كلية الحقوق
قسم القانون العام

حق الدفاع الشرعي بين القانون الجنائي الوضعي والشريعة الإسلامية

رسالة للحصول على درجة الدكتوراه

مقدمة من الباحث
أحمد حسن عبد الله فراج

لجنة المناقشة :

الأستاذ الدكتور/ حسنين إبراهيم صالح عبيد	**رئيساً**
أستاذ القانون الجنائي- كلية الحقوق – جامعة القاهرة	
نائب رئيس جامعة القاهرة – الاسبق	
الأستاذ الدكتور/ محمد على محجوب	**عضواً**
أستاذ الشريعة الإسلامية – كلية الحقوق- جامعة عين شمس ووزير الأوقاف – الأسبق	
الأستاذ الدكتور/ محمد نجيب عوضين	**مشرفاً وعضواً**
أستاذ الشريعة الإسلامية كلية الحقوق - جامعة القاهرة ووكيل الكلية لشئون الطلاب – الأسبق	
وأمين عام المجلس الأعلى للشئون الإسلامية – الأسبق	
الأستاذ الدكتور/ شريف كامل	**مشرفاً وعضواً**
أستاذ القانون الجنائي – كلية الحقوق – جامعة القاهرة	
ووكيل الكلية لشئون الدراسات العليا والبحوث	

القاهرة
١٤٣٤ هـ - ٢٠١٣ م

(رَبِّ اشْرَحْ لِي صَدْرِي (٢٥) وَيَسِّرْ لِي أَمْرِي (٢٦)
وَاحْلُلْ عُقْدَةً مِّن لِّسَانِي (٢٧) يَفْقَهُوا قَوْلِي (٢٨))

المقـــدمة

الحمد لله الذي علم الإنسان ما لم يعلم فهداه بعد ضلال وفقهه بعد غفلة، والصلاة والسلام على من أرسله الله سبحانه وتعالى إلـــى النـــاس كافة بشيراً ونذيراً وهادياً ومعلماً ورحمة للعالمين.

الصلاة والسلام عليك يا نور قلبي وبهجة حيـــاتي يـــا رســـول الله الصلاة والسلام عليك يا أستاذ الدنيا ومعلم الأجيال.

أما بعد،،

لعله من المناسب ونحن نجتهد في محاوله إضافة لبنه صغيرة فـــي صرح دراسات حق الدفاع الشرعي بين الشريعة الإســـلامية والقـــانون الجنائي الوضعي أن تشتمل المقدمة على مختـــصر صـــغير للتعريـــف بمفهوم القانون الجنائي الوضعي وتطوره في العصر الحديث حيـــث أن مجال البحث وميدانه يقوم على البحث في المبادئ والنظريات العامة بين القانونين الجنائي الوضعي في مجال حق الدفاع الشرعي وبـــين الـــشق الجنائي في الفقه الإسلامي الخاص بالـــدفاع الـــشرعي الخـــاص (دفـــع الصائل) وذلك من أجل تقدير مدى الوفاق والاختلاف بين الرأي الـــسائد في القانون الوضعي والرأي السائد في الفقه الإسلامى في مجال التشريع للجريمة والعقوبة وما يتعلق بهما من نظريات قد تكون مبيحه للفعـــل أو مسقطة للعقاب.

فالقانون الوضعي شأنه شان أي تشريع يبحث عن التطور لملاحقة حاجات المجتمع المتغيرة والمتجددة والشريعة الغراء نبع صافي متدفق لا ينضب له معين بالإضافة لكونها مصدرا رئيسياً للتشريع طبقـــاً لأحكـــام الدستور. وتراثنا الفقهي غني بالمناظرات والمقارنات حتى بـــين فقهـــاء

الشريعة أنفسهم في شتي مجالات المعرفة الإسلامية والشئون الإنـــسانية فقدموا لنا الدراسات والنظريات والشروح والتفاسير والاجتهادات وأسس البحث وكيفية استنباط الأحكام العملية من أدلتها الشرعية فتركـــوا لنـــا بحوراً زاخره بالعلم وتراثا لا يفني من الحكمة والمعرفة لكل مـــن أراد أن يسير على الدرب ساعياً لإلتماس الحكمة باحثا عن الرقي والرفعه.

ونحن اليوم نجتهد بين نصوص قانون وضـــعي يتغيـــر ويتطـــور ليلاحق أحداث العصر ويسير سيراً حثيثا نحو الكمال حتى يكاد أن يبلغه وبين نصوص شرعية نزلت منذ أربعة عشر قرنا. وهي أبدية سرمديه لم تتغير ولم تتبدل فيما مضي ولن تتبدل أو تتغير في المستقبل لأنها شريعة تأبي طبيعتها التبديل والتغيير لأنها من عند الله تعالى ولا تبديل لكلمـــات الله تعالى ولأنها من صنع الله الذي أتقن كل شيئ خلقه فليس ما يخلقه الله عز وجل بحاجة إلى إتقان من بعد خلقه وحاشا لله أن تكون هناك مقارنة بمعني المفاضله بين ما صنعه الناس وما صنعه رب الناس.

أهمية الدفاع الشرعي:-

لعله ومنذ أمد بعيد وقبل أن يصبح العالم أشبه بقرية واحدة أو يكاد، فكم تعاونت جهود الأمم وتضافرت قوى الشعوب في شتى المجالات للعمل من أجل مكافحة الإجرام والوقاية من أضرار الجريمة والعمل من أجل منع تغلغل الشخصية الإجرامية في المجتمع والعمل على النهوض بإصلاح وتقويم الجاني منها.

ويلاحظ أن الغالبية العظمى من المجرمين الخارجين على القانون لا يرتكبون جرائمهم إلا حين يأمنون سطوة القانون وعدم قدرة السلطات العامة على ردعهم وبقدر ما تتراخى قبضة القانون وسطوته بقدر ما تتنامى جرائمهم دون اكتراث بالمجتمع أو عدالته.

وفي مثل هذه الظروف الصعبة التي تعجز فيها القاعدة القانونية عن ردع الأشرار ومنعهم من انتهاك القانون أو العبث بالحقوق القانونية والاجتماعية المصانة ويتهدد فيها الأمن العام والخاص بالخطر حيث يتعذر على الضحايا المعتدى عليهم طلب الغوث أو النجدة في الوقت المناسب أو الاحتماء بالسلطة العامة لحماية الأرواح والأموال والأعراض التي تتعرض لعدوان غير مشروع أو مبرر نجد أن حق الدفاع الشرعي الذي يقوم به ويمارسه المعتدى عليهم هو الملاك الحارس القادر على دفع وإيقاف وحسم هذا العدوان الحال أو المنتظر حسما يميزه غيره كثيرا عن مجرد التلويح بتوقيع العقاب على الجاني بعد ارتكاب جريمته أو مجرد التعويض عن الضرر الذي وقع بعد أن يكون القانون قد انتهكت حرماته وبعد أن تكون الأنفس والأموال والأعراض قد تم العبث بمقدراتها.

فالدفاع الشرعي هنا يتفادى وقوع الخطر ويتدارك الاعتداء الآثم ويحمى المصالح الخاصة بالنفس والمال والعرض ويصون هيبة النظام العام بإيقافه لهذا العدوان أو صده كما تتجلى أهميته في أنه يفوت الفرصة التي يراها المعتدون سانحة لممارسة جرائمهم بعيدا عن هيمنة الدولة وسلطان القانون. وعلى ذلك فهو يحافظ على إستتباب الأمن قبل الإخلال به والتصدي لأي محاولة لانتهاكه وفي ذلك حماية لحقوق المجتمع التي يحرص القانون على حمايتها، كما أن هناك ثمة نتيجة مؤكدة في صحتها غير مشكوك في فاعليتها ألا وهي أن مدى الخوف والرعب من رد الفعل المباشر الذي يصدر من المعتدي عليه بقيامه باستخدام حقه في الدفاع الشرعي بالتصدي للخطر يفزع الأشرار والجناة ويرهبهم أكثر بكثير من مجرد التهديد باحتمال حبسهم أو سجنهم في المستقبل.

ولعل السبب في ذلك أن الجاني يعلم تماما أن المعتدي عليه سوف يتصدى له بكل قواه وسوف ينزل به من المقاومة واستخدام العنف القدر الذي يصد عدوانه ويرد عاديته وخاصة وأن المعتدي عليه في تلك الظروف الحرجة يكون أكثر نشاطا وقوة من رجل الأمن نفسه بدافع غريزة حب الحياة والبقاء، بالإضافة إلى أنه يعلم أن القانون يبيح له ذلك ويقف إلى جواره فمهما تسبب في إحداث أضرار بالمعتدي تتناسب مع حجم عدوانه فهو في نظر الأمن والمجتمع الحارس الأمين الذي يهرع الكل لحماية حقوقه، فإذا ما علم المعتدون كل ذلك فأعتقد أنهم سوف يترددون كثيرا قبل الإقدام على ارتكاب جرائمهم.

وعلى ذلك فإن الدفاع الشرعي لا يقتصر دوره على مجرد الإسهام مع القانون في تأثير نصوصه وإنما الدفاع الشرعي يفعل نصوص القانون ويجعلها أكثر أداءًا لدورها في حماية النظام العام

والمصالح القانونية المعتبرة كما أنه يؤدي بالفعل إلى تحقيق الردع العام والخاص بصورة أفضل.

ولذلك فقد قيل أن منطق العدالة الاجتماعية يقضي بالقول أن من يدافع أو يوقف الاعتداء الغير مشروع عن نفسه أو عن غيره إنما يمارس حقا مماثلا لحق المجتمع في إنزال القصاص بالمعتدي لأنه هنا لا يدافع عن نفسه وإنما يدافع عن النظام الاجتماعي كله.

وصدق المولى جل جلاله في قوله ﴿ **فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ** ﴾ [1]

صدق الله العظيم

الأهمية الاجتماعية للبحث :-

بداية نشير إلى أن أهمية التعرف على نظرية حق الدفاع الشرعي تزداد أهميتها من مجتمع لآخر طبقا للظروف الاجتماعية والسياسية والاقتصادية السائدة فيه وكلما ساءت تلك الظروف كلما أثرت بشكل مباشر في رفع أسهم تلك النظرية إلى أعلى مؤثرات الأهمية وخاصة بالنسبة للشعوب المغلوبة على أمرها والتي تحكم حكما فرديا استبداديا وتصبح شعارات الأمن والأمان والعدالة والديمقراطية فيها مجرد مسكنات لآلام المجتمع ومشاكله تتستر خلفها سياسات المصالح والأهواء التي تعتمد على أساليب الحكم الفردي المطلق واللعب بالقوانين والدساتير لصالح أنظمة التوريث باعتبار أن حكم تلك البلاد حق إلهي لهم.

ولعل السبب المباشر لارتفاع مؤثر الحاجة إلى حق الدفاع الشرعي أن مثل تلك المجتمعات أو الحكومات اهتمت اهتماما أساسيا

([1]) سورة البقرة، آية رقم ١٩٤.

بالأمن السياسي على حساب الأمن الجنائي والفرق بين الاثنين بالنسبة للصالح العام كالفرق بين الثرى والثريا.

فبينما نجد الأمن السياسي يؤسس لدى الحاكم على مجرد حماية النظام الحاكم وحراسته والتسبيح لهم آناء الليل وأطراف النهار وإنفاق الأموال بل إغداقها بلا حساب على تسليحه وتجييشه ليكون قادرا على أن يستشعر به دبه كل نمله على أرضه خوفاً من أن تكون غير موالية لنظام الحكم. فحرصوا على إقتناء أحدث ما في العصر من أدوات وأجهزة للتجسس مع إقامة وتجهيز السجون والمعتقلات بشكل لم نسمع به من قبل حتى في أسود حقبات التاريخ وأشدها ظلاما.

هذا بينما قبع نظام الأمن الجنائي والمناط به الحماية الجنائية وتنفيذ أحكام القانون خلف جدرانه مهضوم الإمكانيات مكسور الجناح لا يستطيع أن يلبي طلبا لمستغيث ولا يرد على صرخة ملهوف، وذلك ببساطة شديدة لأن حماية أمن المواطن هي آخر السطور في مدونة اهتمامات نظام الحكم.

وهكذا سنحت الفرصة للأشقياء ومعتادي الإجرام بعد أن قصرت السلطة عمدا على مد يد المعونة أن ويعيثوا في الأرض فساداً فالاستغاثة لن تسمع والنجدة لن تصل والمعتدي عليهم سوف يشربون الكأس حتى الثمالة من اعتداءات شتى على النفس والمال والعرض وأي ثمالة بعد أن وصلت تلك الاعتداءات على النفس والمال، بل إلى هتك العرض والاغتصاب وخطف النساء علانية في بعض الشوارع والميادين العامة وفي وضح النهار دون تدخل من السلطات المسئولة ومع إحجام مخجل من المواطنين عن التدخل للغوث أو النجدة سببه الجبن والخوف وعدم الثقة في أجهزة الأمن.

وقد يكون إحجامهم لعدم العلم بأن الشرع يوجب ويفرض التدخل على كل من لديه القدرة ولعدم علمهم أن في القانون مساحة رحبة لكل من يوقف أو يصد ذلك العدوان السافر والغير مشروع بكل ما يستطيع من وسائل الدفاع المناسبة وأن القانون يعتبر تلك الحالات من حالات الإباحة.

ذلك بالإضافة إلى أن مشاكل العصر وهمومه قد عملت على زيادة الحاجة إلى أهمية نظرية الدفاع الشرعي وشدة الحاجة إلى قواعدها المنظمة لحماية الأنفس والأموال والأعراض، وفي مقدمة تلك المشاكل أن زيادة عدد السكان في معظم ربوع البلاد مع ضيق الرقعة السكنية المتاحة أو انعدامها جعل الكثيرون يلجئون إلى الأماكن المهجورة أو البعيدة وهي أماكن تفتقد بطبيعتها إلى معظم مستلزمات الحياة وفي مقدمتها الخدمات الأمنية وأصبح من الطبيعي أن يعتمد الناس على حماية أنفسهم بأنفسهم من أي اعتداءات غير مشروعة إيمانا منهم بحقهم في الحياة.

وقد زاد من سخونة الموقف وشدة الحاجة إلى الأمن والأمان انتشار البطالة وارتفاع معدلاتها وتعديها لكل المستويات العالمية وبشكل غير مسبوق مما دفع بالملايين إلى محاولات الهجرة إلى خارج البلاد متحملين مخاطر الهجرة الغير مشروعة تاركين خلفهم أسرهم وذويهم في مناطق متطرفة وعشوائية وبعيدة عن العمران فأصبحوا بين شقي الرحى شظف العيش من ناحية وتسلط البلطجية والمعتدين الذين تعددت أوصافهم ومسمياتهم من ناحية أخرى. ومما زاد الطين بلة أن أعداد غفيرة من هؤلاء انضموا إلى البؤر العشوائية التي انتشرت في المناطق الخلوية وعلى جنبات الطرق السريعة ومسالك المسافرين ليسلكوا أسهل الطرق المتاحة للحصول على المال بالقيام بأعمال السطو والبلطجة واختطاف

النساء والأطفال سواء للحصول على الفدية أو لفرض الإتاوات كما انتشرت ظاهرة سرقات السيارات علانية وفي وضح النهار.

وبعد أن بلغ السيل الزبى، كان من الطبيعي أن ننفخ في الأبواق لاستدعاء الحليف الطبيعي للمعتدي عليهم ذلك الملاك الحارس الذي لا يتخلف عن دوره ولا يغيب عن واجبه نحو نجدة الملهوف وحماية الشرعية والحفاظ على الأرواح والأموال والأعراض ألا وهو حق الدفاع الشرعي.

ومن ثم كانت المحاولة لتقديمه بشكل سهل وبسيط شاملا لكل الأفكار والنظريات والقواعد الفقهية والقانونية المتفرقة في بطون العشرات من المراجع والكتب والمجلات بحيث يسهل الرجوع إليها والاستفادة منها مبوبة ومفهرسة مما يثري ويسهل ممارسة هذا الحق الذي أنزلته الشريعة ونهلت من جداوله الرقراقة بالعزة والكرامة والأمن والأمان قواعد القانون المتطورة من أجل حياة أفضل ومجتمع آمن مستقر.

الأهمية العلمية للبحث :-

إذا كانت أسباب الإباحة تمثل انعطافا جذريا في سياسة التجريم والعقاب لإخراجها الفعل من نطاق التجريم وخلع الصفة غير المشروعة عنه ورده إلى أصله من المشروعية فإن حالة الدفاع الشرعي تعتبر أهم تلك الأسباب ولذلك فإن نظرية الدفاع الشرعي ستظل دوما في صدارة البحوث من أجل الدراسات والتحليل، وقد يكون ذلك لدقة شروط الوجوب فيها وحساسية الخوف من التردي والوقوع في أعمال التجاوز.

وعلى ذلك فإن كانت شروط توافر حق الدفاع الشرعي من حيث عدم شرعية الاعتداء أو ضرورة حلول الخطر أو وشوك وقوعه من

لزوم الدفاع والتناسب تمثل العمود الفقري لهذا الحق فإن الخوف والحذر من التردي في حالة التجاوز بما يعتريها من مواقف وصعوبة من حيث تحديد انتهاء وحلول الخطر أو زوال الحق المباح للدفاع بالإضافة إلى عدم وجود معيار موحد أو دقيق أو مطلق لشرط التناسب يستهدي به القضاء قد يزيد من صعوبة الأمر، وخاصة إذا أضفنا إلى ذلك التشابه الكبير بين حالة التجاوز في الدفاع الشرعي وبين صور أخرى من صور السلوك الإجرامي المشابه، فإن ذلك يضفي أهمية ضرورة استمرار البحث والتدقيق، ويكفي الإشارة إلى أن مجرد تكييف الواقعة بأنها حالة دفاع شرعي بدلا من حالة قتل عمد مثلا تتبدل بموجبها العقوبة من الأشغال الشاقة المؤبدة إلى مجرد الحبس البسيط بل وانتقالها من جريمة جناية إلى جريمة جنحة.

ولعل من دواعي الاهتمام أن حالة التجاوز في حق الدفاع الشرعي قد تكون اتهاما يوجه إلى الفاعل عند ثبوت حالة الدفاع الشرعي وقد تكون دفعا يدفع به المتهم نفسه للاستفادة من سبب من أسباب الإعفاء أو التخفيف بمعنى أنها قد تكون حالة دفع أو حالة إتهام حسب ما يقتضيه المقام.

وبالإضافة إلى ما تقدم فإن حق الدفاع الشرعي هو محور أساسي من أسباب الإباحة وهي الموضوعات التي تعتبر الأصل المقابل لقواعد التجريم والعقاب ولذلك يجذب عناية الفقه واهتمامه، ويحتدم بشأنه الخلاف الفقهي والقانوني حول أساس الحق وطبيعتة وشروط كل من الاعتداء والدفاع وهي خلافات لها صداها وأثرها المباشر في أروقة القضاء وساحاته.

ولذلك فإنه مع كثرة المجهودات العلمية التي تبذل في هذا الشأن فإن هذا الموضوع سيبقى من الموضوعات الخصبة في مجال البحث والدراسة التي تتطلب المزيد من التأمل وإعمال النظر والاجتهاد.

التطور التاريخي:

أولاً: التطور التاريخي لفكرة الدفاع الشرعي في الحضارات القديمة:

لقد إستأنست بعض الحضارات القديمة بأفكار مختلطة عن الدفاع الشرعي أو حالة الضرورة. دون أن تحسم هذه الأمور حسما تشريعيا واضحاً لو استثنينا بعض الحضارات كالحضارية اليونانية والحضارة الرومانية.

وبالرغم لما للدفاع الشرعي من أهمية بالغة بالنسبة للحياة الإنسانية في كل مراحلها وأطوارها نظرًا لملازمته للحياة البشرية منذ نشأنها الأولي فمنذ أن هبط أبو البشرية سيدنا آدم عليه السلام لخلافة الأرض بدا الخلاف يدب بين بنيه و حمي وطيس هذا الخلاف واشتدت ضراوته كلما تقدمت الحياة على الأرض. ولقد عبر القرآن الكريم أبلغ تغيير عندما سرد علينا نبأ أول ضحية للعدوان في فجر البشرية في قوله تعالى ﴿ لَئِن بَسَطتَ إِلَيَّ يَدَكَ لِتَقْتُلَنِي مَا أَنَا بِبَاسِطٍ يَدِيَ إِلَيْكَ لأَقْتُلَكَ إِنِّي أَخَافُ اللَّهَ رَبَّ العَالَمِينَ (٢٨) إِنِّي أُرِيدُ أَن تَبُوءَ بِإِثْمِي وَإِثْمِكَ فَتَكُونَ مِنْ أَصْحَابِ النَّارِ وَذَلِكَ جَزَاءُ الظَّالِمِينَ (٢٩) فَطَوَّعَتْ لَهُ نَفْسُهُ قَتْلَ أَخِيهِ فَقَتَلَهُ فَأَصْبَحَ مِنَ الخَاسِرِينَ (٣٠) ﴾ [1].

---

(١) سورة المائدة آيات رقم ٢٧، ٢٨، ٢٩ ، ٣٠.

ولعل عزائز حب البقاء وحب التملك هي التي جعلت الإنسان متحفــزًا للدفاع عن نفسه أو عن بنية وعرضه وماله بل عن كل ما يهمه في الحياة إذا ما بدا له أن عدوانا يُشن عليه أو أن خطرا يهدد مصالحة.

ولذلك فإن الدفاع الشرعي للإنسان ضد ما يهدده. من عدوان أو أخطار غير مشروعة يعتبر ضرورة فطرية فهو قانون الحياة[١]. منذ بــدء الخليقــة وسوف يستمر إلى أن يرث الله الأرض وما عليها ويتجلى ذلك فــي قولــه تعالى ﴿ وَلاَ يَزَالُونَ مُخْتَلِفِينَ إِلاَّ مَن رَّحِمَ رَبُّكَ وَلِذَلِكَ خَلَقَهُمْ ﴾[٢].

ويبدو أن اهتمام الحضارات القديمة بتشريعات الــدفاع الــشرعي قــد تختلف من حيث الأهمية من حضارة إلى أخرى حسب حاجة شعوبها إلى مثل هذه التشريعات. فمثلا نجد أن حضارات الأمم التي ســاد ســاحتها الأمــن والنظام وحب المعرفة والحكمة لا نجد لتلك التشريعات أثــرا ملموســا والعكس صحيح بالنسبة للحضارات التي جرت الحياة فيها على الــبطش والعنف وتمجيد البطولات نجد أن النصوص على حق الدفاع الــشرعي شاهده بذلك فمثلا.

بالرغم مما وصلت إليه الحضارة ا لمصريه القديمة (الفرعونية) من اهتمامها بحياة الإنسان حتى بعد مماته إلا أن نظام الحكم الذي يمثله حكم الفرد المطلق أو الملك الإله سيطر علي كل حياتهم منذ عهد التوحيد والدولة القديمة وحتى نهاية الحكم المصري للبلاد حيث صبغت حيــاتهم بالصبغة الدينية وأفكار التوحيد والبعث والخلــود. فــصهرهم البحــث

---

(١) فضيلة الأستاذ الشيخ محمد أبو زهره. نظرية الحرب السلام طبعة المجلــس الأعلــى للشئون الإسلامي ص ٩.

(٢) سورة هود آية ١١٨.