YAKIN DOĞU ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU / ANABILIM DALI

YASAL SAVUNMA HÜKÜMLERİNE AİT CEZA VURUŞUNUN ADRESLENMESİ

IBRAHIM AGEED SIDEQ

Yüksek Lisans Tezi

LEFKOŞA
2020

جامعة الشرق الأدنى
الدراسات العليا في العلوم الاجتماعية
كلية الحقوق / قسم القانون العام

التصدي للإعتداء الجرمي في ضوء أحكام الدفاع الشرعي

ابراهيم عكيد صديق

رسالة ماجستير

نيقوسيا
2020

YASAL SAVUNMA HÜKÜMLERİNE AİT CEZA VURUŞUNUN ADRESLENMESİ

IBRAHIM AGEED SIDEQ

YAKIN DOĞU ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTITÜSÜ
KAMU HUKUKU / ANABILIM DALI

Yüksek Lisans Tezi

Yrd.Doç.Dr. Yousif Mostafa Rasul

LEFKOŞA
2020

التصدي للإعتداء الجرمي في ضوء أحكام الدفاع الشرعي

ابراهيم عكيد صديق

جامعة الشرق الأدنى
الدراسات العليا في العلوم الاجتماعية
كلية الحقوق / قسم القانون العام

رسالة ماجستير

بإشراف

الاستاذ المساعد الدكتور يوسف مصطفى رسول

نيقوسيا
2020

KABUL VE ONAY

Ibrahim Ageed Sideq tarafından hazırlanan “Yasal savunma hükümlerine ait ceza vuruşunun adreslenmesi” başlıklı bu çalışma, 24/ 01 /2020 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans Sanatta Yeterlik Tezi olarak kabul edilmiştir.

JÜRİ ÜYELERİ

.....
Yrd.Doç.Dr. Yousif Mostafa Rasul (Danışman)
Yakın Doğu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuk Bölümü

.....
Doç. Dr. Weadi Sulaiman Ali (Başkan)
Yakın Doğu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuk Bölümü

.....
Dr. Shamal Husain Mustafa
Yakın Doğu Üniversitesi
İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü

.....
Prof. Dr. Mustafa Sağsan
Graduate School of Social Sciences
Director

قرار لجنة المناقشة

نحن كأعضاء لجنة مناقشة طالب الماجستير ابراهيم عكيد صديق في رسالته الموسومة بـ " التصدي للإعتداء الجرمي في ضوء أحكام الدفاع الشرعي " بأننا اطلعنا على الرسالة وناقشنا الطالب في محتوياتها بتاريخ 01/24/ 2020، ونشهد بأنها جديرة لنيل درجة الماجستير.

أعضاء لجنة المناقشة

.....
الاستاذ المساعد الدكتور يوسف مصطفى رسول (المشرف)
جامعة الشرق الادنى
كلية الحقوق ,قسم القانون العام

.....
الاستاذ الدكتور وعدي سليمان علي (رئيس لجنة المناقشة)
جامعة الشرق الادنى
كلية الحقوق ,قسم القانون العام

.....
الدكتور شمال حسين مصطفى

جامعة الشرق الادنى
كلية العلوم الاقتصادية والإدارية، قسم العلاقات الدولية

.....
الاستاذ الدكتور مصطفى صاغصان
الدراسات العليا للعلوم الاجتماعية
المدير

BİLDİRİM

Ben Ibrahim Ageed Sideq olarak beyan ederim ki '**Yasal savunma hükümlerine ait ceza vuruşunun adreslenmesi'** başlıklı tezi '**Yrd.Doç.Dr. Yousif Mostafa Rasul'** nin denetimi ve danışmanlığında hazırladığımı,tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya Sosyal Bilimler Enstitüsünün tez yazım kurallarına bağlı kalarak yaptığımı taahhüt ederim. Tezimin kağıt ve elektronik kopyalarının Yakın Doğu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde saklanmasına izin verdiğimi onaylarım.

Bu Tez benim kendi çalışmamdır. Bu tezde yer alan tüm iddia, fikir, yorum, öneri ve çevirilerin sorumluluğu yazar olarak bana aittir.

Bağlı olduğum Sosyal Bilimler Enstitüsü hiçbir koşul veya şart altında, tezin içeriğini ve bilimsel sorumluluğunu taşımamaktadır. Yapılan ve yayınlanan çalışmaların tüm sorumlulukları yazar olarak bana aittir.

- ☐ Tezimin tüm içeriğine heryerden erişilebilir.
- ☐ Tezimin içeriğine Sadece Yakın Doğu Üniversitesinde erişilebilir.
- ☐ Tezimin içeriğine iki yıl boyunca hiçkimse tarafından erişilemez, eğer bu sürenin sonunda sürenin uzatılmasını talep etmezsem, sürenin sonunda tezimin tüm içeriğine heryerden erişilebilir.

Tarih :

İmza :

Adı ve Soyadı: Ibrahim Sideq

الاعلان

أنا ابراهيم عكيد صديق ، أعلن بأن رسالتي الماجستير بعنوان **" التصدي للإعتداء الجرمي في ضوء أحكام الدفاع الشرعي "**، كانت تحت إشراف وتوجيهات **الاستاذ المساعد الدكتور يوسف مصطفى رسول** ، ولقد أعددتها بنفسي تماماً، وكل اقتباس كان مقيداً بموجب الالتزامات والقواعد المتبعة في كتابة الرسالة في معهد العلوم الاجتماعية. أؤكد بأنني أسمح بوجود النسخ الورقية والإلكترونية لرسالتي في محفوظات معهد العلوم الاجتماعية بجامعة الشرق الأدنى. هذه الرسالة هي من عملي الخاص، وأتحمل مسؤولية كل الادعاءات والأفكار والتعليقات والاقتراحات والنصوص المترجمة في هذه الرسالة هي مسؤولية المؤلف. معهد العلوم الاجتماعية الذي أنتمي إليه ليس له أي تبعية أو مسؤولية علمية تحت أي ظرف من الظروف، جميع مسؤوليات المصنفات المنشورة المنشورة تخصني كمؤلف.

- المحتوى الكامل لرسالتي يمكن الوصول اليها من أي مكان.
- رسالتي يمكن الوصول اليها فقط من جامعة الشرق الأدنى.
- لا يمكن أن تكون رسالتي قابلة للوصول اليها لمدة عامين (2). إذا لم أتقدم بطلب للحصول على الامتداد في نهاية هذه الفترة ، فسيكون المحتوى الكامل لرسالتي مسموح الوصول اليها من أي مكان.

تاريخ:

التوقيع:

الاسم و اللقب: ابراهيم عكيد صديق

TEŞEKKÜR

Çok değerli bilgilerini, nasihatlarını ve yönlendirmelerini benden esirgemeyen Gözetmenim **Yrd.Doç.Dr. Yousif Mostafa Rasul** en içten Teşekkür ve Takdirlerimi sunarım.

Bilgisini ve mütevaziliğini benden esirgemeyen ve bana herzaman yardım elini uzatan **Dr. Shamal Husain Mustafa'a** en içten Teşekkürlerimi sunarım.

Yakın Doğu Üniversitesi ve Çalışanlarına en içten Teşekkür ve Takdirlerimi sunarım.

Bu Tez çalışmamın incelenmesi ve düzenlenmesinde büyük emeği olan **Kawar Mousa**'ye en içten Teşekkür ve Takdirlerimi sunarım.

شكر وتقدير

الشكر قبل الخلق لله عز وجل، الذي أعانني على أتمام هذا العمل عسى أن يكون نافعاً، والشكر المتواصل لجميع اساتذتنا الذين كانوا دائماً خير معينين لنا منذ بداية الدراسة والى الكورس الأخير من الدراسة **الدكتور شمال حسين مصطفى** ، ومن ثم اشكر **الاستاذ المساعد الدكتور يوسف مصطفى رسول** المشرف على الرسالة و **الاستاذ الدكتور وعدي سليمان علي** كرئيس لجنة المناقشة العلمية للرسالة، والشكر الموصول **الاستاذ الدكتور مصطفى صاغصان** رئيس مدير الدراسات العليا بجامعة الشرق الأدنى على كل ما يبذله من مساعي من اجل إنجاح برنامج الدراسات العليا باللغة العربية، والشكر للأخ العزيز كاوار محمد موسى المنسق على البرنامج العربي في الجامعة لما يقدمه من خدمات ادارية ، كما أشكر كل من ساندني منذ البداية من أساتذة واصدقاء وأهل وأقرباء.

ÖZ

YASAL SAVUNMA HÜKÜMLERİNE AİT CEZA VURUŞUNUN ADRESLENMESİ

Bu çalışma, meşru savunma hakkıyla ilgilidir; bu, insanı ve parasını tehditlere karşı savunmak anlamına gelir. Bu nedenle, her yaştan yasalar, savunmanın önlenebilir bir ceza ve cezadan muaf tutulduğunu onaylamıştır. Saldırgandan, kamu makamına başvuramayan ve mevcut makamlara başvuramayan ve mevcut makamlara başvuramayan bir suçlu karşısında durmadan durmasını istemek mantıklı değildir. Adli savunma yalnızca bireysel haklarla sınırlı değildir, haklarını ihlal eden her grup için bir meseledir.

Meşru savunma hakkı konusunu açıklığa kavuşturmak için, çalışmayı üç bölüme ayırdık, böylece birinci bölümde meşru savunma kavramı ve ilgili konular ele alınacak ve II.

Anahtar Sözcükler: Suç verme yetkisi, saldırı, savunma hareketi, tehlike, transgresyon, ilgi.

ABSTRACT

ADDRESSING CRIMINAL ASSAULT UNDER THE PROVISIONS OF THE LEGITIMATE DEFENSE

This study deals with the right of legitimate defense, which means defending man and his money against threats. For this reason, the laws of all ages have affirmed that the defense is a preventable cause of punishment and exemption from punishment. It is not logical to ask the aggressor to stand idly by in the face of an offender who has been unable to turn to the public authority and has not been able to resort to the existing authorities, and was able to respond aggression himself. Forensic defense is not only limited to individual rights; it is a matter for each group that has violated its right.

In order to clarify the issue of the right of legitimate defense, we divided the study into three chapters, where we dealt with the first chapter of the concept of legitimate defense and related topics, and devoted chapter II to the statement of the conditions of legitimate defense, and chapter III is devoted to the statement of cases of abuse and departure from the legitimate defense.

Keywords: Reasons for authorizing crime, assault, defense act, danger, transgression, interest.

الملخص

التصدي للإعتداء الجرمي في ضوء أحكام الدفاع الشرعي

يتناول هذه الدراسة حق الدفاع الشرعي والذي يعني دفاع الانسان عن نفسه وماله ضد ما يهدده من الاخطار. ومن اجل ذلك اكدت الشرائع فى جميع العصور على اعتبار الدفاع سبباً مانعاً من العقاب، والاعفاء من العقاب. فليس من المنطق ان يطلب من المعتدى عليه ان يقف مكتوف الايدي امام مجرم يعتدى عليه وقد تعذر عليه الالتجاء الى السلطة العامة واستحال عليه اللجوء الى السلطات الموجوده، وكان قادراً على رد العدوان عن نفسه بنفس. فالدفاع الشرعى ليس امراً قاصراً على الحقوق الفرديه فحسب بل هو امر مقرر لكل جماعه اعتدى على حقها.

وبغية توضيح مسألة حق الدفاع الشرعي فقد قسمنا الدراسة على ثلاثة فصول، بحيث تناولنا في الفصل الاول مفهوم الدفاع الشرعي والمواضيع ذات العلاقة بها، وخصصنا الفصل الثاني لبيان شروط الدفاع الشرعي، والفصل الثالث مخصص لبيان حالات التجاوز والخروج عن الدفاع الشرعي.

الكلمات المفتاحية: أسباب اباحة الجريمة، الاعتداء، فعل الدفاع، الخطورة، التجاوز، المصلحة.

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY ..... ……..
BİLDİRİM..... ……..
TEŞEKKÜR.....iii
ÖZ iv
İÇİNDEKİLER.....vi
ABSTRACT..... v
GİRİŞ..... ……..1

BÖLÜM 1 ..... ……..4
Yasal savunma nedir 4
1.1. Yasal savunma kavramı..... 4
1.1.1. Dilin yasal savunması 4
1.1.2. İslam hukukunda şeriat savunması 7
1.1.3. Hukukta Hukuksal Savunma 9
1.2. Hukuki savunmanın temeli ve hukuki niteliği 11
1.2.1. Kendini savunma esasları 11
1.2.2. Hukuki savunmanın hukuki niteliği 15
1.3. Yasal savunmanın etkisi 16
1.3.1. Savunma eyleminin izni 16
1.3.2. Savunma eyleminin izni 17

BÖLÜM 2 18
Yasal savunma koşulları 18
2.1. Riske ilişkin koşullar..... 18
2.1.1. Riskin varlığı 19
2.1.2. Tehlikenin acil olduğunu 22
2.1.3. Riskin yasadışı olması 32
2.2. Savunma koşulları 24
2.2.1. Gereksinim..... 24

2.2.2. Orantılılık 25
2.3. Yasal savunmaya uyma kontrolleri 28

BÖLÜM 2 29
Yasal savunma hakkının kullanımında kötüye kullanım 29
3.1. Yasal savunma sınırlarını aşma kavramı 30
3.1.1. Yasal savunma sınırlarını aşmanın tanımı 30
3.1.2. Geçersiz Kılma Unsurları 32
3.1.3. Adli Savunma Atlama Türleri 33
3.2. İslam hukukunda meşru savunma hakkının aşılması 34
3.3. Yasal Savunma Sınırlarını Aşmaya Yönelik Yasal Hükümler. 37
3.3.1. Yükseltilmiş geçersiz kılma meşru savunma 37
3.3.2. Yargıcın takdir yetkisi adli tıp savunmasını geçersiz kılma yetkisi 39
3.3.3. Hukuki ve cezai sorumluluğun olmaması 41

SON..... 43
KAYNAKÇA 46
İNTIHAL RAPORU 52
BİLİMSEL ARAŞTIRMA ETİK KURULU 53

قائمة المحتويات

قرار لجنة المناقشة .....
الاعلان .....
شكر وتقدير.....ج
الملخص.....د
قائمة المحتويات.....ه
المقدمة 1

الفصل الاول 4
ماهية الدفاع الشرعي 4
1.1. مفهوم الدفاع الشرعي.....4
1.1.1. الدفاع الشرعي في اللغة 4
2.1.1. الدفاع الشرعي في الشريعة الاسلامية.....7
3.1.1. الدفاع الشرعي في القانون 9
2.1. أساس الدفاع الشرعي وطبيعته القانونية.....11
1.2.1. أساس الدفاع الشرعي.....11
2.2.1. الطبيعة القانونية للدفاع الشرعي 15
3.1. أثر الدفاع الشرعي.....16
1.3.1. إباحة فعل الدفاع.....16
2.3.1. إثبات الدفاع الشرعي 17

الفصل الثاني.....18
شروط الدفاع الشرعي.....18
1.2. الشروط المتعلقة بالخطر.....18
1.1.2. وجود الخطر.....19
2.1.2. ان يكون الخطر حالاً 22
3.1.2. عدم مشروعية الخطر.....32

2.2. شروط الدفاع 24
1.2.2. اللزوم..... 24
2.2.2. التناسب 25
3.2. ضوابط التمسك بالدفاع الشرعي 28

الفصل الثالث..... 29
التجاوز في استعمال حق الدفاع الشرعي 29
1.3. مفهوم تجاوز حدود الدفاع الشرعي..... 30
1.1.3. تعريف تجاوز حدود الدفاع الشرعي 30
2.1.3. عناصر التجاوز 32
3.1.3. أنواع تجاوز الدفاع الشرعي 33
2.3. تجاوز حق الدفاع الشرعي في الشريعة الاسلامية 34
3.3. ألاحكام القانونية لتجاوز حدود الدفاع الشرعي 37
1.3.3. أثار تجاوز الدفاع الشرعي..... 37
2.3.3. سلطة قاضي التقديرية في تجاوز الدفاع الشرعي 39
3.3.3. انتفاء المسؤولية المدنية والجنائية..... 41

الخاتمة 43
قائمة المصادر..... 46
تقرير الانتحال 52
لجنة أخلاقيات البحث العلمي..... 53

المقدمة

تهدف التشريعات الجنائية المقارنة إلى الحفاظ على الحياة الناس وأعراضهم وممتلكاتهم من خلال تجريم الافعال التي تعد اعتداء على المصالح الاساسية للأفراد، والتي تكون كفيلة بإقامة العدل والمساواة والحد من انتشار الجريمة بكل صورها، وجعلت السلطة العامة ممثلة بالدولة هي المسئول عن حماية حق الحياة والسلامة الجسدية ورعاية المصالح وصون الإعراض وحفظ الأموال وفقا للقوانين النافذة، ولا يجوز لأي كان أن يأخذ حقه من الآخرين بالقوة وذلك نتيجة لتطور التشريعات عما كانت عليه في العصور القديمة.

وعلى الرغم من ذلك وضع المشرع استثناءات على قيام الفرد برد الاعتداء في حالات معينة تكون فيها مصالح أخرى هي أولى بالرعاية والحماية، فقرر أحكام الإباحة بشروطها وضوابطها وانطلاقاً من ذلك عد حالة الدفاع الشرعي من صور الإباحة لأهمتها في حياة الناس العملية وصلتها المباشرة بحماية المجتمع وحفظه وأحقية الناس في رد أي عدوان يوشك إن يوقع على النفس أو العرض أو المال.

أهمية الدراسة:

ان موضوع الدفاع الشرعي له أهمية كبيرة حيث يعتبر من أهم تطبيقات نظرية الإباحة التي عرفتها القوانين الجنائية عبر العصور من بينها قانون العقوبات العراقي، حيث انه حق الدفاع كفلته جميع الشرائع منها الشريعة الإسلامية التي أباحت للإنسان حماية نفسه من أي خطر في حين غياب توافر حماية الدولة له . وان حالة الدفاع الشرعي يعتبر من صور الإباحة وذلك لأهميتها في حياة الناس وارتباطها المباشر بحماية المجتمع وسلامته وأحقية الناس في القيام بالرد على أي عدوان يوشك إن يوقع على النفس أو المال أو العرض و الناس أحوج الى ما يكون إلى فهم الدفاع الشرعي و متى تبدا حالة الدفاع الشرعي ومن هو الذي يمتلك حق الدفاع وبيان شروطه مع حدوده وحالاته و كذلك التجاوز فيه مع حكم التجاوز. وعليه موضوع الدفاع الشرعي له أهمية كبيرة حيث يعتبر من أهم تطبيقات نظرية الإباحة التي عرفتها القوانين الجنائية من خلال العصور من بينها القانون الجنائي العراقي، حيث انه حق الدفاع كفلته جميع الشرائع منها الشريعة الإسلامية التي أباحت للإنسان حماية نفسه من أي خطر.

ويعد الدفاع الشرعي من أهم تطبيقات نظرية الإباحة التي عرفتها القوانين الجنائية عبر العصور حيث انه سبب يستند إلى غريزة طبيعية في النفس البشرية تجعل المعتدي عليه يتصدى لكل اعتداء يواجهه من الغير، ومن جهة أخرى فهو مجال المفاضلة بين مصلحتين متعارضتين مصلحة المعتدي ومصلحة المعتدي عليه حيث تكون مصلحة المعتدي عليه أولى بالاعتبار ان المعتدي بفعله يشكل خطر على المصلحة الفردية والجماعية. ومن ثم اعتبرت الأفعال المرتكبة في حالة دفاع شرعي أفعال غير معاقب عليها نتيجة لذلك فالدفاع

الشرعي حق يعترف به القانون لأنه يحقق أهداف النظام القانوني كله ويتفق مع غايات المجتمع .

فمن الناحية النظرية تبرز قيمة هذا الموضوع من خلال الأهمية التي يتمتع بها وهذا ناتج عن قدم وتشعب الدراسات بشأنه لدى فقهاء القانون وكذلك عن فقهاء المسلمين الذين عرفوا الدفاع الشرعي بمصطلح "دفع الصائل" .

أهداف الدراسة:

يهدف هذا البحث الى تسليط الضوء على أهم أسباب الإباحة وهي الدفاع الشرعي والذي يبيح الصفة او السلوك الاجرامي في حالات محددة وضيقة للمجنى عليه، فنبين الاحكام القانونية المنظمة لحق الدفاع الشرعي في قانون العقوبات والكيفية التي تم بموجبها معالجة حالات الإعتداء الآني على النفس أو المال. كما وتهدف الدراسة الى بيان مفهوم الدفاع الشرعي والاساسه القانوني والفلسفي علاوة على بيان الطبيعة القانونية له. ولما كانت الدفاع الشرعي مرتبط كلياً بالوقائع والحالات التي يجد فيها الانسان نفسه في حالة الدفاع من عدمه فأنه ينبغي الوقوف عند شروط القانونية لتحقق حالة الدفاع الشرعي علاوة على بيان حالات التجاوز فيه. كل ذلك يشكل الإهداف الاساسية لهذه الدراسة.

مشكلة الدراسة:

ان حق الدفاع الشرعي يعتبر من أقدم الحقوق عرفتها الانسانية والتشريعات الحديثة والقديمة شرط استناده إلى مبادئ العدالة مع القانون الطبيعي، فرغم اقرار المسؤولية حول رد الاعتداء إلا أن المشّرع منح للمعتدى عليه حق عند غياب السلطة العامة بان يقوم بالاجراءات المناسبة لرد هذا الاعتداء، فالأمر ليست بهذه العفوية والبساطة وبالأخص في حالة ارتكاب الجرائم ذات الجسامة والخطورة والمقصود بها الجرائم الواقعة على الاشخاص والأموال. لذلك يمثل الدفاع الشرعي خروجاً عن الاصل العام الذي يقرر ضرورة اللجوء الى السلطات المختصة لدفع الإعتداء بإعتبار ان حق العقاب عائد للدولة.

منهجية البحث:

ان المنهج الذي المتبع خلال البحث هو المنهج الوصفي والتحليلي، من خلال تتبع تفاصيل المسألة في ضوء الادلة والمواد القانونية ذات العلاقة واستخلاص النتائج، والوسائل المستعملة في وصف أقوال الفقهاء في مجال القانون والتشريعات الحديثة، وتم الاعتماد على جمع المادة العلمية في هذه البحث وعلى المصادر والمراجع.

حدود الدراسة:

يتحدد نطاق الدراسة ببيان موضوع الدفاع الشرعي من خلال المنظور الشرعي والقانوني، وأيضا التطرق الى آراء الفقهاء في علم القانون والشريعة الاسلامية، ويمتد البعد الزمني للدراسة حسب آخر تعديل لقانون العقوبات العراقي والشريعة الإسلامية فيما يتعلق بحق الدفاع الشرعي.

خطة الدراسة:

تم تقسيم الدراسة على ثلاثة فصول، في الفصل الأول تم التطرق الى المفاهيم الاساسية المتعلقة بالمسائل النظرية ذات العلاقة بالدفاع الشرعي من خلال بيان مفهومه اللغوي والاصطلاحي اضافة الى الاساس القانوني والفلسفي له، وتم تخصيص الفصل الثاني لدراسة أهم الشروط الواجب توفرها لتحقق حالة الدفاع الشرعي في ضوء النصوص القانونية، والفصل الثالث فمخصص لدراسة حالات التجاوز على الحق الدفاع الشرعي والسلطة التقديرية للقاضي في ذلك. ومن ثم اختتمنا الدراسة بجملة من الإستنتاجات التي توصلنا اليها من خلال الدراسة علاوة على ما إرتأينا من تقديم الإقتراحات بهذا الصدد.

الفصل الاول

ماهية الدفاع الشرعي

ان أي تصرف يقوم به الانسان معرض للحساب ولكن وفق قوانين وشروط وضوابط معينة، فان التجاوز على حياة الانسان يعتبر من التصرفات او السلوك غير المشروعة لان القانون يعاقب على مثل هذا النوع من التصرفات. ففي حالة الدفاع الشرعي ان التصرف او السلوك التي يقوم به المدافع الذي يدافع عن ماله او عرضه يعتبر تصرف مشروع بحسب القانون والشريعة[1]. ويعتبر حق وفي حالات معينة ومحددة يصبح واجبا[2]. وكون المجتمع يتكون من أفراد كانت العلاقة قوية بين الدفاع الشرعي العام مع الدفاع الشرعي الخاص الى ان سماه الفقهاء القانوني والديني الدفاع الشرعي.

1.1: مفهوم الدفاع الشرعي

نظراً لوجود فكرة رد الاعتداء على العدوان ومواجهة الانسان للخطورة في مجال الشريعة والقانون، فسوف نتطرق الى بيان مفهوم الدفاع الشرعي ومحتواه من الناحية اللغوية علاوة على بيان مفهومه في المجال الشريعة الاسلامية، كما ونوضح مفهومها في مجال القانون الوضعي الخاص بموضوع الدفاع الشرعي الا وهو قانون العقوبات.

1.1.1: الدفاع الشرعي في اللغة

هذا المصطلح يتكون من كلمتين وهما: دفع والشرع ، الدفع في اللغة لها معان كثيرة ما يهمنا منها هنا أنها تأتي بمعنى الإزالة بقوة ، يقال دفع يدفع ودفاعاً أي أزاله بقوة. دافع، مدافعة ودفاعاً عن: حامى عنه و انتصر له. والشرع في اللغة يعني سن الشريعة وشرع للقوم أي بين لهم الطريق، نهجه وأظهره يقال" شرع

---

(1) محمود أجمد طه، شرح قانون العقوبات، الجزء الأول، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر-الامارات،2014 ، ص243.

(2) محمد أحمد المشهداني، الوسيط في شرح قانون العقوبات، الوراق للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى،2006 ، ص 411.

لنا الله كذا بشرعه أي أظهره وأوضحه والرجل أظهر الحق و قمع الباطل[3].

أشار الفقهاء منذ القدم على تسميته "دفع الصائل" للدلالة على الدفاع الشرعي، ولا اختلاف في مفهوم الاصطلاحي، فالمصطلح عبارة عن كلمة مركبة، وهي عبارة عن كلمة "دفع"، ومضاف إليه، وهي كلمة"الصائل". و كلمة "دفع" عند اهل اللغة تطلق على عدة معاني، من ضمنها :

1- الإزالة و التنحية، يقال : دفع عنه الأذى، أي نحاه، وأزاله عنه.
2- الرد، يقال : دفعت الوديعة إلى صاحبها، أي ردد إليه[4].
3- الإبطال، يقال : دفعت القول، أي رددته بالحجة، وأبطلته.

ان المعنى الأول هي الأكثر انسجاماً لموضوع البحث ومعنى كلمة "الصائل": الصائل من الفعل "صال" بمعنى: سطا، يقال : صال عليه، أي سطا عليه ليقهره، والصؤول : هو الذي يتعدى على غيره، والصؤول من الرجال : هو الذي يضرب الناس، ويتطاول عليهم، والمصدر "صيال، وصول"، ومعناه : الاستطالة، والوثوب[5] .

أولاً : تعريف دفع الصائل: فالصائل عند اهل اللغة: فهي عبارة عن المعتدي على غيره .

والصيال : هي الاعتداء على الغير بنية الغلبة، والقهر.

الدفاع في اللغة يطلق على معان[6] :

1– التنحية والإزالة، يقال : دفع عنه الأذى، أي أزاله ونحاه عنه، فهي في هذا المعنى مرادفة لكلمة "دفع"، وهذا لا يمنع أن يكون لكل كلمة معان.

الانتصـــار، والمحاماة عن الغير، يقال : دافع عنه مدافعة : حامى عنه، وانتصر له وهذان المعنيان هما المقصودان في الدفاع الشرعي ؛ لأن المقصود بالدفاع الشرعي هو تنحية المعتدي وإزالة العدوان،

---

[3] المنجد في اللغة ، منشورات دار المشرق ، الطبعة الحادية و الثلاثون ، بيروت ، 1991 ، ص80 .

[4] د.سمير صبحي، الدفاع الشرعي في ضوء الشريعة الإسلامية وفقا للقانون السعودي، دار المعرفة، بيروت، 2004، ص 15.

[5] محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار مكتبة لبنان بيروت، الطبعة الثانية، 1995، ص 213.

[6] د. سمير صبحي، مصدر سابق، ص18.

والانتصار على المعتدي، والمحاماة عن المعتدى عليه . تعريف الدفاع الشرعي عند اهل الاصطلاح: وعرفه الأستاذ عبد القادرعودة قائلا: "هو واجب الإنسان في حماية نفسه وغيره، وحقه في حماية ماله، أو مال غيره، من كل اعتداء غير مشروع، بالقوة اللازمة" [7].

يلاحظ على هذا التعريف ما يلي :

1- أنه غير جامع لجميع أفراد المعرف فقد قصر الدفاع على النفس والمـال، دون العرض، والعرض مما يجب الدفاع عنه بالاتفاق .
2- أن فيه إطنابا، والإطناب عيب في التعريف، فشأن التعريف أن يكون دالا علىالمعرف بعبارات محددة.
3- أنه اشتمل على مضمون حكم الدفاع، وبعض الشروط الواجبة، والمقصود بالتعريف أن يكـون مشيرا على مفهومه المعرف، وبالنسبة للحكم والشروط فهو أمور تخرج عن المفهوم، ومستعجلة عليهـا، وهي مختلفة باختلاف الاحوال والظروف.

المفهوم المختار للدفاع الشرعي هو حماية الفرد للنفس، أو المال، أو العرض من كل اعتداء . فهذا المفهوم موجز، وجامع، ومانع . فأما أنه موجز وقد جاءت بعبارة محددة، من غير الممكن الاستغناء عن أي جملة، أو كلمة منه،فلو أخذت منها شيء لاختل المعنى، وبالنسبة أنه جامع فشموله بأركان المعرف، فاشتمل علـى المدافع، وهو الفرد، وعلى المدافع عنه، وهو النفس، والعرض، والمال، وعلى المدفوع، وهـو الاعتداء، وأما أنه مانع ؛ فلأنه يمنع من دخول ما ليس من جنس المعرف، فلا يدخل فيه الدفاع العام، ، ولا غيره من الأحكام الصادرة من أصحاب الولايات العامة ؛ بسبب هـذه الحقـوق، أو واجبات من تخصص الولاة، وأما الدفاع الشرعي "دفع الصائل" فهو حق للفرد[8] .

---

[7] نقلاً عن : بن عومر الوالي، ضوابط الدفاع الشرعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، ٢٠٠٨.

[8] د. سمير صبحي، مصدر سابق، ص27.

2.1.1: الدفاع الشرعي في الشريعة الاسلامية

أقر الشريعة الاسلامية للمعتدى عليه أن يرد الاعتداء اصطلح على ذلك تسمية" دفع الصائل" [9] كما جاء في آيات القرآنية بالنص على الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهو ما يطلق عليه الدفاع الشرعي العام أما الدفاع الشرعي الخاص فهو ما يطلق عليه دفع الصائل وهو ما يقابل الدفاع الشرعي في القانون الوضعي[10].

وقد جاء في قوله تعالى "فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ"[11] ، و قد اعتبر الفقهاء هذه الآية الكريمة هي الأصل في دفع الصائل. ويستنتج من قوله تعالى في نفس الآية ": وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ " ، إن الله سبحانه و تعالى أباح القصاص بالمثل دون مبالغة في الانتقام من العدو أي ان الله ينهي المؤمنين عن تجاوز الحد الذي بينه لهم فلا يجوز تجاوز حد الدفاع[12]. وقوله تعالى ":وَلْتَكُن منكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَينَهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ[13]" ،وقوله تعالى ": وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يقُاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ[14] "

و من هذا المدلول لآيات كتاب الله العزيز يتبين لنا أنها أقرت مشروعية الدفاع الشرعي بأقسامه المختلفة سواء كان على حق تحميه الشريعة لفرد معين و هو دفع الصائل أو الدفاع الشرعي الخاص ام كان هذا الدفاع عن مبادئ المجتمع الإسلامي و قيمه و ما يعرف بالأمر عن المعروف و النهي عن المنكر أو الدفاع الشرعي العام.

---

[9] محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، الناشر عالم الكتب، القاهرة،1983، ص 203.

[10] عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي ، الموسوعة الجنائية في قانون العقوبات و الإجراءات الجزائية، الطبعة الثانية ، الفنية للطباعة والنشر ،القاهرة، 1993 ، ص748 .

(11) الآية 491 من سورة البقرة. واختلفت الروايات في الحكم الذي جاءت به الآية الكريمة ، فعن ابن عباس قال أن الآية نزلت في مكة و المسلمين يومئذ قليلون و ليس لهم سلطات تقهر المشركين و كان هؤلاء الم شركين يتعرضون لهم بالسب و الشتم و الأذى فأمر الله المسلمين أن يجازي كل واحد منهم المشركين بمثل ما اوتي اليه. ينظر: تفسير الطبري، مكتبة ابن تيمية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، القاهرة، دون تاريخ، ص199.

[12] الامام صديق القنوجي، فتح البيان، الجزء الأول، المكتبة العصرية، بيروت، دون تاريخ، ص252.

[13] الآية (104) من سورة آل عمران.

[14] الآية (190) من سورة البقرة.

وقد جاءت في السنة النبوية الشريفة العديد من الأحاديث التي أكدت مشروعية رد الاعتداء على الأنفس و الأعراض و الأموال ، منها ما رواه أبو داود الترمذي عن سعيد بن زيد قال سمعت النبي ص ل الله عليه و سلم يقول": من قتل دون دينه فهو شهيد."

و عن أبي هريرة أن الرسول ص ل الله عليه وسلم قال" لو أن رجلا اطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه ما كان عليك جناح "من خلال هذه الأحاديث يتبين كيف استوعبت السنة النبوية الشريفة حق المعتدى عليه في الدفاع عن نفسه و ماله و لكنها لم تقتصر في نفس الوقت في تقرير مشروعية رد الاعتداء بالنسبة للغير أيضا و ذلك من خلال الأحاديث التالية:

عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن الرسول عليه الصلاة و السلام قال": المسلم اخو المسلم لا يظلمه و من كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته و من فرج عن أخيه كربة من كرب الدنيا فرج الله عنه كربة من كرب يوم القيامة ."[15]

يعرف الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي بالدفاع الشرعي الخاص أو يطلق عليه اسم ((دفع الصائل)) ويُعرف على أنه: واجب الإنسان في حماية نفسه أو نفس غيره ، وحقه في حماية ماله أو مال غيره من كل إعتداء حال غير مشروع وبالقوة اللازمة لدفع هذا الإعتداء ويرى كثير من الفقهاء المسلمين بأن أصل إباحة فعل الدفاع الشرعي كقوله تعالى في كتابه الكريم: ((فَمَنْ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ))[16] وما روي عن الرسول (ص): ((منْ أُرِيدَ مَالُهُ بِغَيْرِ حَقٍّ فَقَاتَلَ دُونَهُ فَقُتِلَ فَهُوَ شَهِيدٌ)). وقد إتفق جميع فقهاء المذاهب الإسلامية بأن الدفاع عن العرض واجب على المدافع ، وإختلفوا فيما عدا ذلك بين الوجوب والإجازة فيما تعلق بالدفاع عن النفس والمال، والراجح فيما يتعلق بالدفاع عن النفس بأنه واجب أما الدفاع عن المال فالراجح فيه بأنه جائز وليس واجب، أما من ناحية الفقه الوضعي فتعريفه بأنه: إستخدام القوة اللازمة لمواجهة خطر إعتداء غير محق ولا مثار أي غير مشروع ؛ يهدد بضرر يصيب حقاً يحيه القانون[17].

لتوضيح معنى الصائل، والصيال ؛ فلا لا يختلفان كثيراً عن المعنى اللغوي، وبان أكثر الفقهاء لا يتعرض لتعريفه، ويكتفي بالتعريف اللغوي، ومنهم من عرف "الصائل، أو الصيال" في الاصطلاح الصائل: هو الظالم

---

(15) تفسير الطبري، المصدر السابق، ص254.

(16) سورة البقرة الاية : (178)

(17) علاء الدين إبراهيم محمود الشرفي، " الدفاع الشرعي العام في التشريع الجنائي الإسلامي"، دراسة فقهية مقارنة، رسالة الماجستير، فلسطين، 8002 ، ص22 .

بـلا تأويـل ولا ولاية، وهذا التعريف غير مانع لأنه عرف الصـائل بمفهوم الظـالم، فيدخل فيه كل ظـالم، فيشمل فيه الصـائل على العرض، والمال، النفس، والـسارق، والغاصـب، والمماطـل، والقـاذف، والمحارب، وغير ذلك كثير ؛ لأن الكل يوصف بأنه ظالم بلا تأويل[18]. ويلاحظ على هذا التعريف أنه قيد الاستطاع خاصة بـالقيود، و منها الضوابط الشرعية، التي تم ذكرها من قبل الفقهاء في شرح أحكام الصائل، ولايفهم المقصود منه إلا من خلال التفسير، ومـن شأن التعريف أن يكون مبيناً في الدلالة على المعرف[19].

والتعريف المختار: يقال الصـائل: هي المتعدي على النفس، أو المال، أو العرض بغير حق الصيال: هو التعدي على نفس، أو مال، أو عرضها بغير حق. وهذه التعريفات لم تبين التعريف الدفع (الصـائل)، وإنما بينت على تعريف الصـائل، والصيال؛ بسبب ان المعنى يتضح بذلك.

يصف الفقهاء الصـائل بأنه الظالم، فيعرفه الشربيني بقوله " الصـائل: الظالم، وكلمة "الصـائل": اسم من الفعل "صـال"، ومعناه: سطا، فيقال: صـال عليه، أي: سطا عليه؛ ليقهره، والصؤول من الرجال: مثل الذي يضرب الناس، ويتطاول عليهم، فالصـائل: هو المعتدي على غيره. اذ يعتبر الدفاع الشرعي رخصة يمنحها المشرع ويبيح له الدفاع عن نفسه ضد الصـائل[20]. ويعتبر الدفاع الشرعي حق مخول من قبل القانون للافراد شرط عدم الخروج من القيود المفروظة على الدفاع الشرعي[21].

1.1.3: الدفاع الشرعي في القانون

لقد عرف الفقه الجنائي حق الدفاع الشرعي بانه (تولى الشخص بنفسه صد الاعتداء الحال بالقوة اللازمة لتعذر الاستعانة بالسلطة لحمايه الحق المعتدي عليه) وحق الدفاع الشرعي حقاً عاماً أي ليس حقاً مالياً ولا شخصياً يقرره القانون في مواجهة الكافة ويقابله التزام الناس باحترامه ويعد غير مشروع كل فعل يعوق استعماله ، وتحقق هذا الحق يجعل من الفعل من المرتكب فعلا مباحا مشروعا لا يسال مرتكبه عنه لأنه وهو يقوم به في كنف سبب من اسباب الإباحة هو الدفاع الشرعي ، و لقد نص قانون العقوبات العراقي على الدفاع

---

(18) ابن تيمية - تقي الدين أحمد بن شهاب الدين الحراني، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية ، دار الشعب،1971، ص.35

(19) عبد العزيز سليمان، تجاوز حق الدفاع الشرعي، دراسة مقارنة بين القانون والشريعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2011 ، ص 194.

(20) د. رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائي ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ، 1971، ص378.

(21) د. احمد فتحي سرور، أصول قانون العقوبات للقسم العام ، دار النهضة ، القاهرة ، 1972، ص 252.

الشرعي كسبب من اسباب الإباحة وبين احكامه في المواد من (42 – 46) شروط الدفاع الشرعي[22].

الدفاع الشرعي هو الحق باستعمال القوة اللازمة الذي يقرره القانون لمصلحة المدافع لرد الاعتداء الحال عليه أو على ماله أو على نفس الغير أو ماله. وعلى ذلك تكون ممارسة الدفاع الشرعي ممارسة لحق يقرره القانون، وهو حق عام في مواجهة الناس كافة لا يجوز رده ولا مقاومته. يقصد بالدفاع الشرعي بأنه" :هو الحق باستعمال القوة اللازمة التي يقرره القانون لمصلحة المدافع، لرد الاعتداء الحال عليه أو على ماله، أو على نفس الغير أو ماله. وهناك من يرى أنه: رخصة يخولها القانون لمن يتعرض لاعتداء تتوافر فيه شروط معينة باستعمال القوة لرد الاعتداء عنه قبل وقوعه أو الحيلولة دون استمراره[23]. كما ويعرف الدفاع الشرعي بأنه استعمال القوة لصد خطر حال من جريمة على النفس و المال عند عدم وجود وسيلة أخرى لصده أو تعذر الالتجاء للسلطات العامة للحيلولة دون الخطر الحال[24].

يعتبر الدفاع الشرعي عبارة عن انسان يتصدى لأنسان اخر في حال حدوث اعتداء بسبب عدم وجود سلطات عند وقت الاعتداء مما يبيح هذه السلوك من قبل القانون. فان الدفاع الشرعي حق مكفول في جميع التشريعات القديمة والحديثة ان للإنسان حق الدفاع عن ماله وعرضه وليس مناطا بالإنسان فقط وانما يتعداه الى أنظمة الدول فيما بينهم[25].

---

[22] د. امين مصطفى محمد ، قانون العقوبات نظرية الجريمة ، الاسكندرية ، مطبعة منشورات الحلبي الحقوقية ، ط1 ، 2010 ، ص 182 . نظم المشرع المصري الدفاع الشرعي في المواد 665 ، 666 ، 667 و قد أخذت أحكامها من المادتين 367 ، 369 من قانون العقوبات الفرنسي، في حين عبر قانون العقوبات اللبناني عن الدفاع الشرعي في المادة (184) أنه "يعد ممارسة حق كل فعل قضت به ضرورة حالية لدفع تعرض غير محق ولا مثار على النفس أو الملك أو نفس الغير أو ملكهو يستوي في الحماية الشخص الطبيعي و الشخص المعنوي...".

والدفاع الشرعي في التشريع الأردني هو عبارة عن ممارسة الإنسان حقه بالدفاع عن نفسه ضد أي اعتداء يستهدف حياته أو صحته أو شرفه، و درء خطر هذا الاعتداء بالقدرة التي تمنع حدوثه و تحقيقه. فقد نصت المادة 341 على أنه" لا عقاب على من قتل غيره أو آذاه أثناء استعماله حق الدفاع الشرعي عن نفسه او ماله أو عرضه." ينظر: سمير عالية، الوسيط في شرح قانون العقوبات، القسم العام، المؤسسة الجامعية للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى بيروت، 2010 ، ص431 ؛ محمد علي السالم عياد الحلبي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان،2007 ، ص114؛ عبد الله سليمان ، شرح قانون العقوبات الجزائري(القسم العام)، الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998 ، ص120.

[23] عوض محمد عوض وسليمان عبد المنعم، النظرية العامة للقانون الجنائي، ط5 ، المؤسسة الجامعية لدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 5000 ، ص525 .

[24] عمار عباس الحسيني ، حالة الضرورة و أثرها في المسؤولية الجنائية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى لبنان، 2011 ، ص20 .

[25] ممدوح عزمي، دراسة عملية في أسباب الإباحة و موانع العقاب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013، ص301.

حيث عّرفته مختلف الشرائع كحق طبيعي ، فقد كان يمحو الجريمة عند اهل الرومان فلا يتبقى لها أثـر مدني أو جزائي، وكان يعفي من العقوبة في أوربا الوسطى، وقد نصت قانون عقوبات الثورة الفرنسية عام 1973على أنه (في حالة الدفاع المشروع لا توجد جريمة مطلقًا ولذلك لا يحكم بأي تعويض مدني) وهو ما أكدته من قبل الشريعة الإسلامية السمحاء ومختلف الشرائع والفلسفات الوضعية[26]. اذ كان للحرب العالمية الثانية آثارها والتي بينت قواعد القانون الدولي الإنساني على وجه التحديد وجلبت على الإنسانية المآسي ودمرت أرواح الملايين من الأبرياء، وكل ذلك اوجب دفع العالم إلى تقنين القواعد الخاصة بمسائل الحرب للحد من آثارها وكان من نتيجة تلك الجهود تم عقد مؤتمر جنيف الدبلوماسي والذي تمحورت حول اعتماد اتفاقيات جنيف الأربعة من اجل حماية ضحايا النزاعات[27]، ويتسم الدفاع الشرعي بأسلوب وقائي لدرء الخطر والحذر منه[28].

1.2: أساس الدفاع الشرعي وطبيعته القانونية

اختلفت الفقهاء على تحديد الاساس القانوني للدفاع الشرعي، فعلى الرغم من اتفاق التشريعات العقابية المقارنة على اقرار فكرة الدفاع الشريعي وتنظيمها في ثنايا نصوصها القانونية، الا ان الفقهاء في مجال القانون اختلفوا بشأن الاساس الذييقوم عليه الدفاع الشرعي.

1.2.1: أساس الدفاع الشرعي

ان الانسان يسعي إلي العيش في مجتمع يسوده الأمن والاستقرار ويحكمه قانون ونظام يخدمه بالإضافة إلي انه يقوم بتجسيد العدالة علي ارض الواقع ، إلا أن هذا القانون المنظم لحياة الفرد وسط الجماعة يكبح أي اعتداء أو خطر والجدير بالذكر انه في بعض الحالات يخرج فيها الشخص عن انتظار القانون لدرء الخطر سواء كان مهدد للنفس أو المال من الوقوع علي الأفراد، وبالتالي فهو يحمي الحقوق والمصالح الجديرة بالحماية فيعاقب كل من ينتهكها[29]، إلا انه في بعض الأحيان تأتى أفعال يضطر الشخص استخدام فيها قوة الاعتداء للتصدي للخطر المهدد الحال، بنحو يستحيل فيه وجود السلطات لحمايته في تلك اللحظة وهذا من

---

(26) إبراهيم الدراجي، جريمة العدوان ومدى المسؤولية القانونية الدولية عنها، ط3، منشوارت الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص299 .

(27) اتفاقية جنيف بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب، المعقود في جنيف خلال الفترة من 21 نيسان/أبريل إلي 12 آب/أغسطس 1949تاريخ بدء النفاذ: 21 تشرين الأول/أكتوبر 1950 وفقا لأحكام المادة 53.

(28) عبد العزيز الخطابي ، الدفاع الوقائي في القانون الدولي العام ، أطروحة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة الموصل، 2004، ص 22.

(29) مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، دار الفكر العربي، القاهرة، 1999، ص 169.

اجل المقاومة[30].

والأساس القانوني الذي يستند إليه الدفاع الشرعي هو محل خلاف غالبية الفقهاء، فهناك من قال بنظريات فلسفية للتعبير عن أساس الدفاع الشرعي كنظرية الحق الطبيعي أو نظرية المصلحة الإجتماعية؛ وهناك من النظريات التي تجتمع بتسمية النظريات القانونية مثل نظرية العالم الهولندي (بيفندروف) بأن أساس الدفاع الشرعي يقوم على حاسة البقاء لدى المدافع.

والمشرع الوضعي لا يلزم من يتهدده الخطر بأن يتحمله ومن ثم يبلغ السلطات لتتولى توقيع العقاب على المعتدي ، ولكن يبيح له أن يتولى بنفسه دفع هذا الخطر عن طريق كل فعل يكون ضرورياً وملائماً لذلك؛ ودفع الخطر يكون بالحيلولة بين المعتدي والبدء في عدوانه أو الإستمرار فيه إن بدأه أصلاً ، وذلك لأن فعل دفاع الإنسان عن نفسه أو ماله ضد ما يتهدده من الأخطار أمر طبيعي توحي به الغريزة الإنسانية ، وله أن يدفع هذا الخطر بكل فعل يكون ضرورياً وملائما حتى وإن كان هذا الفعل قتلاً، وحق الدفاع الشرعي هو سبب من أسباب الإباحة[31].

ويـعتبر الدفاع سبباً عاماً للإباحـة كون أنه يسري في كل الجرائم التي تقع دفاعاً للخطر ولو لم تكن من قبيل القتل والجرح والضرب، فالدفاع يكون في القبض على المعتدي وحبسه أو إتلاف الأدوات التي يستعملها.[32]

إلا أن الدفاع الشرعي ليس هدفه تخويل المعتدى عليه سلطة توقيع العقاب على المعتدي أو الانتقام منه ، وإنما هدفه مجرد منع ارتكاب الجرائم أو منع التمادي فيها ، وهو حق عام يقرره الشارع في مواجهة الكافة

---

(30) فريد الزغبي ، الموسوعة الجنائية و الحقوق الجزائية العامة ، أسباب التبرير ، دار الصادر للطباعة والنشر، الطبعة الثالثة، 1995، ص31 .

(31) ومن الفقهاء من يعتبر الدفاع الشرعي نوعا من مقابلة " الشر بالشر"، وهذا التعليل بدوره ضعيف، لأنه يجعل الدفاع عقابا للمعتدى، وهذا غير صحيح. ومن الفقهاء من يرى أن المدافع إذ يرد العدوان، فإنما ينوب عن الدولة في ممارسة سلطتها البوليسية، لأن منع الجرائم من مهام الدولة الأساسية فإذا تعذر عليها التدخل في الوقت المناسب لمنع الجريمة على وشك الوقوع فإنها تنيب أي فرد للحلول محلها في منع وقوعها، لكن هذا التعليل يتضح عيبه على الأخص متى لاحضنا أنه يجوز للمدافع أن يرتكب أفعال لا يباح لرجال السلطة العامة ارتكابها، وهذا يقطع بفساد فكرة الإنابة ذاتها،لأن الإنابة بطبيعتها لا تبيح للنائب ما يمتنع على الأصيل. للتفاصيل ينظر: عوض محمد عوض، قانون العقوبات، القسم العام، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية،2000 ، ص 581 وما بعدها.

(32) د. علي عبدالقادر القهوجي ، شرح قانون العقوبات ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الاسكندرية ، 2008 ، ص 216 .

، ويقابله التزام الناس بإحترامه وعدم وضع العوائق في طريق استعماله[33] .

وهذا الحق ليس حقاً مطلقاً بل يستوجب تطبيقه على الفعل المجرم توافر عدة شروط لكي يمكننا القول بأننا أمام قيام حالة الدفاع الشرعي ؛ وكذلك فإنه ترد بعض القيود على استعمال هذا الحق ، وذلك لما يمكن أن تلحقه في بدن المعتدي[34]. ولذلك ما يسميه (القانون) الدفاع الشرعي الذي أجازه وكذلك أخرجه من دائرة التجريم وهي من أهم التطبيقات النظرية حيث يتم ابطال هذا الدفاع ويمنع نص التجريم وأساس هذا المنطق هو استنادها إلى فكرة النفس البشرية الذي يجعل من أي معتدى يصبح واقفا أمام أي اعتداء يواجه الفرد من غيره، وقيل بشأن أساس الدفاع الشرعي العديد من الافكار الفلسفية والمنطقية منها [35].

نظرية الحقوق الطبيعية: من الفقهاء من يرد الدفاع الشرعي الى فكرة الحقوق الطبيعية، و لكن هذه الفكرة و إن كانت تصلح في حالة الدفاع عن الحقوق الشخصية فإنها لا تصلح لتفسير الدفاع عن حقوق الغير[36].

نظرية العقد الاجتماعي: ذهب البعض الآخر الى اسناد الدفاع الشرعي الى فكرة العقد الاجتماعي فوفقا لهذا العقد يتنا زل الأفراد عن حقوقهم و منها حقهم في الدفاع عن أنفسهم إلى الدولة .فإذا وقع اعتداء غير مشروع على أحد الأفراد و لم يكن في استطاعة الدولة الدفاع عنه، فإنه يعود الى حالته السابقة على العقد ويتولى بنفسه الدفاع ضد الاعتداء الذي تعرض له. و لكن هذا الرأي يتعرض لذات النقد الموجه لفكرة الحقوق الطبيعية ، فضلا على أن فكرة العقد الاجتماعي ذاتها مشكوك في سلامتها تاريخيا.

نظرية العدالة المطلقة: وقد حاول جانب آخر من الفقه القول بأن أساس الدفاع الشرعي هو العدالة المطلقة فالاعتداء شر و من العدل أن يقابل الشر بمثله، و قد عبر الفيلسوف الألماني هيجل عن هذه الفكرة بقوله" أن الاعتداء نفي للحق، والدفاع نفي لهذا النفي ، إذن الدفاع إثبات للحق. وبعبارة أخرى فإن أنصار فكرة العدالة المطلقة يعتبرون أن الاعتداء أخل بالتوازن الاجتماعي و أن العدالة تقتضي إعادة هذا التوازن سيرته الأولى، و فعل الدفاع يحقق هذا التوازن في حالة عدم استطاعة الدولة تحقيقه، أي أن فعل الدفاع بمثابة عقوبة توقع

---

[33] نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات، دار الثقافة للنشر التوزيع الطبعة الأولى،2009 ، ص 205.

(34) المصدر نفسه ، ص 217 .

[35] علي عبد القادر القهوجي، مصدر سابق، ص187.

[36] عوض محمد عوض، مصدر سابق، ص 584.

على المعتدي مقابل إخلاله بالتوازن[37].

ولكن هذا الرأي لا يمكن التسليم به لأن العقوبة لا توقع إلا عن جريمة وقعت والفرض أن الجريمة لم تقع بعد .و إذا اعتبرنا جدلا أن فعل الدفاع عقوبة لكان مقتضى ذلك عدم معاقبة المعتدي و المسلم به أن المعتدي يتعرض للعقاب إما عن جريمة تامة و إما عن شروع في جريمة[38].

نظرية الإكراه المعنوي: وينادي بعض الفقهاء بأن أساس الدفاع الشرعي هو فكرة الإكراه المعنوي ففعل الاعتداء يخلق في ذهن المعتدى عليه شعور بالخطر يفقده ارادته واختياره فيتحرك مكرها نحو الجريمة دفاعا عن نفسه بحكم غريزة البقاء. ولكن هذه الفكرة تتعرض هي الأخرى للنقد لأنه ليس صحيحا أن فعل الاعتداء يصل في تأثيره إلى حد اعدام الإرادة تماما، بل أن هذا الفعل قد لا يؤثر على الإرادة مطلقا إذا كان يسيرا ، و يلاحظ أن الإكراه المعنوي يترتب عليه عدم المسؤولية فقط حيث تبقى الصفة غير الشرعية للفعل ، أما في حالة الدفاع الشرعي تزول الصفة الإجرامية عن فعل الدفاع تماما كما ذكرنا سابقا، و يضاف إلى ذلك ان فكرة الإكراه المعنوي لا تصلح لتفسير الدفاع عن الغير.[39]

نظرية المصالح المتعارضة: مضمون هذه النظرية هو انه في حالة الدفاع الشرعي يقع اصطدام بين حقين ومن مصلحة المجتمع الإبقاء على الحق الأفضل، هذا من جهة ومن جهة أخرى فان الدفاع الشرعي حق خول للفرد استثناء من التجريم وذلك باتفاقه مع أهداف النظام القانوني، وغايات المجتمع وتحقيقه لها فالنظام القانوني يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ويوازن بين المصالح المتعارضة ويغلب إحداها على الأخرى . يعاب علي هذه النظرية انه في حالة ما إذا كان الفعلين المتصارعين كلاهما غير مشروع فكيف يؤدي الصراع بينهما إلى انعدام حق المعتدي وانقلاب فعل المدافع غير المشروع إلى فعل مشروع[40].

غير أن هذا الرأي هو الراجح لدى الفقه تأسيسا على انه في حالة الدفاع الشرعي يقع التعارض بين حقين متكافئين من الناحية المجردة وهما حق المعتدي وحق المعتدى عليه، فالأصل أن كل من المعتدي والمعتدى عليه حقهما متساويان غير أن المعتدي باعتدائه قد يجعل حقه غير محترم كما أن بخروجه عن القانون عرض نفسه لخطر الاعتداء المعاكس وعليه أن يتحمل عواقب أفعاله وتتم حماية المجتمع للحقوق لنظر إلى القيمة

---

(37) إيمان محمد علي الجابري، يقين القاضي الجنائي، منشاة المعارف، الاسكندرية، 2005، ص298.

(38) مأمون محمد سلامة، مصدر سابق، ص172.

(39) عمار عباس الحسيني ، مصدر سابق، ص 187.

(40) سلامي صورية، حق الدفاع الشرعي، رسالة ماجستير، جامعة بسكرة، 2015، ص 174.

الاجتماعية للحق وعليه ففي حالة الدفاع الشرعي يكون احد الحقين جديرا بالحماية والأخر لابد من التضحية به ومن ثم فلا مناص من التضحية بحق المعتدى لان عدوانه يهبط بالقيمة الاجتماعية للحق من ناحية ولأنه يصيب حق أخر هو حق المجتمع من ناحية أخرى وعليه فان الدفاع الشرعي يباح لأنه وان أصاب بالاعتداء حقا فانه يصب حقين احدهما للمعتدي والأخر للمجتمع وهذا الأخير صيانته واجبة وفيه تكمن علة الإباحة إلى حد كبير[41].

1.2.2: الطبيعة القانونية للدفاع الشرعي

اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة الدفاع الشرعي فمنهم من يرى بأنه حق ومنهم من يرى بأنه واجب بينما يرى جانب آخر أنه مجرد تفويض قانوني، والحقيقة ان الآراء الوادرة بهذا الشأن يستند الى العديد من المبررات، فقد عد الدفاع الشرعي حقاً مقرراً للكافة بحيث لا يجوز لأي فرد الحيلولة دون استعماله و هو ليس حقا ماليا شخصيا ، إذ لا يفترض وجود مدين يقتضي منه صاحب الحق حقه و إنما هو حق عام يقرره المشرع في مواجهة الكافة يقابله التزام الناس باحترام و عدم وضع العوائق في طريق استعماله[42]. لذلك يعد غير مشروع كل فعل يعوق ذلك الاستعمال بل أن المعتدي لو قاوم أفعال الدفاع طالما كانت في حدود الحق فمقاومته غير مشروعة لأنه اعتداء على الحق الذي يقرره القانون.

كما عد الدفاع الشرعي واجباً، وهذا الواجب ليس واجبا قانونيا يترتب عن الإخلال به جزاء وإنما يعتبر واجبا اجتماعيا فرضته الحرص على حماية الحقوق ذات الأهمية الاجتماعية، لذلك أن من يدفع بالقوة اعتداء غير مشروع لا يعتبر فعله غير مؤاخذ عليه فحسب و إنما يعتبر هذا الفعل من قبل الخدمات التي يؤديها المواطن للمجتمع، بمعنى أن المعتدى عليه عند رده للاعتداء لا يدافع على الحق المعتدى عليه و لكنه يساهم أيضا في الدفاع عن المجتمع.

في يرى جانب آخر ان الدفاع الشرعي تفويض قانوني باستعمال سلطة الضبطية الإدارية في منع الجرائم، أي في منع الاعتداء على الحقوق التي يحميها قانون العقوبات، فالبوليس هو مكلف أصلا بمنع الجرائم، و لكن عندما لا يتأتى الالتجاء اليه ليدرأ الاعتداء يمارس الفرد سلطته في ذلك بتفويض من المشرع .

---

(41) عمار عباس الحسيني، مصدر سابق، ص 188.

(42) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، دار هومة للنشر، الطبعة الثانية عشر، الجزائر،2012 ، ص171.

1.3: أثر الدفاع الشرعي

يترتب على ممارسة حق الدفاع الشرعي العديد من النتائج المادية والقانوينة، فالحق المقرر للإنسان أساسه مواجهة الخطر وعدم امكانية اللجوء الى السلطات المختصة، وبالتالي فالمشرع رجح مصلحة المعتدي عليه على مصلحة المعتدي من دون الأخذ بنظر الاعتبار عما اذا كان فعل المدافع بحد ذاته يشكل جريمة خرجت من نطاق الجريم نظراً لوجود سبب من اسباب الإباحة المقررة في قانون العقوبات[43].

1.3.1: إباحة فعل الدفاع

متى توافرت الشروط المتطلبة قانوناً في فعل الاعتداء وفي الدفاع أحدث الدفاع الشرعي أثره القانوني في إباحة الفعل ، فيعتبر الدفاع مشروعاً وتنتفي عنه الصفة الإجرامية بالرغم من مطابقته لنموذج إجرامي معين[44]. وبهذه الإباحة يصير الفعل مشروعاً فلا تقوم من أجله مسئولية ولا يوقع على مرتكبه عقاب، ويستفيد من الإباحة كل من يساهم في فعل الدفاع ، سواء أكانت مساهمته أصلية أم تبعية .

ويعتبر مرتكب الدفاع الذي تخلفت لديه نية الدفاع في محيط الجريمة الظنية والتي لا قيمة لها قانوناً ، ذلك أن المشروعية أو عدمها منوطة بالضرر الذي يصيب المصالح المحمية جنائياً، ولما كان الإعتداء يهدد الحماية الجنائية لمصلحة المعتدي فإن الفعل يعتبر مشروعا بغض النظر عن نية الدفاع لدى المدافع ؛ وذهب البعض إلى أن الدفاع الشرعي يحدث أثره وتنتفي مسئولية المدافع طالما كان الفعل في حدود حق الدفاع حتى ولو أصاب غير المعتدي سواء أكان ذلك لغلط في الشخص أم كان لخطأ في إصابة الهدف[45] .

لكننا نذهب مع الرأي الذي يوجب التفرقة بين ما إذا كان المعتدى عليه لم يتعمد إصابة حق الغير أو أنه تعمد ذلك، ففي الحالة الأولى يكون حكم القانون هو إباحة فعل الدفاع طالما ثبت أن المعتدى عليه قد بذل كل العناية والإحتياط المفروضين عليه لإصابة المتعدي وحده، لكن حدثت إصابة الغير لأسباب لا سيطرة لإرادته عليها، أما إذا ثبت صدور خطأ عنه فيكون المعتدى عليه مسئولاً عن جريمة غير عمدية[46].

أما في الحالة التي يكون المعتدى عليه قد تعمد إصابة حق الغير لضرورة إتيان فعل الدفاع ومثاله بأن

---

(43) د. امين مصطفى محمد ، مصدر سابق، ص 79.

((44)) د. جاسم خريبط خلف ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، مطبعة زين الحقوقية والادبية ، ط1 ، بيروت – لبنان ، 2018 ، ص 47 .

(45) د. علي عبدالقادر القهوجي ، مصدر سابق، ص 256.

(46) ممدوح عزمي، مصدر سابق، ص 305.

يستولي شخص على طلقات نارية مملوكة لغيره كي يعبئ بها سلاحه ، فحكم القانون في هذه الأفعال أن الدفاع الشرعي لا يبيحها ، إذ أنها لم توجه إلى مصدر الخطر (المعتدي) وإنما وجهت إلى شخص لا شأن له بالخطر؛ ولكن يستطيع المدافع أن يحتج بحالة الضرورة[47].

1.3.2: إثبات الدفاع الشرعي

ثار الخلاف حول من يقع عليه عبء إثبات الدفاع الشرعي وهل يقع على عاتق المتهم أم على عاتق سلطة الإتهام (الإدعاء العام) ؛ فذهب رأي إلى أن هذا العبء يقع على عاتق الإدعاء العام بوصفه سلطة الإتهام في الدعوى الجزائية وأن عليه واجب إثبات توافر أركان الجريمة وعدم وجود سبب مبرر لها، كما أن المتهم يستفيد من قرينة البراءة فلا يتحمل عبء إثبات الجريمة أو نفيها؛ وهناك من قيد هذا العبء وقصره على الحالة التي يدعي فيها المتهم بتوافر حق الدفاع المشروع فيقع في هذه الحالة على عاتق الإدعاء العام إثبات إنتفاء قيام هذا الحق، وألقى رأي أخر هذا العبء على القاضي الذي يجب عليه من تلقاء نفسه أن يتحرى عن توافر الدفاع المشروع[48] ؛ إلا أنه يؤخذ على هذه الآراء السابقة أن منطقها يؤدي إلى القول بأن هناك قرينة تفيد بأن المتهم كان في حالة دفاع مشروع وعلى الإدعاء العام أو القاضي حسب الأحوال نفي هذه القرينة وإثبات عكسها وهذا الأمر مغالى فيه[49] .

لكننا نتفق مع الراجح لدى غالبية الفقهاء وهو أن واجب الإدعاء العام ينتهي عند حد إثبات الجريمة ، بينما يقع على عاتق المتهم إثبات الوقائع التي تنفي وجود جريمة ومنها الدفاع الشرعي؛ لكن لا يشترط للتمسك به أن يدفع المتهم صراحة بالدفاع الشرعي بل يكفي إستخدام أي عبارة تفيد التمسك بحالة الدفاع الشرعي .

---

[47] د. فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، بغداد ، منشورات المكتبة القانونية ، ط2 ، 2007 ، ص 445 .

[48] محمود أجمد طه، مصدر سابق، ص 152.

[49] د. جندي عبد الملك بك ، الموسوعة الجنائية ، الجزء الاول ، بيروت – لبنان ، مكتبة العلم للجميع ، ط1 ، 2005 ، ص 204 .

الفصل الثاني

شروط الدفاع الشرعي

تعد الدفاع الشرعي حق طبيعي التي يستند على الطبيعة ذاتها فتزيل صفة التجريم. والشخص الذي يقوم برد الاعتداء يحمي المجتمع من خرق القانون والحرية تحقيقا للمصلحة العامة[50]. وقد تضمنت المواد (٤٢-٤٩) من قانون العقوبات العراقي الشروط الواجب تواجدها لقيام حالة الدفاع الشرعي كسبب من أسباب الإباحة قائلة: (لا جريمة اذا وقع الفعل استعمالاً لحق الدفاع الشرعي) ويوجد هذا الحق إذا توافرت الشروط الأتية.

1. إذا أصبح المدافع يواجه خطر أنى من جريمة على المال او على النفس او اعتقد قيام هذا الخطر واعتقاده مبنيا على اسس منطقية.

2. من الصعوبة عليه اللجوء الى السلطات لتلافي هذا الخطر.

3. عدم وجود أمام المدافع وسيلة أخرى لدفع الخطر. ويستوي لقيام هذه الحق على ان تكون التهديد في الخطر موجه الى المدافع نفسه او ماله او موجها الى نفس الغير او ماله. تتضح من دراسة هذا النص انه يتضمن نوعين من الشروط الأول منهما يتعلق بالخطر المراد رده والدفاع عنه والثاني يتعلق بفعل الدفاع[51].

2.1: الشروط المتعلقة بالخطر

يشترط ان يتوافر في الخطر الواقع الشروط التالية لأجل ان يكون محلا للدفاع الشرعي وهي:

---

(50) د. فوزية عبد الستار، خطر الاعتداء في الدفاع الشرعي، مجلة القانون والاقتصاد، السنة (42)، العدد(3)، 1972، ص162. وكذلك الدكتور عبد الوهاب حومد، الحقوق الجزائية العامة ، النظرية العامة في قانون العقوبات السوري، منشورات المعارف، دمشق، 1960، ص 363.

(51) د. فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي ، مصدر سابق ، ص 448 .

2.1.1: وجود الخطر

والمقصود بالخطر هنا هو خطر الاعتداء الناتج عن جريمة سواء كانت هذه الجريمة موجهه الى النفس اوالى المال وسواء تعلق امرها بالمدافع نفسه او بغيره فالدفاع الشرعي جائز ضد خطر الاعتداء الذي يوجه نحو حياة الشخص او سلامته البدنية او حريته او شرفه او عرضه كما انه جائز ايضا ضد خطر الاعتداء الذي يوجه ضد خطر الاعتداء الذي يوجه ضد الملكية بالسرقة او الحريق او التخريب او انتهاك حرمة المسكن[52] . والعبرة بوصف الفعل وليست بمسؤولية فاعله ، فكل ما يطلب في الفعل الذي يبرر الدفاع ان يكون جريمة بموجب القانون ولا يشترط ان يكون فاعله مسؤولا جنائيا عنه ، فالدفاع جائز ضد الصغير والمجنون والمكره ما دام الفعل الذي يرتكبه جريمة[53].

ومفهوم الخطر هنا عبارة عن الاعتداء الناتج عن جريمة سواء كانت هذه الجريمة موجهة الى النفس او الى المال وسواء تعلق امرها بالمدافع نفسه او بغيره. فالدفاع الشرعي جائز ضد خطر الاعتداء الذي يوجه نحو حياة الشخص او سلامته البدنية او حريته او شرفه وعرضه كما انه جائز أيضاً ضد خطر الاعتداء الذي يوجه ضد الملكية بالسرقة او الحريق او التخريف او انتهاك حرمة المسكن، والنص المتقدم في ذلك صريح كل الصراحة حيث قال (... من جريمة على النفس او على المال.....) والعبرة بوصف الفعل وليس بمسؤولية فاعله. ان ما يلزم في الفعل الذي يبرر الدفاع ان يكون جريمة في القانون وليس شرطا ان يكون فاعله مسؤولا جنائيا. فالدفاع جائز ضد الصغير و المجنون والمكره مادام الفعل التي يرتكبه يعتبر جريمة.

يلزم أن يكون الخطر مهدداً لحق ((وهذا هو موضوع الإعتداء)) ، وهذا الحق إما أن يكون ماساً بسلامة بدن المعتدى عليه أو ماساً بسلامة ماله، وبالرجوع لنص المادة (1/253) من قانون العقوبات، يتضح أن المشرع لم يقم بحصر الجرائم التي يمكن بأن تثور بها حالة الدفاع الشرعي، وإنما جعلها عامة فيجوز بذلك الدفاع الشرعي تجاه أي فعل يهدد سلامة الحقين (البدن والمال) وهذا يعد تطبيقاً لروح الشريعة الإسلامية السمحة.

والمقصود بجرائم الإعتداء على النفس جرائم الإعتداء على النفس التي تقع على الأشخاص وهي في القانون متنوعة فقد تنال بالاعتداء على الحق في الحياة (القتل) أو سلامة الجسم (كالضرب) أو الحق في الحرية أو الحق في صيانة العرض أو الشرف والإعتبار ، إلا أن هناك رأي ذهب إلى أنه لا يجوز إستعمال

---

[52] د. جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية ، مصدر سابق، ص 206 .

[53] د. امين مصطفى محمد ، مصدر سابق ، ص 190 .

حق الدفاع الشرعي في جرائم الماسة بالشرف والإعتبار (والتي تعرف بجرائم إهانة الكرامة لدى المشرع) لأنه ليس فيها مظهر من مظاهر القوة المادية وهذا الرأي متأثر بالوضع السائد في فرنسا؛ لكن هذا الرأي لا يمكن الأخذ به، لأن الراجح جواز الدفاع الشرعي ضد هذه الجرائم مثل تمزيق المكتوب الذي يحتوي عبارات القدح أو الذم قبل إذاعتها[54]، أو وضع اليد على فم المعتدي لمنعه من الإسترسال في عبارات القدح أو الذم ؛ أما جرائم الإعتداء على المال، فهي الجرائم التي تنال ما يملكه الشخص أو ما يستنفع به.

وقد تطرق المشرع في المادة أنفة الذكر إلى حالتين من الحالات التي تعد من قبيل الدفاع الشرعي وهي[55]:

1. فعل من يدافع عن نفسه أو عن ماله أوعن نفس الغير أو أمواله تجاه من يقدم باستعمال العنف، على السرقة أو النهب .
2. الفعل المقترف عند دفع شخص دخل أو حاول الدخول ليلاً إلى منزل آهل أو ملحقاته الملاصقة بتسلق السياجات أو الجدران أو المداخل أو ثقبها أو كسرها أو تمزيقها أو بإستعمال مفاتيح مقلدة أو أدوات خاصة. فيشترط لإعمال هذه المادة في الحالة الأولى بأن يكون فعل المعتدي مهدداً بإرتكاب جريمة السرقة أو النهب فقط، وأن يكون قد إستعان بالعنف لتنفيذ الجريمة[56].

أما في الحالة الثانية فيشترط لتوافرها أولاً: دخول المعتدي منزلاً مسكوناً أو أحد ملحقاته أو محاولته ذلك، ويجب أن يكون الدخول بدون رضاء صاحب المنزل، لأنه لو كان الدخول برضاه لانتفت الجريمة وكان الدخول مباحاً بحسب الأصل، ويقصد بالمنزل المسكون المكان الذي يقيم فيه الإنسان بالفعل وان كان لا يشترط وجوده وقت دخول المعتدي[57]، فلا يكفي أن يكون المكان معداً للسكنى ولم يسكنه أحد، ويقصد بملحقات المنزل المسكون الأماكن الملاصقة به والمخصصة لمنفعته والتي لا تكون مسكونة أو معدة لذلك مثل الحديقة أو الكراج أو المخزن، ولا يشترط دخول هذه الأماكن فعلاً بل تكفي محاولة الدخول، ويشترط ثانياً: أن يكون الدخول أو محاولة الدخول ليلاً وهي الفترة التي تمتد من غروب الشمس إلى الشروق، فلا يتوافر هذا الشرط إذا تم الفعل نهاراً ولا يتحقق بالتالي الدفاع المشروع وإن كان المدافع في هذه الحالة يستفيد من العذر المخفف، ويشترط ثالثاً: أن يكون الدخول أو محاولة الدخول عن طريق إستخدام وسائل غير مألوفة

---

(54) د. فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي ، مصدر سابق ، ص 458 .

(55) جاسم خريبط خلف ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، مطبعة زين الحقوقية والادبية ، ط1 ، بيروت – لبنان ، 2018 ، ص 57 .

(56) محمود أجمد طه، مصدر سابق، ص 165.

(57) نظام توفيق المجالي، مصدر سابق، ص 149.

نص المشرع إلى بعضها مثل (التسلق أو الكسر أو الثقب...الخ) وعلى ذلك لا يتوافر هذا الشرط إذا تم الدخول بطريقة مألوفة[58] .

ويجب أن يكون هناك إعتداء أو خطر إعتداء بفعل يعد جريمة فإذا كان الإعتداء لا يعد جريمة فلا يقوم حق الدفاع وبناء على ذلك فالدفاع ضد من يزاول حقه في الدفاع الشرعي غير معاقب عليه ، إلا إذا كان من يزاول حقه في فعل الدفاع قد تخطى حدود الدفاع الشرعي فإن فعله يعتبر إعتداء مما يعد جريمة طبقاً للقواعد العامة في القانون ، وعلى ذلك يجوز الدفاع ضده والإعتداء يعد جريمة ولو كان الفاعل غير معاقب لعارض من عوارض الأهلية الجنائية أو لإنتفاء القصد الجنائي لغلط في الوقائع[59]، لأن موانع المسؤولية لا تمحو صفة الجريمة عن الفعل وإن كانت تمنع المسؤولية عنه فيجوز الدفاع ضد عمل الحدث والمجنون ومن هو في واقع الغلط ؛ كذلك يجوز الدفاع الشرعي ضد من يتمتع بعذر من الأعذار القانونية ذلك أن وجود العذر القانوني لا يمنع من كون الفعل غير مشروع وعلى ذلك فإن الزوج الذي يفاجـأ زوجته وشريكها في حالة الزنا فيحاول قتلهما في الحال فإن للزوجة والشريك أن يدفعا عدوان الزوج بإستعمـال حق الدفاع الشرعي[60].

وإشتراط عدم مشروعية الخطر يفيد إنتفاء الدفاع الشرعي ضد الخطر المشروع فلا يتصور الدفاع الشرعي ضد خطر يقره القانون أو يأمر به، فالدفاع لا يجوز إلا ضد خطر يهدد بإرتكاب جريمة[61]، وبالتالي فإن هذه الصفة تنتفي بالنسبة للخطر المشروع ويترتب على ذلك أن الدفاع الشرعي لا يجوز ضد من يرتكب فعلاً في حالة دفاع عن النفس أو المال المباح قانوناً كذلك لا يجوز الدفاع ضد الفعل المرتكب إستعمالاً لحق من الحقوق أو الغلط في الإباحة فإنه لا ينفي عن الفعل المرتكب الصفة غير المشروعة وبالتالي يتحقق الشرط الذي نحن بصدده ويجوز الدفاع الشرعي ضده ويستوي بعد ذلك أن يكون الغلط في الإباحة يعفي صاحبه من المسؤولية كلية أو لا يعفه .

والدفاع الشرعي جائز ضد الإعتداء الوهمي أي الذي لا أصل له في الواقع ، وحقيقة الأمر بأنه متى ما كانت الظروف والملابسات تلقي في روع المدافع أن هناك إعتداءاً جدياً وحقيقياً موجهاً إليه ، فإن حالة الدفاع

---

(58) محمد عبدالستار، الدفاع الشرعي وأثره على المسؤولية، منشور على العنوان الالكتروني التالي:

<https://www.startimes.com>(last visited 12/11/2019)

(59) نظام توفيق المجالي، مصدر سابق، ص 168.

(60) د. حميد السعدي ، شرح قانون العقوبات الجديد ، الجزء الثاني، الطبعة الثانية ، مطبعة المعارف، بغداد، 1976، ص255.

(61) المصدر نفسه، ص 447 .

الشرعي تكون قائمة ، ولا يشترط أن يكون الإعتداء حقيقياً في ذاته بل يكفي أن يبدو كذلك في إعتقاد المدافع وتصوره، وعليه فإن الأعمال التحضيرية لجريمة ما لا تبيح الدفاع الشرعي وذلك لأنها لا تعد جريمة بحد ذاتها[62].

وينتهي الحق في الدفاع بزوال الإعتداء فعلاً لأن الغرض من الدفاع هو منع المعتدي وليس القصاص أو الإنتقام فإذا ثبت أن المتهم إرتكب جريمته بعد إنقطاع الإعتداء فلا يكون في حالة دفاع شرعي ذلك أن الدفاع الشرعي يهدف إلى الحيلولة دون إتمام مخالفة القانون ، ويقتضي ذلك أن يكون الخطر لا زال قائماً يحدق بالغير ، بحيث إذا كان الإعتداء قد إنتهى فلا يكون للدفاع شرعي وجود ؛ وتحديد الوقت الذي يعد الإعتداء فيه منتهياً وبالتالي يقف فيه حق الدفاع يختلف بإختلاف الجرائم وظروف إرتكابها[63].

2.1.2: ان يكون الخطر حالاً

والقصد منها الخطر التي تتوافر ضرورة حالية للدفاع بحيث ليست من الممكن صد الخطر الا عن طريق ارتكاب جريمة. مما يعني انه إذا كان الخطر مستقبلا وليس حالا فلا يجوز اللجوء الى ارتكاب الفعل المحظور (الجريمة) لان الشخص في هذه الحالة الأخيرة يتمكن من أن يطلب حماية السلطة. اما لو الاعتداء قد وقع بالفعل فانه لا يبقى محلا للدفاع وبذلك يصبح فعل المجني عليه انتقاما او ثأراً ويخضع للعقاب. ويحصل تبادل شخصان الضرب بالأيدي او بالعصي وفي هذه الحالة يعتبر كل منهما معتديا ما لم يكن البادئ مستمرا في اعتدائه عندئذ يجوز الدفاع.

ومع ذلك فان الموضوع او المسالة ليست بهذه الدرجة من السهولة. حيث قد تحصل في بعض الحالات منها التفرقة كما لو تمكن لص من الاستيلاء على المسروقات وبعدها انتبه إليه صاحبها او غيره فهل يجوز له ان يستعمل القوة لمنعه من الفرار بها مع ان جريمة السرقة قد تمت؟ يرى الفقه الجنائي السائد ان حق الدفاع في هذه الحالة مقبول وقائم على اعتبار ان عمل المدافع يصبح من باب الاحتياطات اللازمة للقبض على المجرم. اما اذا كان السارق قد هرب بالمسروقات ثم تمكن المجني عليه من معرفته وفتش عنه ووجده فلا يجوز له ان يستعمل القوة معه لاسترداد مسروقاته حيث اصبح ذلك من اختصاص السلطة القضائية. ولا يجوز استعمال القوة في حالة جرائم السب والقذف لان القوة بعد وقوع جرائم السب والقذف تعتبر انتقاما ومع

---

(62) د. فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي ، مصدر سابق ، ص 445 .

(63) وسيم فؤاد الفقعاوي،" حق الدفاع الشرعي"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة،2007 ، ص71.

ذلك فانه لا يجوز الالتجاء اليها، اذا كان من شأنها منع الجاني من الاستمرار بأقوال السب والشتم. ويعتبر الخطر حالا اذا كان وشيك الحلول[64].

الخطر الذي يبيح الدفاع الشرعي ان يكون خطرا حقيقيا لا مجرد ظن او توهم. ومع ذلك فقد يقوم خطر وهمي يتخيله الشخص ويسيطر على حواسه ويجعله في حالة اعتقاد جازم بانه امام خطر حال لا محالة. وفي هذه الحالة، الراي الراجح فقها هو القول بقيام حالة الدفاع الشرعي ولو كان الخطر وهميا أي لا اصل له في الواقع والحقيقية، متى كانت الظروف والملابسات تلقي في روع المدافع ان هناك خطرا جديا وحقيقيا موجه إليه وهي مسألة تقديرية خاضعة لتقرير القاضي. وحسنا ما فعل المشرع العراقي عندما بت في أمره هذه المسالة.

يشترط لاعتبار الشخص في حالة دفاع شرعي أن يكون الإعتداء الذي يرمي إلى دفعه حالاً أو وشيك الحلول ، ذلك أن حالة الخطر الداهم التي يوجد فيها المعتدى عليه هي التي تبرر الدفاع فإذا لم يكن الخطر حالاً بل كان مستقبلا ، فلا يكون الموجه عليه في حالة دفاع شرعي، ويكون الإعتداء حالاً في صورتين الأولى حيث يكون الإعتداء على وشك أن يبدأ حيث صدرت من المعتدي أفعال تجعل من المنتظر- وفق السير العادي للأمور- أن يبتدئ الإعتداء على الفور ، وفي هذه الحالة لا يلزم المشرع المهدد بالخطر أن ينتظر ابتداء الإعتداء عليه حتى يباح له الدفاع ، بل يجيز له الدفاع بمجرد أن يهدده الخطر الوشيك[65].

أما الصورة الثانية فهي حين يكون الإعتداء قد بدأ ولكنه لم ينته بعد فما زال بعض الخطر قائماً وهو خطر حال والدفاع جائز فيها وذلك عن الإعتداء اللاحق ، أما إذا إنتهى الإعتداء وتحقق كل الخطر إنتفت صفة الحلول فلا يكون للدفاع الشرعي محل ؛ وتحديد الوقت الذي يعد الاعتداء فيه منتهياً، وبالتالي يقف فيه حق الدفاع، يختلف باختلاف الجرائم وظروف ارتكابها إلا أن الضابط في ذلك هو قوام إتمام الجاني للأفعال التي يريدها وتحقق النتيجة الإجرامية .

2.1.3: عدم مشروعية الخطر

ان لا يكون الاعتداء مستنداً الى حق او الى امر صادر من سلطة او من القانون، بسبب الفعل التي تصدر من خلال استعمال حق او عن سلطة يكون مشروعا حتى ولو تضمن خطرا على نفس او مال الأمر الذي يؤدي الى انتفاء صفة الإباحة عن فعل الدفاع مما يترتب عليه ان قيام الأب بتأديب ابنه او قيام

---

(64) محمود أجمد طه، مصدر سابق، ص 173.

(65) د. جاسم خريبط خلف ، مصدر سابق، ص 167 .

الطبيب باجراء عملية جراحية او قيام الشرطي بالقبض على متهم صادر بحقه امر بالقاء القبض عليه من جهة مختصة لا يكون جريمة بل يعتبر عملا مباحا مشروعا وبالتالي لا يجوز الدفاع تجاهه، وان حصل فان هذا الدفاع لا يأخذ صفة الإباحة وبالتالي لا يعتبر دفاعا شرعيا. فلو عقب الشرطي لصا خارجا من منزل للقبض عليه فاطلق اللص على الحارس رصاصة قتلته فان اللص يعتبر مسؤولا عن جريمة قتل عمد ولا يقبل منه انه كان في حالة دفاع شرعي عن حريته لان عمل الحارس كان مشروعا بحكم القانون الذي يأمره بالقبض على المجرم المتلبس بالجريمة[66].

2.2: شروط الدفاع

لإمكانية القول بوجود حالة الدفاع الشرعي يتطلب القانون في فعل الدفاع شرطان وهما اللزوم والتناسب، حيث ان الدفاع الشرعي يستلزم في البداية ان يكون ممارسته مبرراً بمدى ضرورته، كما وينبغي ان يكون الدفاع بالقدر الذي يستلزمه رد الخطر.

2.2.1: اللزوم

إذا كان المدافع يستطيع التخلص من الخطر الذي يهدد حقه عن طريق فعل لا يعد جريمة، فلا يباح له الإقدام على الفعل الذي تقوم به الجريمة؛ ذلك أن إتيان هذا الفعل ليس لازماً لدرء الخطر، إذ كان من الممكن حماية الحق دون مساس بحق سواه ؛ وهذا الشرط يتطلب التثبت من أمرين وهما عدم إمكانية تجنب الخطر إلا بالدفاع وأن يكون الخطر موجها لمصدر الخطر؛ وعلى ذلك لا يتوافر الدفاع الشرعي إذا كان في الإمكان الإلتجاء إلى السلطات العامة، إذ لو كان ذلك ممكناً فإن شرط اللزوم ينتفي بإعتبار أن تكون هناك وسيلة أخرى لدرء الخطر عن طريق السلطات العامة المنوط بها منع وقوع الجرائم غير أن ذلك مشروط بإمكانية الإلتجاء إلى السلطات العامة في الوقت المناسب، ويقصد بذلك إمكانية تدخل السلطات لمنع الإعتداء قبل وقوعه[67].

ولا محل لإباحة فعل الدفاع إلا إذا وجه إلى مصدر الخطر كي يكفل التخلص منه؛ أما إذا ترك المعتدى عليه مصدر الخطر يهدده ووجه إلى شخص أو شيء لا يصدر الخطر عنه، فلا محل لإحتجاجه بالدفاع

((66)) د. امين مصطفى محمد ، مصدر سابق ، ص 312 .

(67) د. جاسم خريبط خلف ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، مطبعة زين الحقوقية والادبية ، ط1 ، بيروت – لبنان ، 2018 ، ص 172 .

الشرعي، لأن الفعل من غير ذي جدوى في التخلص من الخطر، فهو غير لازم لذلك؛ فمن يهاجمه شخص لا يجوز له أن يوجه فعل دفاعه إلى غيره ومن يهاجمه كلب لا يجوز أن يترك الكلب ويطلق النار على مالكه.

اباحة الجريمة للدفاع عبارة عن استثناء من الاصل، وبالتالي يجب ان لا يلجأ اليها ماعدا منع التعدي بغيرها ممتنعا. وقد عبر عن ذلك القانون بقوله : (ان لا يكون امامه وسيلة أخرى لدفع هذا الخطر مما يترتب عليه انه لا يجوز الدفاع متى ما كان لدى المعتدي عليه وسيلة أخرى لدفع الخطر غير الجريمة كالالتجاء الى السلطة او الاحتماء بمانع. الا اذا كان في هذه الوسيلة ما يعرضه لمخاطر أخرى او كان فيها ما يشينه كالهرب فالراجح في الفكر الجنائي ان للمعتدي عليه ان يلجأ الى القوة دفاعا ولو كان يستطيع تفادي الخطر بالهرب. فاذا انتفى هذا المعنى، وأعني ان لا يعتبر الهرب امرا شائنا، فان على المعتدى عليه ان يلجأ الى الهرب ان كان يستطيع تفادي الخطر عن طريقه. كما لو كان المعتدي والده او اخاه الأكبر فالهرب من عدوان الوالد اوجب واكرم من رد الاعتداء عليه، والمسالة على كل حال تقديرية .

2.2.2: التناسب

ان فعل الدفاع انما يبيحه القانون بالقدر الضروري لدرء الخطر ومازاد عن ذلك فلا ضرورة له ولا مبرر لإباحته، ويعني ذلك انه إذا كان في وسع المعتدي عليه أن يدرء الخطر بفعل معين فلا يباح له أن يدرءه بفعل اشد. والصعوبة التي تثيرها دراسة تناسب الدفاع مع جسامة الخطر تتعلق بتحديد معيار التناسب إذ أن تحديده لا يخلو من الدقة بالنظر إلى تنوع الاعتبارات التي تتعين مراعاتها للقول بالتناسب من عدمه. فممارسة حق الدفاع الشرعي مرهون بالتزام حدوده والا خرج المدافع عن دائرة المباح ويقع في دائرة المحظور، وقد اشترط القوانين العقابية المقارنة عبارة القوة اللازمة لرد العدوان والذي يفيد التناسب بين الدفاع والاعتداء. ويتطلب التناسب توفر أمرين[68]:

الأول: أن يكون فعل الدفاع اقل ضررا من الأفعال الأخرى التي كانت ممكنة لصد الاعتداء.

الثاني: أن يكون الفعل متناسباً مع الخطر الذي تعرض له المدافع.

ويفترض في الأمر الأول أن المدافع قد نشا له الحق في استخدام القوة لصد الاعتداء وكانت توجد أمامه أكثر من وسيلة يلجا إليها فاستخدم اقلها إحداثا للضرر، فإذا تبين أن المدافع كان في وسعه دفع الاعتداء بأقل ضرر من ذلك الذي تحقق بالفعل فلا تكون فعل الدفاع متناسبا بل يكون هناك تجاوز للدفاع الشرعي وعلى العكس يكون التناسب قائما إذا اثبت أن الوسيلة التي استخدمها المدافع في ظروف استعمالها كان الانسب لرد

---

(68) محمود أجمد طه، مصدر سابق، ص 196.

الاعتداء وكانت هي الوسيلة الوحيدة التي وجدت في متناول المدافع فاذا كان في تصور المعتدى عليه أن يرد الاعتداء بلكمة فلا يحق له دفعه بالسلاح، ومن كان قادرا على انقاذ نفسه بالجرح فلا يحق له القتل.

ويفترض في الأمر الثاني أن الوسيلة التي استخدمها المدافع فعل نشأ عنها ضرر على درجة متفاوتة، فإذا كان الضرر الذي نشا عن استخدام تلك الوسيلة يتناسب مع الخطر الذي تعرض المدافع يحقق شرط التناسب، أما إذا نجم عنها أضرار تفوق في الجسامة الخطر الذي تعرض له المعتدي عليه يكون هناك تجاوز لحدود الدفاع الشرعي، فمن لا يجد أمامه سوى استخدام السلاح لمقاومة هجوم المعتدي وكان يكفيه مجرد تصويب السلاح وإطلاق أعيرة نارية منه في الهواء أو باتجاه الإقدام يكون متجاوزا حقه في الدفاع إذا أصاب المعتدي في مقتل.

وعليه ان المقصود بالدفاع هو رد الاعتداء وليس الانتقام، فاذا دخلت المواشي مثلا في ارض شخص وبدلا من ان يخرجها هذا إعتدى على راعيها بالضرب فلا يكون حالة دفاع قائمة وانما يكون معتديا، ويجب ان تكون الأفعال المرتكبة للدفاع متناسبة مع أفعال التعدي وخطورتها بحيث لا تكون اكثر حدة من خطر الاعتداء ولا تسبب ضررا اشد من الضرر المحتمل من الخطر الماثل. فمن يكون مهددا بالصفع على الوجه لا يجوز له ان يصد هذا الخطر بالاعتداء بأطلاق رصاصة في موضع قاتل، ومن يكون معرضا لخطر الاعتداء على مال ضئيل القيمة لا يحق له ان يدفع هذا الخطر بالقتل ومع ذلك فلا يشترط ان يكون فعل الدفاع مساويا لفعل الاعتداء. ومسالة التناسب بين فعل الاعتداء الدفاع في الحقيقة مسألة موضوعية تتعلق بالوقائع يفصل فيها قاضي الموضوعي وفقا للظروف مراعيا حالة المدافع من حيث جنسه وسنه وشخصيته والملابسات التي احاطت به عندما واجه خطر الاعتداء وغيرها، وعل العموم ان دفع الخطر بالقتل ليس جائزا الا في الحالات التي نص عليها القانون.

إذا نشأ حق الدفاع بأن كان هناك إعتداء حال أو على وشك الحلول يهدد النفس أو المال وكان إستعمال القوة المادية لازماً أي هو الوسيلة الوحيدة لدرئه فيجب على المدافع أن يبذل قدراً من القوة لرد الإعتداء يكون متناسباً مع الإعتداء، ولكن لا يشترط التكافؤ الحقيقي التام فقد تكون القوة المبذولة للرد أزيد من فعل الإعتداء ولكن هذه الزيادة معقولة في مثل الظروف التي كان فيها المدافع وبالنسبة لسنه وقوته وحالته الشخصية وعلى ذلك فهي متناسبة ومرجع تقدير ذلك كله إلى محكمة الموضوع ، وعليه فإن التناسب لا يعني التطابق بين الإعتداء والقوة وإنما يعني أن يكون هناك تناسباً بين الوسيلة التي كانت في متناول المعتدى عليه وبين الوسيلة التي إستعملها بالفعل؛ فيوجد التناسب إذا ثبت أن الوسيلة المستعملة كانت في ظرف إستعمالها أنسب الوسائل

لرد الإعتداء أو كانت هي الوسيلة الوحيدة التي وجدت في متناول المهدد بالإعتداء فالضرر الذي ينتج عن إستعمال هذه الوسيلة هو القدر المناسب لرد الإعتداء وتقدير التناسب على هذا النحو نسبي يتعلق بظروف كل واقعة فقد تعد الوسيلة مناسبة في بعض الظروف دون البعض الأخر[69].

والمعيار الذي يستعان به في تحديد التناسب بالمعنى السابق معيار موضوعي و شخصي في نفس الوقت. فهو موضوعي يقوم على أساس الرجل العادي الذي يوجد في ظروف المعتدي عليه، أما أنه شخصي فلا يهمل الظروف الشخصية لهذا الأخير، فعلى القاضي عند تحديد التناسب بين فعل الدفاع وفعل الاعتداء أن يتصور الرجل معتاد يضعه موضع المدافع مع احاطة بنفس الظروف الشخصية التي احاطة به كقوته البدنية وسنه وجنسه ومكان وزمان فعل الاعتداء ويتساءل عما إذا كان سيصدر فعل الاعتداء بذات الفعل الذي لجأ اليه المدافع أو بفعل اقل منه جسامة أو ضررا وتطبيقا، لذلك يكفي في الدفاع الشرعي أن يكون تقدير المتهم لفعل الاعتداء الذي استوجب عنده الدفاع مبنيا على أسباب جائزة ومقبولة ومن شانها أن تبرر ما وقع منه من أفعال التي رأى أنها وقت العدوان الذي قدره أنها لازمة لدرءه فإذا جاء تقدير المحكمة مخالفا لتقديره هو فان ذلك لا يسوغ العقاب، اذ التقدير هنا لا يتصور أبدا على أن يكون اعتبارا بالنسبة لشخص الذي فوجئ بفعل الاعتداء في ظروف حرجة وملابساته الدقيقة الذي كان هو وحده دون غيره المحيط بها والمطلوب منه تقديرها والتفكير في كيفية الخروج من مؤزقه[70]ا. مما لا يصح معها محاسبته على مقتضى التفكير الهاديء والمطمئن الذي كان يستحيل عليه إذا وهو في الحالة التي كان عليها.

فالتناسب يكون قائما إذا كان الرجل المعتاد يلجا إلى ذات الفعل الذي لجأ اليه المدافع إن وجد في نفس الظروف مع توافر شروط الدفاع الشرعي، وعلى العكس ينتفي التناسب إذا كان الرجل المعتاد يلجا إلى فعل اقل جسامة أو اقل ضرر إذا ما وجد في نفس الظروف التي وجد فيها المدافع[71].

---

(69) د. جاسم خريبط خلف ، مصدر سابق ، ص 167 .

(70) حسام حسن الجعفري، الدفاع الشرعي وشروطه والقيود الواردة عليه وآثاره وتجاوزه، منشور على العنوان الالكتروني التالي:

<https://www.elbalad.net>(lastvisited 22/11/2019)

(71) د. حميد السعدي ، مصدر سابق، ص 210.

2.3: ضوابط التمسك بالدفاع الشرعي

الدفاع الشرعي هو دفاع موضوعي، لأنه يتطلب تحقيقاً لإثباته وتدخلاً في تصوير ظروفه وتقدير الأدلة المقدمة بصدده إثباتاً ونفياً. فيلزم بأن يكون الدفع قد أثير على وجه ثابت ؛ وأن يكون قد قدم قبل إقفال باب المرافعة أمام محكمة الموضوع، وبالتالي لا يمكن أن يثار لأول مرة أمامها، ويتوجب على محكمة الموضوع أن تتعرض لهذا الدفع في أسباب حكمها إذا قدم المتهم دفعاً صريحاً بتوافر الدفاع الشرعي، أو إذا كانت الدعوى ترشح للقول بتوافر حالة الدفاع ولو لم يقدم المتهم دفعاً صريحاً بها، ولا يشترط بأن يكون التمسك بقيام حالة الدفاع الشرعي بلفظ صريح بل يكفي إثارته ضمناً، كذلك لا يشترط لقيام حالة الدفاع الشرعي إعتراف المدافع بالجريمة.

ولمحكمة الموضوع عند بحث موضوع الدعوى التحقق من توافر شروط الدفاع الشرعي والتزام قيوده واستخلاص نتيجة ذلك بالقول بتوافره أو انتفائه، لذلك كان عليها البت فيه ، لكنها ليست ملزمة بالبحث في حالة الدفاع الشرعي طالما لم يتمسك المتهم بها ولم تكن وقائع الدعوى كما أثبتتها المحكمة ناطقة بتوافرها مرشحة لقيامها، ويعني ذلك أنه لا يقبل من المهتم النعي على الحكم بأنه لم يتحدث عن حالة الدفاع ولم يفصل فيها[72].

لكن سلطة محكمة الموضوع في القول بتوافر الدفاع الشرعي من عدمه ليست مطلقة بل تخضع لرقابة محكمة القانون، كالخطأ في تطبيق القانون أو القصور في التسبيب والحالة الثالثة هي أن تكون الوقائع تدل على قيام حالة الدفاع الشرعي فيتعين على محكمة الموضوع أن تعترف بها.

---

(72) كامل السعيد ، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات دارسة مقارنة، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ص176.

الفصل الثالث

التجاوز في استعمال حق الدفاع الشرعي

ان نشوء الدفاع الشرعي صحيحا واستكماله لشروطه في النشوء وحدوده في الاستعمال يكون مطابقا للنموذج القانوني المدرج في نصوص القانون الجنائي وعند الاخلال بأحد القيود المستعملة وتخطيها من جانب المدافع نكون امام حالة تجاوز الدفاع الشرعي، وقد يبدأ الاخلال مع اول استعمال لحق الدفاع الشرعي كمواجه شخص يحمل عصا بسلاح ناري، ولم يشترط الفقه معرفة المدافع من حيث العلم او عدم العلم بان سلوكه فيه تجاوز لحق الدفاع الشرعي.

وقد نصت غالبية القوانين الجنائية على شرط عدم حدوث تجاوز او الاخلال بمتطلبات الدفاع وجاء في المادة (45) من قانون العقوبات العراقي المرقم 111 لسنة 1969 إذا تجاوز المدافع عمداً او اهمال هذا الحق ... ونصت المادة 25 من قانون العقوبات المصري لا يعفى من العقاب كلياً من تعدى بنية سليمة حدود حق الدفاع الشرعي. وبينت قانون العقوبات القطري انه يجب أن لا يتضمن سلوك الدفاع باي حال كان الاذى بما يتجاوز القدر اللازم لغرض الدفاع[73].

وفي مجرى الكلام عن مفهوم التجاوز في حق الدفاع الشرعي فقد استنتج الفقه الجنائي من عموم النصوص القانونية المتضمنة لممارسة حق الدفاع الشرعي في مختلف التشريعات الجنائية مجموعة من الشروط ممكن تطبيقها على وقائع أي حالة للتعرف على وجود حالة تجاوز الدفاع الشرعي. ففي حال عدم توافر شروط الدفاع الشرعي لانكون امام الدفاع الشرعي فلو قام شخص بالاعتداء المفرط على ممثل السلطة العامة الذي

---

[73] وبالمعنى القريب جاءت المادة (183) من قانون العقوبات السوري والمادة (29) القانون اليمني والمادة (14) من قانون عقوبات الامارات العربية المتحدة، وقد قضت محكمة التمييز العراقي في 1975/6/15 ان المتهم يكون متجاوزاً حدود الدفاع الشرعي إذا طعن المجني عليه بالسكين طعنة واحدة أدت الى موته على اثر الاعتداء المجني عليه على المتهم في الضرب بالعصا.

جاء لينفذ امر قبض[74]. وعدم توفر أي عنصر من عناصر الدفاع الشرعي من الخطر او الطبيعة او شيئ اخر ترفع عن الواقعة تكييف الدفاع الشرعي ، ولاتبحث عن التجاوز[75].

3.1: مفهوم تجاوز حدود الدفاع الشرعي

إذا توافرت شروط الاعتداء من حيث حلول خطره، وعدم مشروعيته، وشروط الدفاع وتناسب مع هذا الخطر كانت الأفعال التي يأتيها المدافع مشروعة، وانتفت عنه المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية. إذا تخلف معيار التناسب بين جسامة الخطر والدفاع اللازم لرده فنكون في حالة تجاوز حدود الدفاع الشرعي. ونجد أيضا أنه لا يجوز للمعتدي أن يقاوم أفعال الدفاع التي يأتيها المعتدى عليه محتجا بالدفاع الشرعي لأن فعل الدفاع مشروع و لكن يجوز الدفاع إذا تجاوز المدافع حدود الدفاع لأن التجاوز في استخدام حق الدفاع هو عدوان يعطى لمن اتخذ في مواجهته الحق في الممارسة[76].

3.1.1: تعريف تجاوز حدود الدفاع الشرعي

تختلف تعريفات الفقهاء لتجاوز حدود الدفاع الشرعي، يقصد بتجاوز حدود الدفاع المشروع " انتفاء التناسب بين جسامة فعل الدفاع و الخطر الذي هدد المعتدى عليه"، و في تعبير آخر يعني "التجاوز استعمال قدر من القوة يزيد على ما كان كافيا لردع الخطر، وعلى ذلك فليس المقصود انتفاء أي شرط من شروط الدفاع المشروع ، و إنما المقصود انتفاء شرط التناسب[77].

يذهب جانب من الفقه أن تحقق معنى التجاوز أمر لا تجري فيه المقارنة بين الضرر الذي منع والضرر الذي حدث منعاً له، وإنما يكون محل المقارنة فيه هو النظر بعين الإعتبار إلى الضرر الذي أحدثه المدافع في سبيل الدفاع، وما كان في وسعه أن يحدث من أضرار أخرى[78]،

---

(74) د. فخري عبد الرزاق الحديثي، مصدر سابق ، ص 173.

(75) ففي قرار لمحكمة التمييز العراقية بالنظر لما أفاد به المتهم المدان امام قاضي التحقيق من كونه اطلق النار على شقيق القتيل (ش) عندما كان يقف على سلم الدار لان القتيل رفض مغادرة الدار واصر على البقاء الامر الذي يكون معه الاستدلال بوجود حالة الدفاع الشرعي لامبرر لها مالم تتوافر حالة الدفاع عن النفس المبينة في المادة 1/43 عقوبات ويكون المدان قد تجاوزها كما أشار اليها حسب المادة (45) ونفاه المتهم قرار محكمة التمييز: 2216 / جزاء اولي / جنايات في 24/2/ 1982 ، قرار منشور في مجلة الاحكام العدلية، العدد (1)،1983.

(76) محمد يونس الصائغ، مجلد الرافدين للحقوق، حق الدفاع الشرعي و اباحة استخدام القوة في العلاقات الدولية، كلية القانون، جامعة الموصل، 2007 ، ص941 .

(77) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المجلد الأول، ط3 ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،بدون سنة طبع، ص371 وما بعدها.

(78) د. فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي ، مصدر سابق ، ص 112 .

وإشترط البعض منهم أن تكون القوة المادية المستخدمة دفاعاً عن النفس أو المال متناسبة في مداها على جسامة الإعتداء، فكلما زادت هذه الجسامة زادت القوة المادية اللازمة لدفعه والعكس بالعكس؛ فإذا أثبت أن المدافع كان بوسعه رد الإعتداء بضرر أخف من الذي تحقق بالفعل عد إخلالاً بمبدأ التناسب بين الضررين مما يحقق معنى التجاوز لحدود حق الدفاع[79].

و إثارة التجاوز لا يكون إلا بعد نشوء الحق و قيامه، فلا يعقل الحديث عن التجاوز إذا تخلف أحد الشروط اللازمة لقيام الحق في الدفاع الشرعي ، والتجاوز يعني أن الدفاع قد أصبح غير مشروع[80]. فأنتفاء أحد الشروط اللازمة لوجود الدفاع الشرعي، كعدم وجود خطر حال غير مشروع، أو أن الجريمة ليست من الجرائم التي يجوز فيها الدفاع الشرعي أو أن استعمال القوة فيها كان بعد انتهاء الاعتداء، فان الفعل يكون خارجاً عن دائرة الاباحة والدفاع الشرعي [81]. مثال: فإذا كان المتهم قد بادر إلى إطلاق النار على المجني عليه إذ رآه بين الأشجار دون أن يكون قد وقع منه فعل ايجابي يخشى منه المتهم وقوع جريمة من الجرائم التي يجوز فيها الدفاع الشرعي، فلا يكون في حالة دفاع الشرعي[82].

أما شرط التناسب فهو يفترض توافر الشروط الأخرى مجتمعة والتي بها يثبت الحق قانونا، وما شرط التناسب إلا الإطار الذي يجب أن يباشر الدفاع في نطاقه وعليه إذا تخلف التناسب بين جسامة الخطر والدفاع كنا في نطاق التجاوز. ويقصد أيضا بتجاوز حدود الدفاع الشرعي أن يصدر عن المعتدى عليه(المدافع) فعلاً غير متناسب مع قدر الاعتداء الذي يتعرض له، بل يتجاوزه ولكي يصح اعتبار الفاعل متجاوزاً حق الدفاع الشرعي، فانه يلزم قيام حالة الدفاع الشرعي قبل التجاوز[83].

---

(79) محمد نعيم ، النظرية العامة لعذر تجاوز الدفاع، دار النهضة العربية، القاهرة،2005، ص41 وما بعدها.

(80) جلال ثروت، قانون العقوبات، القسم العام ، الدار االجامعية، بيروت ، 1994، ص414 .

(81) وكذلك قررت محكمة النقض المصرية في 1981/11/13 انه البحث في تجاوز حق الدفاع الشرعي لايكون الابعد ان ينشأ الحق ذاته. قرار محكمة النقض : 524 سنة 31 في 1981/11/13، مجلة المحاماة، السنة 43، ص418.

(82) حامد راشد، الاستعمال المشروع للقوة في القانون الجنائي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2014 ، ص 961 وما بعدها. وفي قرار اخر لمحكمة التمييز في 1982/8/25 جاء فيه أنه يعتبر المتهم قد تجاوز حدود الدفاع الشرعي اذا قتل احد المجني عليهم وشرع بقتل الاخر بسكين جلبها من سيارته بعد ان حاول المجني عليهما الاعتداء عليه بعصا وقطعة حديد ولم يصيباه سوى بجرح بسيط في فروة رأسه.

(83) عبد العزيز محمد محسن، الأعذار القانونية المخففة من العقاب في الفقه و القانون الوضعي، دار النهضة، العربية، القاهرة، 2015 ، ص991 .

3.1.2: عناصر التجاوز

يقصد بتجاوز حدود الدفاع الشرعي انتفاء التناسب بين جسامة الفعل الدافع والخطر الذي يهدد المعتدي وذلك على الرغم من توفر سائر شروط الدفاع الشرعي، أي استعمال قدر من القوة يزيد على ما كان كافياً لرد الخطر. ويقوم التجاوز قانونا على عنصرين:

أولاً: العنصر المادي

يتمثل في الإضرار بمصلحة المعتدي بقدر يفوق الخطر الذي يتهدد المعتدى عليه بفعل الاعتداء ولذلك فالتجاوز هو خروج عن الحدود المقررة قانوناً لجسامة الدفاع ومن أجل ذلك كان غير مشروع من الناحية الموضوعية، فلا عبرة بتعداد عدد الضربات التي وجهها المدافع للمعتدي في سبيل رده للإعتداء الواقع عليه، فهي لا تحسب من ناحية الشكلية وإنما من ناحية الموضوعية[84].

ثانياً: العنصر النفسي (المعنوي)

يتمثل في حسن النية ومقتضى النية السليمة في عدم تجاوز حدود الدفاع الشرعي هو أن لا يكون المدافع قد تعمد إحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع وأن يكون المدافع معتقداً أنه لا يزال متناسبا مع القدر اللازم من القوة لدفع الاعتداء أو خطر الاعتداء[85]، وهذه المسألة موضوعية لا تثير صعوبة عملية، ولا تقتضي هذه النية السليمة توافر قصد إزهاق روح المعتدي لدى المدافع فهذا القصد كما لا ينفي قيامه توافر حالة الدفاع الشرعي فإنه لا ينفي كذلك إمكان الاستفادة من عذر التجاوز. وهذه الحالة إذا كانت جريمة المعتدي لا تسمح بدفعها عن طريق القتل العمدي أما إذا كانت الجريمة الأخيرة من الجسامة بحيث تسمح بدفعها بالقتل العمدي فإن الإباحة التامة تكون متوفرة.

في حالة ما إذا كان يعلم بأن دفاعه يجاوز قدر التناسب المطلوب قانونا ورغم ذلك فإنه أراد تحقيقه فإن الأمر لا يكون بصدد التجاوز في استعمال حق الدفاع الشرعي وإنما بصدد جريمة عمدية غير مقترنة بعذر التجاوز.

---

(84) د. علي عبدالقادر القهوجي ، شرح قانون العقوبات ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الاسكندرية ، 2008 ، ص 408 .

(85) ولابد من تواجد النية السليمة واشتراط عدم التعمد في تجاوز الدفاع الشرعي والقيام بتصرفات يؤدي الى الافراط والمبالغ فيها فالدفاع الشرعي حق منحها القانون والشرع ولكن ضمن قيود محددة. القرار 116/ الجزء الاول / 82 في 1982/2/25، مجموعة الاحكام العدلية ،العدد الثالث ، السنة الثالثة ، 1982، ص 102.

وحسن النية بالتحديد السابق يختلف عن حسن النية الناشئ عن الجهل بأحكام القانون المتعلقة بسبب الإباحة فالذي يقتل من دخل إلى بيت مسكون ليلا دون مبرر مستفيد من درجة خطورة الاعتداء معتقدا أن القانون يبيح القتل في هذه الحالة دون اشتراط التناسب لا يستفيد من عذر التجاوز، ويتعين أن يكون لهذا الاعتقاد لدى المدافع مبرر من الظروف المحيطة بارتكاب الفعل فإن لم يكن له مبرر وإنما كان نتيجة وهم أصابه في تقدير جسامة الخطر فإنه لا يستفيد من العذر استفادة كاملة.

3.1.3: أنواع تجاوز الدفاع الشرعي

وبالنظر إلى الباعث الذي يتولد لدى المدافع عند قيامه بإستعمال حالة الدفاع الشرعي نجد بأن هناك نوعين من التجاوز[86]: التجاوز بنية سليمة والتجاوز دون هذه النية، وقد عرف الفقه المدافع ذا النية السليمة بأنه من لا يقصد إحداث ضرر أشد مما يستلزمه الدفاع، وبتعبير أخر إعتقاد المدافع أن القانون يخوله إرتكاب ما إرتكبه، وأن فعله هو السبيل الوحيد والملائم لدرء الخطر ؛ فالقانون يقرر تخفيف عقوبة المدافع؛ أما إذا كان التجاوز عمداً أي بنية غير سليمة فالقانون يترك حكمه للقواعد العامة ، أي أنه يسأل عن جريمة عمدية ويوقع عليه العقاب المقرر لها[87].

ولابد من التطرق إلى حالتين، الأولى: ما إذا كان الشخص المعتدي الأصلي يستطيع أن يدفع بأنه كان في حالة دفاع شرعي تجاه المعتدى عليه إذا ما تجاوز حدود دفاعه الشرعي؛ فبالرجوع لحالة الدفاع الشرعي وأسباب تبريره وما يتطلبه من شروط؛ يمكن القول بأنه إذا ما قام المعتدى عليه بتجاوز حدود دفاعه الشرعي، فإنه يكون للمعتدي حق الدفاع عن هذا التجاوز كون أن هذا الفعل يعد من قبيل الإعتداء الغير مشروع وكذلك هو إعتداء حال ويهدد بإرتكاب جريمة ضد نفس المعتدي لذلك يستفيد من حالة الدفاع الشرعي، وتقدير قيام هذه الحالة من عدمها ترجع لقاضي الموضوع وعلى المعتدي الأصلي عبء إثبات تجاوز المعتدى عليه لحالة الدفاع الشرعي .

أما الحالة الثانية فهي فيما إذا كان من المتصور بأن يقوم تجاوز في حدود الدفاع الشرعي إذا ما إستخدم المدافع إحدى الوسائل التي تعمل تلقائياً؛ وأعتقد بأنه من المتصور أن يقوم التجاوز من الآلة، لكن من غير المتصور بأن يكون هناك رد للإعتداء من قبل المعتدي- أي أنه لا يكون للمعتدي بأن يتمسك بالدفاع الشرعي

---

(86) د. علي عبدالقادر القهوجي ، مصدر سابق ، ص 452 .

(87) سليمان عبد العزيز، " تجاوز حق الدفاع الشرعي، " دراسة مقارنة بين القانون و الشريعة، ط 9 ، منشورات الحلبي، الحقوقية، بيروت، 1994 ، ص119.

تجاه تلك الآلة بحجة أنها قد جاوزت حدود ما لها من حق رد العدوان، وذلك فيما إذا قمنا بتطبيق شروط الدفاع الشرعي على تلك الحالة[88].

3.2: تجاوز حق الدفاع الشرعي في الشريعة الاسلامية

يعتبر الاموال و الدماء غير مباح، فمن غير الممكن التجاوز عليها إلا بصورة شرعية ومن الصور الشرعية التي تمنح الدفاع المشروع، تكون للمعتدى عليـه بأن يـدافع عن نفسه او ماله بصد الاعتداء، حتي اذا نتج عن الدفاع قتل المعتدي، أو جرحه ؛ بسبب ان العدوان يبيح ذلك، مما يجعل للمعتدى عليه حق الدفاع، لكن هذا الزوال بصورة مقيد ومؤقت[89] .

فيعتبر مقيدا بقدر لازم لدفع العدوان، وبالصورة المناسبة، فمن غير الممكن للمعتدى عليـه الدفع بقوة، أو طريقة اكثر تشديدا من القدر اللازم لصد هذا العدوان، وانما يستوجب عليه أن يصد الاعتـداء باسهل طريقة ممكنة[90]. فالتجاوز هو الافراط ، وفي الاصطلاح : يعني أن يستعمل المدافع مقدار من القوة يتجاوز القدر الكافي لرد العدوان. وتكون بصورة مؤقتة بزمن الاعتداء، اذ يجب ان يكون متقدما عليه ولا يتأخر عنه، فان حق الدفاع يبدأ من وقـوع العدوان، وتزول بزوال العدوان[91] .

فاذا دافع المعتدى عليه بعد انتهاء حلة العدوان، أو اذا دفع بطريقة اوسع رغم امكانية دفـعالعدوان بطريقة أقل منها، فيعتبر متجاوزا في الدفاع الشرعي، ويعتبر أيضا معتدياً، ومنح للمعتدى عليه ما يـدفع بـه الاعتداء، وما زاد فهو تعدٍ فإن كان عليه إنسانًا فتكون الضمان بالقصاص، أوعن طريق الدية ، بناءا على توفر شروط القصاص أو عدمه، و أيضا سـواء أكانت الجناية على النفس أو المال، وقال الزيلعي"... إذا شهر رجل على رجـل سـلاحاً، فـضربه الـشاهر،فانصرف، ثم إن المضروب – وهو المشهور عليه ضرب الضـارب – وهو الشاهر، فقتله، فعليه القصاص؛ لأن الشاهر لما انصرف بعد الضرب عاد معصوماً مثل ما كان؛ لأن حل دمه كان باعتبار شهره وضربه، فإذا انكفأ على وجه لا يريد ضربه ثانياً اندفع شره، فلا حاجة

---

[88] د. جندي عبد الملك، مصدر سابق، ص 301 .

[89] محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، الجزء العاشر، منشورات البارئ، 1982، ص 254.

[90] عبد العزيز محمد محسن، مصدر سابق، ص 184.

[91] زياد حمدان محمود ساخن، الدفاع الشرعي الخاص(دفع الصائل)، في الفقه الإسلامي، متاح على العنوان الالكتروني التالي:

www.sholar.najah.edu(last visited 5/11/2019)

إلى قتله؛ بسبب اندفاع شره بدونه، وعادت عصمته، فإذا قتله بعد ذلك فقد قتل شخصاً معصوما ظلما". فيجب عليه القصاص...، ولو علم أنه لو صاح عليه بطرح ماله، فقتله مع ذلك، يجب القصاص عليه ؛ لأنه قتله بغير حق، وهو بمنزلة المغصوب منه إذا قتل الغاصب، حيث يجب عليه القصاص؛ لأنه يقدر على دفعه بالاستعانة بالمسلمين، والقاضي، فلا تسقط عصمته، بخلاف السارق، والذي لا يندفع بالصياح. وأيضا جاء في المهذب:"وإن قدر على دفعه بالعصا فقطع عضواً، أوقدر على دفعه بالقطع فقتله، وجب عليه الضمان؛ لأنه جناية بغير حق، فأشبه إذاجنى عليه[92].

فعندما قرر المشرع جواز الدفاع الشرعي، بان جعله من أسباب التبرير الاساسية، والهدف منها مقاومة العدوان ومنعه و كذلك التخلص منه، وان إباحته بسبب الانتقام من المعتدي أو معاقبته، فإنه على المدافع أو المعتدي عليه أن يلتزم بنطاق هذا الحق ولا يتجاوز في تطبيقه، والتجاوز يعني الخروج عن النطاق المقيد لتبرير حالة الدفاع الشرعي، وفقد التوازن بين قوة رد الفعل الدفاع ومقدار خطورة الاعتداء[93] .

والفقهاء لم يقدموا تعريفاً للتجاوز ، ولكن بالاستطاعة ادراكه من اشتراطهم من اجل التناسب من قولهم يدفع بأخف فالأخف ، وكل فعل زائدا على اللزوم يؤخذ بانه تعدي يحاسب عنه صاحبه، ويجوز القول بأن التجاوز يتحقق ان استعمل المدافع مقدارا لدفع اعتداء وهذا يمكن استنتاجه من أقوال الفقهاء. كما جاء في فتح القدير : " وان شهر عليه عصا في المصر نهاراً فقتله المشهور عليه بالحديد عمدا قتل به لأنه قادر على دفع الشر عن نفسه بدون القتل لأن العصا تلبث. يتبين من خلال المفاهيم السابقة بأن القاتل يعتبر متجاوز عن دفعه لأنه لا يسمح له بالقتل ومن الممكن صد الاعتداء بالاستغاثة أو طرق اخرى. واما عند اهل الشافعية قد جاء في المجموعة: " فله الضرب ويراعي فيه الترتيب ... وان أمكن بسوط لم يجز بالعصا وان أمكن بقطع العضو لم يجز مجاوزته إلى هلاكه فإذا أمكن بدرجة فدفعه بما فوقها ضمن " فان الشافعية يلزم المتعدى عليه ان أمكن دفع المتعدي ولم يمنح التجاوز عليه مراعاة الترتيب. اما اهل الحنابلة بان يحاسب المعتدى عليه أن فيما اتى من خلال الأفعال زيادة عليه . هذا وقد جاء عند المغني : " إن ضربه ضربة عطلته لم يكن له أن يثني عليه لأنه تعنى شره واذا ضربه فقطع يمينه فولى قديرا فضربه فقطع رجله الرجل فمضمون عليه بالقصاص

---

[92] موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغني على مختصر الخرقي في الفقه الحنبلي، الجزء السابع، دار الفكر، مصر، 1987، ص444.

[93] علاء الدين إبراهيم محمود الشرقي، الدفاع الشرعي العام في التشريع الجنائي الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2011، ص 168.

أو الدية في حالة لا يجوز له ضربه[94]. وجاء في تبصرة الأحكام : " وسئل عن رجل وجد رجلا عند زوجته فقاتله فكسر رجله أو جحه هل عليه قصاص قال وهو جبار لا شيء عليه فيما دون النفس فإن قتله كان عليه قود إلا أن يكون معه شهود على دخول الفرج فلا يكون عليه قود وانما عليه الأدب ،فقد قرر المالكية مسؤولية المدافع عن فعل القتل لأنه يعد متجاوز از لأن القتل لا يكون إلا ببينة[95] . وظاهر من خلال كلام الفقهاء أن التجاوز تتحقق ماهية إذا استعمال المدافع قوة مادية أكبر مع إمكانه دفع المتعدي بقوة أقل كان المدافع متجاوز.

وفقهاء الإسلام متفقون على إختلاف مذاهبهم بجوهر مسألة تجاوز الدفاع الشرعي وفي ذلك يعلق الدكتور الشربيني بالقول(لأن ذلك جائز للضرورة ولا ضرورة للأثقل مع إمكان تحصيل المقصود بالأسهل وفائدة الترتيب المذكور أنه متى خالف وعدل إلى رتبة مع إمكان الإكتفاء بما دونها[96].

وعليه فإن الأصل في أفعال الدفاع أنها مباحة ولا عقاب عليها، ولكنها إذا تعدت الصائل (المعتدي) وأصابت غيره خطأ فالفعل الذي وقع على الغير لا يعتبر مباحاً إذا أمكن نسبة الخطأ والإهمال إلى المدافع فهو مسؤول مسئولية غير عمدية وبالتالي تجب عليه الدية عما أقدم عليه[97] .

ويحتسب الخوف حالة نفسية اذ يقول الشافعية الذي جاء في الحاوي الكبرى ان خاف إنسان على نفسه من طالب لقتله أو قاطع لطرفه أو جارح لبدنه أو خاف على ولده أو على ولده أو زوجته فله دفع الطالب وان أدى إلى قتله. اما بالنسبة لمفهوم التجاوز مع معياره عند فقهاء القانون فهم يقصدون بالتجاوز في حدود الدفاع الشرعي بان التناسب بين أفعال الدفاع مع خطر الاعتداء التي تهدد المعتدي، وبذلك لاتحسب المقصود في التجاوز حدود الدفاع الشرعي بسقوط أحد شروط الاعتداء أو الدفاع وانما يراد به سقوط شرط تناسب الاعتداء والدفاع ، فشرط التناسب لايعتبر الاطار الذي يجب أن يباشر الدفاع في نطاقه ولذلك إذا تخلف التناسب كنا إزاء حالة تجاوز التناسب: واختلف فقهاء القانون فمنهم من اعتمد معيار موضوعي والآخرون معيار شخصي.

أولاً- المعيار الموضوعي: ذهب القائلون بالمعيار الموضوعي إلى أن التجاوز وعدمه يكون على أساس

---

[94] د. سامي جميل الفياض الكبيسي، رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الإباحة، منشورات الهلال، الاسكندرية، 1996، ص94.

[95] محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، دارسة مقارنة، ط1، الناشر عالم الكتب، القاهرة،1923، ص42.

[96] علاء الدين إبراهيم محمود الشرقي، مصدر سابق، ص 257.

[97] د. فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، بغداد ، منشورات المكتبة القانونية ، ط2 ، 2007 ، ص 69 .

شخصي مجرد وهو الشخص الذي يقدر الامور ويتصرف في مواجهتها على النحو المألوف المتفق مع الخبرة الانسانية ، فإذا كان المدافع قد أتى من افعال الدفاع ما يأتيه الشخص المجرد عندما يتعرض لنفس ظروف العدوان لتي واجهها المعتدي عليه فإنه لا يكون متجاوز لحدود الدفاع الشرعي ، أما إذا أتى المعتدي بأفعال اشد مما يأتي الفرد العادي يكون قد تجاوز حدود الدفاع، فالمعيار موضوعي قوامه الشخص العادي غير أنه ليس موضوعيا خالصا ، فلا يجوز إغفال الظروف التي مر بها المعتدى عليه[98] .

ثانياً- المعيار الشخصي: وينظر أصحاب هذا المعيار إلى المدافع شخصيا وظروف التي مر بها فجسامة الاعتداء لا يتم تقديرها على ما ينجم عنه فعلا ، ولا على الخطر الذي يواجه المعتدي ، وانما على التقدير الذاتي للمدافع، وعلى القاضي أن ينظر في الدعوى ويفحصها ليصل إلى الأثر النفسي الذي أحدث العدوان. فتقدير معيار التجاوز يعود إلى القاضي حسب الظروف كل معتدى عليه وأثر الاعتداء على نفسه[99] .

ثالثاً- المعيار المزدوج: ان أنصار المعيار الموضوعي وان كان تقديرهم لموضوع التجاوز على اساس الشخص العادي فإنهم لم يغفلوا عن الظروف الشخصية والموضوعية للمدافع ، فينظرون إلى هذا الشخص المجرد المعتاد وقد أحاطت به كافة الظروف التي وجهها المعتدى عليه كما ان اصحاب المعيار الشخصي يوجبون ان يكون تقديرالمدافع مبنيا على أسباب جائزة ومقبولة من شأنها أن تبرر ما وقع منه .

3.3: ألاحكام القانونية لتجاوز حدود الدفاع الشرعي

ان للدفاع الشرعي أحكام قانونية معينة تنصرف الى الأثار المترتبة على حالة الدفاع والتجاوز عليه، ومنها ما تنصرف الى اثبات التجاوز على الدفاع الشرعي ومن ثم السلطة التقديرية للقاضي في هذه المسألة.

3.3.1: أثار تجاوز الدفاع الشرعي

لبيان المقصود بمفهوم أثر الدفاع الشرعي لا بد من التمييز بين حالتين: الحالة الأولى: أصابة فعل الدفاع حق المعتدي، فيعتبر الدفاع الشرعي قائماً في حال وجود الشروط القانونية، اذ لا تقوم أية مسؤولية ولا يوقع أي عقاب على المدافع المعتدي عليه، و يجب أن يقرر محاكمة المتهم (المدافع)، واذا كان الدعوى أمام المحكمة المختصة فعليها أن تقرر براءة المتهم. والحالة الثانية إذا أصاب فعل الدفاع حق غير المعتدي: ففي هذه الحالة

---

(98) عبد الله بن سليمان بن عبد المحسن، ضوابط الدفاع الشرعي الخاص والآثارالمترتبة عليه، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وآدابها، المجلد (12)، عدد (32) ، كلية الشريعة، 2008، ص 273.

(99) علاء الدين إبراهيم محمود الشرقي، مصدر سابق، ص 259.

يجب التفرقة بين حالتين[100]:

أولا : ان إصابة حق الغير من غير العمد، فإذا أخطأ المعتدي عليه في توجيه فعل الدفاع وأصاب شخصا أخر غير المعتدي، فإنه يسأل عن جريمة غير عمدية متى أثبت أنه بذل العناية اللازمة لمنع إصابة الغير.

ثانيا :إصابة حق الغير عمداً: فقد يجد المدافع نفسه مجبرا الاعتداء على حق الغير لدرء الخطر الذي يهدده كإتلاف شجرة الغير للحصول على عصا، ففي هذه الحالة لا يستطيع المدافع الاحتجاج بالدفاع الشرعي في مواجهة الغير وانما يحق له الاحتجاج بحالة الضرورة[101].

بمجرد توافر شروط الدفاع الشرعي وان المدافع ملتزم بحدود الدفاع، يفقد الفعل الصفة الاجرامية، بحيث يصبح هذا الفعل مشروعا فلا تترتب عليه المسؤولية المدنية أو الجزائية، في حق الدفاع الشرعي وموضوعه، فإن كل من يساهم في أعمال الدفاع، من فاعل وشريك ومحرض ومتدخل يستفاد من هذا الحق، وتطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز من خلال حكم لها بقولها لاعتبار الفعل دفاعا مشروعا أن يقع الفعل دفاعاً عن النفس أو العرض وأن يقع الدفع حال وقوع الاعتداء وأن لا يكون غير محق (غير مشروع) وأن لا يكون باستطاعة المتهم التخلص من الاعتداء إلا بالقتل أو الجرح أو فعل مؤثر، وحيث إن تقرير حالة الدفاع الشرعي هي مسألة موضوعية فإن حق تقديرها يعود لمحكمة الموضوع وحدها بحسب ما يقدم لديها من الأدلة والظروف إثباتا أو نفيا ولا رقابة للمحكمة التمييز عليها في ذلك إلا في حالة ما إذا كانت الأدلة وهذه الظروف لا حقيقة لها أو أنها لا توصل عقلا إلى النتيجة التي انتهى إليها الحكم.

---

(100) محمد نعيم، النظرية العامة لعذر تجاوز الدفاع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 73؛ أحمد أبو الروس، القصد الجنائي والمساهمة والمسؤولية الجنائية والشروع والدفاع الشرعي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2007، ص348.

(101) اختلف الآراء في الفقه حول تحديد طبيعة هذا العذر، فيذهب الرأي الأول إلى أنه عذر قانوني مخفف، بينما يذهب الرأي الثاني إلى أنه ظرف قضائي مخفف، ويذهب الرأي الثالث إلى أنه عذر من نوع خاص. فبالنسبة للرأي الأول الذي يرى بأنه مجرد عذر مخفف، وذلك لأن القانون في مثل هذه الحالات يترك تقدير طبيعتها وتوافرها للقاضي الذي يحكم في الموضوع مخولاً له سلطة مطلقة في هذا الشأن، وبناء على هذا الرأي فان تطبيق العذر هنا لا يغير من تكييف الجريمة ولا من طبيعتها، وانما يغير من عقوبتها متى رأى القاضي ذلك. أما الرأي الثاني الذي يرى بأنه مجرد ظرف قضائي مخفف، بمعنى أن تجاوز العذر القانوني مخفف للعقوبة وليس ظرفا قضائياً، فالقانون هو الذي نص عليه، ولم يتركه لتقدير القاضي. بناء على هذا الرأي متى حدث تجاوز في الدفاع الشرعي فان الأثر المترتب على ذلك هو تخفيف الواقعة من جناية إلى جنحة. أما الرأي الثالث الذي يرى أن طبيعة التجاوز ذو طبيعة خاصة، فهو عذر من نوع خاص فهو يتفق مع الأعذار القانونية في استحقاقه للتخفيف، ويختلف عنها في أنه متروك لتقدير القاضي حسب ظروف الواقعة، ولذا أطلق على هذا العذر بأنه عذر قانوني قضائي. ينظر: اكرم نشات ابراهيم القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت، 1998، ص 273 وما بعدها ؛ عزالدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص 322.

3.3.2: سلطة قاضي التقديرية في تجاوز الدفاع الشرعي

ان الجريمة ظاهرة واقعية لا مفر منه ولا خلاص للمجتمع منها، فتكون عند البعض أمر طبيعي لكل تطور اجتماعي، إذ تعبر عن وجود قدر من الحرية في المجتمع بحيث إذا انقطع دابرها كان ذلك علامة من علامات جمود المجتمع، "فالجريمة ظاهرة محسوسة في كل مجتمع بشري، وان تغيرت صورها وبواعثها وطرق مواجهتها بانتقال البشرية من مرحلة إلى أخرى، وقد دأبت التشريعات الجنائية على وضع الجزاءات في مواجهة الجريمة، من خلال أمور موضوعية وشخصية، لغرض درء خطر حال أو محتمل يمس بمصلحة يرى أنها جديرة بالحماية القانونية، غير أن مدى تناسب ما يقره من جزاء بالنسبة لشخصية مقترف الفعل المجرم، يبقى غير مقطوع له من ذي بدأ لاعتماده على عناصر يستعصي عليه حصرها سلفا، لذلك حدد المشرع العقوبة الذي يبدو له ان تكون عادلة بالنسبة لمجرم عادي في حالة عادية، مسلما في الوقت ذاته امكانية عدم ملاءمته لمجرم آخر ومن الواقع القانوني يحكم بعدم مساءلة المتجاوز الا في حدود نسبة تجاوزه في تقدير التعويض[102].

ومن هنا يبرز دور القاضي الجنائي من خلال تمتعه بالسلطة التقديرية في تكملة عمل المشرع، حينما يجتهد في اخراج التحديد الواقعي للعقوبة، فالمشرع مهما أوتي من بعد النظر، لا يستطيع أن يحيط بكل الأشكال التي يمكن أن يظهر عليها السلوك الضار بالمصالح محل الحماية الجنائية، كما لا يمكنه الإحاطة بفروض الخطورة الجرمية في الجاني، وهذا الواقع هو الذي فرض الايمان بسلطة قاضي التقديرية الجنائي في التشريعات المعاصرة[103]، فان القاضي الجنائي ومن خلال ما يتمتع به من سلطة مشرع تقديرية، يقوم بتكملة عمل المشرع حينما يعمل على التطبيق الواقعي للتحديد التشريعي المجرد، ابتغاء الملائمة بين تجريدية التحديد والواقعية، إن هذه الوسطية في توزيع الاختصاص بين المشرع والقاضي هي الأكثر اعتمادا في التشريعات المعاصرة، في ضوء الاتجاه الذي كان يرى وجوب تحديد المشرع لكل عقوبة ثابتة، مما يزيل حرية القاضي في التحديد، ومن ثم عدم الاستفادة من إمكانية تشديد أو تخفيف العقوبة، ولم يكن هذا الاتجاه بأحسن حال من المذهب الذي ينادي تخويل القاضي سلطة شبه مطلقة في تحديد عقوبة كل مجرم، إذ لا تحكمه سوى بعض القواعد والمبادئ العامة التي من خلالها يتسنى للقاضي أن يحدد لكل مجرم العقوبة المناسبة

---

(102) فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006، ص87.

(103) عبدالهادي أحمد، الشروط العامة لتجاوز الدفاع الشرعي، منشور على العنوان الالكتروني التالي:

https://www.politics-dz.com(last visited 5/10/2019)

لظروفه مع العادات السائدة[104]. وقد نصت غالبية القوانين الجزائية على وجود نقطة مهمة وهي عدم تجاوز الدفاع الشرعي وفق المادة (45) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 وكذلك المادة (25) من قانون العقوبات المصري والقانون القطري في المادة (21) والقانون السوري في المادة (183) وغيرها من القوانين العربية الأخرى.

فان للقاضي عند تقديره مثل حالة الدفاع الشرعي من خلال السلطة التي وضعها المشرع للقاضي الجنائي باعتباره عادل و ذا خبرة عالية في المجال الجنائي وله معرفة تامة لكل علوم جنائية حتى يمكنه تقديره حالة الدفاع الشرعي التي تعتبر من بين الأدلة التي يقدرها ما إذا كان الشخص في حالة الدفاع أو متجاوز لحدود الدفاع حتى يتمكن من تسليط العقاب أو تخفيف وله كامل السلطة في تقدير العقوبة بأشد أو أخف بحسب الحالة التي كان عليها المدافع لإعطاء كل ذي حق حقه ولحماية النظام العام والآداب العامة[105]، حتى يتمكن لكل شخص قبل إقدام على كل فعل مجرم أن يعرف بأن القانون هو الذي يطبق عليه عقوبات صارمة حتى نتمكن من تحقيق العدالة بمفهومها الواسع وحتى نتمكن من إرضاء كل من الطرفين المتضرر والمعتدي لنيل العقوبة الذي يستحقه، لهذا بات من الضروري أن يتحمل القاضي الجنائي المسؤولية الكاملة الملقاة على عاتقه للتطبيق الصحيح للقانون [106].

كما أن القاضي يكون له مؤهلات علمية منها علمه بالقواعد الدستورية والجنائية، ويكون له الثقافة العامة الانسانية، ودراسته علم أصول الفقه والعلوم الفلسفية فهو ميازن يضبط العقل واللسان والقلم، إضافة إلى علم النفس الجنائي والدوافع التي دفعت الجاني لارتكاب الجريمة، أيضا علم النفس القضائي وهو العلم الذي يتصل بعلم النفس الجنائي، من حيث تفرعها معا من علم النفس العام باعتبارها من العلوم المساعدة للقانون الجنائي كما أن علم النفس القضائي يختص بالدراسة نفسية الأشخاص ذوي العلاقة بالدعوة أثناء الاجراءات، وعلم النفس الجنائي يدرس العوامل النفسية للجريمة. كما ان السلطة التقديرية للقاضي اختصاص القاضي في وجوب اختيار العقوبة الملائمة للتطبيق على المتهم بحسب النصوص القانونية فإذا كان المشرع يحدد العقوبة على نحو عام و مجرد، حيث يقتصر تفريد العقوبات في العملية التشريعية على مجرد التفريق بين عقوبة البالغين وعقوبة الأحداث، أو عقوبة الأشخاص العاديين وعقوبة المجانين أو التمييز في العقاب بين

---

(104) عبد الحميد الشواربي، الدفاع الشرعي في ضوء الفقه والقضاء، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية،1991 ، ص217.

(105) عيسى بن حيدر، أسباب الإباحة وتجاوز حدودها، منشور على العنوان الالكتروني التالي: <https://www.albayan.ae>(last visited 25/10/2019)

(106) ارشد حامد، الاستعمال المشروع للقوة في القانون الجنائي، الكتب القانونية، منشأة الناشر للمعارف، الإسكندرية،2002 ، ص76.

مرتكب الجرائم عن قصد أو بإهمال تتخذ في شأنهم تدابير وقائية وكذلك التمييز بين العاديين والمبتدئين أي لأول مرة، وهو تفريد أولى يقوم على أسس تقليدية فإن القاضي باختياره العقوبة الملائمة على المحكوم عليه يحول ذلك التجريد العام والمجرد إلى تفريد خاص وواقعي، وكل ما يلتزم به القاضي هو ان يحترم الشروط القانونية التي يفرضها. أن هذه السلطة تعني الملائمة بين تقدير الجريمة والعقوبة المناسبة لها، تحقيقا لما يعرف بالتفريد القضائي، حيث يساهم القاضي في إقرار العدالة على نحو فعال ومؤثر[107]. واذا سلمنا بسلطة القاضي في تقدير حالة الدفاع الشرعي، كان علينا أن نحدد نطاقها أي السلطة، ذلك أن المشرع عندما وضع العقوبة بين حدين، فقد جعلهما حداً لهذه السلطة، وهي تتسع تدريجياً باتساع بينهما، كما رصده عدة عقوبات لجريمة واحدة وأعطى للقاضي مكنة اختيار ما يراه مناسباً للحالة المعروضة بين يديه[108].

3.3.3: انتفاء المسؤولية المدنية والجنائية

تنعدم المسؤولية المدنية في حالة توفر جميع عناصر الدفاع الشرعي حيث انه لا يمكن مسالة الشخص مدنيا عنا ارتكبه من أفعال عند دفاعه عن نفسه أو نفس الغير أو ماله أو مال الغير لأنه في جميع هذه الحالات يعد فعله مشروعا ولا يمكن بالتالي أن ينتج عن هذه الأفعال أدنى مسؤولية مدنية بالتعويض على عاتق مرتكبها، وبتعبير أخر فان فعل صادر عن مدافع وفي حدود استعماله لحقه في الدفاع الشرعي يعد فعلا مباحا وتنجرد عنه مسؤولية شخصية، ويبرز هذا خصوصا في انعدام المسؤولية المدنية على مستوى الفعل الشخصي أيضا على مستوى المسؤولية عن فعل الأشياء[109].

كما وتنعدم المسؤولية الجنائية مادام الفعل قد أصبح مشروعا أي تزول عنه الصفة الجرمية، وهذا يعني انه كلما كان الفعل مشروعا كلما كانت مؤاخذته غير مشروعة حيث انه لا يمكن مساءلة المدافع جنائيا عن فعل مشروع صادر عنه في حدود حقه في الدفاع الشرعي، وبالتالي لا عقوبة مطلقا على من قتل غيره أو ضربه أو أصابه بجروح أثناء استعماله حق الدفاع الشرعي ودون تجاوز لهذا الحق والأثر المباشر هنا هو انه لا يترتب على هذه الأفعال أية مسؤولية ولا يعاقب عليه المدافع مادام الفعل مشروعا وبتعبير أخر فان فعل المدافع بقتله أو جرحه أو ضربه للمعتدي يكون فعلا مشروعا ومباحا حيث أن من أسباب الإباحة هنا أسباب

---

(107) نظام توفيق المجالي، مصدر سابق، ص 202.

(108) كامل السعيد ، مصدر سابق، ص176.

(109) عبد العزيز محمد محسن، الأعذار القانونية المخففة من العقاب في الفقه والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة،1992 ، ص163.

مادية ملموسة ذات طبيعة موضوعية، ويشترط توفرها في الواقع الملموس التي ترتب أثارها بإزالة الصفة الإجرامية عن الفعل واعتباره فعلا مشروعاً وما يستتبع ذلك من عدم قيام المسؤولية الجنائية فلا توقع عقوبة أو أية أثار جنائية أخرى على من يستفيد منها[110]، فتزول الصفة الإجرامية عن الأفعال السبق أن حرمتها قواعد التجريم و بالتالي يصبح الفعل المجرم بعد أن كان غير مشروع مبررا ومثال ذلك أفعال القتل أو الجرح او الضرب للدفاع عن النفس او الغير او المال او مال الغير كذلك كل افعال القتل والجرح والضرب المرتكب لدفع اي اعتداء على حياة الشخص او سلامة جسمه او لمنع تسلق الحواجز او الحيطان او مداخل المنازل....الخ.

وكذلك الفعل المرتكب للدفاع عن النفس او الغير ضد مرتكبي السرقات. أي أن هذه الأفعال تعد مشروعة ومباحة ولا يمكن مساءلة الشخص القائم بها. ولكن في المقابل يمكن مسالة الفاعل جنائيا وذلك في صورة الأفعال التي تصدر من المعتدي عليه بعد انتهاء الاعتداء حيث انه في مثل هذه الظروف لا نكون بصدد تجاوز حق الدفاع الشرعي وإنما بصفة جريمة يعاقب عليها القانون الجنائي، اذ ان المعتدي ليس في حالة تجاوز لحدود الدفاع الشرعي وإنما فعله ذلك يعد انتقاما يستحق عليه العقاب وبالتالي يسأل جنائيا عن فعله ومثال ذلك أن يتجاوز المدافع حدود حقه بسوء النية إذ لم يعد للمعتدي عليه هدف هو الدفاع عن النفس او المال بل تحقيق نتيجة إجرامية أي ان يكون في حالة الأخذ بالثأر بحيث ينتهز المدافع فرصة نشوء حق الدفاع الشرعي له فيتمادى ويبالغ في استعمال حقه مبتغيا التخلص من المعتدي أو إتلاف أمواله لخصومة سابقة بينهما أو ثأر قديم .

---

[110] دحماني زهرة، نظرية الدفاع الشرعي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 1992، ص 65.

الخاتمة

من خلال دراستنا هذه في موضوع حق الدفاع الشرعي والتطرق الى الجوانب ذات العلاقة به، فقد توصلنا إلى عدة من النتائج منها ما توافق فيها القانون العراقي مع الشريعة الإسلامية، والبعض الآخر اختلف فيها، فضلاً عن ذلك وعلى ضوء الاستنتاجات التي توصلنا اليها يمكن لنا التقدم بمجموعة من المقترحات حول حق الدفاع الشرعي من حيث تنظيم الاحكام المقررة له والحالات الخاصة له.

الاستنتاجات:

1- الدفاع الشرعي يعتبر من المفاهيم الفقهية والقانونية الحديثة الموجودة عند علماء الفقه الإسلامي والقانون، ولكن قد عرف عند فقهاء الإسلام قديما تحت اسم "دفع الصائل": وهو بمعنى رد الاعتداء الواقع على النفس أو العرض أو المال، وبالتالي مع الاختلاف في اللفظ شرعاً وقانوناً لكن متشابه في المعنى .

2- ان حق الدفاع الشرعي مستقر في مشروعيته، ومباح فعله في الشرع والقانون، إلا أن الاختلاف في مصدر الدفاع الشرعي من خلال الآيات القرآنية والأحاديث النبوية، ومن حيث القانون، اذ يعتبر من النصوص القانونية في قانون العقوبات العراقي، مع أن ما جاء في القانون يتفق مع الشرع؛ التي مصدرها هي الشريعة الإسلامية .

3- الدفاع عن النفس يعتبر شرعيا بين الوجوب والجواز لكل مقتدر، وبالإمكان عدم رد الاعتداء عليها، اذ يحكم بأمر وجوب رد الاعتداء. ومن حيث القانون فيعتبر مباح، وليس امراً، ولا يجوز الاعتداء على النفس بأي حال، واستبيح قتل النفس دفاعا إذا كان المراد منها هو دفع ما جاء في النصوص، ومنها دخول المنزل المسكون أو أحد ملحقاته، أو خطف إنسان، أو مواقعة إنسان، أو هتك عرضه، أو السرقات الجنائية، أو اعتداء يتخوف منه الموت، أو جروح بالغة، اذ لم يفرق القانون بين المسلم وغيره في موضوع الدفاع الشرعي عن النفس.

4- يعتبر حق الدفاع الشرعي ضمن الحقوق العامة للإنسان، فهو حق مكرس في قانون لعقوبات والاتفاقيات الدولية، لذا اقره المشرع و أباحه لكل مواطن كان مهددا بخطر إلا أنه لم يبحه بشكل مطلق بل قيده، حيث لا يمكن استعمال هذا الحق إلا بتوافر شروط.

5- بالرغم أن الدفاع الشرعي حق اقره القانون إلا أن استعماله يكون وفقا لما قرره هذا القانون، حيث من المتصور انه أثناء قيام الشخص بممارسة الدفاع الشرعي أن يتمادى أكثر مما هو مستوجب لرد الخطر،

و بذلك يكون قد خرج عن الإطار المسموح له إذا كان فعله يفوق جسامة و خطورة فعل المعتدي فيعتبر متجاوزاً لحدود الدفاع الشرعي.

6- إن تحديد تجاوز حدود الدفاع الشرعي يتطلب توفر شروط سواء فيما يتعلق بالاعتداء من ناحية أو بالدفاع من ناحية أخرى. فلا يجوز دفع اعتداء بعض الأشخاص كالأطفال، أوالمعتوهين ذوي الخلل العقلي، كما لا ينشأ حق الدفاع ضد الاعتداء الصادر من الوالدين أو الزوج. ويقرر البعض أنه يتطلب في الاعتداء أن يكون على درجة من الجسامة، بحيث تكون أفعال المدافع هدفها التخلص من خطر الموت.

7- يجب أن يكون التجاوز قد حصل بحسن النية، ويتحقق ذلك إذا كان الخروج عن حدود التناسب عن غير قصد، أي أن يكون القصد الجنائي منصرف إلى الدفاع، وان يكون معتقدا أن ما يلجأ إليه هو السبيل الوحيد لرد الاعتداء.

8- إذا ما ثبت قيام حالة الدفاع الشرعي فإن الشخص يعفى من المسئولية الجزائية والمدنية كاملة. إن التجاوز هو عكس الدفاع الشرعي الذي هو فعل مشروع يحول دون قيام أية مسؤولية مدنية ولا جنائية، على خلاف تجاوز حدود الدفاع الشرعي الذي يقرر مسؤولية المتجاوز من الناحيتين المدنية و الجنائية. وتجاوز الدفاع الشرعي هو من اختصاص قاضي الموضوع الذي عليه البحث في وقائع الدعوى.

9- إن حق الدفاع الشرعي، حق أصيل أقرته الشرائع الدنيوية منذ قدم البشرية ذلك أن الطبيعة الإنسانية تقوم على حاسة البقاء التي تنشأ لدى المدافع، ومع ذلك فلا تقوم حالة الدفاع الشرعي في حالة تخلف إحدى شروط فعل الإعتداء، ويكون مرتكبها مسئول عن فعله طبقاً للقواعد العامة. فلا تنشأ حالة تجاوز الدفاع الشرعي إلا بعد نشوء حق الدفاع بذاته.

10- يتوجب على المستفيد من حالة الدفاع الشرعي أو تجاوزه، إثبات تلك الحالة، أمام محكمة الموضوع، وعلى الأخيرة التحقق من توافرها والحكم كذلك بموجبها. ويكون المدافع متجاوزا لحالة الدفاع الشرعي إذا ما تخلف أحد شرطي فعل الدفاع (التناسب على الأخص) وحينها يستحق بأن توقع عليه عقوبة مخففة ويكون مسئول مسئولية كاملة عن الشق المدني (التعويض).

التوصيات:

1- لما كانت الدفاع الشرعي خروج على الاصل العام المتمثل بضرورة اللجوء الى السلطة لرد الاعتداء فينبغي الحذر من قبل المشرع في تنظيم أحكامه بحيث يحول دون اساءة استخدام هذا الحق.

2- الاهتمام التشريعي الأفضل بالشروط القانونية لتحقق حالة الدفاع الشرعي، ومنح القاضي السلطة التقديرية على إقرار وجود حالة الدفاع الشرعي من عدمه، علاوة على الرقابة القضائية الفعالة على الاحكام الصادرة من المحاكم بخصوص الدفاع الشرعي على العموم وأسباب الأباحة على وجه الخصوص.

3- مبادرة المشرع الى تحديد معايير التجاوز عن حدود الدفاع الشرعي وذلك من خلال ايراد ضوابط تشريعية تساعد القاضي على التثبت من تحقق حالة الدفاع الشرعي، وذلك من دون الاخلال بالوقائع والظروف المحيطة بالجريمة المبررة لفعل الدفاع الصادر من قبل المعتدي عليه.

4- اعادة النظر في النصوص القانونية المنظمة لحالة الدفاع الشرعي وجعله سبباً مستقلاً بمعزل عن أسباب الاباحة، كون حق الدفاع الشرعي يترتب عليه نتائج تختلف من حيث الجسامة، علاوة على إختلاف المسؤولية المترتبة عليه، فالمدافع الذي يمارس حق الدفاع الشرعي لا يتعرض للمسؤولية كون الفعل المقدم عليه يخرج من نطاق التجريم.

5- التأكيد على شرط التناسب في ممارسة حق الدفاع الشرعي وذلك من خلال نصوص قانونية أسوة ببقية التشريعات العقابية الاخرى، اذ ان تخلف شرط التناسب يؤدي الى التجاوز عن الدفاع الشرعي وبالتالي قيام المسؤولية الجزائية.

المصادر

أولاً: كتب اللغة

1. ابن تيمية - تقي الدين أحمد بن شهاب الدين الحراني، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، دار الشعب،1971.
2. الامام صديق القنوجي، فتح البيان، الجزء الأول، المكتبة العصرية، بيروت،2001.
3. تفسير الطبري، مكتبة ابن تيمية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، القاهرة، دون سنة نشر.

ثانياً: كتب الشريعة الاسلامية

1. د. سمير صبحي، الدفاع الشرعي في ضوء الشريعة الإسلامية وفقا للقانون السعودي، دار المعرفة، بيروت، 2004.
2. علاء الدين إبراهيم محمود الشرفي، " الدفاع الشرعي العام في التشريع الجنائي الإسلامي"، دراسة فقهية مقارنة، رسالة الماجستير، فلسطين، 2008 .
3. علاء الدين إبراهيم محمود الشرقي، الدفاع الشرعي العام في التشريع الجنائي الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2011.
4. محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار مكتبة لبنان بيروت، الطبعة الثانية، 1995.
5. محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، الجزء العاشر، منشورات البارئ، 1982.
6. محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، دارسة مقارنة، ط1، الناشر عالم الكتب، 2001
7. محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، الناشر عالم الكتب، القاهرة،1983.
8. المنجد في اللغة ، منشورات دار المشرق ، الطبعة الحادية ولثلاثون، بيروت، 1991 ، ص80 .

9. موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغني على مختصر الخرقي في الفقه الحنبلي، الجزء السابع، دار الفكر، مصر، 1987.

ثالثاً: الكتب القانونية

1. إبراهيم الدراجي، جريمة العدوان ومدى المسؤولية القانونية الدولية عنها، ط3، منشوارت الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.
2. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، دار هومة للنشر، الطبعة الثانية عشر، الجزائر، 2012.
3. أحمد أبو الروس، القصد الجنائي والمساهمة والمسؤولية الجنائية والشروع والدفاع الشرعي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2007.
4. ارشد حامد، الاستعمال المشروع للقوة في القانون الجنائي، الكتب القانونية، منشأة الناشر للمعارف، الإسكندرية،2002 .
5. اكرم نشات ابراهيم القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت، 1998.
6. إيمان محمد علي الجابري، يقين القاضي الجنائي، منشاة المعارف، الاسكندرية، 2005.
7. جلال ثروت، قانون العقوبات، القسم العام ، الدار االجامعية، بيروت ، 1994.
8. حامد راشد، الاستعمال المشروع للقوة في القانون الجنائي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2011.
9. د. احمد فتحي سرور، أصول قانون العقوبات للقسم العام ، دار النهضة ، القاهرة ، 1972.
10. د. امين مصطفى محمد ، قانون العقوبات نظرية الجريمة ، الاسكندرية ، مطبعة منشورات الحلبي الحقوقية ، ط1 ، 2010 .
11. د. جاسم خريبط خلف ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، مطبعة زين الحقوقية والادبية ، ط1 ، بيروت – لبنان ، 2018 .
12. د. جندي عبد الملك بك ، الموسوعة الجنائية ، الجزء الاول ، بيروت – لبنان ، مكتبة العلم للجميع ، ط1 ، 2005.
13. د. حميد السعدي ، شرح قانون العقوبات الجديد ، الجزء الثاني، الطبعة الثانية ، مطبعة المعارف، بغداد، 1976.

14. د. رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائي ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ، 1971.
15. د. سامي جميل الفياض الكبيسي، رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الإباحة، منشورات الهلال، الاسكندرية، 1996.
16. د. عبد الوهاب حومد، الحقوق الجزائية العامة ، النظرية العامة في قانون العقوبات السوري، منشورات المعارف، دمشق، 1960.
17. د. علي عبدالقادر القهوجي ، شرح قانون العقوبات ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الاسكندرية ، 2008 .
18. د. فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، بغداد ، منشورات المكتبة القانونية ، ط2، 2007 .
19. سليمان عبد العزيز، " تجاوز حق الدفاع الشرعي، " دراسة مقارنة بين القانون و الشريعة، ط 9 ، منشورات الحلبي، الحقوقية، بيروت، 1994.
20. سمير عالية، الوسيط في شرح قانون العقوبات، القسم العام، المؤسسة الجامعية للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى بيروت، 2010 .
21. عبد الحميد الشواربي، الدفاع الشرعي في ضوء الفقه والقضاء، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية،1991 .
22. عبد العزيز سليمان، تجاوز حق الدفاع الشرعي، دراسة مقارنة بين القانون والشريعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2011 .
23. عبد العزيز محمد محسن، الأعذار القانونية المخففة من العقاب في الفقه و القانون الوضعي، دار النهضة، العربية، القاهرة، 2015.
24. عبد الله سليمان ، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام ، الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1998 .
25. عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي ، الموسوعة الجنائية في قانون العقوبات و الإجراءات الجزائية، الطبعة الثانية ، الفنية للطباعة والنشر ،القاهرة، 1993 .
26. عمار عباس الحسيني ، حالة الضرورة و أثرها في المسؤولية الجنائية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى لبنان، 2011 .

27. عوض محمد عوض وسليمان عبد المنعم، النظرية العامة للقانون الجنائي، ط5 ، المؤسسة الجامعية لدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2005 .
28. عوض محمد عوض، قانون العقوبات، القسم العام، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية،2000 .
29. فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006.
30. فريد الزغبي ، الموسوعة الجنائية و الحقوق الجزائية العامة ، أسباب التبرير ، دار الصادر للطباعة والنشر، الطبعة الثالثة، 1995.
31. كامل السعيد ، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات دارسة مقارنة، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2003.
32. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، دار الفكر العربي، القاهرة، 1999.
33. محمد أحمد المشهداني، الوسيط في شرح قانون العقوبات، الوراق للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2006.
34. محمد علي السالم عياد الحلبي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان،2007 .
35. محمد نعيم، النظرية العامة لعذر تجاوز الدفاع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
36. محمد يونس الصائغ، مجلد الرافدين للحقوق، حق الدفاع الشرعي و اباحة استخدام القوة في العلاقات الدولية، كلية القانون، جامعة الموصل، 2007.
37. محمود أجمد طه، شرح قانون العقوبات، الجزء الأول، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر-الامارات،2014 .
38. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المجلد الأول، ط3 ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،بدون سنة طبع.
39. ممدوح عزمي، دراسة عملية في أسباب الإباحة و موانع العقاب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013.
40. نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات، دار الثقافة للنشر التوزيع الطبعة الأولى،2009 .
41. وسيم فؤاد الفقعاوي،" حق الدفاع الشرعي"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة،2007.

الرسائل الجامعية:

1. بن عومر الوالي، ضوابط الدفاع الشرعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، 2008.
2. دحماني زهرة، نظرية الدفاع الشرعي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 1992.
3. سلامي صورية، حق الدفاع الشرعي، رسالة ماجستير، جامعة بسكرة، 2015.
4. عبد العزيز الخطابي ، الدفاع الوقائي في القانون الدولي العام ، أطروحة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة الموصل، 2004.

الابحاث القانونية:

1. د. فوزية عبد الستار، خطر الاعتداء في الدفاع الشرعي، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 42 ، العدد 3 ، 1972.
2. عبد الله بن سليمان بن عبد المحسن، ضوابط الدفاع الشرعي الخاص والآثارالمترتبة عليه، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وآدابها، المجلد12 ، عدد 32 ، كلية الشريعة، 2008.

المصادر الالكترونية:

عبدالهادي أحمد، الشروط العامة لتجاوز الدفاع الشرعي، منشور على العنوان الالكتروني التالي:

https://www.politics-dz.com last visited 5/10/2019

عيسى بن حيدر، أسباب الإباحة وتجاوز حدودها، منشور على العنوان الالكتروني التالي:

<https://www.albayan.ae> last visited 25/10/2019

محمد عبدالستار، الدفاع الشرعي وأثره على المسؤولية، منشور على العنوان الالكتروني التالي:

<https://www.startimes.com> last visited 12/11/2019

زياد حمدان محمود ساخن، الدفاع الشرعي الخاص دفع الصائل ، في الفقه الإسلامي، متاح على العنوان الالكتروني التالي:

www.sholar.najah.edu last visited 5/11/2019

حسام حسن الجعفري، الدفاع الشرعي وشروطه والقيود الواردة عليه وآثاره وتجاوزه، منشور على العنوان الالكتروني التالي:

<https://www.elbalad.net> lastvisited 22/11/2019

ADDRESSING CRIMINAL ASSAULT UNDER THE PROVISIONS OF THE LEGITIMATE DEFENSE

ORIGINALITY REPORT

12%	6%	9%	%
SIMILARITY INDEX	INTERNET SOURCES	PUBLICATIONS	STUDENT PAPERS

PRIMARY SOURCES

1	kotobdroit.blogspot.com Internet Source	1%
2	docs.neu.edu.tr Internet Source	1%
3	"دواس ، أمين. "مصادر الإلتزام غير الإرادية : دراسة مقارنة", Ameen Dawwas, 2013. Publication	<1%
4	القضاة ، صهيب محمد. "الحاوي القدسي للإمام أحمد بن محمد بن نوح الغزنوي (ت : 593 هـ) : دراسة و تحقيق كتاب الحدود و الجنايات = Al-Hawi Al-Qudsi By Ahmad ibn Mohammed ibn Noah al-Ghaznawi (Died 593 a.h) : Manuscript Studying and Verification Felony and Borders Book", Al Al-Bayt University, 2009 Publication	<1%
5	jordan-lawyer.com Internet Source	<1%
6	العبيسات ، مازن مطيع مسلم. "مدى اتفاق التشريع الأردني مع المواثيق الدولية في مكافحة العمل الإرهابي = The Extent of	<1%

NEAR EAST UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES
PUBLIC LAW PROGRAMS / ARABIC

To The Graduate School of Social Sciences

Mr. IBRAHIM AGEED SIDEQ (20185068), Studying in Public Law Arabic Program Has Finished The Master Thesis Titled **Addressing Criminal Assault Under the Provisions of The Legitimate Defense**, and Used Literature Review in Research Methodology in Writing The Thesis For This Reason no Ethical Review Board Report Permission Will Be Needed For The Designed Research.

Sincerely,

Assist. Prof. Dr. **Yousif Mostafa Rasul**