ولذا فإنها كنظرية قد وردت متكاملة ولم تحتج لفترة زمنية كبيرة للتطور كما هو الحال في القانون الوضعي الذي ظل زمناً يتطور في أفكاره وفلسفاته حتى وصل إلى ما هو عليه الآن، ورغم ذلك هو أقل بكثير مما جاء في الفقه الإسلامي.

٦ ـ اختلفت وجهات نظر الفقهاء في الأساس الذي يقوم عليه الدفاع الشرعي على نظريات عدة ذكرتها تفصيلاً في صلب البحث، وأفضل هذه الآراء القائل بأن الأساس الذي يقوم عليه الدفاع الشرعي هو دفع الشر والفساد في الأرض، فدفع الصائل مشروع لدفع أذاه وإبعاد شره، ولذا هو مقدر بما يدفع هذا الشر وما يتناسب معه من قوة، كما أنه يتناسب مع طبيعة الدفاع الشرعي.

وكما تعددت الآراء الفقهية في هذا الأساس تعددت أيضاً النظريات القانونية وآراء الشراح ما بين قائل بأنه رخصة أو واجب أو موازنة بين المصالح أو دفع الشر بالشر وغيرها ولكن قانون العقوبات المصري ضرب بهذا الخلاف عرض الحائط وجعل الدفاع الشرعي حقاً للمعتدى عليه وليس واجباً ولا الهدف منه دفع الشر أو التضحية بأهون المصلحتين أو غير ذلك مما قالت به النظريات المختلفة.

٧ ـ إن الإباحة في الفقه الإسلامي تعني الحل وعدم الحرمة، والإباحة قد تكون أصلية أو طارئة كما لو أبيحت للضرورة، ومنها إباحة القتل دفاعاً عن النفس وإباحة الأكل من الميتة وشرب جرعة من الخمر لمن عدم

الطعام والشراب وخشي الهلاك، ويعد الدفاع الشرعي نوعاً من أنواع الإباحة الطارئة على الوجه السابق.

وهذا المعنى الموجود في الفقه هو ذاته ما جاء به القانون الوضعي مع فارق الزمن والسبق للفقه من جهة، وفارق التنظيم الدقيق والعبارات الواضحة من الفقهاء من ناحية أخرى.

٨ ـ لم يتعرض الفقهاء صراحة للعلة من أسباب الإباحة الطارئة ومنها الدفاع الشرعي وإن كان مضمون كلامهم يظهر منه أن العلة في إباحة الطيبات وتحريم الخبائث هي مراعاة مصالح الخلق وضروراتهم في المعاش، فجلب المنفعة ودفع المضرة من مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم.

وعلى المنوال نفسه لم يأت في القانون الوضعي نص واضح يبين العلة من أسباب الإباحة مما جعل الشراح يختلفون على آراء عدة وبعد شدة لجاج انتهى رأي الأغلبية منهم إلى القول بأن علة الإباحة هي حماية المصالح المعتبرة للأفراد والمجتمع والموازنة بينها، أي أنه وبعد كل هذا التحاور والنقد والأخذ والرد انتهى شراحه في العصر الحديث إلى ما انتهى إليه فقهاء الشريعة منذ عصور عديدة وأزمنة غابرة.

٩ ـ يترتب على إباحة الفعل في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي عدم المسؤولية عليه، وإن اختلفت عبارات الفقهاء في بيان ذلك من مثل قولهم لا قصاص أو لا ضمان أو ما شابه ذلك من ألفاظ، كما يتفقان في عدم اشتراط التجاوز حتى ينتفي الضمان.

١٠ ـ يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في اعتبار الغلط سبباً في عدم مسؤولية من وقع فيه متى كان مبنياً على مبررات وأسباب معقولة وليس عن ضعف في الحيطة والاحتراز، وإن اختلفوا بعد ذلك في

الأساس الذي يقوم عليه هذا الحكم، فالفقه الإسلامي يجعله قائماً على أساس الشبهة التي تدرأ بها الحدود، على خلاف القانون الوضعي حيث اختلف الشراح في بيان هذا الأساس على اتجاهين كل منهما يأخذ بمعيار معين وكلاهما بعيد عن وجهة نظر الفقه الإسلامي التي اتسمت بالدقة والموضوعية والمرونة بحيث يمكن جعلها معياراً عاماً بدلاً من البحث عن معيار التكوين الإرادي وغيره أو البحث عن نوع الغلط وتفسيره أو تبريره وهل هو من النوع الذي يقدر الشخص العادي على تجنبه أم لا .

١١ ـ يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في تكييف واقعة الجهل بالإباحة وأنها تقوم على أساس توافر السبب المبيح للفعل وجهل الفاعل به بحيث يرتكب الفعل معتقداً أنه جريمة ولا يدري أنه مباح، واختلفوا بعد ذلك في حكم الجهل بالإباحة، حيث اتفق الفقهاء في الفقه الإسلامي على أنه في حالة الجهل بالإباحة يعمل قصد الفاعل السيئ ويجعل في الاعتبار، ويعد بفعله هذا آثماً تطبيقاً لقاعدة الأمور بمقاصدها، ومع ذلك فإنهم أخذوا بتأثير سبب الإباحة واعتبار موافقة الفعل لقصد الشارع فأسقطوا العقوبة عن الفاعل مع استحقاقه الإثم، بمعنى أنه يكون آثماً ديانةً بناء على قصده ونيته ولكنه لا يعاقب قضاءً على اعتبار أن الفعل الذي أقدم عليه مباح له شرعاً ولا يشكل جريمة في نظر الشارع، على ما عليه شراح القانون الوضعي الذين تعددت آراؤهم وتعددت الانتقادات الموجهة لها وإن كان رأي منها هو أفضلها والذي يقترب من قول فقهاء الشريعة وتصويرهم للمسألة وحكمها بدقة.

١٢ ـ إن المقصود بالتجاوز هو التعدي على القدر المطلوب في سبب الإباحة، وهو يبدأ إما منذ البداية إذا كان المرتكب للواقعة منذ بدايتها قد ارتكب أمراً محظوراً يزيد في قدره عن المطلوب، وقد يكون

التجاوز في القدر المباح أو المسموح فيكون المرتكب للواقعة هنا مسؤولاً عنها، وهذا محل اتفاق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

١٣ ـ لكي يمكن القول بوجود التجاوز في سبب من أسباب الإباحة اشترط الفقهاء وشراح القانون الوضعي شرطين لثبوت حالة التجاوز وهما أن تتوافر حالة الإباحة أولاً وأن يتعدى من توافرت له تلك الحالة حدودها ويكون مسؤولاً عن هذا التعدي.

١٤ ـ تختلف جريمة التجاوز في فعل الدفاع الشرعي عمّا يشتبه بها من أنواع أخرى من الجرائم مثل التعسف في استعمال الحق والجريمة المتعدية القصد والجريمة العادية، فكل هذه أفعال غير مشروعة في نتيجتها وإن كان بعضها مشروعاً في الأصل كالتعسف في استعمال الحق ولكن غير المشروع هو استعماله على وجه غير مشروع، وهذا محل اتفاق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

١٥ ـ يتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في أن استعمال الحق سبب للإباحة وإن كان الفعل غير مشروع في الأصل فإنه مباح لوجود سببه، وكذا أداء الواجب سبب للإباحة كقيام الإمام بتطبيق الحدود والأمر بذلك لمن يقوم بالتنفيذ لا يعد جريمة من المنفذ.

غير أن القانون الوضعي يختلف عن الفقه الإسلامي في أمر مهم وهو مدى المشروعية في حال إطاعة أوامر الرؤساء في العمل، حيث يكتفي القانون الوضعي بالناحية الشكلية فقط، فمتى كان أمر الرئيس مشروعاً في نظر الفاعل له من الناحية الشكلية فإنه يكون صحيحاً ولا يعاقب عليه المنفذ له ولو كان يشكل في نظره معصية وجريمة، بخلاف الفقه الإسلامي الذي يجعل من المعصية فارقاً في الطاعة فلا طاعة لمخلوق في معصية

الخالق، ومن ثم لا يكتفي بالناحية الشكلية فقط بل لا بد من استيفاء الناحية الموضوعية أيضاً بأن يكون الأمر مشروعاً من الناحيتين الشكلية والموضوعية.

١٦ ـ يتفق القانون الوضعي وما ذكره شراحه مع ما جاء في الفقه الإسلامي من عدم مشروعية الأفعال التجاوزية وإن اختلفت التعبيرات والقيود التي ذكرها كل منهم، لكن الأصل العام متفق عليه بينهما، كما يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في أن عدم المشروعية لفعل التجاوز تجعل لها أهمية من حيث إن الفعل المجاوز يكون معاقباً عليه ومحلاً للتجريم والعقاب.

١٧ ـ متى تجاوز من له سبب الإباحة الحدود المشروعة له فإنه يكون مسؤولاً عن فعله، وقد تكون المسؤولية عن فعل عمد أو خطأ حسب نيته وما ظهر من تصرفاته في التجاوز، على أنه متى كان المتجاوز حدود الإباحة غير مكلف كما لو كان صبياً أو مجنوناً فإنه لا يكون مسؤولاً عن فعله، وكذا لو كان مكرهاً على هذا التجاوز إكراهاً ملجئاً.

١٨ ـ من يتجاوز في سبب الإباحة خطأ يعاقب على فعله بوصفه خطأ، ومن تجاوز متعمداً عوقب بهذه الصفة، غير أنه في الفقه الإسلامي يعاقب بالعقوبة المقررة للجريمة ذاتها في الأحوال العادية، أمّا في القانون الوضعي فإنه يعاقب عليها بوصفها عمداً، ولكن العقوبة تكون أخف منها في الجريمة العادية، ونظرة الفقه الإسلامي أفضل وأدق وأحكم كما بينت في موضعه.

١٩ ـ لكي ينشأ الحق في الدفاع الشرعي للمصول عليه لا بد من توافر شروط نشوئه ومن أهمها وجود الاعتداء أو خطره، وليس المراد بخطر الاعتداء وقوع الخطر بالفعل وإنما المراد أن يكون الخطر وشيك

الوقوع، ومعيار تقدير وجود الخطر من عدمه معيار شخصي يترك لتقدير المصول عليه حسب الظروف الواقع فيها، ورغم تعدد نظريات شراح القانون في هذا الأمر فإن الراجح منها ما يتفق مع جاء به الفقه الإسلامي في معيار الخطر.

٢٠ ـ للخطر صور كثيرة، فقد يكون عمداً وقد يكون خطأ، وقد يكون جسيماً أو بسيطاً، وقد يكون بفعل إيجابي أو سلبي، وقد ذهب فقهاء الشريعة والرأي الغالب في الفقه القانوني إلى قيام حالة الدفاع الشرعي في كل ذلك على السواء، فالهدف من الدفاع حماية حق المعتدى عليه من الخطر المتوقع حدوثه أو الحادث بالفعل منعاً من استمراره.

٢١ ـ يشترط في الخطر الجائز دفعه أن يكون غير مشروع وحالاً، فلو كان الخطر مشروعاً ما جاز الدفاع ضده كما لو كان عقوبة تنفذ على رجل، أو كان الفعل أداء لواجب، أو ممارسة لحق كحق تأديب الرجل لزوجته أو ابنه أو المعلم لتلميذه أو عملية جراحية يقوم بها الطبيب بغرض العلاج، وكذا يجب أن يكون الخطر حالاً فلو كان الخطر مستقبلاً ويمكن اللجوء إلى السلطة ما جاز الدفاع ضده، ولو كان قد وقع وانتهى ما جاز ذلك أيضاً لأن الدفاع الشرعي إنّما أبيح لأجل رد الاعتداء وليس للانتقام من الجاني، فعقوبة الجاني من اختصاص الحاكم وليس عامة الناس ولو كان المجني عليه ذاته.

٢٢ ـ ينشأ الحق في الدفاع الشرعي ضد كل خطر يهدد حياة الفرد أو طرف من أطرافه بالأذى ما دام أن اللجوء إلى السلطة والاحتماء بها غير ممكن، كما ينشأ هذا الحق في حالة الاعتداء على نفس الغير أو طرف من أطرافه.

٢٣ ـ وكذلك ينشأ الحق في الدفاع الشرعي ضد كل خطر يهدد مال

الشخص أو مال غيره، ولكن الدفاع هنا جواز وليس وجوبياً، ومن ثم يحق له القيام به أو تركه، وذلك لأن المال ممّا يباح بالإباحة، ولكن متى قام المصول عليه برد الاعتداء عن مال نفسه أو مال غيره وكان دفاعه في حدود الاعتداء كان فعله مباحاً ولا يسأل عليه.

٢٤ ـ كذلك ينشأ الحق في الدفاع الشرعي لحماية العرض ودفع المتعرض له، سواء أكان ذلك باغتصاب أو إرادة الزنى أو التقبيل وهو ما يسميه القانون بهتك العرض، فيجوز للمرأة أن تدافع عن عرضها بكل وسيلة ولو بقتل المعتدي عليها، على أن يؤخذ في الاعتبار أن هناك فرقاً بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في نظرة كل منهما للصيالة على العرض، فهو في الفقه الإسلامي حماية لقيمة معنوية يجب على المجتمع العمل على تلافي عواقبها، في حين هو في القانون حماية من المساس بجسد المرأة بغير رضاها، فالقانون لا يعد الزنى جريمة إلاّ في أحوال وبشروط معينة، على العكس من الفقه الإسلامي الذي يعده جريمة في كل الأحوال، بل إن نظرة كل منهما للدفاع عنه مختلفة، ففي الفقه الإسلامي الدفاع عن العرض واجب، سواء أكان عرض الشخص أم عرض غيره، في حين أنه مباح فقط في القانون الوضعي وليس واجباً.

٢٥ ـ لكي ينشأ الحق في الدفاع الشرعي شرعاً وقانوناً يجب أن يكون فعل الدفاع لازماً لرد الاعتداء، فلو أمكن النجاة من الاعتداء دون أذى الصائل كان ذلك لازماً، كما لو أمكنه اللجوء إلى السلطة والاحتماء بها وكان لديه الوقت الكافي لذلك، فهنا يجب عليه اللجوء إليها والاحتماء بها حتى يعد الدفاع فعلاً غير مشروع، وهذا محل اتفاق بين الرأي الراجح في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

٢٦ ـ لا يلزم المصول عليه الهرب من الصائل ولو كان في ذلك نجاته، بل يجوز له ذلك في الرأي الراجح من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ومتى أقام في وجه المعتدي عليه، ودافع عن نفسه كان فعله مشروعاً، ولا يسأل عنه إذا توافرت باقي شروط الدفاع الشرعي.

٢٧ ـ يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في اشتراط توجيه أفعال الدفاع ضد المعتدي أو ضد مصدر الاعتداء، وعدم توجيهه إلى مصدر آخر ما لم يكن ذلك المصدر مجدياً أو مؤثراً في رد العدوان.

٢٨ ـ يقصد بتجاوز حدود الدفاع الشرعي تعدي الحدود المقررة شرعاً وقانوناً لرد العدوان حتى ينقلب المدافع معتدياً على الصائل عليه، ولذا فإنه يجب على المدافع أن يراعي التناسب بين فعل الدفاع وقدر الاعتداء، فلو تعدى فعله المناسب كان متجاوزاً وسئل عن هذا التجاوز حسب ما ينتهي إليه من جريمة، وهذا محل اتفاق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

٢٩ ـ يجعل الفقه الإسلامي والقانون الوضعي معيار تقدير التناسب والتجاوز معياراً موضوعياً وشخصياً معاً، فهو موضوعي بالنسبة للشروط، وشخصي في مراعاة حالة المعتدى عليه أو المدافع وقت ارتكابه لأفعال الدفاع، وما وقع تحته من ضغوط اضطرته لارتكاب أفعال الدفاع على النحو الذي وقعت به، على أن يترك تقدير وجود هذا التجاوز من عدمه لقاضي الموضوع حسب ظروف كل حالة على حدة.

٣٠ ـ هناك اعتبارات يجب على القاضي مراعاتها في حالة التجاوز في الدفاع الشرعي، ومن هذه الاعتبارات اعتبارات موضوعية تقوم على قيمة الحق أو المصلحة المهددة بالاعتداء وكذا ظروف الزمان والمكان الذي يتم فيه الاعتداء ويقوم فيه فعل الدفاع، وكذا السلاح الذي تتم به

أفعال الدفاع، وحالة التحام القتال وما تتطلبه من عدم مراعاة التناسب أو سقوط الترتيب كما عبر فقهاء المذهب الشافعي، وكذا هناك اعتبارات شخصية تنبني على حالة كل من المدافع والصائل من حيث قوته الجسمانية، وحالته النفسية، وغيرها من الوسائل، والمعيار الذي يقاس به التجاوز وتقدر به الاعتبارات السابقة هو المعيار الشخصي الذي يختلف من شخص لآخر تبعاً لما يمر به من حالة نفسية تختلف بين ظرف وآخر.

٣١ ـ يسأل المتعدي لحدود الدفاع الشرعي حسب نوع تعديه ودرجته، والمسؤولية هنا تابعة لمدى القصد المتوافر لدى المتعدي وهل كان يقصد بفعله إيقاع النتيجة أم كان غير قاصد إلاّ لإزالة الاعتداء الواقع عليه أو وقفه فقط، فإن كان متجاوزاً بحسن نية فإنه لا يسأل عن تجاوزه، ولكن الفقه الإسلامي يشترط أن يكون المدافع غالباً على ظنه أن ما قام به هو السبيل الوحيد لرد الاعتداء أو وقف وقوعه عليه، فهنا يجعله الفقه غير مسؤول نهائياً، أما القانون الوضعي فإنه يجعل المتجاوز بحسن نية معذوراً في فعله، وإن كان ذلك لا يعني مشروعية الفعل.

٣٢ ـ في حالة إصابة الأجنبي الناتجة عن التجاوز في حق الدفاع الشرعي اختلف الفقهاء في مدى مسؤولية المتجاوز عن فعله وإن اتفقوا على هذه المسؤولية، كل ما هنالك أن المالكية يعتبرون المسؤولية تكون عن جريمة عمدية ما لم تتوافر أمور أخرى، وجمهور الفقهاء يعتبرون المسؤولية خطأ، أما في الفقه القانوني فجمهور الشراح يفرقون بين صور التجاوز المختلفة. وبناء عليه ينظر مدى مسؤولية المتجاوز من عدمه، ولا شك أن نظرة الفقه الإسلامي في ذلك أكثر دقة في تحديد المسؤولية، فالمتعدي المصيب للغير بناء على رأي الجمهور قد أتى

فعلاً غير مشروع فما ذنب الغير في دفاعه؟ ونحن وإن كنّا لا نسائله باعتباره متعمداً لكنّنا لا نغفل حق الغير في خطئه.

٣٣ ـ إن التجاوز غير العمدي لحدود الدفاع الشرعي يجعل المتجاوز مسؤولاً عنه وإن كانت مسؤوليته تختلف في قدرها وجسامتها عن مسؤولية المتجاوز له عمداً، فلكل حالة حكمها وأثرها المنوط بها.

٣٤ ـ متى كان المصول عليه مجنوناً أو صبياً فإن له الحق كغيره في الدفاع الشرعي، فإن تجاوز حدود هذا الدفاع عمداً أو خطأ فإن الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يتفقان في عدم مسؤولية المجنون والصبي وغيرهما من عديمي الأهلية عن تجاوز هذه الحدود، وذلك لأنهم غير مسؤولين أصلاً عمّا يقع منهم من جرائم.

٣٥ ـ إن تخلف الركن المعنوي للجريمة التجاوزية وهو القصد إلى الجريمة في حالة مهلة من الوقت والتحضير لها يجعل المتجاوز غير مسؤول عن هذا التجاوز نظراً للمفاجأة والظروف القاهرة التي وقع فيها والتي لم تجعله في حالة تروٍّ واختيار لما يقدم عليه من أفعال، وهذا محل اتفاق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

٣٦ ـ إن العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي هي الإيلام الواقع على نفس الجاني أو ماله أو حق من حقوقه، وهي لا تكون إلاّ بنص شرعي أو قانوني، ولا يطبقها غير القاضي المختص، ولا تطول غير شخص الجاني مهما كانت الصلة به.

٣٧ ـ إن الغرض من العقوبة متعدد، حيث تحقق الردع والزجر للجاني ولباقي أفراد المجتمع، كما أن الهدف من العقوبة ليس استئصال الجاني أو سد طريق التوبة في وجهه متى كان فعله لا ينطوي على خطورة كبيرة أو تعدٍّ على حياة الغير وكان ما ارتكب من جرم يمكن

تقويمه، ورغم تعدد النظريات القانونية في أغراض العقوبة إلاّ أن كل هذه النظريات لا تخرج عمّا قال به الفقهاء القدامى الذين يبقى لهم فضل السبق من جهة وفضل الغوص وراء المعاني الدقيقة في عباراتهم الموجزة في هذا الشأن والتي تقابل كل ما ظهر من نظريات مطولة ذكرت في كتب شراح القانون المختلفة.

٣٨ ـ تتنوع العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي إلى أنواع عديدة باعتبارات عدة، ومن يراجع نظرة كل منهما في شأن تقسيم العقوبات يجد البون شاسعاً بينهما، فالفقه الإسلامي ينطلق من منطلق تشريعي يختلف تماماً عمّا هو عليه القانون الوضعي الذي يجري في مجرى آخر، حيث لا يعرف القانون الوضعي ما يسمى بالحدود والقصاص، وعقوبة الإعدام فيه لا تتوقف على القتل فقط، بل تكون على جرائم أخرى يراها المشرع القانوني خطيرة وتستحق استئصال الجاني من المجتمع، وعقوبة الزنى والسرقة والقذف والردة فيه مختلفة تماماً، بل والجريمة نفسها في الزنى لا تعد جريمة إلاّ بشروط معينة غير تلك التي يقول بها الفقه الإسلامي، وما يمكن القول فيه بوجود التقارب هو التعازير فهي عقوبة غير مقدرة شرعاً، ومن ثم يمكن للحاكم أن يحدد فيه عقوبات للجرائم من يرتكبها تطبق عليه حسب شروط معينة يضعها لهذا الأمر.

٣٩ ـ إن التجاوز في الدفاع الشرعي يدور بين العمد والخطأ، ومن ثم فإن عقوبته تدور كذلك بين العمد والخطأ، وهذا محل اتفاق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ولكن الخلاف بينهما يظهر في أن الفقه الإسلامي يعاقب المتعدي بعقوبة الجريمة الأصلية في الجناية على النفس أو الطرف كما لو كانت الجريمة قد تمت في أحوال عادية ما دام أن المتعدي حدود الدفاع كان يمكنه الدفع بما هو أقل ولكنه تمادى

فيكون قد ترك العذر وانقلب جانياً بدلاً من مجني عليه ومن ثم يعاقب بالعقوبة المقررة لجنايته، فهي حد في جرائم الحدود وقصاص في جرائم القتل، ودية في جرائم الخطأ، وتعزير في غير ذلك، بينما يعاقبه القانون الوضعي بعقوبة أقل لوجود العذر المخفف المنصوص عليه في المادة ٢٥١ عقوبات، ومن ثم فإنه لا يعاقب بعقوبة الجريمة الأصلية مهما كان تجاوزه، وإنّما يطبق عليه الظرف المخفف، وهذا بخلاف نوع العقوبة ذاته الذي لا يوجد نظيره في القانون الوضعي الذي لا يعرف جرائم الحدود ولا عقوباتها.

ولله الحمد أولاً وآخراً؛

تم بحمد الله

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

المراجع



المـراجـــع

القرآن الكريم: كتاب الله الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه.

كتب التفسير:

١ ـ **أحكام القرآن** للإمام أبي بكر أحمد الرازي الجصاص، ط دار الفكر بيروت ١٤١٤ هـ ـ ١٩٩٣ م.

٢ ـ **أحكام القرآن** للإمام أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، ط دار الفكر بيروت.

٣ ـ **أحكام القرآن** للإمام محمد بن إدريس الشافعي، ط دار الكتب العلمية بيروت.

٤ ـ **التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب** الإمام فخر الدين محمد الرازي، ط دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت.

٥ ـ **جامع البيان في تفسير القرآن** لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري، ط دار الحديث بالقاهرة ١٤٠٧ هـ ـ ١٩٨٧ م.

٦ ـ **الجامع لأحكام القرآن** للإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري القرطبي، الطبعة الثانية ١٤١٦ هـ ـ ١٩٩٦ م دار الغد العربي.

٧ ـ **الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل** للعلامة أبي القاسم جار الله محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي، الطبعة الثانية مطبعة بولاق الأميرية.

٨ ـ **مختصر تفسير ابن كثير**، اختصار الشيخ محمد علي الصابوني، ط دار التراث العربي للطباعة والنشر.

٩ ـ **الوجوه والنظائر لألفاظ كتاب الله العزيز** لأبي عبد الله الحسين بن محمد الدامغاني، ط المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بالقاهرة سنة ١٩٩٥ م.

كتب الحديث وشروحه:

١٠ ـ **إحكام الإحكام في شرع عمدة الأحكام** لمحمد بن علي تقي الدين المعروف بابن دقيق العيد، ط مطبعة السنة المحمدية.

١١ ـ **تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي** للإمام أبي العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري، طبعة دار الكتب العلمية بيروت.

١٢ ـ **التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير** للإمام أحمد بن عليّ بن حجر العسقلاني، ط دار المعرفة، بيروت.

١٣ ـ **التمهيد لما في الموطأ من الأسانيد** لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري، ط وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب سنة ١٣٨٧ هـ.

١٤ ـ **الجامع الصحيح** لأبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، ط دار إحياء التراث العربي بيروت.

١٥ ـ **سبل السلام في شرح بلوغ المرام** للإمام محمد بن إسماعيل الأمير

اليمني الصنعاني، ط دار الحديث بالقاهرة.

١٦ ـ سنن ابن ماجه للإمام أبي عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه القزويني، ط دار الفكر بيروت.

١٧ ـ سنن أبي داود للحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، ط دار الفكر بيروت.

١٨ ـ سنن الترمذي لأبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي السلمي، ط دار إحياء التراث العربي بيروت.

١٩ ـ سنن الدار قطني لشيخ الإسلام لأبي الحسن علي بن عمر الدارقطني، ط دار المعرفة بيروت ١٣٨٦ هـ ١٩٦٦ م.

٢٠ ـ السنن الكبرى للإمام أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، ط مكتبة الباز بمكة ١٤١٤ هـ ١٩٩٤ م.

٢١ ـ سنن النسائي بشرح السيوطي للإمام أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي بن حجر النسائي، ط دار الحديث ١٤٠٧ هـ ـ ١٩٨٧ م.

٢٢ ـ شرح ابن العربي لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي على صحيح الترمذي، ط دار الكتاب العربي بيروت.

٢٣ ـ شعب الإيمان لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي، الطبعة الأولى ١٤١٠ هـ، دار الكتب العلمية بيروت.

٢٤ ـ صحيح ابن حبان لأبي حاتم محمد بن حبان بن أحمد التميمي البستي، الطبعة الثانية ١٤١٤ هـ ١٩٩٣ م مؤسسة الرسالة بيروت.

٢٥ ـ صحيح البخاري للإمام محمد بن إسماعيل البخاري، الطبعة الثالثة ١٤٠٧ هـ ١٩٨٧ م دار ابن كثير.

٢٦ ـ **صحيح الترمذي** بشرح ابن العربي لأبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي السلمي، ط دار الكتب العلمية بيروت.

٢٧ ـ **صحيح مسلم بشرح النووي** لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، ط دار الفكر.

٢٨ ـ **عون المعبود شرح سنن أبي داود** لمحمد شمس الحق العظيم آبادي، ط دار الكتب العلمية سنة ١٤١٥ هـ.

٢٩ ـ **فتح الباري بشرح صحيح البخاري** لأحمد بن علي بن محمد بن محمد بن حجر العسقلاني، ط دار المعرفة بيروت ١٩٧٩ م.

٣٠ ـ **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد** للحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، ط دار الريان للتراث ١٤٠٧ هـ.

٣١ ـ **المستدرك على الصحيحين** للإمام الحافظ أبي عبد الله الحاكم النيسابوي، الطبعة الأولى ١٤١١ هـ ـ ١٩٩١ م دار الكتب العلمية بيروت.

٣٢ ـ **المسند** للإمام المبجل أحمد بن عبد الله بن حنبل، ط مؤسسة قرطبة بمصر.

٣٣ ـ **مشكل الآثار** لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي الطحاوي، ط دار الكتب العلمية بيروت.

٣٤ ـ **المصنف** للحافظ أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، الطبعة الثانية ١٤٠٣ هـ ـ ١٩٨٣ م، المكتب الإسلامي.

٣٥ ـ **المصنف في الأحاديث والآثار** للإمام الحافظ أبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبه الكوفي العبسي، الطبعة الأولى ١٤٠٩ هـ، مكتبة الرشد بالرياض.

٣٦ ـ **المعجم الكبير** للحافظ أبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، طبعة

مكتبة العلوم والحكم، الموصل، الطبعة الثانية ١٤٠٤ هـ، ١٩٨٣ م.

٣٧ ـ **نصب الراية لأحاديث الهداية** للعلامة جمال الدين الزيلعي، الطبعة الأولى ١٩٩٥ م، دار الحديث بالقاهرة.

٣٨ ـ **نيل الأوطار في شرح منتقى الأخبار** للإمام محمد بن علي الشوكاني، الطبعة الرابعة ١٤١٧ هـ ـ ١٩٩٧ م، دار الحديث بالقاهرة.

٣٩ ـ **الدراية في تخريج أحاديث الهداية** لأحمد بن علي بن محمد بن محمد بن حجر العسقلاني، ط دار المعرفة بيروت.

كتب أصول الفقه:

٤٠ ـ **الإحكام في أصول الأحكام** للإمام أبي محمد عليّ بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، ط مصطفى الحلبي.

٤١ ـ **الإحكام في أصول الأحكام** للعلامة سيف الدين أبي الحسن عليّ ابن أبي عليّ بن محمد الآمدي، ط مطبعة محمد علي صبيح بمصر عام ١٣٨٧ هـ.

٤٢ ـ **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول** للإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، الطبعة الأولى ١٣٥٦ هـ مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر.

٤٣ ـ **أصول الفقه** للشيخ بدران أبو العينين، ط دار المعارف سنة ١٩٦٩م.

٤٤ ـ **أنوار الحلك على شرح المنار** لابن عبد الملك، ط مكتبة ومطبعة البابي الحلبي بمصر.

٤٥ ـ **البحر المحيط**، لبدر الدين محمد بن بهادر الزركشي، ط دار الكتب.

٤٦ ـ **تشنيف المسامع بجمع الجوامع** للإمام بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي، ط مؤسسة قرطبة ـ المكتبة المكية.

٤٧ ـ **التقرير والتحبير في شرح التحرير** لمحمد بن محمد ابن أمير الحاج، ط دار الكتب العلمية بيروت.

٤٨ ـ **تيسير التحرير** للعلامة محمد أمين المعروف بأمير باد شاه، ط مصطفى الحلبي ١٣٥٠ هـ.

٤٩ ـ **حاشية البناني على شرح الجلال المحلي** على متن جمع الجوامع للسبكي، الطبعة الثانية ـ مصطفى الحلبي.

٥٠ ـ **حاشية النفحات على شرح الورقات** للخطيب الجاوي، ط مصطفى الحلبي بمصر.

٥١ ـ **شرح التلويح على التوضيح** لمتن التنقيح في أصول الفقه لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، ط مكتبة ومطبعة محمد علي صبيح وأولاده بمصر.

٥٢ ـ **شرح الكوكب المنير** لأبي البقاء تقي الدين الفتوحي، ط مطبعة السنة المحمدية.

٥٣ ـ **عوارض الأهلية** للدكتور صبري محمد معارك، ط المؤلف سنة ١٩٨١.

٥٤ ـ **الفصول في الأصول** للإمام أبي بكر أحمد الرازي الجصاص، طبعة وزارة الأوقاف بالكويت.

٥٥ ـ **القاموس القويم في اصطلاحات الأصوليين** للدكتور محمود حامد عثمان، ط دار الحديث.

٥٦ ـ **المستصفى في أصول الفقه** لحجة الإسلام الإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، ط دار الفكر.

٥٧ ـ **الموافقات في أصول الشريعة** للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي الشاطبي، ط هيئة الكتاب بمصر ٢٠٠٦ م.

٥٨ ـ **كشف الأسرار على أصول البزدوي** لعبد العزيز البخاري، ط دار الفاروق الحديثة للطباعة والنشر.

٥٩ ـ **نهاية السول في شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول** للإمام جمال الدين عبد الرحيم الإسنوي، ط مطبعة السعادة ـ د. ت.

٦٠ ـ **الورقات** لإمام الحرمين الجويني، تحقيق. د. عبد اللطيف العبد، ط سنة ١٩٩٦ م.

كتب القواعد الفقهية:

٦١ ـ **الأشباه والنظائر** للشيخ زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم، ط دار الكتب العلمية.

٦٢ ـ **الأشباه والنظائر** للإمام جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، ط دار الكتب العلمية بيروت.

٦٣ ـ **أنوار البروق في أنواع الفروق** للعلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمٰن الصنهاجي المشهور بالقرافي، ط عالم الكتب، بيروت.

٦٤ ـ **غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر** للسيد أحمد بن محمد الحنفي الحموي، الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ ـ ١٩٨٥ م، دار الكتب العلمية بيروت.

٦٥ ـ **قواعد الأحكام في مصالح الأنام** للإمام العلامة أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي المعروف بالعز بن عبد السلام، ط دار الكتب العلمية بيروت.

٦٦ ـ **المنثور في القواعد الفقهية** للعلامة بدر الدين محمد بن بهادر الشافعي الزركشي، ط وزارة الأوقاف بالكويت.

كتب الفقه الحنفي:

٦٧ ـ **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** لزين الدين إبراهيم بن نجيم، ط دار الكتاب الإسلامي.

٦٨ ـ **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الملقب بملك العلماء، الطبعة الثانية ١٤٠٢ هـ ـ ١٩٨٢ م، دار الكتاب العربي، بيروت.

٦٩ ـ **بداية المبتدي** لشيخ الإسلام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني، ط دار الفكر بيروت.

٧٠ ـ **بريقة محمودية في شرح طريقة محمدية وشريعة نبوية** لمحمد بن مصطفى الخادمي، ط دار إحياء الكتب العربية.

٧١ ـ **البناية في شرح الهداية** للعلامة محمود بن أحمد بن الحسين المعروف ببدر الدين العيني الحنفي، الطبعة الأولى ١٤٢٠ هـ ـ ٢٠٠٠ م دار الكتب العلمية.

٧٢ ـ **تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق** للعلامة فخر الدين عثمان بن عليّ الزيلعي الحنفي، ط دار المعرفة، بيروت.

٧٣ ـ **تحفة الفقهاء** لعلاء الدين السمرقندي، الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ ـ

١٩٨٤ م، دار الكتب العلمية.

٧٤ ـ **تكملة البحر الرائق** للإمام محمد بن حسين بن علي الطوري، طبعة دار الكتاب الإسلامي.

٧٥ ـ **تكملة شرح فتح القدير المسمى نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار** لشمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده أفندي، الطبعة السابعة ١٤٠٦ هـ ـ ١٩٨٦ م، دار إحياء التراث العربي.

٧٦ ـ **الجامع الصغير** لمحمد بن الحسن الشيباني، الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ دار عالم الكتب بيروت.

٧٧ ـ **جامع الفصولين** للإمام محمود بن إسرائيل الشهير بابن قاضي سماونه، الطبعة الأولى ١٣٠١ هـ، المطبعة الأميرية ببولاق.

٧٨ ـ **الجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري في فقه مذهب أبي حنيفة** للعلامة أبي بكر بن محمد بن علي الحدادي العبادي اليمني، الطبعة الأولى ١٣٢٢ هـ، المطبعة الخيرية بمصر.

٧٩ ـ **درر الحكام في شرح غرر الأحكام** لمحمد بن فرموزا المعروف بمنلا خسرو، ط دار إحياء الكتب العربية.

٨٠ ـ **درر الحكام في شرح مجلة الأحكام** لعلي حيدر، ط دار الجيل بيروت.

٨١ ـ **رد المحتار على الدر المختار** المعروف بحاشية ابن عابدين، ط مطبعة ومكتبة مصطفى الحلبي.

٨٢ ـ **شرح العناية على الهداية** للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي، مطبوع على هامش فتح القدير، الطبعة السابعة

١٤٠٦ هـ ـ ١٩٨٦ م، دار إحياء التراث العربي.

٨٣ ـ **شرح فتح القدير** للمحقق كمال الدين بن عبد الواحد بن الهمام، ط دار الفكر.

٨٤ ـ **الفتاوى الهندية (العالمكيرية)** لمجموعة من علماء الهند برئاسة نظام الدين البلخي، ط دار الفكر، بيروت.

٨٥ ـ **اللباب في شرح الكتاب** للشيخ عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني، ط المكتبة العلمية، بيروت ١٤١٣ هـ ـ ١٩٩٣م.

٨٦ ـ **لسان الحكام** لإبراهيم بن أبي اليمن محمد الحنفي، الطبعة الثانية ١٣٩٣ هـ، ١٩٧٣ م مكتبة مصطفى البابي الحلبي.

٨٧ ـ **المبسوط** للإمام شمس الدين محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، ط دار المعرفة، بيروت ١٤٠٦ هـ ـ ١٩٨٦م.

٨٨ ـ **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر** للعلامة عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي، ط دار إحياء التراث العربي.

٨٩ ـ **مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان** للعلامة أبي محمد عبد الله بن غانم بن محمد البغدادي، الطبعة الأولى ١٤٢٠ هـ ـ ١٩٩٩ م، دار السلام.

٩٠ ـ **معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام** لعلاء الدين علي ابن خليل الطرابلسي، ط دار الفكر بيروت.

٩١ ـ **الهداية في شرح بداية المبتدي** لشيخ الإسلام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني، مطبوع مع شرح فتح القدير، ط دار الفكر.

كتب الفقه المالكي:

٩٢ ـ **البهجة في شرح التحفة** للعلامة أبي الحسن عليّ بن عبد السلام التسولي، ط دار الكتب العلمية بيروت سنة ١٩٩٨ م.

٩٣ ـ **التاج والإكليل لمختصر خليل** لأبي عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم الشهير بالمواق، ط دار الكتب العلمية بيروت.

٩٤ ـ **تبصرة الحكام** لإبراهيم بن علي بن فرحون اليعمري، ط دار الكتب العلمية بيروت.

٩٥ ـ **جواهر الإكليل في شرح مختصر العلامة خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التنزيل** للعلامة الشيخ صالح عبد السميع الآبي الأزهري، ط مصطفى الحلبي بمصر.

٩٦ ـ **حاشية الخرشي** للإمام محمد بن عبد الله بن علي الخرشي المالكي، الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ ـ ١٩٩٧ م، دار الكتب العلمية.

٩٧ ـ **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** للعلامة محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، ط دار إحياء الكتب العربية ـ بيروت.

٩٨ ـ **حاشية العدوي على الخرشي** للشيخ علي بن أحمد العدوي، ط دار الفكر بيروت.

٩٩ ـ **الذخيرة** للإمام شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الطبعة الأولى ١٩٩٤ م، دار الغرب الإسلامي.

١٠٠ ـ **سراج السالك شرح أسهل المسالك إلى مذهب الإمام مالك** لعثمان بري الجعلي، الطبعة الأولى ١٩٦٣ م مكتبة ومطبعة الحلبي.

١٠١ ـ **شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل** للعلامة عبد الباقي

الزرقاني، ط دار الفكر بيروت.

١٠٢ ـ **شرح الزرقاني على موطأ مالك** للعلامة محمد الزرقاني، ط دار المعرفة، بيروت ١٤٠٧ هـ ـ ١٩٨٧ م.

١٠٣ ـ **الشرح الكبير على مختصر خليل** لأبي البركات أحمد بن محمد العدوي المصري الشهير بالدردير، ط دار إحياء الكتب العربية عيسى الحلبي وشركاه بمصر.

١٠٤ ـ **شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل** للعلامة الشيخ محمد عليش، ط دار الكتب العلمية بيروت.

١٠٥ ـ **فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك** للشيخ محمد عليش، ط دار الكتب العلمية بيروت.

١٠٦ ـ **الفواكه الدواني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني** للشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المالكي الأزهري، ط دار الفكر.

١٠٧ ـ **الكافي في فقه أهل المدينة المالكي** لأبي عمر يوسف بن عبد الله ابن عبد البر القرطبي، الطبعة الأولى ١٤٠٧ هـ دار الكتب العلمية بيروت.

١٠٨ ـ **المدخل** لمحمد بن محمد العبدري الشهير بابن الحاج، ط دار التراث.

١٠٩ ـ **المدونة الكبرى** للإمام مالك بن أنس، ط دار الكتب العلمية بيروت.

١١٠ ـ **المنتقى شرح موطأ مالك** للقاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي الأندلسي، ط دار الكتاب الإسلامي.

١١١ ـ **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل** للإمام أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمٰن المغربي المعروف بالحطاب، الطبعة الثانية، ١٣٩٨ هـ ـ ١٩٧٨ م، دار الفكر.

كتب الفقه الشافعي:

١١٢ ـ **الأحكام السلطانية والولايات الدينية** لأبي الحسن علي بن محمد ابن حبيب البصري البغدادي الماوردي، ط دار الكتب العلمية.

١١٣ ـ **أدب الدنيا والدين** للإمام أبي الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردي، ط مكتبة الحياة بيروت.

١١٤ ـ **أسنى المطالب شرح روض الطالب** للقاضي أبي يحيى زكريا الأنصاري الشافعي، ط دار الكتاب الإسلامي بالقاهرة.

١١٥ ـ **إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين** للعلامة أبي بكر عثمان ابن محمد شطا الدمياطي البكري، الطبعة الأولى ١٤١٥ هـ ـ ١٩٩٥ م، دار الكتب العلمية.

١١٦ ـ **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع** للشيخ محمد الشربيني الخطيب، ط دار إحياء الكتب العربية عيسى الحلبي.

١١٧ ـ **الأم** للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، ط دار المعرفة، بيروت ١٣٩٣ هـ ـ ١٩٧٣ م.

١١٨ ـ **تحفة المحتاج بشرح المنهاج** للعلامة أحمد بن حجر الهيتمي الشافعي، ط دار إحياء التراث العربي.

١١٩ ـ **التكملة الثانية** للمجموع شرح المهذب للشيخ محمد نجيب المطيعي، ط دار الفكر.

١٢٠ ـ **التهذيب في فقه الإمام الشافعي** للإمام أبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي، الطبعة الأولى ١٤١٨ هـ ـ ١٩٩٧ م، دار الكتب العلمية.

١٢١ ـ **حاشية البيجرمي على الخطيب** المسماة تحفة الحبيب على شرح الخطيب للشيخ سليمان بن محمد البيجرمي، ط دار الفكر بيروت.

١٢٢ ـ **حاشية البيجرمي على المنهاج**، المسماة التجريد لنفع العبيد للشيخ سليمان بن محمد البيجرمي، ط دار الفكر العربي.

١٢٣ ـ **حاشية الجمل على شرح المنهج** للعلامة سليمان بن عمر بن منصور العجيلي المصري الشافعي المعروف بالجمل، ط دار الفكر بيروت.

١٢٤ ـ **حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج** لأبي الضياء نور الدين علي ابن علي الشبراملسي، مطبوع مع نهاية المحتاج للرملي، ط مطبعة ومكتبة مصطفى الحلبي.

١٢٥ ـ **حاشية الشرقاوي على تحفة الطالب** للعلامة الشيخ عبد الله بن حجازي بن إبراهيم الشافعي الأزهري، الطبعة الأولى ١٤١٨ هـ ـ ١٩٩٧ م، دار الكتب العلمية.

١٢٦ ـ **حاشية الشرواني على تحفة المحتاج** للشيخ عبد الحميد الشرواني، ط دار إحياء التراث العربي.

١٢٧ ـ **حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح الجلال المحلي**، ط دار إحياء الكتب العربية، عيسى الحلبي وشركاه ـ د.ت.

١٢٨ ـ **الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي** للإمام أبي الحسن عليّ بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الطبعة الأولى

١٤١٤ هـ ـ ١٩٩٤ م، دار الكتب العلمية.

١٢٩ ـ **روضة الطالبين وعمدة المفتين** للإمام محيي الدين يحيى بن شرف أبي زكريا النووي، الطبعة الثانية ١٩٨٤ م، المكتب الإسلامي.

١٣٠ ـ **شرح المنهج** للشيخ أبي يحيى زكريا الأنصاري مطبوع مع حاشية الجمل، ط دار الفكر بيروت.

١٣١ ـ **طرح التثريب** لعبد الرحيم بن الحسين العراقي، ط دار إحياء الكتب العربية.

١٣٢ ـ **العزيز في شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير** للإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ ـ ١٩٩٧ م، دار الكتب العلمية.

١٣٣ ـ **الغرر البهية في شرح منظومة البهجة الوردية** للشيخ زكريا بن محمد الأنصاري، ط المطبعة الميمنية.

١٣٤ ـ **فتح المعين** لزين الدين بن عبد العزيز المليباري، ط دار الفكر بيروت.

١٣٥ ـ **فتح الوهاب بشرح منهاج الطلاب** لأبي يحيى زكريا بن محمد الأنصاري، الطبعة الأولى ١٤١٨ هـ دار الكتب العلمية بيروت.

١٣٦ ـ **المجموع شرح المهذب للنووي** للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، ط مطبعة المنيرية.

١٣٧ ـ **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج** للشيخ محمد الشربيني الخطيب، ط دار الكتب العلمية.

١٣٨ ـ **المهذب في الفقه الشافعي** للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي، الطبعة الأولى ١٩٩٥ م دار الكتب العلمية بيروت.

١٣٩ ـ **نهاية الرتبة في طلب الحسبة** لعبد الرحمن بن نصر الشيرازي، ط مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر بالقاهرة.

١٤٠ ـ **نهاية الزين** لأبي عبد المعطي محمد بن عمر بن علي بن نووي الجاوي، الطبعة الأولى دار الفكر بيروت.

١٤١ ـ **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج** للعلامة شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي المنوفي المصري الأنصاري الشهير بالشافعي الصغير، ط دار الفكر بيروت.

١٤٢ ـ **الوسيط في المذهب** لحجة الإسلام محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ ـ ١٩٩٧ م، دار السلام.

كتب الفقه الحنبلي:

١٤٣ ـ **الآداب الشرعية والمنح المرعية** لأبي عبد الله محمد بن مفلح بن محمد المقدسي، ط دار عالم الكتب.

١٤٤ ـ **إعلام الموقعين عن رب العالمين** للإمام شمس الدين أبي بكر بن قيم الجوزية، ط دار الكتب العلمية بيروت.

١٤٥ ـ **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل** للإمام علاء الدين أبي الحسن على بن سليمان ابن أحمد المرداوي، ط دار إحياء التراث العربي.

١٤٦ ـ **الروض المربع شرح زاد المستنقع** للعلامة منصور بن يونس البهوتي، ط مكتبة الرياض الحديثة سنة ١٣٩٠ هـ.

١٤٧ ـ **السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية** للإمام أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، ط مكتبة ابن تيمية.

١٤٨ ـ **شرح الزركشي على مختصر الخرقي** للشيخ شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، ط مكتبة العبيكان بالرياض.

١٤٩ ـ **شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى** للعلامة منصور بن يونس البهوتي، ط دار عالم الكتب.

١٥٠ ـ **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية** للإمام شمس الدين أبي بكر ابن قيم الجوزية، ط مكتبة دار البيان.

١٥١ ـ **العدة في شرح العمدة** لبهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي، ط فيصل عيسى الحلبي.

١٥٢ ـ **غذاء الألباب في شرح منظومة الآداب** لمحمد بن أحمد بن سالم السفاريني، ط مؤسسة قرطبة.

١٥٣ ـ **الفتاوى الكبرى** للإمام تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، ط دار الكتب العلمية.

١٥٤ ـ **الفروع** للعلامة شمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح المقدسي، ط دار عالم الكتب.

١٥٥ ـ **الكافي في فقه الإمام أحمد** لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، ط المكتب الإسلامي بيروت.

١٥٦ ـ **كشاف القناع عن متن الإقناع** للشيخ منصور بن يونس البهوتي

الحنبلي، ط دار الكتب العلمية.

١٥٧ ـ **المبدع في شرح المقنع** لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح المؤرخ الحنبلي، ط المكتب الإسلامي.

١٥٨ ـ **المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد** لمجد الدين أبي البركات عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني، الطبعة الثانية ١٤٠٤ هـ مكتبة المعارف بالرياض.

١٥٩ ـ **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى** للعلامة مصطفى السيوطي الرحيباني، ط المكتب الإسلامي.

١٦٠ ـ **المغني** للعلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي، ط دار إحياء التراث العربي.

١٦١ ـ **منار السبيل في شرح الدليل** للشيخ إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، الطبعة الثانية ١٤٠٥ هـ مكتبة المعارف بالرياض.

الفقه الظاهري:

١٦٢ ـ **المحلي** للإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، ط دار الفكر.

كتب فقهية مقارنة وحديثة:

١٦٣ ـ **الأحكام العامة للنظام الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي** للدكتور عبد الفتاح الصيفي، ط دار النهضة العربية.

١٦٤ ـ **أحكام العقود في الشريعة الإسلامية** للشيخ علي قراعة، ط دار مصر للطباعة.

١٦٥ ـ **الإسلام عقيدة وشريعة** للإمام الأكبر الشيخ محمود شلتوت، الطبعة الرابعة ١٩٦٨ م، دار الشروق بالقاهرة.

١٦٦ ـ **الإكراه بين الشريعة والقانون** للشيخ محمد زكريا البرديسي، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد العدد الثاني يونيه ١٩٦٠م، ط مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٦٠ م.

١٦٧ ـ **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** للقاضي أبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي الأندلسي الشهير بابن رشد الحفيد، ط دار الفكر بيروت ١٤١٥ هـ ـ ١٩٩٥ م.

١٦٨ ـ **التشريع الجنائي الإسلامي** لعبد القادر عودة ط دار التراث بالقاهرة سنة ١٩٧٧ م.

١٦٩ ـ **الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي** للشيخ محمد أبو زهرة ط دار الفكر العربي.

١٧٠ ـ **الجنايات في الفقه الإسلامي** للدكتور علي حسن الشاذلي، الطبعة الثانية ١٣٩٨ هـ ١٩٧٨ م.

١٧١ ـ **الدفاع الشرعي بين الشريعة والقانون** للدكتور أحمد علي المجذوب، مقال بمجلة الوعي الإسلامي الكويتية العدد ٩٦.

١٧٢ ـ **الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي** ـ دراسة مقارنة للدكتور محمد السيد عبد التواب، الطبعة الأولى دار النهضة العربية.

١٧٣ ـ **الضمان في الفقه الإسلامي** للشيخ علي الخفيف، ط دار الفكر العربي سنة ١٩٦٧ م.

١٧٤ ـ **العقوبة في الفقه الإسلامي** للشيخ محمد أبو زهرة، ط دار الفكر العربي.

١٧٥ ـ **القاموس الفقهي** لسعدي أبو جيب، الطبعة الثالثة ١٩٨٨ م دار الفكر بدمشق.

١٧٦ ـ **القصاص في الفقه الإسلامي** لأحمد فتحي بهنسي، ط دار الشروق بالقاهرة سنة ١٩٦٤ م.

١٧٧ ـ **المجلة أو جامع الأدلة على مواد المجلة**، ترتيب عزتلو نجيب بك هوادیني ط المطبعة الشرقية بلبنان سنة ١٩٠٦ م.

١٧٨ ـ **المدخل الفقهي العام** للشيخ مصطفى أحمد الزرقا، الطبعة التاسعة ٦٧ ـ ١٩٦٨ م، دار الفكر.

١٧٩ ـ **المدخل للفقه الإسلامي** للأستاذ عيسوي أحمد عيسوي، الطبعة الأولى ١٣٨٣ هـ.

١٨٠ ـ **المدخل للفقه الإسلامي** للدكتور محمد سلام مدكور الطبعة الأولى ١٩٦٠ م.

١٨١ ـ **مصادر الحق في الفقه الإسلامي** للدكتور عبد الرزاق السنهوري، ط معهد البحوث والدراسات العربية بجامعة الدول العربية سنة ١٩٦٧ م.

١٨٢ ـ **معالم القربة في طلب الحسبة** لمحمد بن محمد بن أحمد بن الأخوة القرشي، ط دار الفنون كمبردج.

١٨٣ ـ **الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية** للشيخ علي الخفيف، ط مطبعة الجبلاوي سنة ١٩٦٩ م.

١٨٤ ـ **نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء** للدكتور محمد سلام مدكور، الطبعة الثانية سنة ١٩٦٥ م الدار العالمية للطباعة والنشر.

١٨٥ ـ **نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي**، دراسة مقارنة، د. وهبة الزحيلي، ط دار الفكر بدمشق سنة ١٩٨٢ م.

كتب اللغة:

١٨٦ ـ **الصحاح، تاج اللغة وصحاح العربية** لإسماعيل بن حماد الجوهري، الطبعة الثالثة ١٤٠٤ هـ ـ ١٩٨٤ م، دار العلم للملايين، بيروت.

١٨٧ ـ **طلبة الطلبة** لأبي حفص عمر بن محمد بن أحمد النسفي، ط مكتبة المثنى ببغداد، بدون تاريخ.

١٨٨ ـ **القاموس المحيط** لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، ط دار الجيل، بيروت.

١٨٩ ـ **لسان العرب** لجمال الدين بن منظور، الطبعة الثالثة، دار المعارف.

١٩٠ ـ **مختار الصحاح** للإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، ط مكتبة لبنان ١٩٩٦ م.

١٩١ ـ **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير** للعلامة أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، ط المكتبة العلمية بيروت.

١٩٢ ـ **المعجم الوجيز** مجمع اللغة العربية بالقاهرة، ط وزارة التربية والتعليم ١٤١٥ هـ ـ ١٩٩٤ م.

١٩٣ ـ **المعجم الوسيط** قام بإخراجه إبراهيم مصطفى، أحمد حسن الزيات، حامد عبد القادر، محمد علي النجار، ط دار الدعوة بتركيا ـ د.ت.

١٩٤ ـ **المفردات في غريب القرآن** للراغب الأصفهاني، طبع بالمطبعة اليمنية على نفقة مصطفى الحلبي. د. ت.

كتب السير والتراجم:

١٩٥ ـ **أبو حنيفة** للشيخ محمد أبو زهرة، ط دار الفكر العربي.

١٩٦ ـ **أبو حنيفة بطل الحرية والتسامح** للمستشار عبد الحليم الجندي ط دار المعارف بمصر.

١٩٧ ـ **أبو هريرة راوية الإسلام**، للدكتور محمد عجاج الخطيب، ط مكتبة وهبه بالقاهرة.

١٩٨ ـ **ابن حزم الأندلسي** للدكتور زكريا إبراهيم، سلسلة أعلام العرب، ط دار المعارف.

١٩٩ ـ **ابن حزم الأندلسي** للدكتور عبد الحليم عويس، ط الزهراء للإعلام العربي.

٢٠٠ ـ **ابن حزم الظاهري** للشيخ محمد أبو زهرة، ط دار الفكر العربي.

٢٠١ ـ **أخبار القضاة** لمحمد بن خلف بن حيان الشهير بوكيع، ط عالم الكتب، بيروت.

٢٠٢ ـ **أسد الغابة في معرفة الصحابة** لأبي الحسن عليّ بن محمد الجزري الشهير بعز الدين الأثير، ط دار الشعب.

٢٠٣ ـ **الاستيعاب في معرفة الأصحاب** لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، الطبعة الأولى ١٤١٣ هـ ـ ١٩٩٢ م، دار الجيل، بيروت.

٢٠٤ ـ **الإصابة في معرفة الصحابة** لابن حجر العسقلاني، الطبعة الأولى ١٤١٢ هـ ١٩٩٢ م دار الجيل بيروت.

٢٠٥ ـ **الأعلام** لخير الدين الزركلي، الطبعة الخامسة ١٩٨٠ م، دار العلم للملايين، بيروت.

٢٠٦ ـ **الإمام الشافعي** للشيخ محمد أبو زهرة، طبعة دار الفكر العربي.

٢٠٧ ـ **الإمام الشافعي ومدرسته الفقهية** للدكتور علي جمعة محمد، طبعة المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بالقاهرة، سلسلة دراسات إسلامية، العدد ٥٨ لسنة ١٤٢١ هـ ـ ٢٠٠٠ م.

٢٠٨ ـ **الإمام مالك** للشيخ محمد أبو زهرة، طبعة دار الفكر العربي.

٢٠٩ ـ **الإمام مالك** للشيخ محمود عبد المتجلي خليفة، طبعة مجلة الأزهر هدية عددي شوال وذي القعدة سنة ١٤١٣ هـ.

٢١٠ ـ **بدائع الزهور في وقائع الدهور** لابن إياس، ط الهيئة العامة لقصور الثقافة بمصر، سلسلة الذخائر.

٢١١ ـ **البداية والنهاية** للحافظ أبي الفداء بن كثير الدمشقي، الطبعة الأولى ١٩٦٦ م، مكتبة المعارف، بيروت.

٢١٢ ـ **تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام** للإمام شمس الدين الذهبي، الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ ـ ١٩٩٦ م، دار الغد العربي.

٢١٣ ـ **تاريخ بغداد أو مدينة السلام منذ تأسيسها وحتى عام ٤٦٣ هـ** للحافظ أبي بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي، ط المكتبة السلفية بالمدينة المنورة.

٢١٤ ـ **التحدث بنعمة الله** لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي، طبعة هيئة قصور الثقافة بمصر في سلسلة الذخائر العدد ١٠٦ لسنة ٢٠٠٣ م.

٢١٥ ـ **التاريخ الكبير** لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم

البخاري، ط دار الفكر بيروت.

٢١٦ ـ **تذكرة الحفاظ** لأبي عبد الله شمس الدين الذهبي، ط دار الفكر العربي.

٢١٧ ـ **تقريب التهذيب** لأبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ ١٩٨٦ م دار الرشيد بسوريا.

٢١٨ ـ **التقييد** لأبي بكر محمد بن عبد الغني البغدادي، الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ دار الكتب العلمية بيروت.

٢١٩ ـ **تهذيب الأسماء واللغات** للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، ط دار الكتب العلمية ـ بيروت.

٢٢٠ ـ **تهذيب التهذيب** لشيخ الإسلام شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، الطبعة الأولى ١٣٢٦ هـ، مجلس دائرة المعارف النظامية بالهند.

٢٢١ ـ **تهذيب الكمال في أسماء الرجال** للحافظ جمال الدين أبي الحجاج يوسف المزي، الطبعة الثانية ١٩٩٢ م، مؤسسة الرسالة، بيروت.

٢٢٢ ـ **الثقات** لأبي حاتم محمد بن حبان بن أحمد التميمي البستي، ط سنة ١٣٩٥ هـ ـ ١٩٧٥ م دار الفكر بيروت.

٢٢٣ ـ **الجرح والتعديل** للحافظ أبي محمد عبد الرحمن بن أبي حاتم بن إدريس الرازي، الطبعة الأولى ١٩٥٢ م، دار الكتب العلمية.

٢٢٤ ـ **الجواهر المضية في طبقات الحنفية** لمحيي الدين أبي محمد عبد القادر بن سالم القرشي، الطبعة الثانية ١٩٩٣ م، دار هجر للطباعة والنشر.

٢٢٥ ـ **حلية الأولياء وطبقات الأصفياء** للحافظ أبي نعيم أحمد بن عبد الله الأصفهاني، الطبعة الثالثة ١٤٠٠ هـ ـ ١٩٨٠ م، دار الكتاب العربي، بيروت.

٢٢٦ ـ **الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة** أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ط مجلس دائرة المعارف النظامية بالهند.

٢٢٧ ـ **الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب** لابن فرحون المالكي، الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ ـ ١٩٩٦ م، دار الكتب العلمية.

٢٢٨ ـ **الذيل على طبقات الحنابلة** لأبي الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين أحمد البغدادي الحنبلي، طبعة دار المعرفة، بيروت، لبنان.

٢٢٩ ـ **سير أعلام النبلاء** للإمام شمس الدين الذهبي، الطبعة التاسعة، ١٤١٣ هـ ـ ١٩٩٣ م، مؤسسة الرسالة، بيروت.

٢٣٠ ـ **الشافعي** للإمام الأكبر الشيخ مصطفى عبد الرازق، هدية مجلة الأزهر عدد جمادى الآخرة ١٤٢٣ هـ.

٢٣١ ـ **الشافعي ناصر السنة وواضع الأصول** للمستشار عبد الحليم الجندي، طبعة دار المعارف.

٢٣٢ ـ **شجرة النور الزكية في طبقات المالكية** للعلامة محمد بن محمد بن مخلوف، ط دار الكتاب العربي، بيروت.

٢٣٣ ـ **شذرات الذهب في أخبار من ذهب** للمؤرخ الفقيه أبي الفلاح عبد الحي بن العماد الحنبلي، ط دار الآفاق الجديدة، بيروت.

٢٣٤ ـ **طبقات الحفاظ** لأبي الفضل عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي،

الطبعة الأولى ١٤٠٣ هـ دار الكتب العلمية بيروت.

٢٣٥ ـ **طبقات الحنابلة** للقاضي أبي الحسين محمد بن يعلى الحنبلي، ط دار المعرفة بيروت.

٢٣٦ ـ **طبقات الشافعية** لأبي بكر بن أحمد بن عمر بن قاضي شهبة الطبعة الأولى ١٤٠٧ هـ دار عالم الكتب بيروت.

٢٣٧ ـ **طبقات الشافعية** لجمال الدين عبد الرحيم بن الحسن بن عليّ القرشي الإسنوي، الطبعة الأولى ١٩٩٦ م دار الفكر.

٢٣٨ ـ **طبقات الفقهاء** للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن عليّ بن يوسف الشيرازي، ط دار القلم بيروت.

٢٣٩ ـ **الطبقات الكبرى** لأبي عبد الله محمد بن سعد بن منيع البصري، ط دار صادر، بيروت.

٢٤٠ ـ **عبقرية الإمام** لعباس محمود العقاد، ط دار المعارف سلسلة اقرأ.

٢٤١ ـ **عبقرية عثمان** لعباس محمود العقاد، ط دار المعارف بمصر سلسلة اقرأ.

٢٤٢ ـ **عجائب الآثار في التراجم والأخبار المعروف بتاريخ الجبرتي** لعبد الرحمن الجبرتي، ط الهيئة المصرية العامة للكتاب بمصر سنة ٢٠٠٣ م.

٢٤٣ ـ **علي بن أبي طالب حياته وفقهه** للدكتور حامد جامع، ط المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بالقاهرة.

٢٤٤ ـ **الفهرست** لأبي الفرج محمد بن أبي يعقوب إسحاق المعروف بالنديم، الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ ـ ١٩٩٦ م، دار الكتب العلمية.

٢٤٥ ـ **الفوائد البهية في تراجم الحنفية** للعلامة أبي الحسنات محمد عبد الحي اللكنوي الهندي، ط دار المعرفة، بيروت.

٢٤٦ ـ **كتاب الضعفاء والمتروكين** لأبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد بن الجوزي، الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ دار الكتب العلمية بيروت.

٢٤٧ ـ **كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون** للعلامة مصطفى بن عبد الله الشهير بحاجي خليفة وبكاتب جلبي، ط دار العلوم الحديثة، بيروت.

٢٤٨ ـ **لسان الميزان** للإمام أحمد بن علي بن حجر، الطبعة الثانية ١٣٩٠ هـ ـ ١٩٧١ م، مؤسسة الأعلمي للطباعة.

٢٤٩ ـ **مالك بن أنس إمام دار الهجرة** للمستشار عبد الحليم الجندي، طبعة دار المعارف بمصر.

٢٥٠ ـ **مشاهير علماء الأمصار** لأبي حاتم محمد بن حبان بن أحمد التميمي البستي، ط دار الكتب العلمية بيروت سنة ١٩٥٩م.

٢٥١ ـ **معجم المؤلفين** لعمر رضا كحالة، ط مكتبة المثنى، بيروت.

٢٥٢ ـ **معرفة الثقات** لأبي الحسن أحمد بن عبد الله بن صالح العجلي الكوفي، الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ، ١٩٨٥ م مكتبة الدار بالمدينة المنورة.

٢٥٣ ـ **ميزان الاعتدال في نقد الرجال** للإمام أبي عبد الله شمس الدين الذهبي، الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ ـ ١٩٩٦ م، دار الكتب العلمية، بيروت.

٢٥٤ ـ **وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان** لأبي العباس شمس الدين أحمد

ابن محمد بن خلكان، ط دار صادر، بيروت.

الكتب القانونية:

٢٥٥ ـ **الأحكام العامة لقانون العقوبات** للدكتور السعيد مصطفى، الطبعة الثالثة سنة ١٩٥٧ م.

٢٥٦ ـ **الإرادة في العمل القانوني وعيوبها** لمحمد نصر الدين زغلول، ط المؤلف.

٢٥٧ ـ **أسباب الإباحة في التشريعات العربية** للدكتور محمود نجيب حسني، ط دار النهضة العربية سنة ١٩٦٢ م.

٢٥٨ ـ **أصول الالتزامات** للدكتور جلال علي العدوي، ط منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٩٧ م.

٢٥٩ ـ **أصول الالتزامات** حلمي بهجت بدوي، ص ١٥١ وما بعدها، ط مطبعة نوري بالقاهرة سنة ١٩٤٣ م.

٢٦٠ ـ **أصول قانون العقوبات** للدكتور أحمد فتحي سرور، ط دار النهضة العربية سنة ١٩٧٢ م.

٢٦١ ـ **أصول القوانين** للدكتور محمد كامل مرسى، سيد مصطفى، ط مطبعة الرحمانية بمصر سنة ١٩٢٣.

٢٦٢ ـ **الاعتذار بالجهل بالقانون ـ دراسة تفصيلية تأصيلية مقارنة** للمستشار محمد وجدي عبد الصمد، ط المؤلف الأولى ١٩٧٣ م.

٢٦٣ ـ **جرائم التعريض للخطر العام** للدكتور أحمد شوقي أبو خطوة، ط دار النهضة العربية.

٢٦٤ ـ **الجريمة المتعدية القصد في القانون المصري والمقارن** للدكتور

جلال ثروت، ط منشأة المعارف بالإسكندرية.

٢٦٥ ـ **الجريمة والمجرم والجزاء** للدكتور رمسيس بهنام، ط منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٧٢ م.

٢٦٦ ـ **خطر الاعتداء في الدفاع الشرعي** للدكتورة فوزية عبد الستار، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد العددان الثالث والرابع لسنة ١٩٧٢ م.

٢٦٧ ـ **دراسة موجزة في نظرية الالتزام** للدكتور حسين النوري، ط مكتبة عين شمس.

٢٦٨ ـ **شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات** لمحمود إبراهيم إسماعيل، الطبعة الثانية سنة ١٩٥٩ م دار الهناء بالقاهرة.

٢٦٩ ـ **شرح قانون العقوبات العام** لأحمد صفوت، ط مطبعة الاعتماد بمصر سنة ١٩٢٨ م.

٢٧٠ ـ **شرح قانون العقوبات القسم الخاص** للدكتور عبد المهيمن بكر، الطبعة السابعة ١٩٧٧ م دار النهضة العربية.

٢٧١ ـ **شرح قانون العقوبات القسم العام** للدكتورة فوزية عبد الستار، ط دار النهضة العربية سنة ١٩٩٢ م.

٢٧٢ ـ **شرح قانون العقوبات القسم العام** للدكتور محمد عيد الغريب، ط المؤلف سنة ١٩٩٤ م.

٢٧٣ ـ **شرح قانون العقوبات القسم العام** للدكتور محمد كامل مرسي، ود. السعيد مصطفى، ط سنة ١٩٣٩ م دون ناشر.

٢٧٤ ـ **شرح قانون العقوبات القسم العام** للدكتور محمود مصطفى، الطبعة السادسة دار النهضة العربية سنة ١٩٦٤م.

٢٧٥ ـ **شرح قانون العقوبات القسم العام** للدكتور محمود نجيب حسني، الطبعة الرابعة دار النهضة العربية سنة ١٩٧٧.

٢٧٦ ـ **شرح القانون المدني ـ الباب التمهيدي**، للدكتور محمد كامل مرسى، ط المطبعة العالمية سنة ١٩٥٤.

٢٧٧ ـ **الشروع في الجريمة** للدكتور سمير الشناوي، الطبعة الثالثة سنة ١٩٩٢ م.

٢٧٨ ـ **عدم المشروعية في القانون الجنائي** للدكتورة فوزية عبد الستار، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد العددان الثالث والرابع لسنة ١٩٧١ م.

٢٧٩ ـ **في الفعل الضار والمسؤولية المدنية** للدكتور سليمان مرقس، ط دار الكتب القانونية.

٢٨٠ ـ **القانون الجنائي** للدكتور علي راشد، الطبعة الثانية للمؤلف سنة ١٩٥٣ م.

٢٨١ ـ **القانون الجنائي** للدكتور محمد محيي الدين عوض، ط الدار العالمية سنة ١٩٦٣ م.

٢٨٢ ـ **القانون الجنائي مبادئه ونظرياته العامة** للدكتور محمد محيي الدين عوض، ط مطبعة جامعة القاهرة.

٢٨٣ ـ **قانون العقوبات القسم العام** للدكتور عوض محمد، ط دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية.

٢٨٤ ـ **قانون العقوبات ـ القسم العام** للدكتور مأمون محمد سلامة، ط المؤلف سنة ١٩٧٩ م.

٢٨٥ ـ **قانون العقوبات القسم العام** للدكتور محمد زكي أبو عامر، دار الجامعة الجديدة للنشر سنة ١٩٩٦ م.

٢٨٦ ـ القسم الخاص من قانون العقوبات للدكتور حسن صادق المرصفاوي، ط منشأة المعارف بالإسكندرية.

٢٨٧ ـ القسم العام من قانون العقوبات لعلي زكي العرابي، ط مطبعة الاعتماد بمصر سنة ١٩٢٥ م.

٢٨٨ ـ مبادئ العلوم القانونية للدكتور محمد عليّ عرفة، ط منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٥١ م.

٢٨٩ ـ مبادئ القانون للدكتور شمس الدين الوكيل، الطبعة الأولى منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٦٨ م.

٢٩٠ ـ مبادئ القسم العام من التشريع العقابي للدكتور رؤوف عبيد، الطبعة الرابعة ١٩٧٩ م دار النهضة العربية.

٢٩١ ـ محاضرات عن المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية للدكتور توفيق الشناوي، ط المؤلف سنة ١٩٥٨ م.

٢٩٢ ـ المدخل إلى القانون للدكتور حسن كيره، الطبعة الخامسة منشأة المعارف بالإسكندرية.

٢٩٣ ـ المدخل للعلوم القانونية للدكتور توفيق حسن فرج، ط مؤسسة الثقافة الجامعية سنة ١٩٨١ م.

٢٩٤ ـ المسؤولية الجنائية للدكتور مصطفى القللي، ط مطبعة الاعتماد بمصر سنة ١٩٤٥ م.

٢٩٥ ـ المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية للدكتور حسن صادق المرصفاوي، ط المؤلف سنة ١٩٧٢ م.

٢٩٦ ـ المسؤولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد للمستشار حسن عكوش، ط دار الفكر الحديث للطباعة والنشر سنة ١٩٧٣ م.

٢٩٧ ـ **المسؤولية المدنية** للمستشار حسين عامر، وعبد الرحيم عامر، الطبعة الثانية ١٩٧٩ م، دار المعارف.

٢٩٨ ـ **المسؤولية المدنية في القانون المصري** لمصطفى مرعي، الطبعة الأولى ١٩٣٦، مطبعة نوري بالقاهرة.

٢٩٩ ـ **مصادر الالتزامات** للدكتور عبد المنعم فرج الصده، ط المؤلف سنة ١٩٨٤ م.

٣٠٠ ـ **مصادر الالتزام** للدكتور إسماعيل غانم، طبعة مكتبة عبد الله وهبة سنة ١٩٦٨ م.

٣٠١ ـ **مصادر الالتزام** للدكتور جميل الشرقاوي، ط دار النهضة العربية سنة ١٩٧٦ م.

٣٠٢ ـ **مصادر الالتزام** د. عبد الناصر توفيق العطار، ط مؤسسة البستاني للطباعة سنة ١٩٩٠.

٣٠٣ ـ **مصادر الالتزام** للدكتور محمد إبراهيم دسوقي، ط المؤلف ١٩٨١م.

٣٠٤ ـ **الموجز في مصادر الالتزام** للدكتور أنور سلطان، ط منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٧٠ م.

٣٠٥ ـ **الموسوعة الجنائية** لجندي عبد الملك، الطبعة الأولى دار المعرفة بيروت.

٣٠٦ ـ **نظرية الالتزام** للدكتور سمير تناغو، ط منشأة المعارف بالإسكندرية.

٣٠٧ ـ **نظرية الالتزام** للدكتور عبد الناصر توفيق العطار، ط المؤلف.

٣٠٨ ـ **نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد** للدكتور أحمد حشمت

أبو ستيت، ط مطبعة مصر ١٩٥٤ م.

٣٠٩ ـ **النظرية العامة للالتزام** للدكتور جميل الشرقاوي، ط دار النهضة العربية سنة ١٩٩١.

٣١٠ ـ **النظرية العامة للقانون** للدكتور سير عبد السيد تناغو، ط منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٧٤.

٣١١ ـ **النظرية العامة للقانون الجنائي** للدكتور رمسيس بهنام، ط مكتبة المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٦٨ م.

٣١٢ ـ **النظرية العامة للقصد الجنائي** للدكتور محمود نجيب حسني، ط دار النهضة العربية ١٩٧٨ م.

٣١٣ ـ **الوجيز في النظرية العامة للالتزامات** للدكتور محمود جمال الدين زكي، الطبعة الثالثة مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٧٨ م.

٣١٤ ـ **الوسيط في شرح القانون المدني ـ مصادر الالتزام** للدكتور عبد الرزاق السنهوري، الطبعة الثالثة ـ دار النهضة العربية سنة ١٩٨١ م.

٣١٥ ـ **الوسيط في النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام** للدكتور حمدي عبد الرحمن، الطبعة الأولى دار النهضة العربية ١٩٩٠ م.

الرسائل العلمية:

٣١٦ ـ **استعمال الحق كسبب للإباحة** للدكتور عثمان سعيد عثمان، رسالة دكتوراه من كلية الحقوق بالقاهرة، ط دار الجبلاوي للطبع والنشر عام ١٩٦٨ م.

٣١٧ ـ **الإكراه وأثره في الرضا بالتصرفات**، رسالة دكتوراه للدكتور فخري

خليل أبو صفية، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة سنة ١٩٧٩ م.

٣١٨ ـ **التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون** للدكتور سعيد أمجد الزهاوي، رسالة دكتوراه من كلية الحقوق بالقاهرة سنة ١٣٩٥ هـ ـ ١٩٧٥ م، ط دار الاتحاد العربي للطباعة والنشر بالقاهرة.

٣١٩ ـ **تجاوز حدود الدفاع الشرعي في القانون المقارن**، الدكتور داود سليمان العطار، رسالة دكتوراه بكلية الحقوق جامعة القاهرة عام ١٩٧٧ م.

٣٢٠ ـ **الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي** للدكتور محمد فاروق العكام، رسالة دكتوراه كلية الحقوق بالقاهرة، ط دار المصطفى للنسخ والطباعة سنة ١٩٧٧ م.

٣٢١ ـ **المسؤولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية** ـ رسالة دكتوراه، محمود خيامي أبو زيد، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة.

٣٢٢ ـ **نظرية الدفاع الشرعي**، للدكتور حامد الشريف، ط مطبعة الشباب بمصر سنة ١٩٢٥ م، رسالة علمية حصل بها الباحث على دكتوراه الدولة من جامعة باريس.

٣٢٣ ـ **نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي** للدكتور يوسف قاسم، رسالة دكتوراه، ط دار الاتحاد العربي سنة ١٩٧٩ م.

٣٢٤ ـ **النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي** للدكتور محمد نعيم فرحات، رسالة دكتوراه بكلية الحقوق جامعة عين شمس عام ١٩٨١ م.

الفهارس



فهرس الآيات القرآنية

الآية	رقم الآية	اسم السورة
الَّذِينَ يَظُنُّونَ أَنَّهُم مَلاَقُو رَبِّهِمْ	٤٦	البقرة
وَإِذْ قَالَ مُوسَىٰ لِقَوْمِهِ إِنَّ اللهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَذْبَحُواْ بَقَرَةً	٦٧	البقرة
إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ	١٧٣	البقرة
يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ	١٧٨	البقرة
وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ	١٧٩	البقرة
يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ	١٨٣	البقرة
فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ	١٩٤	البقرة
وَلاَ تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ	١٩٥	البقرة
وَاذْكُرُواْ اللهَ فِي أَيَّامٍ مَّعْدُودَاتٍ	٢٠٣	البقرة

الآية	رقم الآية	اسم السورة
نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُواْ حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ	٢٢٣	البقرة
لاَ إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَد تَّبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ	٢٥٦	البقرة
لِلْفُقَرَآءِ الَّذِينَ أُحصِرُواْ فِي سَبِيلِ اللهِ	٢٧٣	البقرة
إِنَّمَا التَّوْبَةُ عَلَى اللهِ لِلَّذِينَ يَعْمَلُونَ السَّوءَ بِجَهَالَةٍ	١٧	النساء
وَلاَ تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيماً	٢٩	النساء
الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَآءِ	٣٤	النساء
وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِناً إِلاَّ خَطَئاً	٩٢	النساء
وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُتَعَمِّداً فَجَزَآؤُهُ جَهَنَّمُ	٩٣	النساء
رُّسُلاً مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ	١٦٥	النساء
حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ	٣	المائدة
فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لإِثْمٍ	٣	المائدة
أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْساً بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الأَرْضِ	٣٢	المائدة

إِنَّمَا جَزَآءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللهَ وَرَسُولَهُ	٣٣	المائدة
وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا	٣٨	المائدة
وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ	٤٥	المائدة
يأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوٓاْ إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأنصَابُ	٩٠	المائدة
كَتَبَ رَبُّكُمْ عَلَىٰ نَفْسِهِ الرَّحْمَةَ	٥٤	الأنعام
وَمَا لَكُمْ أَلاَّ تَأْكُلُواْ مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللهِ عَلَيْهِ	١١٩	الأنعام
وَلاَ تَقْتُلُواْ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ	١٥١	الأنعام
قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللهِ الَّتِيَ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ	٣٢	الأعراف
وَاللهُ أَخْرَجَكُم مِّن بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لاَ تَعْلَمُونَ شَيْئاً	٧٨	النحل
ادْعُ إِلَىٰ سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحِكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ	١٢٥	النحل
وَلاَ تَقْرَبُواْ الزِّنَىٰ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَآءَ سَبِيلاً	٣٢	الإسراء
وَلاَ تَقْتُلُواْ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ	٣٣	الإسراء

وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ	٧٠	الإسراء
أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتَلُونَ بِأَنَّهُمْ ظُلِمُواْ	٣٩	الحج
وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ	٧٨	الحج
الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُواْ كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ	٢	النور
وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُواْ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ	٤	النور
وَلاَ تُكْرِهُواْ فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَآءِ	٣٣	النور
وَالَّذِينَ لاَ يَدْعُونَ مَعَ اللهِ إِلَهاً آخَرَ	٦٨	الفرقان
وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُمْ بِهِ	٥	الأحزاب
وَالَّذِينَ إِذَآ أَصَابَهُمُ الْبَغْيُ هُمْ يَنتَصِرُونَ	٣٩	الشورى
يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوَاْ إِن جَآءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوَاْ	٦	الحجرات
وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُواْ فَأَصْلِحُواْ بَيْنَهُمَا	٩	الحجرات
وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالإِنسَ إِلاَّ لِيَعْبُدُونِ	٥٦	الذاريات
فَاتَّقُواْ اللهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ	١٦	التغابن

فهرس الأحاديث والآثار

الحديث او الأثر

جاء رجل إلى رسول الله: ٣٦، ٥٤، ٢٨٢، ٤١٢، ٤٣٠

من قتل دون ماله فهو شهيد: ٧، ٣٧، ٥٤، ٧٨، ٢٨٣، ٣٣٩، ٤١٣، ٤٢٢، ٤٣٠

من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد: ٣٨، ٣٣٨

أن رجلاً أضاف إنساناً من هذيل: ٣٩، ٤٢٣

إن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ كان يوماً يتغدى إذ جاءه رجل:

أنصر أخاك ظالماً أو مظلوماً، ٦٧، ٤٢٠، ٤٢٨، ٤٣٤

إن الزبير بن العوام كان قد تخلف عن الجيش يوماً: ٦٧، ٤٢٥

من أشار بحديدة إلى أحد من المسلمين: ٧٢

ما يمنع أحدكم إذا جاءه من يريد قتله: ٧٤

إن بين يدي الساعة لفتناً كقطع الليل المظلم: ٧٤

تكون فتن فكن فيها عبد الله المقتول: ٧٥

عن عثمان بن عفان ـ رضي الله عنه ـ أنه ترك قتال من بغى عليه: ٧٥

لا ضرر ولا ضرار: ٨٧، ٨٨، ٢١٩
وقد سئل عليه السلام أي الأعمال أفضل؟ ٩١
سئل ﷺ أي الذنوب أكبر؟ ٩١
أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلاّ الله: ١٢٥
عن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أن قتيلاً قتل على عهد رسول الله: ١٢٥
لزوال الدنيا أهون على الله من قتل رجل مسلم: ١٢٦
من أعان على قتل مسلم بشطر كلمة: ١٢٦
كل ذنب عسى الله أن يغفره إلاّ من مات مشركاً: ١٢٧
لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلاّ الله وأنّي رسول الله إلاّ بإحدى ثلاث: ١٢٧، ٣١٦، ٦١٠
إن رجلاً نزل بالحرة ومعه أهله: ١٣٠
لو أن امرأ يتحقق عليك بغير إذن فحذفته بحصاة: ٣٤٠، ٣٤١، ٤٨٧
ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم: ١٨٦
لا تضرب خادمك: ٢٠٣، ٢٠٤
كان عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ يضرب النساء والخدم: ٢٠٤
إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى: ٢١٨، ٢٩٦، ٥٣٧
ألا إن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا: ٢٢٢
عقل شبه العمد مغلظ: ٢٢٢
إن رجلاً عض آخر على ذراعه فجذبها: ٢٢٧، ٤١٦

لا يحل مال امرئ مسلم إلاّ بطيب نفس منه: ٢٢٩
إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام: ٢٢٩
كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه: ٢٢٩
لكل داء دواء فإذا أصاب دواء الداء برأ: ٢٥٠، ٢٥١
إن الله أنزل الداء والدواء: ٢٥١
جاءنا جابر بن عبد الله في أهلنا ورجل يشتكي خراجاً به: ٢٥١
إن الله لم ينزل داء إلاّ أنزل معه دواء: ٢٥١، ٢٥٢
إني أفكر في التابعين فأعجب، أجدك من أفقه الناس: ٢٥٢
من تطبب ولم يعلم منه طب قبل ذلك فهو ضامن: ٢٥٣، ٢٥٥
أيما طبيب تطبب على قوم لا يعرف له: ٢٥٤
إنها ستكون بعدي أثرة وأمور تنكرونها: ٢٦١
إن رجلاً من الأعراب أتى رسول الله ﷺ: ٢٦٣
أتى رسول الله ﷺ رجل من الناس وهو في المسجد فناداه: ٢٦٤
من جلدت له ظهراً: ٢٦٦
قصة أبي بكر الصدّيق رضي الله عنه حين أتاه رجل أقطع اليد والرجل: ٢٦٧
رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه: ٢٩٦
قاتل دون مالك: ٣١٧، ٤٧٩
من شهر على المسلمين سيفاً فقد أحل دمه: ٣٣٠، ٣٣١، ٣٣٢، ٣٨٣، ٣٨٤، ٤١٨، ٤٥٥، ٥١٠

إن جارية كانت تحتطب فاتبعها رجل: ٣٨٧
المسلم أخو المسلم يسعهما الماء والشجر: ٤٢٠، ٤٣٥
ما من امرئ يخذل امرأ مسلماً: ٤٢٧
من رد عن عرض أخيه: ٤٢٨
رفع القلم عن ثلاث: ٥٦٠، ٥٦٢
مر علي بن أبي طالب بمجنونة بني فلان: ٥٦٢
لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط: ٥٨٨
من بلغ حداً في غير حد: ٥٨٩
العمد قود: ٦١٠
اجتنبوا السبع الموبقات: ٦١١

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

فهـــرس الأعـــلام

اسـم العلـــم

ابن بطال: ٤١٩

ابن تيمية: ..... ٦٠، ٦٥٥

ابن ثواب: ..... ٣٣٩، ٣٤٠

ابن الحاجب: ٣٥٨

ابن حزم: ..... ٤٥٨، ٤٦٠

ابن سيرين: ٢٥٩

ابن شبرمة ٥٩

ابن الصباغ: ..... ٣٣٥، ٣٨٤، ٥٣٢

ابن عابدين ..... ٩٣، ٣٣٧

ابن عباس ١٢٥

ابن العربي ..... ٥١٥، ٥١٦

ابن فرحون ١٥٤

ابن قدامة ١٥٣، ١٥٥، ١٩٢، ٢٠٥، ٢٠٦، ٢٥٤، ٢٦٥، ٣١٩، ٣٨٠

ابن القيم ٦٠
ابن نجيم ٨٩
أبو بردة ٥٨٨
أبو حنيفة ..... ١٥٤، ٢٢٥، ٣٠١، ٣٥١، ٣٨٠
أبو داود ١٣٠
أبو طالب ٣٣٩
أبو طلحة الأنصاري ٤٢٧
أبو موسى الأشعري ٧٤
أبو هريرة ..... ٣٦، ٥٤،
١٢٥، ١٢٦، ١٦٩، ٢٦٣، ٢٦٤، ٢٨٢، ٣٤٠، ٤١٢، ٤٣٠، ٤٨٧
أبو يوسف ..... ٣٠١، ٣٥١
إسحاق ٥٨٨
الأشتر ..... ٧٦، ٧٧
أشهب ..... ١٥٦، ١٩١، ٢٠٠، ٢٠٥
الإمام أحمد ..... ٧٠، ٢٥٨
الإمام مالك ٢٢١
الأنصاري ..... ٣٠٢، ٤٢٧
الأوزاعي ..... ٤٦٣، ٤٦٤
البغدادي ١٥٦
البلقيني ٤٨٨

البهوتي ..... ١٥٤، ١٩٠، ٢٠٤، ٢٥٧
البيجرمي ..... ٢٨١، ٣٣٧، ٣٥٥، ٣٨٧
البيهقي ١٣٠
الحاكم ..... ٤٢، ٨٧، ٢٩٤، ٣١٩، ٣٨٣، ٣٨٦، ٥٦١، ٥٩٩
الحسن ..... ٥٩، ٧٦، ٤٥٨، ٤٥٩
الخرشي ..... ٣٨٤، ٥٨٧
الخرقي ٥٨٨
الدارقطني ٥٦١
الدردير ٦٥٠
الدسوقي ..... ٣٥٨، ٤٥٥، ٥١٥
الرملي ٤١٥
الزبير بن العوام ..... ٦٧، ٦٨، ٤٢٥
الزهري ..... ٣٩، ٢٠٤، ٤٢٣
الزركشي ١١٧
الزيلعي ..... ١٩٤، ٢٠٦، ٣١٧
السرخسي ..... ٢٢٢، ٤١٥
السيوطي ٨٨
الشاطبي ..... ٢١٦، ٢١٨
الشافعي ..... ١٦٣، ١٩١، ٢٥٨، ٢٦٦، ٣٨٠، ٤٥٧، ٤٦٥، ٥٢٣، ٥٨٩، ٦٣٣

الشبراملسي ٣٥٩
الشربيني ٤٨٢
الشعبي ٤٥٩
الشوكاني ١١٩
الشيرازي ٤٥٤
الطحاوي ٢٢٦
العز بن عبد السلام ..... ٩٠، ١٦٢
العيني ٦٤٣
الغزالي ..... ٥٢، ٨٠، ١٤١، ٤٣٣
الفضل ..... ٣٣٩، ٣٨٥
القرافي ١٦٢
القليوبي ..... ٣٠٣، ٤٨٣، ٤٨٤، ٥٠٧، ٥٠٨، ٥٦٨، ٥٦٩
الكاساني ١٩٥
الماوردي ٢٢٨
المرغيناني ١٥٥
الميموني ٣٣٩
النخعي ٤٥٩
النووي ٣٣٤
جابر ..... ٢٥٠، ٢٥١، ٤٢٧

خليل ٣١٨
زفر ٣٠١
زيد بن خالد الجهني ٢٦٣
سعيد بن زيد ..... ٣٧، ٥٤، ٢٨٣، ٤١٣، ٤٢٢
عائشة ..... ٧١، ٢٥٢، ٥٦٠
عاصم بن عمر ٢٥١
عبد الله بن خباب ..... ٧٤، ٧٥
عبد الله بن عمر ..... ٧٣، ١٢٥، ٢٠٣، ٢٢٢
عبد الله بن عمرو بن العاص ٢٢٢
عبد الله بن مسعود ..... ٢٥١، ٢٦١
عثمان بن عفان ٧٥
عروة بن الزبير ٢٥٢
علي بن أبي طالب ٥٦١
عمر بن الخطاب ..... ٣٩، ٤٠، ٦٨، ٢٠٤، ٢٨٣، ٢٨٧، ٤٢٣، ٤٢٥، ٥٢٦
عمر بن عبد العزيز ٢٥٤
عمران بن حصين ٤١٦
عمرو بن شعيب ٢٥٥
وثاب ٧٦



فهرس الموضوعات

المقدمة ٩

التمهيد: حق الدفاع الشرعي وتطوره ٢١

المبحث الأول: تعريف الدفاع الشرعي وأهميته
وحكمة مشروعيته ٢٣

المطلب الأول: تعريف الدفاع الشرعي والمقصود بتجاوزه ٢٣

الفرع الأول: تعريف الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي .. ٢٣

الفرع الثاني: تعريف الدفاع الشرعي في القانون الوضعي .. ٢٧

الفرع الثالث: المقصود بتجاوز حق الدفاع الشرعي في
الفقه والقانون ٣١

المطلب الثاني: مدى مشروعية الدفاع الشرعي وحكمته ... ٣٤

الفرع الأول: مدى مشروعية الدفاع الشرعي وحكمته في
الفقه الإسلامي ٣٤

الفرع الثاني: مدى مشروعية الدفاع الشرعي وحكمته في
القانون الوضعي ٤٤

المطلب الثالث: أهمية الدفاع الشرعي ٥١

الفرع الأول: أهمية الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي ... ٥١
الفرع الثاني: أهمية الدفاع الشرعي في القانون الوضعي... ٥٥
المبحث الثاني: تطور نظرية الدفاع الشرعي ٥٧
المطلب الأول: تطور نظرية الدفاع الشرعي في الشريعة
الإسلامية ٥٧
المطلب الثاني: تطور نظرية الدفاع الشرعي في القانون
الوضعي ٦٢
المبحث الثالث: حكم الدفاع الشرعي وأساسه ٦٥
المطلب الأول: حكم الدفاع الشرعي ٦٥
الفرع الأول: حكم الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي ... ٦٥
الفرع الثاني: حكم الدفاع الشرعي في القانون الوضعي ... ٨٢
المطلب الثاني: أساس الدفاع الشرعي ٨٦
الفرع الأول: أساس الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي .. ٨٦
الفرع الثاني: أساس الدفاع الشرعي في القانون الوضعي .. ٩٨
الباب الأول: إباحة الدفاع الشرعي والتجاوز فيه ١١١
الفصل الأول: المقصود بنظرية الإباحة وتطبيقاتها ١١٣
المبحث الأول: نظرية الإباحة في الفقه الإسلامي والقانون
الوضعي ١١٦
المطلب الأول: تعريف الإباحة وأنواعها ١١٦
الفرع الأول: تعريف الإباحة وأنوعها في الفقه الإسلامي . ١١٦
الفرع الثاني: تعريف الإباحة وأنواعها في القانون الوضعي ١٣٣

المطلب الثاني: علة الإباحة ١٤٠
الفرع الأول: علة الإباحة في الفقه الإسلامي ١٤٠
الفرع الثاني: علة الإباحة في القانون الوضعي ١٤٤
المطلب الثالث: الأثر المترتب على الإباحة ١٥١
الفرع الأول: الأثر المترتب على الإباحة في الفقه الإسلامي١٥١
الفرع الثاني: الأثر المترتب على الإباحة في القانون
الوضعي ١٥٨
المطلب الرابع: الغلط في الإباحة والجهل بها ١٦١
الفرع الأول: الغلط في الإباحة والجهل بها في الفقه
الإسلامي ١٦١
الفرع الثاني: الغلط في الإباحة والجهل بها في القانون
الوضعي ١٧٠
المبحث الثاني: التجاوز في الإباحة ١٨٩
المطلب الأول: المقصود بالتجاوز ١٨٩
الفرع الأول: المقصود بالتجاوز في الفقه الإسلامي ١٨٩
الفرع الثاني: المقصود بالتجاوز في القانون الوضعي ... ١٩٧
المطلب الثاني: متى يحدث التجاوز؟ ٢٠١
الفرع الأول: متى يحدث التجاوز في الفقه الإسلامي ... ٢٠١
الفرع الثاني: متى يحدث التجاوز في القانون الوضعي... ٢٠٨

المطلب الثالث: الفرق بين التجاوز وغيره من الجرائم .. ٢١٣
الفرع الأول: الفرق بين التجاوز وغيره من الجرائم في الفقه
الإسلامي ٢١٣
الفرع الثاني: الفرق بين التجاوز وغيره من الجرائم في القانون
الوضعي ٢٣٢
المطلب الرابع: تطبيقات للتجاوز وأحكامها ٢٤٩
الفرع الأول: تطبيقات للتجاوز وأحكامها في الفقه
الإسلامي ٢٤٩
الفرع الثاني: تطبيقات للتجاوز وأحكامها في القانون
الوضعي ٢٦٩
المبحث الثالث: الآثار المترتبة على التجاوز ٢٧٩
المطلب الأول: تكييف واقعة التجاوز ٢٧٩
الفرع الأول: تكييف واقعة التجاوز في الفقه الإسلامي .. ٢٧٩
الفرع الثاني: تكييف واقعة التجاوز في القانون الوضعي . ٢٨٥
المطلب الثاني: المسؤولية عن التجاوز ٢٩١
الفرع الأول: المسؤولية عن التجاوز في الفقه الإسلامي . ٢٩١
الفرع الثاني: المسؤولية عن التجاوز في القانون الوضعي . ٣٠٥
المطلب الثالث: كيفية العقاب على التجاوز في سبب
الإباحة ٣١٥

الفرع الأول: كيفية العقاب على التجاوز في سبب الإباحة في
الفقه الإسلامي ٣١٥
الفرع الثاني: كيفية العقاب على التجاوز في سبب الإباحة في
القانون الوضعي ٣٢٢
الفصل الثاني: التجاوز في حق الدفاع الشرعي ٣٢٧
المبحث الأول: نشوء حق الدفاع الشرعي ٣٢٨
المطلب الأول: وجود حالة الاعتداء أو خطره ٣٢٨
الفرع الأول: وجود حالة الاعتداء أو خطره في الفقه
الإسلامي ٣٢٨
الفرع الثاني: وجود حالة الاعتداء أو خطره في القانون
الوضعي ٣٤٣
المطلب الثاني: صور خطر الاعتداء ٣٤٩
الفرع الأول: صور خطر الاعتداء في الفقه الإسلامي ... ٣٤٩
الفرع الثاني: صور خطر الاعتداء في القانون الوضعي .. ٣٦٤
المطلب الثالث: أوصاف الاعتداء وكيفية دفعه ٣٧٩
الفرع الأول: أوصاف الاعتداء وكيفية دفعه في الفقه
الإسلامي ٣٧٩
الفرع الثاني: أوصاف الاعتداء وكيفية دفعه في القانون
الوضعي ٣٩١

المطلب الرابع: محل الاعتداء ٤١٠
الفرع الأول: محل الاعتداء في الفقه الإسلامي ٤١٠
الفرع الثاني: محل الاعتداء في القانون الوضعي ٤٣٧
المطلب الخامس: لزوم الدفاع ضد الخطر ٤٥٣
الفرع الأول: لزوم الدفاع ضد الخطر في الفقه الإسلامي . ٤٥٣
الفرع الثاني: لزوم الدفاع ضد الخطر في القانون الوضعي ٤٦٧
المبحث الثاني: حكم تجاوز المناسب في دفع الاعتداء . ٤٧٦
المطلب الأول: معنى التجاوز ٤٧٦
الفرع الأول: معنى التجاوز في الفقه الإسلامي ٤٧٦
الفرع الثاني: معنى التجاوز في القانون الوضعي ٤٩٠
المطلب الثاني: اعتبارات تقدير التجاوز ٥٠٥
الفرع الأول: اعتبارات تقدير التجاوز في الفقه الإسلامي . ٥٠٥
الفرع الثاني: اعتبارات تقدير التجاوز في القانون الوضعي ٥١٨
الباب الثاني: آثار تجاوز حق الدفاع الشرعي ٥٢٧
الفصل الأول: مسؤولية المتجاوز في دفع المعتدي ٥٢٩
المبحث الأول: الجانب الإيجابي للمسؤولية عن التجاوز ٥٣٠
المطلب الأول: مسؤولية المتجاوز حد الدفاع عمداً ٥٣١
الفرع الأول: مسؤولية المتجاوز حد الدفاع عمدا في الفقه
الإسلامي ٥٣١

الفرع الثاني: مسؤولية المتجاوز حد الدفاع عمداً في القانون
الوضعي ٥٤٠
المطلب الثاني: مسؤولية المتجاوز حد الدفاع خطأ ٥٥٣
الفرع الأول: مسؤولية المتجاوز حد الدفاع خطأ في الفقه
الإسلامي ٥٥٣
الفرع الثاني: مسؤولية المتجاوز حد الدفاع خطأ في القانون
الوضعي ٥٥٦
المبحث الثاني: الجانب السلبي للمسؤولية عن التجاوز .. ٥٥٩
المطلب الأول: انعدام أهلية المتجاوز ٥٥٩
الفرع الأول: انعدام أهلية المتجاوز في الفقه الإسلامي .. ٥٥٩
الفرع الثاني: انعدام أهلية المتجاوز في القانون الوضعي . ٥٦٤
المطلب الثاني: تخلف أحد عناصر الركن المعنوي ٥٦٧
الفرع الأول: تخلف أحد عناصر الركن المعنوي في الفقه
الإسلامي ٥٦٧
الفرع الثاني: تخلف أحد عناصر الركن المعنوي في القانون
الوضعي ٥٧٠
الفصل الثاني: عقوبة المتجاوز حد الدفاع الشرعي ٥٧٣
المبحث الأول: التعريف بالعقوبة وأنواعها وأغراضها ... ٥٧٤
المطلب الأول: تعريف العقوبة ٥٧٤

الفرع الأول: تعريف العقوبة في الفقه الإسلامي ٥٧٤
الفرع الثاني: تعريف العقوبة في القانون الوضعي ٥٧٨
المطلب الثاني: أغراض العقوبة ٥٨٥
الفرع الأول: أغراض العقوبة في الفقه الإسلامي ٥٨٥
الفرع الثاني: أغراض العقوبة في القانون الوضعي ٥٩٠
المطلب الثالث: أنواع العقوبة ٥٩٨
الفرع الأول: أنواع العقوبة في الفقه الإسلامي ٥٩٨
الفرع الثاني: أنواع العقوبة في القانون الوضعي ٦٠٣
المبحث الثاني: أحكام عقوبة المتجاوز حد الدفاع الشرعي ٦٠٨
المطلب الأول: أحكام عقوبة المتجاوز حد الدفاع الشرعي
في الفقه الإسلامي ٦٠٨
المطلب الثاني: أحكام عقوبة المتجاوز حد الدفاع الشرعي
في القانون الوضعي ٦١٤
الخاتمة ٦٢١
المراجع ٦٣٧
فهرس الآيات القرآنية ٦٧٥
فهرس الأحاديث والآثار ٦٧٩
فهرس الأعلام ٦٨٣