



جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي  
معهد العلوم الإسلامية  
قسم الشريعة



أسباب الإباحة في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري  
- دراسة مقارنة -

مذكرة تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الليسانس  
في العلوم الإسلامية - تخصص: شريعة و قانون

المشرف:

خالد العمري

الطلبة:

- سعيدة الامام

- سلاف عزيز

- نورة غندير

السنة الجامعية: 1436-1437هـ/2015-2016م





جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي

معهد العلوم الإسلامية

قسم الشريعة



أسباب الإباحة في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري  
- دراسة مقارنة -

مذكرة تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الليسانس  
في العلوم الإسلامية - تخصص: شريعة و قانون

المشرف:

خالد العمري

الطلبة:

- سعيدة الامام

- سلاف عزيز

- نورة غندير

السنة الجامعية: 1436-1437هـ/2015-2016م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي  
خَلَقَ الْمَوْتَئِدَ وَالشَّيْءَ  
وَالْحَيَّ وَالْقَيُّومَ  
الَّذِي لَا يَأْتِيهِ  
الْفِتْنُ وَهُوَ يَغْشَى  
السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ  
وَهُوَ الْعَلِيمُ  
الْحَكِيمُ

# الإهداء

إلى والدينا الكرميين...

إلى أئمة ووجهات الأئمة...

إلى أساتذتنا الأفاضل...

إلى إخوتنا وأخواتنا...

إلى زملاء الدراسة...

إلى كل من سلك طريقاً في طلب العلم يستغي به وجه الله تعالى...

فهدي هذا العمل المتواضع

سعيدة\*سلاوي\*نورة

# شكر وعرفان

نشكر المولى عز وجل الذي بسر لنا إتمام هذا العمل، راجين منه سبحانه

وتعالى أن يكون خالصا لوجه الكريم

كما نشكر أسرفا الكريمة الذين لم يدخلوا علينا بالدرهم والتشجيع والدرء

كما فتوجه بخالص الشكر والامتنان لأساتذتنا الأفاضل ونخص بالذكر الأستاذ

المشرف «خالد العمري» الذي لم يدخل علينا بالنصيحة والارشاد كما

نخص بالشكر جميع أساتذة الشريعة والقانون بصفة خاصة وأساتذة المعهد بصفة

عامة

سعيدة\*سلاف\*نورة

مُعْرَمَةٌ

## مقدمة

الحمد لله حمداً يوافي نعمه ويكافئ مزيده ويدفع عنا بلاءه ونقمه، نسأل الله أن يبارك لنا في ديننا ودنيانا، وأن يزيدنا علماً وستراً في الدنيا والآخرة، وأفضل الصلاة والسلام على سيدنا محمد بن عبد الله صلى الله عليه وسلم الذي أدى الأمانة وبلغ الرسالة، ونصح الأمة وتركها على المحجة البيضاء ليلها كنهارها، خاتم الرسالات السماوية، وأول من سار في طريق إقامة النظام العالمي الإسلامي، الذي يكفل الحقوق لجميع أفرادها، صلى اللهم عليه وعلى آله وأصحابه الذين آووه ونصروه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد فالإنسان كائن اجتماعي لا يمكنه العيش بمعزل عن أقرانه، فهو عاجز عن الوفاء بمختلف حاجياته بمفرده، فلا غنى له عن الحياة في بيئة اجتماعية يتأثر بها و يؤثر فيها من خلال التصرفات والسلوكيات الصادرة عنه التي قد تكون نافعة وقد تكون ضارة نتيجة غريزة الأناية وحب البقاء، وتتمثل هذه الأفعال الضارة في الجرائم بمختلف صورها والتملك ودرجاتها، وتظهر الجريمة ككيان مادي يشمل السلوك الإجرامي الذي يقوم به الفاعل والنتيجة الإجرامية الناتجة عن هذا السلوك والعلاقة السببية الرابطة بينهما، وبعد هذا الفعل مجرماً إذا ورد نص بتجريمه فالأصل في الأفعال أنها مباحة ما لم يرد نص على تجريمها وتحريمها، عملاً بقاعدة الأصل في الأشياء الإباحة، إلا أنه في بعض الحالات قد يعتبر الفعل جريمة طبقاً لنص شرعي أو قانوني لكن لا يطبق عليه لوجود أسباب تعطله تطبيقه هي أسباب الإباحة والمتمثلة في استعمال الحق وأداء الواجب، والدفاع الشرعي وحالة الضرورة في الفقه الإسلامي، وفي ما أمر به القانون وما أذن به القانون والدفاع الشرعي في قانون العقوبات، لأن هذه الأسباب تعتبر الجانب السلبي في ركن المشروعية الذي ينبغي نفيه لتحقيق صفة اللامشروعية في الفعل المرتكب، كما أنها تقتض أن الفعل توافرت فيه كافة الأركان اللازمة لقيام الجريمة والمبنية في نص التجريم ثم ينحصر دورها في إخراج هذا الفعل من نطاق التجريم إلى الإباحة.

علاوة على أن القواعد التي تقرر سببا للإباحة تعتبر جزءا مكملًا لقواعد التجريم، فالقتل مثلا جريمة طبقا لنصوص التجريم إلا إذا ارتكب في حالة من حالات الإباحة كالدفاع الشرعي مثلا، كما أنه بإقرار هذه القواعد تتحقق العدالة ويسود الأمن في المجتمع، إضافة إلى أنه من خلالها- أسباب الإباحة- يمكن أيضا تحديد القانون الجديد الأصح للمتهم، لأنه قد يكون كذلك إذا كان النص الجديد يقرر سببا لإباحة الفعل لم يكن منصوصا عليه في النص القديم وبالتالي يستفيد منه المتهم. كما تظهر أهمية هذا الموضوع في ضبط أحكام المساهمة الجزائية.

ونظرا لهذه الأهمية التي يكتسبها هذا الموضوع حاولنا التطرق إليه بشيء من التفصيل من خلال الإجابة على الإشكاليات التالية:

• إلى أي مدى يمكن أن تؤثر أسباب الإباحة في الصفة الإجرامية للفعل ؟  
وبناء عليه:

- فيما تتمثل أسباب الإباحة في الفقه الإسلامي؟
- فيما تتمثل أسباب الإباحة في قانون العقوبات الجزائري؟
- ما هي الأفعال المبررة التي يمكن أن تكون سببا للإباحة؟
- ما هي الآثار القانونية لأسباب الإباحة؟

### أسباب اختيار الموضوع:

ومن الأسباب التي دفعتنا إلى دراسة هذا الموضوع، أسباب ذاتية وأخرى موضوعية. الأسباب الذاتية: تعتبر أسباب الإباحة في الفقه الإسلامي من المواضيع المهمة في العصر الحاضر لما يترتب عليه من قضايا اجتماعية وأخلاقية واقتصادية تؤثر على الأفراد والجماعات وعليه من الأسباب الذاتية:

1. الرغبة في تنمية معارفنا في هذا الميدان وخدمة البحث العلمي في الفقه الإسلامي.
  2. الحاجة إلى تأصيل قواعد وضوابط شرعية لممارسة أسباب الإباحة حتى تكون الجهود بعيدة عن العبثية وعن تبديد الجهود والطاقات في غير محلها.
  3. شغفنا في الاستزادة فيما يتعلق بمواد العقوبات وما تحويها من موضوعات شيقة منها موضوع أسباب الإباحة.
  4. قلة اطلاعنا على هذا الموضوع فأحببنا أن نكتب فيه لنتعرف على جزئياته من كتب الفقه والقانون المختلفة.
- الأسباب الموضوعية:

1. الإسهام بجهدنا المتواضع في إبراز جانب هام من جوانب الفقه الإسلامي ومقارنته بالجانب القانوني وذلك بجمع شتات هذا الموضوع وتوحيد جزئياته تحت عنوان مستقل يسهل على القارئ الرجوع والإفادة .
2. تعتبر أسباب الإباحة في التشريع الجنائي الإسلامي من المواضيع المهمة في العصر الحاضر لما يترتب عليه من قضايا اجتماعية و أخلاقية واقتصادية تؤثر على الأفراد والجماعات .
3. بيان أحكام أسباب الإباحة فيه حماية للناس وحفظا لهم من الوقوع في الجرائم .
4. إبراز أهم خصائص التشريع الجنائي الإسلامي وتمييزه عن كافة الشرائع والقوانين
5. تسهيل مهمة الباحثين في مجال فقه العقوبات من فقهاء وطلبة علم في معرفة
6. الأحكام المتعلقة بأسباب الإباحة من جانب مقارن بين الشريعة والقانون .

### أهداف الدراسة:

من بين الأهداف التي نسعى إلى تحقيقها من خلال دراسة هذا الموضوع توضيح وتحديد طبيعة أسباب الإباحة والأساس الفقهي والقانوني الذي تقوم عليه هذه الأسباب، وكذلك الوقوف عند استعمال الحق وأداء الواجب في الفقه الإسلامي والأفعال المبررة التي يعتد بها التشريع الجزائري إضافة إلى ذلك معرفة ما إذا كانت هذه الأفعال وردت على سبيل الحصر أو أن هناك إمكانية من إدخال أسباب أخرى تمنع من المسائلة الجنائية .

### الدراسات السابقة:

لقد اعتمدنا في الدراسات السابقة على مذكرة أسباب الإباحة في قانون العقوبات الجزائري لصحراوي عبد الجبار وتامة بوبكر والتجاني عبد العالي إلا أن هذه المذكرة درست أسباب الإباحة من جانب قانوني فقط ولم تدرسها من الجانب الفقهي، وكذلك كتاب التشريع الجنائي لعبد القادر عوده، والفقه الجنائي الإسلامي لمحمود نجيب حسني، و شرح قانون العقوبات الجزائري لعبد الله سليمان .

### منهج البحث:

اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج التحليلي المقارن وذلك بتحليل نصوص قانون العقوبات الجزائري مع ما جاء في الفقه الإسلامي من أحكام خاصة بأسباب الإباحة والمقارنة بينهما .

### خطة البحث:

وفي محاولة للإجابة على الإشكالية الرئيسية المطروحة في بحثنا والأسئلة الفرعية المرتبطة بها وإعطاء الموضوع حقه من الدراسة قسمنا البحث إلى ثلاثة فصول،

الفصل الأول الإطار النظري لأسباب الإباحة و ننتاول فيه الإطار الفقهي لأسباب الإباحة في المبحث الأول وفي المبحث الثاني الإطار القانوني لأسباب الإباحة، في حين نتطرق في الفصل الثاني لأسباب الإباحة في الفقه الجنائي الإسلامي وفيه نتناول استعمال الحق وأداء الواجب كسبب من أسباب الإباحة في الفقه الإسلامي في المبحث الأول، اما عن المبحث الثاني فقد خصصناه للدفاع الشرعي، و حالة الضرورة بالنسبة للمبحث الثالث، وأما الفصل الثالث فعنوانه بأسباب الإباحة في قانون العقوبات الجزائري، وحيوي مبحثين المبحث الأول تحت عنوان الأفعال المبررة، والدفاع الشرعي بالنسبة للمبحث الثاني ، ونختم هذه الدراسة بخاتمة تتضمن مجموعة من النتائج .

### الصعوبات:

من بين الصعوبات التي واجهتنا في إعداد هذا الموضوع وهو عدم توفر المراجع في الوقت المناسب وخاصة في الفقه الإسلامي، مما أدى إلى تأخر هذا العمل .

الفصل الأول: الإطار النظري لأسباب الإباحة.

المبحث الأول: الإطار الفقهي لأسباب الإباحة.

المبحث الثاني: الإطار القانوني لأسباب الإباحة.

تستوجب الجريمة قيام المسؤولية الجزائية لمرتكبها ويتمثل أثر هذه المسؤولية في الجزاء الجنائي أيا كانت صورته، لكن هناك حالات ترتكب فيها أفعال محرمة ومخالفة للقانون ولا يتحمل مرتكبها أي مسؤولية عنها، ونكون بصدد هذه الحالات إذا توافر سبب من أسباب الإباحة .

أسباب الإباحة أو أسباب التبرير عبارة عن ظروف موضوعية عينة لصيقة بالركن المادي للجريمة، ولا علاقة لها إطلاقا بشخصية الجاني ونفسيته، بمعنى اقتران أسباب الإباحة بالركن المادي للجريمة، لا بالركن المعنوي لها، وهي إذا ما توافرت أخرجت الفعل من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة، أي تؤدي إلى صيرورة الفعل مباحا بعدما كان مجرما، وأسباب الإباحة على عدة أنواع، بحسب التقسيمات المختلفة التي أوردها الفقه، غير أن المشرع حصرها بعددها وموضوعها وجوهرها، كما أنها تتشابه مع العديد من الأفكار الجنائية المشابهة لها، غير أنها تختلف عنها، وأهم ما تختلف فيه عن هذه الأفكار من حيث الآثار القانونية المترتبة عليها.

لذا ارتأينا أن ندرس هذا الفصل تحت عنوان الإطار النظري لأسباب الإباحة ، وقد قسمناه إلى مبحثين ، المبحث الأول بعنوان الإطار الفقهي لأسباب الإباحة، ويحوي ثلاث مطالب، المطلب الأول تحت عنوان ماهية أسباب الإباحة في الفقه الإسلامي، أما المطلب الثاني بعنوان العلة في إباحة الفعل المحرم، وأما الثالث معنون بالتمييز بين أسباب الإباحة و موانع المسؤولية الجنائية و موانع العقاب، وأما المبحث الثاني بعنوان الإطار القانوني لأسباب الإباحة ويحوي ثلاث مطالب، المطلب الأول بعنوان الأساس القانوني لأسباب الإباحة والمطلب الثاني بعنوان الصيغة القانونية لأسباب الإباحة و المطلب الثالث معنون بالترقية بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية الجنائية و موانع العقاب.

## المبحث الأول: الإطار الفقهي لأسباب الإباحة

الأصل في الشريعة الإسلامية أن الأفعال المحرمة محظورة على الكافة بصفة عامة، لكن الشارع رأى استثناء من هذا الأصل أن يبيح بعض الأفعال المحرمة لمن توافرت فيهم صفات خاصة، لأن ظروف الأفراد أو ظروف الجماعة تقتضي هذه الإباحة، ولأن هؤلاء الذين تباح لهم الأفعال المحرمة يأتونها في الواقع لتحقيق غرض أو أكثر من أغراض الشارع<sup>1</sup>.

### المطلب الأول: ماهية أسباب الإباحة في الفقه الإسلامي

الفرع الأول: تعبير الإباحة في الفقه الإسلامي: يطلق تعبير الإباحة في علم أصول الفقه على أحد أقسام الحكم التكليفي، ويراد بالحكم التكليفي الحكم الذي يتضمن طلب فعل من المكلف أو كفه عن فعل أو تخييره بين الفعل و الكف. كما ينقسم الحكم التكليفي إلى خمسة أقسام: الإيجاب، والندب، والتحریم، والكراهة، والإباحة. وضابط هذا التقسيم التفاوت في درجات طلب الفعل<sup>2</sup>: فإذا كان اقتضاء الفعل على وجه التحتم والإلزام فالفعل واجب، وإذا كان اقتضاء الفعل ليس على وجه التحتم فهو المندوب، وإذا اقتضى الشارع طلب الكف عن الفعل على سبيل التحتم والإلزام فالفعل محرم، وإذا اقتضى الشارع طلب الكف عن الفعل ليس على سبيل التحتم والإلزام فالفعل مكروه، والمباح هو ما خير الشارع المكلف بين فعله وتركه<sup>3</sup>، ذلك أن الشارع لم يطلب من المكلف إتيان الفعل ولم يطلب منه الكف عنه، ومثاله قوله تعالى ﴿ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء﴾ سورة البقرة، الآية 235.

1. د. عبد القادر عودة، الفقه الجنائي الإسلامي، ج1، بدون طبعة، دار الكتاب لعربي، بيروت، بدون سنة نشر، ص 469.

2. د. محمود نجيب حسني، تقديم د. فوزية عبد الستار، الفقه الجنائي الإسلامي، بدون طبعة، بدون دار نشر، بدون بلد نشر، 2006، ص 218.

3. أ. د. وهبة الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، إعادة الطبعة 1، دار الفكر، سورية-دمشق، 1419 هـ - 1999 م، ص 134.

بناء على هذا التقسيم فإن « سبب الإباحة » يعني التخيير بين إتيان الفعل والكف عنه، فلا إثم على المكلف إذا أتى الفعل، ولا إثم عليه إن كف عنه. ولا شك في أن المكلف إذا أتى الفعل المباح كان فعله - بناء على الإباحة - مشروعاً، ولم يكن محلاً بأن يوصف بأنه جريمة، إذ الجريمة بطبيعتها تفترض عدم مشروعية الفعل.

لكن هذا التعريف للإباحة أضيق مما يفترضه انتفاء عدم مشروعية الفعل وانتفاء الجريمة تبعاً لذلك: ذلك أنه إذا كان الفعل واجباً أو كان مندوباً فإنه من باب أولى يعتبر مشروعاً، ولا تقوم بإتيانه جريمة، ومؤدى ذلك أن الإباحة في الفقه الإسلامي تتضمن الوجوب والندب والإباحة في الاصطلاح الأصولي<sup>1</sup>.

**الفرع الثاني: مفهوم أسباب الإباحة:** يفترض سبب الإباحة خضوع الفعل ابتداءً للتجريم و اكتسابه- بناء على ذلك- الصفة غير المشروعة، وأثر سبب الإباحة هو إخراج الفعل من نطاق التجريم ورده إلى أصله من المشروعية<sup>2</sup>، وبالتالي إن كان الأصل في الأفعال الإباحة، والاستثناء التجريم، فأسباب الإباحة استثناء على هذا الاستثناء ( التجريم)، وبالتالي هي العودة إلى الأصل، أي الأصل في الأشياء الإباحة، ومثال سبب الإباحة حق التأديب فإذا كان التأديب بفعل الضرب، فإن الضرب محرم على الكافة، ولكن تربية الصغار، تتشبههم نشأة طيبة تقتضي بطبيعتها أن يؤدبوا ويضربوا، ولما كانت الشريعة توجب على المشرفين على الصغار أن يحسنوا تربيتهم وتتشبههم، فقد أبيح لهؤلاء أن يضربوا الصغار بقصد التأديب والتعليم تحقيقاً للواجب المفروض عليهم، ومثال سبب الإباحة كذلك دفع الصائل، فالقتل أمر محرم بمقتضى الشرع، لكن إن كان منه ما يقتضى إباحته كأن يكون دفعا لصائل فهو بذلك يكون مشروعاً. فيتحول الفعل الذي كان أصله حراماً إلى

<sup>1</sup>محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 219.

<sup>2</sup>المرجع نفسه، ص 220.

مباح، وبعد إن كان جريمة أصبح أمراً مستحسناً أو أمراً مباحاً بشكل عام، وبناء على ذلك يمكن تعريف سبب الإباحة بأنه «قيد على التجريم يستبعد من نطاق بعض الأفعال» وأن دوره هو نفي الركن الشرعي للجريمة.

**الفرع الثالث: الإباحة الأصلية والإباحة الاستثنائية:** تنقسم الإباحة إلى إباحة أصلية وإباحة استثنائية، الإباحة الأصلية هي حالة عدم ورود حكم شرعي في شأن الفعل مقتضاه النهي عن الفعل لصائل، وتعبير آخر عدم ورود دليل على تحريم الفعل: فلا وجود لنص يحرمه ولا محل لقياس يقتضي تحريمه، في هذه الحالة يعتبر الفعل على أصل الإباحة، تطبيقاً لمبدأ أن الأصل في الأشياء الإباحة، أي أن الأصل في الأفعال الإباحة. وتوصف هذه الإباحة بأنها الإباحة الأصلية. أما الإباحة الاستثنائية، فتفترض أن الأصل في الفعل تجريمه، ولكنه مباح استثناء في ظروف معينة، بناء على دليل شرعي، ومثالها إباحة الضرب تأديباً، أو الجرح طبيياً، أو القتل دفعاً للصائل<sup>1</sup>، وهذا النوع من الإباحة هو موضوع دراستنا.

**الفرع الرابع: آثار الإباحة:** أثر سبب لإباحة هو نفي الصفة غير المشروعة عن الفعل، ورده إلى أصله من المشروعية. وبصيرورة الفعل مشروعاً ينتفي الركن الشرعي للجريمة، ويترتب على ذلك بالضرورة عدم اكتمال الجريمة أركانها، وعدم نشوء المسؤولية عنها، وعدم جواز توقيع العقوبة. ولكن إنتاج سبب الإباحة هذا الأثر منوط بتوافر جميع شروطه، ذلك أن انتفاء أحد هذه الشروط يبقى الفعل على عدم مشروعيته التي تثبت له، على فرض عدم توافر سبب لإباحة: فإذا كان من شروط حق التأديب أن يكون الضرب تأديباً غير شديد، فضرب من له هذا الحق الخاضع للتأديب ضرباً شديداً أفضى إلى موته أو إلى فقده حاسة أو طرفاً، فهو لا يستطيع

1 د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 220.

أن يحتج بسبب الإباحة، ومن ثم يعتبر فعله غير مشروع ويسأل عنه، وإذا كان من شروط دفع الصائل حلول الخطر، فارتكب الشخص المهدد بالخطر فعله قبل لحظة حلول الخطر أو بعد انتهاء الخطر فلا يباح له فعله.

كما يتصف نطاق آثار الإباحة بالشمول، أي امتدادها إلى كل من قارف الفعل المباح: فاعلا له أو شريكاً مباشراً فيه أو شريكاً بالتسبب، ذلك أن الفعل قد صار في ذاته مباحاً، فلم يعد صالحاً محلاً للاشتراك أيًا كان نوعه، إذ الاشتراك لا يكون إلا في فعل غير مشروع. وتطبيقاً لذلك، فإن من يساعد مرتكب فعل مباح يعتبر فعل المساعدة الذي صدر عنه فعلاً مباحاً بدوره، كمن أعطى من له حق التأديب أداة التأديب أو من أمد المصال عليه بوسيلة دفاعه. وعلى خلاف ذلك، فمن اشترك في فعل ارتكبه شخص امتنعت مسؤوليته يسأل عن ذلك الفعل ويعاقب بناء على ذلك، على الرغم من أن مرتكب الفعل لا مسئولية ولا عقاب عليه، ومثال ذلك: من أمد المجنون أو الصبي بوسيلة ارتكابه جريمته. وتفسير ذلك أن فعل من امتنعت مسؤوليته هو فعل غير مشروع، ومن ثم يصلح محلاً للاشتراك، مباشراً أو بالتسبب<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: العلة في إباحة الفعل المحرم

الأصل في الشريعة الإسلامية إن الأفعال المحرمة محظورة على الكافة بصفة عامة، لكن الشارع رأى استثناء من هذا الأصل أن يبيح بعض الأفعال المحرمة لمن توافرت فيهم صفات خاصة، لأن ظروف الأفراد أو ظروف الجماعة تقتضي هذه الإباحة، ولأن هؤلاء الذين تباح لهم الأفعال المحرمة يأتونها في الواقع لتحقيق غرض أو أكثر من أغراض الشارع<sup>2</sup>.

فالقتل مثلاً محرماً على الكافة، وعقوبة القاتل عمدا القصاص أي القتل، ولكن الشارع جعل تنفيذ هذه العقوبة من حق ولي الدم و ذلك قوله تعالى ﴿ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف في القتل﴾ سورة الإسراء، الآية 33 ، فولي الدم حين يقتل القاتل يأتي عملاً مباحاً له بصفة خاصة، بالرغم من أن هذا

1. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 221-222.

2. د. عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص 469.

العمل محرم على الكافة. إلا أنه حين يأتيه يحقق غرضين من أغراض الشارع. أولهما: القصاص من القاتل، وثانيهما: أن يكون القصاص بيد ولي الدم. إضافة إلى أن الجرح محرم على الكافة، ولكن لما كانت حياة الإنسان أو راحته قد تتوقف على عملية جراحية، فقد أبيح للطبيب بصفة خاصة جرح المريض، لإنقاذه بالرعاية أو لإنقاذ حياته، لأن الضرورات تبيح المحظورات، ولأن الشريعة تحض على التداوي من الأمراض وتوجب على المرء أن لا يلقي بنفسه إلى التهلكة، فأحداث الجرح يحقق من أغراض الشارع دفع الضرورة، والتداوي من المرض، وإنقاذ النفس من الهلكة<sup>1</sup>.

كما أن الضرب تأديباً قد أهدر مصلحة الخاضع للتأديب في سلامة جسمه، ولكنه في ذات الوقت صان مصلحته في تقويم سلوكه، وسان كذلك مصلحة المجتمع في أن يكون أفراداه على مستوى أخلاقي سليم، وقد قدر الشارع الحكيم رجحان المصلحة الثانية، فقرر إباحة فعل التأديب.

ومنه نستخلص أن علة الإباحة تعود إلى نظرية ترجيح المصالح، أي ترجيح المصلحة التي يصونها الفعل على المصلحة التي يهدرها، لأن المصلحة المصانة أولى بالرعاية<sup>2</sup>.

### المطلب الثالث: التمييز بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية وموانع

#### العقاب

الفرع الأول: أسباب الإباحة: يباح الفعل المحرم في الشريعة الإسلامية لأسباب متعددة، ولكنها كلها تعود إما لاستعمال الحق، ولما لأداء الواجب، فاستعمال الحقوق وأداء الواجبات هو الذي يبيح إتيان الأفعال المحرمة على الكافة، ويمنع من معاقبة الفاعل، لأن الشريعة جعلت له حقا في إتيان الفعل المحرم أو ألزمته بإتيانه فأباحت له بذلك إتيان ما حرم على الكافة<sup>3</sup>.

1. د. عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص 470.

2. د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 221.

3. د. عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص 467.

**الفرع الثاني: موانع المسؤولية الجنائية:** تقوم المسؤولية الجنائية على ثلاث أسس: إتيان فعل محرم، أن يكون الفاعل مختاراً، وأن يكون مدركاً. فإذا توفرت هذه الأسس الثلاث، قامت المسؤولية الجنائية وإذا انعدم أحدها لم يعاقب الجاني على فعله، على أن عدم العقاب لا يرجع في كل الحالات إلى سبب واحد بعينه، فإذا لم يكن الفعل محرماً فلا مسؤولية إطلاقاً، لأن الفعل غير محرم والمسؤولية لا تكون قبل كل شيء إلا عن فعل محرم، ولكن الفاعل فاقد الإدراك أو الاختيار فالمسؤولية الجنائية قائمة. ولكن العقاب يرتفع عن الفاعل لفقدانه الإدراك أو الاختيار.

فالمسؤولية ترتفع إذن إما لسبب يتعلق بالفعل، وإما لسبب يرجع للفاعل، وفي الحالة الأولى يكون الفعل مباحاً، وفي الثانية يبقى الفعل محرماً، ولكن لا يعاقب على إتيانه<sup>1</sup>.

**الفرع الثالث: موانع العقاب:** وهي حالات ثبت فيها أن الفعل غير مشروع، وأن مرتكبه أهل للمسؤولية، ولكن الشارع يقدر أن من مصلحة المجتمع إعفائه من العقاب، أو في تعبير آخر يرى الشارع أن المصلحة في عدم عقابه تربو على المصلحة في عقابه لعله اعتبرها. وأوضح مثال في الفقه الإسلامي لمانع عقاب أو سبب إعفاء من العقوبة هو «التوبة»، ومثالها قول الله تعالى -بعد أن حدد سبحانه عقوبة الحرابة- **إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدُرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ** ﴿سورة المائدة الآية 34﴾، وقوله سبحانه -بعد أن حدد عقوبة السرقة- **﴿فَمَنْ تَابَ مِنْ بَعْدِ ظَلْمِهِ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ اللَّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾** ﴿سورة المائدة الآية 39﴾.

1. د. عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص 470.

يتضح بذلك أن علة امتناع العقاب لا تحول الفعل إلى الإباحة أو انتفاء أهلية مرتكبه، وإنما ما تدل عليه من الندم، فكان الإعفاء لتشجيعه على سلوك السبيل القويم. والغالب أن يقتصر تأثير مانع العقاب على من تحقق فيه سبب الإعفاء، أما من عداه من شركاء في فعله الذين لم يتوافر لديهم سببا للإعفاء من العقاب، فهم

يعاقبون وتطبيقاً لذلك، فالمحارب الذي تاب يعفى من العقاب، أما زملاؤه الذين لم يتوبوا فإنهم يعاقبون<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>د.محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص223.

## المبحث الثاني : الإطار القانوني لأسباب الإباحة .

تستوجب الجريمة قيام المسؤولية الجنائية لمرتكبها والتي تتحقق من خلال الجزاء الجنائي أيا كانت صورته، ولكن هناك حالات ترتكب فيها أفعال مجرمة ولكن لا يتحمل مرتكبها أي مسؤولية جنائية عنها، وهو ما يتحقق إذا تحققت احد حالات إباحة الفعل المجرم.

### المطلب الأول : الأساس القانوني لأسباب الإباحة .

يقوم مبدأ الشرعية الجنائية بتحديد الجرائم والعقوبات، وعلة التجريم هي حماية حقوق ومصالح اجتماعية جديرة بالحماية الجنائية، بيد أن الفعل قد يرتكب في ظروف تنتفي معها علة التجريم بحيث تصبح المصلحة، مع توافر تلك الظروف غير جديرة بالحماية، وعلى ذلك فحالات الإباحة تجد أساسها وعلة وجودها في انتفاء علة التجريم، إذا وقع الفعل مع توافر أحد تلك الحالات، وتنتفي علة التجريم وبالتالي نكون أمام حالة من حالات الإباحة، إما بانتفاء المصلحة المحمية كلية، كالطبيب الذي يجري عملية جراحية لمعالجة المريض من داء ألم به، يأتي فعل الجرح العمد، ولكن بهدف محافظة على سلامة جسم المريض، ومن ثم تنتفي العلة من تجريم فعل الجرح العمد في هذه الحالة، وفي الاعتداء على سلامة جسم الإنسان فالطبيب يبغي المحافظة على سلامة جسم المريض بالاعتداء على سلامة جسمه من خلال إحداث جرح، أو قد تنتفي العلة من التجريم جزئيا، بأن يحقق إباحة الجريمة مصلحة أولى بالرعاية، فيؤثر الشارع مصلحة على أخرى كما هو الحال في الدفاع الشرعي، الشخص الذي يدفع خطر قتله بقتل المعتدى، يخرج فعله من مجل نصوص القتل

العام، بأن المشرع يرى أن حق المدافع في الحياة أجدر بالحماية من حق المعتدي من الحياة<sup>1</sup>.

ما يلاحظ أن علة التجريم وعلة الإباحة مرتبطتان، بحيث يمكن استخلاص ثانيهما من أولهما من حيث أن علة التجريم هي حماية حق أو مصلحة، من خلال إضفاء صفة عدم المشروعية عن السلوك الخطر، لما يتميز به من خطر على مقتضيات النظام الاجتماعي .

**الفرع الأول: حالة انتفاء العدوان:** وتتمثل هذه الحالة في إحاطة الفعل وقت ارتكابه، بظروف من شأنها تجريد الفعل منكل معاني العدوان، فالفعل في الأصل يعد اعتداء ولكن هذه الظروف تجرده من هذه الصفات وتجعله مشروعاً، ويتم استخلاص حالة الإباحة بالرجوع على نص التجريم والبحث عن علة التجريم .

**الفرع الثاني : حالة رجحان الحق:** تتمثل هذه الحالة حين قيام حالة التعارض بين حقين بحيث يجب صيانة أحدهما وإهدار الآخر، ففي هذه الحالة يرجع المشرع حقا لأنه لا ينطوي على عدوان ويضحي بالحق الآخر لما فيه اعتداء على حق المجتمع، فالمشرع جرم القتل حماية للحق في الحياة، ولكن هذا التجريم يزول ويلغى إذا ما ثبت أن الاعتداء على هذا الحق ترتب صيانة حق آخر للفرد وحق للمجتمع، فالمعتدي في حالة اعتدائه على حق شخص في حياة بمحاولة قتله، إنما يضر بحق الشخص وحق المجتمع، ومن ثم فالمشرع يرخص للمعتدى عليه رد العدوان، ولو بقتل المعتدي، لأن في ذلك صيانة في حقه ولحق المجتمع، وهذا ما يتأتى في حالة الدفاع الشرعي .

1- عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات - القسم العام - الجريمة، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988، ص67.

**الفرع الثالث: حالة الرضا بالعدوان:** إن رضا المعتدى عليه بالعدوان الواقع على حق من حقوقه من شأنه إلغاء صفة عدم المشروعية على العدوان، غير أن الإباحة لا تمتد إلى جميع الحقوق وإنما للرضا بالعدوان أثر نسبي يخض فقط تلك الحقوق التي يرخص القانون للفرد التنازل عنها<sup>1</sup>، ويتبين لنا مما سلف أن نصوص التجريم تقوم على علة معينة هي حماية حق يرى الشارع أنه جدير بالحماية، وتتحول نصوص الإباحة دون خضوع الفعل للتجريم إذا ارتكب في ظروف لا يتحقق معها علة التجريم.

### المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لأسباب الإباحة .

إذا كانت أسباب الإباحة تمارس أثرها في محيط عدم المشروعية بنفي هذه الصفة عن الواقعة المرتكبة، فلا بد أن تأخذ ذات الطبيعة الخاصة بذلك الركن من أركان الجريمة، فإذا كانت عدم المشروعية موضوعيه، فمعنى ذلك أن أسباب الإباحة بدورها لا بد أن تكون ذات طبيعة موضوعية وبالتالي أعمال أثرها القانوني لا يتوقف على الموقف النفسي للفرد، وإنما يتوقف على تحقيق الظروف المتطلبة قانونا لإباحة الأضرار بالمصالح المحمية جنائيا، فالشخص يعتبر في حالة دفاع شرعي فمثلا حتى ولو كان يعتقد توافر تلك الحالة وأنه يرتكب تلك الجريمة فالحكم بعدم مشروعية الفعل هو حكم موضوعي.

بالتالي فإن نفي الصفة غير المشروعة يتوقف هو الآخر على ضوابط موضوعيه وليست شخصية، كما أن اعتقاد الشخص بأنه يباشر سلوكه فحالة إباحة على خلاف الحقيقة لا ينفي عن فعله الصفة غير مشروعة وكل ما هناك اعتقاده

<sup>1</sup>د. سليمان بارش، شرح قانون العقوبات الجزائري، مطبعة عمار قرني، باتنة، 1992، ص 81-82.

الخطأ قد يكون له أثر على الركن المعنوي للجريمة<sup>1</sup> وأسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية من حيث أساسها وعناصرها وأثرها.

**الفرع الأول : من حيث أساسها:** فالإباحة تركز على أساس حماية حق أو مصلحة جديرة بالحماية، فالمشروع يحرم أفعال المجرم حماية للحق في سلام الجسم، ولكنه يقر أن أعمال الطب والجراحة أن مست مادة الجسم فهي لا تهدر مصلحتها في أن يسير سيرا عاديا، بل تصون هذه المصلحة فهي بعبارة أخرى لا تمس سلامة الجسم ولكن تحميه.<sup>2</sup>

**الفرع الثاني : من حيث عناصرها:** إن أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية حيث أنها تركز على عناصر موضوعية لا علاقة لها بنفسية الجاني، وهي تقوم على وجود قاعدة قانونية، تقيد نطاق نص التجريم، ولكن قد يدخل استثناء بعض العناصر الشخصية في تكوين سبب الإباحة كاتجاه نية الوالد إلى تهذيب ابنه، واتجاه نية الطبيب إلى شفاء المريض في ممارسة الأعمال الطبيعية .

**الفرع الثالث: من حيث أثرها:** أسباب الإباحة موضوعية في أثرها، بحيث ينصرف أثرها نتيجة وتزيل عنه صفة التجريم دون النظر إلى الحالة الشخصية للفاعل، ويتزتب على زوال صفة التجريم من الفعل أن الشريك في فعل مباح يستفيد من توافر سبب الإباحة لدى الفاعل، فمن يساعد شخصا على الدفاع بأن يقدم له السلاح لرد الاعتداء، يكون قد اشترك في فعل مباح ويستفيد من توافر حالة الدفاع الشرعي، وكذلك من ساعد ضابط الشرطة على أداء واجبه بأن أرشده عن مكان وجود

<sup>1</sup>د.مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات-القسم العام -، دار الفكر العربي، 1979، ص 170.  
<sup>2</sup>د.عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على العام، لعقوبات ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 2003، ص432 .

المطلوب القبض عليه، يكون قد ساهم في عمل مباح ويستفيد من توافر سبب الإباحة لدى الموظف العام<sup>1</sup>.

على عكس ما يرى بعض الفقهاء إذا توافرت الإباحة، فإن ذلك يفترض بالضرورة انتفاء الخطأ من جانب المستفيد من الإباحة، الأمر الذي يترتب عليه عدم إمكانية مطالبته بالتعويض المدني، وهذا نظرا لكون قانون العقوبات الذي سطر أحكام الإباحة هو جزء من النظام القانوني، والنظام القانوني كل متكامل بجميع فروعه<sup>2</sup>. وتأسيسا لذلك نخلص إلى النتائج التالية :

أولاً: إن الشريك في فعل مباح يستفيد من توافر سبب الإباحة لدى الفاعل، فمن ساعد شخص على الدفاع الشرعي يكون قد اشترك في فعل مباح.

ثانياً: إن الجهل بتوافر سبب الإباحة لا يحول دون الاستفادة بها، عدم علم ضابط الشرطة بصدور أمر القبض على المتهم لا يحول دون استفادته من سبب الإباحة ما دام هذا الأمر صحيح وصادر من السلطة المختصة.

ثالثاً : إن الغلط بالإباحة وهو قيام وهم لدى الجاني بتوافر سبب الإباحة غير موجود في الحقيقة لا يعدل الإباحة ذاتها لأن الغلط في الإباحة يقوم على غلط وقع فيه الفاعل، مما يؤثر على الركن المعنوي للجريمة، بينما سبب الإباحة يقوم على توافر قاعدة قانونية تضيق من نطاق قاعدة التجريم، فهي تتعلق بالركن الشرعي في الجريمة.

1- عادل قورة، مرجع سابق، ص 68.

2- سليمان بارش، مرجع سابق، ص 83.

## المطلب الثالث : التفرقة بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية وموانع العقاب .

لعل الكثير يخلط بين أسباب الإباحة وغيرها من الأعذار المعفية من العقاب، ونظرا لأهمية هذه التفرقة فإن مختلف التشريعات قد وضعت نظام قانوني تميز به بين أسباب الإباحة وغيرها من موانع المسؤولية وموانع العقاب، وكل هذا سنحاول دراسته من خلال الفرعين التاليين كما يلي:

الفرع الأول : التفرقة بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية.

الفرع الثاني: التفرقة بين أسباب الإباحة وموانع العقاب.

**الفرع الأول : التفرقة بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية:** لما كان البعض يخلط بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية، فإن لهذه التفرقة أهمية كبرى، حيث أن موانع المسؤولية تجعل إرادة مرتكب الفعل غير معتبرة قانونا، بأن تجردها من التميز وحرية الاختيار، فموانع المسؤولية ذات طبيعة شخصية ومجالها إرادة الجاني ومثل ذلك صغر السن والجنون والإكراه، وينصرف تأثير موانع المسؤولية إلى الركن المعنوي للجريمة فيهدمه، وبذلك لا تقوم المسؤولية الجنائية، ويعني ذلك أنه لا شأن لموانع المسؤولية بالتكيف القانوني للعقل فيبقى الفعل غير مشروع، أي يظل الركن الشرعي للجريمة متوافرا، ويترتب عن ذلك أن موانع المسؤولية يقتصر تأثيرها على من توافرت فيه، فلا يمتد أثرها إلى غيره ولو ساهم معه في نفس الجريمة، فإذا تعدد المساهمون في الجريمة وتوافرها مع المسؤولية لدى أحدهم، كمن ساهم مع مجنون

في ارتكاب الجريمة، فلا تقوم مسؤولية المجنون ولكن يسأل المساهمون الذين لا تتوافر فيهم موانع المسؤولية ويعاقبون<sup>1</sup>.

هذا البيان لموانع المسؤولية يوضح الفروق بينها وبين أسباب الإباحة، على الرغم مما يجمع بينهما في عدم توقيع العقاب على من يستفيد منها، وتلتقي هذه الأسباب مع موانع المسؤولية في عدم استحقاق العقاب<sup>2</sup>.

فأسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية، أما موانع المسؤولية فهي ذات طبيعة شخصية والأولى تزيل التكليف القانوني غير المشروع للفعل والركن الشرعي للجريمة، ويمتد تأثيرها في الأصل إلى كل من ساهم في الجريمة، أما الثانية فلا شأن لها في التكليف القانوني للفعل والركن الشرعي للجريمة، ولكن ينحصر تأثيرها على إرادة الفعل والركن المعنوي للجريمة ويقتصر تأثيرها على من توافرت لديه. ونلاحظ انه ليس من المنطق القانوني ما يحول دون أن يجتمع سبب الإباحة وموانع المسؤولية. كما لو دافع مجنون عن نفسه أو غيره دفعا شرعيا، والعقاب لا يوقع بدهاءة، استناد إلى السببين، ولو أن اقتناع القاضي بتوافر سبب الإباحة يجعله في غنا عن البحث عن موانع المسؤولية وهو في الغالب بحث بحثا عسير باعتباره يتناول نفسية الجاني<sup>3</sup>.

وليس أدلي علي التفريق بين أسباب الإباحة التي تبيح الفعل وتمنع من العقاب وموانع المسؤولية التي تجرم الفعل وتمنع العقاب، من أن المشرع في المادة 39 الفقرة 2 استعمال عبارة الجريمة، في حين انه في المادة 47 من ذات القانون استعمال عبارة: لا عقوبة<sup>4</sup>، كما وان أسباب الإباحة تنفي الصفة الإجرامية للفعل،

د1.رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري- القسم العام-، بدون طبعة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، بدون سنة نشر، ص 141.

د2. منصور رحمانى، الوجيز في القانون الجنائي العام، بدون طبعة، دار الهدى للطباعة والنشر، بدون بلد نشر، بدون سنة نشر، ص 165.

د3.عبد الحميد الشورابي، مرجع سابق، ص 438.

د4.منصور رحمانى، مرجع سابق، ص 166.

فلا سبيل لتطبيق العقوبة أو تدبير احترازي على الفعل، أما موانع المسؤولية فإنها لا تنفي الصفة الإجرامية عن الفعل، وهي إن نفت المسؤولية الجنائية، إلا أنها لا تنفي الخطورة الإجرامية لدي الفعل فيجوز تطبيق تدبير احترازي تجاهه<sup>1</sup>.

مفاد ذلك أن موانع المسؤولية إذا شخصية، ينحصر تأثيرها في إرادة الفعل والركن المعنوي للجريمة، ويقتصر أثرها على من توافرت فيه، إما أسباب الإباحة في موضوعية تزيل التكليف غير مشروع للفعل، فتهدم بذلك الركن الشرعي للجريمة ويمتد تأثيرها تبع لذلك إلى كل من ساهم في الجريمة

**الفرع الثاني : التفرقة بين أسباب الإباحة وموانع العقاب:** في بعض الفروض تكتمل الجريمة في أركانها الثلاثة، المادي وعدم المشروعية والمعنوي، ومع ذلك لا تحدث أثرها القانوني في العقاب، نظرا لان المشرع نص على الإعفاء من العقاب، وفي هذا الفرض يتحدث الفقه عن موانع العقاب، ومثل ذلك الإعفاء الذي تقره المادة 197 م قانون العقوبات الجزائري، للجاني الذي يكشف للسلطات عن الاتفاق الذي تم أو عن وجود جمعية من الأشرار وذلك قبل أي شروع في الجناية، موضوع الجمعية أو الاتفاق وقبل البدء في التحقيق.

كذلك الإعفاء الذي تقره المادة 326 من قانون العقوبات، للخاطف إذا تزوج بمن خطفها زوجا شرعيا لم يقضي بإبطاله<sup>2</sup> والمادة 92 عقوبات التي تعفي من العقوبة المقررة كل من بلغ السلطات عن جناية أو جنحة ضد أمن الدولة قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيها<sup>3</sup>. وما يفهم من ذلك أن موانع العقاب أو الأعذار المعفية من العقاب، تفترض توافر كل أركان الجريمة ولكن المشرع يرى أن من مصلحة المجتمع عدم توقيع العقاب على الجاني وذلك لاعتبارات تتعلق بالمنفعة الاجتماعية

1. عادل قورة، مسابق، بق، ص 72 .

2. رضا فرج، مرجع سابق، ص 141 .

3. عادل قورة، مرجع سابق، ص 73 .

أي الموازنة بين المصلحة التي يجنيها المجتمع من توقيع العقاب والمصلحة التي تتحقق إذا لم يوقع العقاب. وهنا يبدو الفرق واضحاً بين أسباب الإباحة وموانع العقاب، فالأولى تحول دون اكتمال الجريمة في أركانها بنفي الصفة غير المشروعة عن الواقعة المادية المرتكبة، ويمتد تأثيرها إلى كل من ساهم في الجريمة، في حين أن الأصل في موانع العقاب أن يقتصر تأثيرها على شخص من توافرت فيه، باعتبار أن المصلحة الاجتماعية التي تستهدفها بامتناع العقاب تتحقق في الغالب لعدم توقيعه على شخص معين<sup>1</sup>.

1 د. عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 439 .

**الفصل الثاني: أسباب الإباحة في الفقه الإسلامي.**

**المبحث الأول: استعمال الحق وأداء الواجب.**

**المبحث الثاني: الدفاع الشرعي.**

**المبحث الثالث: حالة الضرورة.**

حرم الله سبحانه وتعالى على عباده الأفعال المحظورة وجعل الأصل فيها محرماً عليهم كافة وبصفة عامة، ولكن الشارع وضع استثناء من هذا الأصل وهو إباحة بعض الأفعال المحرمة إذا استحققت الضرورة لذلك، ويتوفّر صفات خاصة للمعنيين بهذا الأمر حينما تقتضي ظروف الأفراد هذه الإباحة، لأن هؤلاء الذين تباح لهم بعض الأفعال المحرمة وجب أن تكون هناك أسباباً لها أولاً إذ أنها تخرجها من دائرة التحريم والتجريم، إلى دائرة التبرير والإباحة.

أصبحت هذه الأسباب الركن الأساسي لسقوط بعض الجرائم لمرتكبيها، ونحن نعلم أن الجريمة تعتبر فعل محرّم ومجرم يترتب عليه العقوبة اللازمة لذلك وهذا بالنسبة للشارع أو بالنسبة للقانون الوضعي، وبناءً عليه سنحاول دراسة هاته الأسباب من الجانب الفقهي الإسلامي وذلك لمعرفة مدى توافقها وتطابقها مع الفقه الوضعي.

لذلك عمدنا لتقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، فالمبحث الأول نتناول فيه استعمال الحق وأداء الواجب والمبحث الثاني تطرقنا فيه إلى دراسة موضوع الدفاع الشرعي، أما المبحث الثالث فقد خصصناه لتبيان حالة الضرورة.

## المبحث الأول: استعمال الحق و أداء الواجب

تثبت جميع الحقوق في الفقه الإسلامي بمقتضى الأحكام الشرعية، والحكم الشرعي في اصطلاح الأصوليين هو خطاب الشارع المتعلق بأفعال المتكلفين طلباً أو تخييراً أو وضعاً، والحكم على هذا النحو يقابل القاعدة القانونية والتي بدورها تعتبر مصدراً للحقوق في مجال الفقه الوضعي، ومن هذا يتضح الارتباط بين الحق ومصدره إذ لاحق إلا ما يقرره الشرع والقانون وبعد ذلك يكون للفرد حرية استعمال هذا الحق أو عدم استعماله، فإذا استعمله لا حرج عليه وإذا تركه فلا إثم عليه.

يقابل استعمال الحق أداء الواجب والذي يعتبر أمراً إلزامياً أي أنه يتحتم على كل فرد، ومن هذا القبيل يكون المكلف بالواجب آثم عند تركه ويترتب على ذلك العقوبة المحددة له، فالملاحظ أن الحق والواجب يختلفان في طبيعتهما ولكن يتفقان من الناحية الجنائية إذ أن كلاهما يعتبر فعل مباح لا يؤدي إلى جريمة، ولتوضيح ذلك عمدنا إلى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين فقد خصصنا المطلب الأول لاستعمال الحق و المطلب الثاني فخصصناه لأداء الواجب.

### المطلب الأول: استعمال الحق

العلة في اعتبار استعمال الحق سبباً للإباحة هو أنه إذا أقر الشارع حق لشخص اقتضى ذلك حتماً إباحة الوسيلة إلى استعمال ذلك الحق، أي إباحة الأفعال التي تستهدف الاستعمال المشروع للحق، سواء للحصول على ما يتضمنه من وسائل أو لمباشرة ما يخوله من سلطات، ويمكن إجمال العلة في اعتبار استعمال الحق سبباً للإباحة بأنها "تحقيق الاتساق بين الأحكام"، ذلك أنه يصدم المنطق أن يخول الشارع شخصاً حقاً ثم يعاقبه حين يأتي الفعل الذي يستعمل به ذلك الحق<sup>1</sup>، ومن ثم كان مقتضى الاتساق

1. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 224.

والتناسق بين أحكام الشريعة الإسلامية التي تخاطب العقول، تلتزم بما يحكم التفكير السليم من المنطق أن تقرر وجوب إباحة الفعل الذي يستعمل به حق مقرر<sup>1</sup>. وبناء عليه فقد جعلنا هذا متفرع إلى أربعة فروع، فالفرع الأول سنورد فيه الشروط العامة لاستعمال الحق، أما الفروع الثلاثة الأخرى فخصصناها لتطبيقات استعمال الحق والتمثلة في التأديب والتطبيب وألعاب الفروسية.

**الفرع الأول: الشروط العامة لاستعمال الحق:** هذه الشروط تستخلص من الصلة المنطقية بين الحق، وهو مصدر الإباحة، والفعل، وهو الذي تتعلق به الإباحة: فيتعين وجود المصدر، وهو الحق، ويتعين ثبوت أن الفعل هو الوسيلة إلى استعماله.

**أولاً: وجود الحق:** الحق في ذاته هو "مصلحة" لصاحبه، ولكنه ليس مصلحة أياً كانت، وإنما هو مصلحة مشروعة، ودليل شرعيتها أن الشارع أقرها وأسبغ عليها حمايته، وسمح لصاحبها بأن يأتي من الأفعال ما هو ملائم لتحقيقها و استخلاص ما تتطوي عليه من مزايا. وقد عرفه الإمام الشيخ علي الخفيف بأنه "مصلحة مستحقة شرعاً، وعرفه الأستاذ علي الزرقا بأنه "اختصاص يقرر به الشارع سلطة أو تكليفاً"، وليس بشرط أن تكون المصلحة مقررة لمن يستفيد من الإباحة. فقد تكون مقررة لشخص سواه، أو للمجتمع في مجموعة: فحق التأديب ليس مصلحة لمن باشره ولكنه مصلحة للأسرة والمجتمع، وحق الطبيب في العلاج ليس مصلحة له ولكنه مصلحة للمريض والمجتمع.

**ثانياً: مصدر الحق:** قد يكون مصدر الحق نصاً صريحاً<sup>2</sup> كما في قوله تعالى في شأن حق الزوج في تأديب زوجته ﴿ فَعُظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً ﴾ سورة النساء الآية 34، وقوله صلى الله عليه وسلم في شأن الأبناء

1 أ. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 224.

2 المرجع نفسه، ص 225.

الذين لا يصومون (( اضربوهم لعشر ))، وهذا النص يستخلص منه -قياسا- حق عام في تأديب الأبناء عن كل سلوك غير قويم. وقد يكون مصدر الحق العرف طالما كان هذا العرف لا يناقض حكما شرعيا، كحق المخدم في تأديب خادمه الصغير وحق ملقن الحرفة في تأديب صبيه وقد يكون مصدره القواعد العامة ومصلحة المجتمع، كالتطبيب والفروسية (الألعاب الرياضية).

**ثالثا: ثبوت أن الفعل هو وسيلة مشروعة لاستعمال الحق:** يعد الفعل وسيلة مشروعة لاستعمال الحق إذا التزم حدوده، وحسنت نية مرتكبه، ويعني ذلك أن هذا الشرط ينطوي في حقيقته على شرطين: التزام حدود الحق، وحسن نية مرتكب الفعل.

**رابعا: التزام حدود الحق:** لا تعترف الشريعة الإسلامية بحقوق مطلقة عن كل قيد. فالأصل أن الحق لله تعالى، وإذا خوله للعبد، تحقيقا لعة الخلق، وهي في خلافة الله تعالى في الأرض وعبادته سبحانه وتعمير الأرض ومؤدى ذلك أن يكون استعمال الحق في الحدود التي تحقق هذه العلة، وإذا جاوزها فلا وجود للحق، ولا سند لشرعية الفعل.

لكل حق حدوده، فليس من المستطاع وضع قاعدة عامة ترسم حدود جميع الحقوق، إذ لكل حق على حدة فحواه ووظيفته الاجتماعية، ومنهما تستلهم حدوده. وعلى سبيل المثال، فإن الله تعالى حينما قرر للزوج الحق في تأديب زوجته في قوله سبحانه وتعالى ﴿ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِضُوهُنَّ وَأَهْبِئِي فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبِيهِنَّ فَإِنْ أَطَعْتُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ﴾ سورة النساء، الآية 34، حدد سبب هذا الحق بأنه "النشوز"<sup>1</sup>، ومن ثم لا محل لتأديب الزوجة إذا لم يصدر عنها ما يعد "نشوزا" في مدلوله الشرعي، وحدد سبحانه وسيلة التأديب بأنها إحدى الوسائل الثلاثة، وهي: الوعظ والهجر في المضجع والضرب، فلا يجوز التأديب بوسيلة غيرها. ويتبادر من الآية أن يكون

1 أ. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 225.

ترتيب الالتجاء إلى هذه الوسائل وفق الترتيب الذي أوردته الآية، بحيث لا يلتجأ إلى وسيلة إلاّ عند ثبوت عدم جدوى الوسيلة الأخف منها.

**خامساً: حسن نية مرتكب الفعل:** الحقوق جميعها غائية أي أن لكل حق غايته الاجتماعية التي يستهدفها وهذه العلة مستخلصة من العلة في تخويل الله سبحانه وتعالى بعض حقوقه لفئة من عباده، وهي تمكينهم من الإسهام في تعمير الأرض وخير العباد. فإذا ابتغى من أتى الفعل غاية سوى ذلك لم يكن محققاً بفعله العلة في تخويل ذلك الحق.

وعلى سبيل المثال فإن الحق في التأديب قرر من أجل تهذيب الخاضع له فإذا بغى من له ذلك الحق غاية أخرى، كالانتقام أو الحمل على معصية فليس له أن يستفيد من الإباحة، ولو كان فعله -من حيث جسامته- في الحدود التي حصره الشارع فيها، والتطبيب قرر من أجل العلاج، فإذا ابتغى الطبيب بفعله إجراء تجربة علمية، لم يكن فعله مباحاً، ولو كان هدفه خير البشرية بالكشف عن وسيلة جديدة للعلاج. وهذا الشرط نوعاً طبيعياً شخصية، إذ يفترض تحديد الباعث إلى الفعل، والتحقق من مطابقته لغاية الحق<sup>1</sup>.

بناءً عليه فإن استعمال الحق ينبغي على أساس شروط عامة من الواجب توفرها لكي يكون استعماله استعمالاً مشروعاً، غير متجاوز فيه مما يؤدي إلى تجنب التعسف في استعمال الحق، وخروجه عن حدوده المشروعة، ويتوفر هذه الشروط العامة ينشأ عندها ما يسمى بالتزام حدود استعمال الحق.

1 أ. محمود نجيب حسنى، مرجع سابق، ص 226.

## الفرع الثاني: التأديب

أولاً: تأديب الزوجة: الأصل الذي يستمد منه حق الرجل في تأديب زوجته بالعقوبة هو قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾ النساء الآية 34 .

إضافة لما ورد عنه صلى الله عليه وسلم من قوله وفعله، وإن ثبت حق الزوج في تأديب زوجته إلا أن سلطته في ممارسة هذا الحق ليست مطلقة إنما هي مقيدة في مواضع مخصوصة، ومن هذه المواضع التي يحق فيها للزوج من ممارسة سلطته التأديبية فيها هي:

1- النشوز: والنشوز هو عصيان المرأة لزوجها فيما فرضه الله تعالى عليها من طاعته بغير وجه، فإن المرأة حيث عصت زوجها كأنها ارتفعت وتعالى عن طاعته، ومن الحالات التي تعتبر المرأة فيها ناشزا: منع الزوج من الوطاء بغير عذر، منع الاستمتاع وما يحول دون كماله وخروج المرأة من بيتها بغير إذن زوجها.

2- حقوق الله تعالى، كالصلاة والطهارة وارتكاب المعاصي وغيرها.

3- سو الخلق مع الزوج من قبل زوجته: كشتمه أو رفع صوتها عليه أو إهانته أو أي إهانة فيها إساءة أو إنقاص من هيئته واحترامه، فالضابط هنا التقيد بهذه المواضع وعدم تجاوز استخدام العقوبة التأديبية في غير هذه الأمور، فإذا انتفى السبب الشرعي لم يجز له تأديبها بالعقوبة، لأنه بذلك يكون متعدياً ظالماً، فالتأديب حق ومتى لم يتحقق موجب استخدامه يكون فعله لهذا التأديب عبثاً بلا حق، وهذا ظلم وضرر بحق الزوجة، وسيترتب عليه أضراراً تؤدي إلى تخلخل نظام وتماسك الأسرة، ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَاتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ

وَاهْجُوهُنَّ فِي الْفُجَاءِ وَأَضْرِبْهُنَّ فَإِنْ أَطَعْتُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَظِيمًا كَبِيرًا ﴿٣٤﴾ سورة النساء الآية 34، فالشاهد في الآية الكريمة قوله عز وجل: ﴿فَإِنْ أَطَعْتُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾، فالشارع الحكيم بين للمؤدب موضع الأديب وأعطاه اليد عليها عند وجود سبب ذلك، ولأنه عز وجل حذر من التجاوز والتعدي في استعمال هذا الحق في غير الموضع الذي جاز له ممارسة سلطته التأديبية عنده.

وليس للزوج أن يضرب زوجته أي ضرب شاء فحقه مقيد بضربها ضربا غير مبرح لقوله عليه الصلاة والسلام: (( إن لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحد تكرهونه، فإن فعلن فاضربوهن ضربا غير مبرح )) . والضرب غير المبرح هو الضرب غير الشديد، وقد فسره البعض بأنه الضرب الذي يؤلمها ولا يكسر لها عظما ولا يدمي لها جسما، وقال البعض إنه الضرب الذي لا يسود الجلد ولا ينهر الدم وأن يكون مما يعتبر مثله تأديبيا. وعرفه البعض بأنه ما كان غير مدم ولا مدمن. وقال البعض إنه الضرب الذي لا يترك أثرا وكل هذه التفسيرات على اختلاف عباراتها تؤدي معنى واحد<sup>1</sup>.

من ثمة يمكن القول بأن على الزوج أن يلتزم الحدود المعقولة لتأديب زوجته، وأن عليه أن لا يتعدى حد الضرب المحدد، كأن يضربها الضرب المبرح الذي يؤديها، كما أنه يترتب على حد الضرب هذا مجموعة من الشروط لا بد على الزوج التقيد بها في حالة استعماله الضرب لتأديب . بعد أن يكون أستعمل الوسائل المذكورة في الآية الكريم الوعظ و الهجر . زوجته والنتيجة المستهدفة بوضع هذه الشروط هي لأن لا يخرج الدور المخول له -تأديب الزوجة- إلى آثم وذلك حين يكون الضرب مؤدي لها هذا من جهة الزوج، أما من جهة الزوجة حتى لا تصبح في حكم المعتدى عليها من طرف الزوج، لذلك وضعت شروط معينة لعدم تجاوز الزوج لحد الضرب، وذلك لمراعاة مصلحة الزوجين، ونذكر من بين هذه الشروط ما يلي:

1 د. عيد القادر عودة، مرجع سابق، ص515.

. يشترط في ضرب التأديب أن لا يكون على الوجه ولا على المواضع المخوفة كالבطن.  
 . ويشترط كذلك أن يكون بقصد التأديب وأن لا يسرف فيه وأن يكون مما يعتبر مثله  
 تأديباً، فإن كان كذلك فلا مسؤولية على الزوج، لأن الفعل حقه فهو مباح له.  
 . مراعاة الوسط في الضرب فما يعتبر تأديباً في وسط قد لا يعتبر تأديباً في وسط آخر،  
 وما يخرج عن حدود التأديب في وسط قد لا يصل حدود التأديب في وسط آخر.<sup>1</sup>

**ثانياً: تأديب الصغار:** للأب الحق في تأديب أولاده الصغار الذين دون البلوغ وللمعلم أياً  
 كان مدرساً أو معلم حرفة تأديب الصغير وللجد وللوصي تأديب من تحت ولايتهما، وللأم  
 حق التأديب إذا كانت وصية على الصغير أو كانت تكفله ولها هذا في غيبة الأب، وفيما  
 عدا هذه الأحوال فليس لها حق التأديب على الراجح.

1- شروط تأديب الصغار: ويشترط في تأديب الصغار ما يشترط في تأديب الزوجة  
 فيجب أن يكون التأديب لذنوب فعله الصغير لا لذنوب يخشى أن يفعله، وأن يكون  
 الضرب غير مبرح متفقاً مع حالة الصغير وسنه، وأن لا يكون على الوجه و  
 المواضع المخوفة كالבطن والمذاكير، وأن يكون بقصد التأديب، وأن لا يسرف فيه  
 ، وأن يكون مما يعتبر مثله تأديباً للصغير، فإذا كان الضرب في هذه الحدود فلا  
 مسؤولية على الضارب، لأن الفعل مباح له.<sup>2</sup>

1 د. عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص516.

2 المرجع نفسه، ص518.

## الفرع الثالث: التطبيب

1-إباحة التطبيب: من المتفق عليه في الشريعة أن تعلم فن الطب فرض من فروض الكفاية، وأنه واجب حتم على كل شخص لا يسقط عنه إلا إذا قام به غيره، وقد اعتبر الطب فرضاً لحاجة الجماعة للتطبيب، ولأنه ضرورة اجتماعية، وإذا كان الغرض من تعلم الطب هو التطبيب وكان تعلم الطب واجباً فيرتب على هذا أن يكون التطبيب واجباً على الطبيب لا مفر له من أدائه، على أن التطبيب يعتبر واجباً كفائياً كلما وجد أكثر من طبيب في بلدة واحدة، فإذا لم يوجد إلا واحد فالتطبيب فرض عين عليه أي: أنه واجب غير قابل للسقوط.

والنتيجة البديهية لاعتبار التطبيب واجباً أن يكون الطبيب مسئولاً عما يؤدي إليه عمله قياماً بواجب التطبيب، لأن القاعدة أن الواجب لا يتقيد بشرط السلامة، لكن لما كانت طريقة أداء هذا الواجب متروكة لاختيار الطبيب وحده ولاجهاده العلمي، فقد دعا ذلك إلى البحث فيما إذا كان يسأل جنائياً عن نتائج عمله إذا أدى عمله إلى نتائج ضارة بالمريض باعتبار أنه حين يؤدي واجب التطبيب أشبه بصاحب الحق منه بمؤدي الواجب لما له من السلطان الواسع وحرية الاختيار في الطريقة والكيفية التي يؤدي بها عمله.

وقد أجمع الفقهاء على عدم مسئولية الطبيب، إذا أدى عمله إلى نتائج ضارة

بالمريض، ولكنهم اختلفوا في رفع المسئولية.

أ- . يرى أبو حنيفة أن المسئولية ترتفع لسببين: أولهما الضرورة الاجتماعية إذا

الحاجة ماسة إلى عمل الطبيب وهذا يقتضى تشجيعه وإباحة العمل له ورفع

المسئولية عنه<sup>1</sup> حتى لا يحمله الخوف من المسئولية الجنائية أو المدنية على عدم مباشرة فنه، وفي هذا ضرر عظيم بالجماعة.

ب- ثانيهما: إذن المجني عليه أو وليه، فاجتماع الإذن مع الضرورة الاجتماعية أدى لرفع المسئولية.

ت- . و يرى الشافعي أن علة رفع المسئولية عن الطبيب أنه يأتي فعله بإذن المجني عليه وأنه يقصد صلاح المفعول ولا يقصد الإضرار به، فإذا اجتمع هذان الشرطان كان العمل مباحا للطبيب وانتفت مسئوليته عن العمل إذا كان ما فعله موافقا لما يقول به أهل العلم بصناعة الطب، ويتفق رأي أحمد مع رأي الشافعي.

ث- أما مالك فيرى أن سبب رفع المسئولية هو إذن الحاكم أولا وإذن المريض ببيع للطبيب أن يفعل بالمريض ما يرى فيه صلاحه، فإذا اجتمع هذان الإذنان فلا مسئولية على الطبيب ما لم يخالف أصول الفن أخطئ في فعله.

ج- وعلى هذا فالطبيب غير مسئول عن عمله، لأن من واجبه أن يؤديه، ولا يسأل عن نتائج عمله ولو أن له حرية كاملة في اختيار هذا العمل وفي اختيار الطريقة التي يؤدي بها هذا العمل، فلو جرح الطبيب شخصا فمات أو أعطاه دواء فأحدث له تسمما أدى لموته فلا مسئولية على الطبيب من الناحية الجنائية أو المدنية.

2- حسن النية: والمفروض في الطبيب لأن عمله بقصد نفع المريض وبحسن نية، فإذا قصد قتل المريض أو كان سيئ النية في عمله فهو مسئول عن فعله جنائيا ومدنيا ولو لم يؤدي فعله إلى الوفاة أو إحداث عاهة، بل ولو أدى فعله إلى إصلاح المريض، لأن فعل الطبيب في هذه الحالة يقع فعلا محرما معاقبا عليه.

1 د. عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص 520-521.

3- خطأ الطبيب: إذا أخطأ الطبيب في عمله فإنه لا يسأل عن خطأه إلا إذا كان فاحشاً، والخطأ الفاحش هو ما لا تفره أصول فن الطب ولا يقره أهل العلم بفن الطب.<sup>1</sup>

ويشترط لرفع المسؤولية عن الطبيب شرطين هما:

أ- إذن المريض: وهو أن يأتي الفعل بإذن المريض أو بإذن وليه أو وصيه، فإن لم يكن للمريض ولي أو وصي وجب إذن الحاكم باعتباره ولي له، و إذن الحاكم في إجراء جراحة لمريض لا ولي له يختلف عن إذن الحاكم للطبيب في مباشرة التطبيب بصفة عامة.<sup>2</sup>

ب- ترخيص ولي الأمر: وتقتضي إباحة العمل الطبي ترخيص ولي الأمر، أي سلطات الدولة المختصة لمن أتى العمل الطبي بممارسة مهنة الطب، وعلّة هذا الشرط أن هذه الممارسة تقتضي أهليتها من حيث العلم والخبرة، فليس في قدرة أي شخص أن يكون طبيباً، والسلطات المختصة هي التي تراقب توافر هذه الشروط، فإن قدرت توافرها منحت من يريد ممارسة المهنة الطبية الترخيص بذلك، وأهم هذه الشروط أن يكون طالب الترخيص قد حصل على العلم والخبرة اللازمين لممارسة مهنة الطب، ويشترط كذلك للحصول على هذا الترخيص حسن سلوك من يعطي له، وانتماؤه إلى جنسية الدولة التي تعطي الترخيص، وعلّة ذلك التحقق من الصلاحية الأخلاقية في مهنة تتطلب فيمن يمارسها قدراً متوسطاً من الأخلاق والانتماء إلى الدولة، ولا يشترط في الفقه الإسلامي أن يكون الطبيب مسلم فيجوز أن يكون ذمياً أو مستأمناً، إعمالاً لأصل أن لهم ما لنا

1.د.عبد القادر عودة: مرجع سابق، ص522.

2. عبد القادر عودة: مرجع سابق ، ص522،523.

وعليهم ما علينا"، ولأن المجتمع الإسلامي قد يستفيد من خبرة طبيب غير مسلم والأصل في الترخيص أن يكون عاما شاملا يتسع لجميع الأعمال الطبية.<sup>1</sup>

**الفرع الرابع: ألعاب الفروسية:** توصف ممارسة ألعاب الفروسية في الفقه الإسلامي بأنها "فرض كفاية"، بحيث إذا مارسها البعض بما يكفي لتحقيق الغرض الاجتماعي سقط عن سائر أفراد الأمة فرض مباشرتها، فإذا كان القيام بها فرضا اقتضى ذلك بالضرورة إباحة الأفعال التي تمارس بها.

وبناء على ذلك، فإن علة الإباحة هي الفكرة العامة في أداء الواجب، وسند "فرضية" ألعاب الفروسية أن قوة المجتمع الإسلامي في الخارج من حيث الدفاع في مواجهة الأعداء، وقوته في الداخل من حيث مباشرة أنواع النشاط التي تحفظ له كيانه وتضمن تقدمه ونمائه، كل ذلك يتطلب أن يكون أفرادها على قدر كافة من اللياقة البدنية يتيح له ذلك، وقد وردت بعض النصوص الشرعية في هذا الشأن منها قوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ سورة الأنفال، الآية 60، وقوله رسول الله صلى الله عليه وسلم ((ألا إن القوة الرمي ألا إن القوة الرمي)) وقوله كذلك ((المسلم القوي خير من المسلم الضعيف)).<sup>2</sup>

1- حكم إصابات اللعب: ألعاب الفروسية قد تؤدي إلى إصابات تقع على اللاعبين أو على غيرهم، فإن نشأت هذه الإصابات عن لعبة لا تقوم على استعمال القوة والعنف بين اللاعبين، وليس في ممارستها ما يستلزم استعمال القوة مع الخصم أو يعرضه للجرح فمثل هذه الإصابات تحكمها قواعد الشريعة العامة، لأنها ليست من ضروريات اللعبة، فإن

1. أمحمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 241.

2. المرجع نفسه، ص 245.

تعدها أحد فهو مسئول عنها باعتبارها جريمة عمدية، وإن وقعت نتيجة إهمال أو رعونة فهو مسئول عنها باعتبارها جريمة غير عمدية، أما الألعاب التي استعمال القوة مع الخصم كالمصارعة أو تستلزم الضرب كالملاكمة والتحطيب فإن الإصابات الناشئة عنها لا عقاب عليها إذا لم يتعد محدثها الحدود المرسومة للعب، لأن وجوب ممارسة اللعبة يقتضى بذاته إباحة ما يصحبها عادة من إصابة في الحدود المعروفة، فإذا تعدى اللاعب حدود اللعب وأحدث بزميله إصابة ما فهي جريمة عمدية إذا تعدها، وجريمة غير عمدية إذا لم يتعمدها<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: أداء الواجب ( استعمال السلطة)

الوضع الذي يثير التساؤل عن سبب الإباحة هو افتراض أن شخصا قد أتى فعلا أهدر به حقا لغيره، ومن ثم كان الأصل في هذا الفعل أن تقوم به جريمة، ولكنه كان به مؤدي واجبا يلتزم به أو يعتقد أنه ملتزم به، في هذا الوضع يكون من التناقض في منطق الشريعة أن يسأل هذا الشخص عن جريمة، إذ لا يجوز أن يعتبر مؤديا واجبا مفروضا عليه، وأن يعتبر به مرتكبا جريمة، إذ لا يتصور أن يعتبر الفعل في ذاته مشروعاً، وأن يعتبر في ذات الظروف غير مشروع، ويقضي المنطق في هذا الوضع أن تغلب الصفة المشروعة للفعل، باعتبار أن الأصل في كل فعل أنه مشروع<sup>2</sup>.

بناءً عليه فقد عمدنا إلى تفريع هذا المطلب إلى فرعين، فالفرع الأول خصصناه للفعل الذي يأتيه الشخص العادي، أما الفرع الثاني فخصصناه للفعل الذي يصدر عن موظف عام. وقبل الخوض في دراسة هذين الفرعين نخرج أولاً لأهم النصوص الشرعية التي جاءت في تقرير هذا السبب للإباحة ومنها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ

<sup>1</sup>د. عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص 527.  
<sup>2</sup>أ. محمود نجيب حسنى، مرجع سابق، ص 317.

كُتُمُ تُوْمِدُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴿وقوله سبحانه وتعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِدُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِيؤُا فِي أَنْفُسِهِمْ حِجَابًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيَسْأَلُوكَ تَسْلِيمًا﴾ سورة النساء الآيتين: 59، 65.

قد قررت هذه الآيتان وغيرهما من الآيات الأخرى الإلزام بطاعة الله تعالى وطاعة الرسول صلى الله عليه وسلم، وطاعة أولي الأمر. فإذا قرر الله أو الرسول أو أولي الأمر واجبا، تعين القيام به، فإذا كان الفعل الذي يؤدي به الواجب مهذرا حقا أو مصلحة لشخص، كان مع ذلك مباحا استنادا إلى عدم جواز التناقض بالأمر بفعل والعقاب عليه، ونلاحظ على الآية السابقة أنها ذكرت من تجب طاعة أوامرهم في صورة من الترتيب والتعاقب، فذكرت طاعة الله أولا، ثم طاعة الرسول ثانيا، وأشارت في النهاية إلى أولي الأمر، ونلاحظ كذلك أنها ذكرت لفظ "أطيعوا" عند الإشارة إلى ما يصدر عن الله تعالى، وكررت عند الإشارة إلى ما يصدر عن الرسول صلى الله عليه وسلم، ولكنها لم تكرر عند الإشارة إلى ما يصدر عن أولي الأمر.<sup>1</sup>

يفهم من هذا الترتيب أن طاعة أولي الأمر مشروطة بأن يكون ما يصدر عنهم في نطاق ما أمر به الله والرسول، بحيث تكون طاعتهم هي في حقيقة الأمر طاعة الله للرسول، ومؤدى ذلك أنه لا طاعة لولي الأمر إذا خالف أمره ما أمر به الله والرسول، فثمة تدرج في قوة الأوامر التي يلتزم بها المكلف.

هذا وقد أكد رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا التدرج في قوله: ((على المرء المسلم السمع والطاعة فيما أحب وكره إلا أن يؤمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة))، وفي قوله كذلك ((لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق)).

1 أ. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 318.

أكد الخلفاء الراشدون هذا الأصل الشرعي، فالخليفة الأول أبو بكر الصديق يقول: (أطيعوني ما أطعت الله فيكم، فإن عصيت الله فلا طاعة لي عليكم)، وقال أمير المؤمنين عمر بن الخطاب في بداية ولايته (من رأى منكم في اعوجاجا فليقومه).<sup>1</sup>

**الفرع الأول: الفعل الذي يأتيه الشخص العادي:** ومبدأه العام هو أنه إذا أتى شخص عادي - أي غير موظف وغير مكلف من سلطات الدولة بعمل معين و غير مخول أية سلطة - فعلا يتضمن مساسا بحق أو مصلحة لغيره، وكان هذا الفعل يتضمن تنفيذا لولا جب مفروض عليه بناء على قاعدة شرعية، فإن هذا الفعل يكون مباحا و ذلك إعمالا للمبدأ الذي سبق تقريره من أنه لا يتصور الإلزام بفعل ثم العقاب على إتيانه وإلا كان ذلك تناقضا تنتزه عنه أحكام الشريعة.

و مثال ذلك إذا قام شخص عادي بقتل غزاة تسللوا إلى إقليم الدولة إبان معركة يخوضها الجيش الإسلامي دفاعا عن ذلك الإقليم، أو أصابهم بجروح أو أتلّف أسلحتهم ومعداتهم فلا تثريب عليه فيما فعل، ونقرر ذات الحكم إذا ارتكب الفعل ضد مواطنين مسلمين ثبت أنهم يعملون لمصلحة الأعداء، فلا ترتب الإباحة بصدور أمر من موظف عام مختص ذلك أن الواجب مفروض عليه مباشرة من الشارع دون وساطة من شخص معين، وغيرها من الأمثلة على ذلك.

ونتيجة ما سبق أن الفعل كان تنفيذا سليما لواجب مفروضا على المواطن: فالواجب لا شك في ثبوته، والفعل لم يجاوز حدود الواجب، إلا أن قد يخرج المواطن في فعله على حدود واجب مفروض عليه، وهو يعتقد أنه ما يزال في نطاق واجبه.<sup>2</sup>

أما إذا كان فعل المواطن تنفيذا لأمر صادر إليه من شخص آخر فهناك وجهان:

1 أ. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 319.

2 المرجع نفسه، ص 320.

الوجه الأول: الأمر الصادر من موظف عام: ومثال ذلك كأن يأمر قائد الجيش الإسلامي جماعة من المواطنين بالانضمام إلى الجيش وقتل الأعداء أو تعجيزهم عن الاعتداء، أو أمر ضابط شرطة مواطنين بمعاونته في القبض على مجرمين خطرين، أو أمرهم بقتل من يعتدي على محارم الدين، فإن فعل المواطن في هذه الفروض مباح، فالموظف العام المختص له حق توجيه الأمر إلى المواطنين في المجال الذي يختص به.

الوجه الثاني<sup>1</sup>: الأمر الصادر من شخص عادي آخر: إذا كان الأمر على هذا الوجه ففي هذه الحالة تطبق القواعد العامة في المسؤولية، فإذا كان المطلوب إتيانه في هذا الأمر فعلا مشروعاً، ولم تكن مشروعيته معلقة على صدور أمر به من موظف عام، فإن الفعل يكون مشروعاً استناداً إلى القواعد العامة، ذلك أنه في ذاته قد استوفى شروط مشروعيته.

أما إذا كان الفعل المطلوب إتيانه غير مشروع، فإن الأمر به لا يزيل عنه الصفة غير المشروعة، إذ لا يقوى على ذلك، ومثل ذلك أن يكون الأمر بإتيان الفعل غير المشروع صادراً من أب إلى ابنه، أو من زوج إلى زوجته، أو من رب عمل إلى أحد عماله، وفي هذه الحالة يسأل مصدر الأمر باعتباره شريكاً بالتسبب، ويسأل منفذ الأمر باعتباره شريكاً مباشراً، ويجوز مع ذلك لمنفذ الأمر أن يحتج بحسن نيته إذا أثبت أنه كان يعتقد شرعية فعله، لأن ثقته في من أصدر إليه الأمر ولدت لديه هذا الاعتقاد، ولم يكن مخطئاً في نشوء هذا الاعتقاد لديه.

1 أ. محمود نجيب حسنى، مرجع سابق، ص 322.

**الفرع الثاني: الفعل الذي يصدر عن موظف عام:** إذا كان الفعل الذي يهدر حقا أو مصلحة لشخص صادرا عن موظف عام، فإنه يتعين في تحديد حكمه التمييز بين فرضين: فالفرض الأول يكون الفعل شرعيا والفرض الثاني يكون الفعل غير شرعي.

**أولا: الفعل الشرعي:** يكون فعل الموظف العام شرعيا في حالتين:

**الحالة الأولى:** إذا كان إتيان الفعل تنفيذا لما تأمر به قاعدة شرعية، فإنه لا يثور شك قط إزاء مشروعيته، إذ إتيان ذلك الفعل هو تنفيذ مباشرة لقاعدة شرعية.

**الحالة الثانية:** أن يكون إتيان الفعل تنفيذا لأمر رئيس تجب طاعته، ويفترض هذه الحالة وجود قاعدة شرعية تلزم الموظف بطاعة أمر رئيسه، وأن الموظف قد أتى الفعل تنفيذا لأمر الرئيس، إن إباحة فعل المرؤوس في هذه الحالة لا يجوز أن تثير شكاً، ذلك أن تنفيذ أمر الرئيس الذي تلزم القاعدة الشرعية بطاعته، هو في حقيقة تنفيذ لهذه القاعدة الشرعية، ومثال هذه الحالة أن ينفذ الجلاذ عقوبة الإعدام في شخص تنفيذا لأمر صادر إليه من الموظف القضائي المختص بإصدار هذا الأمر.

الفرض في هذه الحالة أن أمر الرئيس شرعي، و محل ذلك أن يطابق في شروطه الموضوعية والشكلية القواعد الشرعية، أما إذا خالف أحد هذه الشروط فأمر الرئيس غير شرعي، وتنفيذه غير واجب على المرؤوس، إعمالا لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (( لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق ))، وقوله كذلك: (( على المرء المسلم السمع والطاعة فيما أحب وكره إلا أن يؤمر بمعصية، فلا سمع ولا طاعة ))<sup>1</sup>، وترتبيا على ذلك، فإنه إذا نفذ المرؤوس أمر الرئيس غير الشرعي كان فعل المرؤوس غير مشروع بدوره، فقد جاء على خلاف الأصل الشرعي الذي قرره الحديث السابق.

<sup>1</sup> أ. محمود نجيب حسنى، مرجع سابق، ص 324، 323.

نلاحظ أنه إذا كان أمر الرئيس مطابقا لقاعدة شرعية ومن ثم مشروعاً، ولكن المرؤوس حين نفذه كان يعتقد أنه مخالف للشرعية، فإن ذلك لا يحول دون استفادته من سبب الإباحة وذلك إعمالاً لمبدأ "الجهل بالإباحة لا يحول دون الاستفادة منها"<sup>1</sup>

**ثانياً: الفعل غير الشرعي:** ويكون فعل الموظف العام غير شرعي، إذا كان الفعل تنفيذاً لما اعتقده الموظف العام في وجود قاعدة شرعية توجب عليه و تجيز له إتيان ذلك الفعل، وإذا اعتقد أن الفعل تنفيذ لأمر شرعي صادر عن رئيس تجب عليه طاعته.

الوجه الأول: اعتقاد الموظف العام أن الفعل هو تنفيذ لقاعدة شرعية تأمر بإتيانه أو تجيز ذلك: ويعني ذلك أنه لا لهذه القاعدة في واقع الأمر، ولكن الموظف اعتقد وجودها والحقيقة موجودة في توهم الموظف وحده، ومثال هذه الحالة أن يقبض الموظف المختص على شخص أو يفتش منزله في حالة لا تجيز فيها قاعدة شرعية ذلك القبض أو التفتيش. فحكم هذه الحالة أن فعل الموظف العام يعتبر غير شرعي، إذ لا سند له من قاعدة شرعية توجبه أو تجيزه، فالمشروعية حكم موضوعي يعتمد على الحقائق الثابتة في ذاتها وليس حكماً شخصياً يقوم على محض اعتقاد لدى الفاعل قد ابتعد عن هذه الحقائق. فالموظف العام أتى فعلاً غير مشروع، ولكنه حسن النية، وحسن النية لا يقوى على تغيير تكييف الفعل، وإحالاته من فعل غير مشروع إلى فعل مشروع<sup>2</sup>.

الوجه الثاني: اعتقاد الموظف أن الفعل لأمر شرعي صادر عن رئيسه: و الفرض في هذه الحالة أن الموظف قد صدر إليه أمر من رئيسه بإتيان فعل، فأتى ذلك الفعل معتقداً أن الأمر شرعي وأن فعله بناء على ذلك مشروع، ولكن الحقيقة أن الأمر غير شرعي ويكون الأمر غير شرعي إذا كان مخالفاً لقاعدة شرعية، وتفترض هذه الحالة أن عدم مشروعية ذلك الأمر قد خفي على المرؤوس، فاعتقد أنه أمر شرعي، واعتقد بناء

1 أ.محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص325.

2 المرجع نفسه، ص326، 325.

على ذلك أن فعله هو فعل مشروع، ومثال هذه الحالة أن ينفذ ضابط الشرطة أمرا صادرا إليه من رئيس له بالقبض على شخص أو تفتيش مسكنه، وكان هذا الأمر غير مستوف شروط صحته الشكلية أو الموضوعية التي تتطلبها القواعد التي تحدد شرعية هذا الأمر، ولكن ضابط يجهل عيب ذلك الأمر، ويعتقد أنه مطابق للقواعد الشرعية.

حكم هذه الحالة أنها تتطوي على تعارض بين أمر الشريعة وأمر الرئيس ولا شك في أن حسم هذا التعارض إنما يكون بتغليب أمر الشريعة، "فلا طاعة لمخلوق في معصية الخالق" على ما ورد في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم، وبناء على ذلك كان فعل المرؤوس فعلا غير مشروع، ولكن حسن نيته الذي تمثل في اعتقاده شرعية الأمر الصادر إليه، وشرعية فعله بناء على ذلك لا يجوز أن يبقى دون تأثير على المسؤولية الناشئة عن إتيان ذلك الفعل. وتلحق بهذه الحالة بالحالة السابقة التي تفترض أن الموظف العام أتى من تلقاء نفسه، أي دون صدور أمر بذلك من رئيسه، فعلا غير مشروع معتقدا أنه مشروع.

## المبحث الثاني : الدفاع الشرعي .

الدفاع الشرعي هو رد الاعتداء غير المشروع، وهو ذو معنى واسع يصدق على رد الاعتداء بصفة مطلقة، وأيا كان مصدر ذلك الاعتداء طالما أنه اعتداء غير مشروع، وقد سمي الدفاع الشرعي بهذا الاسم للفت النظر إلى أن مصدر هذا الاعتداء هو الشرع، وللتبنيه إلى ضرورة الحفاظ على حدود الشرع وضوابطه .

والدفاع الشرعي - بنطاقه الواسع- يشمل جانبين :

1- جانب دولي : وهو الوضع الذي يدعو دولة معينة إلى استعمال القوة للذود على حماها، ورد كل اعتداء موجه إليها من دولة أخرى .

2- جانب جنائي : وهو الوضع الذي يدعو شخصا معيناً أو مجموعة من الأفراد للدفاع عن الدين ( مبادئ الجماعة )، أو النفس أو العرض أو المال .

أما الجانب الأول فإنه يبحث تحت موضوع الجريمة الدولية .

والذي سندرسه في بحثنا هو الجانب الثاني - الجانب الجنائي فهو يتعلق بنوعين من الدفاع هما :

1- الدفاع الشرعي الخاص (أو دفع الصائل)، ويشمل الدفاع عن النفس والعرض والمال<sup>1</sup>.

2- الدفاع الشرعي العام (أو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر)، وهو ما يختص بالدفاع عن الدين ومبادئ الجماعة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>زيدان حمدان محمود ساخن، الدفاع الشرعي الخاص ( دفع الصائل) في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة مع القانون الوضعي -، (مذكرة لنيل درجة الماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية ، نابلس فلسطين، 2008ص 33).

<sup>2</sup> المرجع نفسه ، ص 33 .

ولقد خصصنا لكل من هذين النوعين مطلباً خاصاً تناولنا فيه معنى كل منهما وشروطه ووسائله أما في المطلب الثالث فقد استخلصنا الفرق بينهما وذلك على النحو التالي :

**المطلب الأول : الدفاع الشرعي الخاص ( دفع الصائل ) .**

**المطلب الثاني : الدفاع الشرعي العام ( الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ) .**

**المطلب الثالث : الفرق بين الدفاع الشرعي الخاص والدفاع الشرعي العام .**

**المطلب الأول : الدفاع الشرعي الخاص ( دفع الصائل ) .**

**الفرع الأول : معنى الدفاع الشرعي :** الدفاع الشرعي الخاص من المصطلحات الحديثة الدارجة عند علماء الفقه الإسلامي المعاصرين، وأهل القانون الوضعي على حد سواء، إلا أنه عرف من حيث المعنى والمضمون عند الفقهاء قديماً، وذلك تحت اسم ( دفع الصائل ) .

ولكي يتضح معنى الدفاع الشرعي الخاص - ويتجلى مفهومه في اللغة والاصطلاح نعرض ما يلي :<sup>1</sup>

**أولاً: دفع الصائل في اللغة:** دفع الصائل مركب إضافي - مضاف ومضاف إليه - من كلمتين دفع وصال، فالدفع يعني : التحية والرد والإزالة أو الحماية، والمدافع : هو صاحب الحق المعتدى عليه، أو المهدد بالاعتداء عليه .

**والصائل :** هو اسم فاعل من الفعل صال، وهو الظالم المعتدي الذي يسطو على غيره ليقهره، أو يؤذيه بأي نوع من أنواع الأذى . وعليه فمعنى هذا المركب لغة : هو إبعاد الاعتداء، أو دفع الاعتداء، أو رد الاعتداء غير المشروع .<sup>2</sup>

<sup>1</sup>زيدان حمدان محمود ساخن، مرجع سابق، ص 34 .  
<sup>2</sup> المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

ثانيا: مفهوم دفع الصائل في الاصطلاح الشرعي: الدفاع الشرعي الخاص في الشريعة هو واجب الإنسان في حماية نفسه أو نفس غيره وحقه في حماية ماله أو مال غيره من كل اعتداء بالقوة اللازمة لدفع هذا الاعتداء .

الدفاع الشرعي الخاص سواء كان واجبا أو حقا مقصودا به دفع الاعتداء وليس عقوبة عليه بدليل أن دفع الاعتداء فعلا لا يمنع من عقاب المعتدى على اعتدائه وبمصطلح الفقهاء على تسمية الدفاع الشرعي الخاص بدفع الصائل، وعل تسمية المعتدى صائلا والمعتدى عليه مصولا عليه<sup>1</sup> .

قرر الإسلام السلام كقاعدة أساسية وما الحرب إلا حالة استثنائية يقصد من ورائها دفع الظلم والعدوان، إذ أمر الإسلام الحق في الدفاع الشرعي عن النفس، واعتبره واجب الإنسان في حماية نفسه أو نفس غيره، وحقه في حماية ماله أو مال غيره من كل اعتداء غير مشروع، بالقوة اللازمة لدفع هذا الاعتداء، وحرّم الحرب العدوانية وجعلها جريمة . قال تعالى: ﴿ وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين ﴾ سورة البقرة الآية 190 وقال أيضا: ﴿ وقاتلوا حتى لا تكون فتنة ويكون الدين لله فإن إنتهوا فلا عدوان إلا على الظالمين(193) الشهر الحرام بالشهر الحرام والحرمات قصاص فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم واتقوا الله واعلموا أن الله مع المتقين (194) ﴾ سورة البقرة الآية 193-194، وما رواه يعلي بن أمية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : كان لي أجير فقاتل إنسانا فعض أحدهما يد الآخر، فنزع المعضوض يده من فم العاض فانترع إحدى ثناييه، فأتى النبي فأهدر ثناييه وقال (( أفيدع يده في فيك تقضمها قضم الفحل ))<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص 473.  
<sup>2</sup>المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

وما رواه عبد الله بن عمرو من قول رسول الله : ( من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد ) وما رواه أبو هريرة عن رسول الله قال : ( لو أن أمرا اطلع عليك بغير إذن فحذفته ففقات عينه لم يكن عليك جناح ).

وكما أقرت الشريعة دفع الصائل لرد اعتدائه عن نفس الدافع أو عرضه أو ماله، كذلك أقرته لدفع الاعتداء عن نفس العير أو عرضه أو ماله . لقوله عليه السلام : (انصر أخاك ظالما أو مظلوما ) ولقوله ( إن المؤمنين يتعاونون على الفتن )<sup>1</sup>.

**ثالثا: الصيال:** وهو الاستطالة والثوب على الغير بغير حق. والصائل ( هو الذي يقصد إنسانا في نفسه أو أهله أو ماله أو يدخل منزله بغير إذنه ) . ودفع الصائل : ( هو واجب الإنسان في حماية نفسه أو نفس غيره أو عرضه أو عرض غيره، وحقه في حماية ماله أو مال غيره، من كل اعتداء حال غير مشروع، بالقوة اللازمة لدفع هذا الاعتداء )، وهذا الاعتداء أو الاستطالة، مقيدة بالشروط التي نص عليها الفقهاء، وبالأمر التي حددت الشريعة وقوع الاعتداء عليها.<sup>2</sup>

**الفرع الثاني : شروط دفع الصائل:** الدفاع الشرعي الخاص حتى يكون أمرا مشروعاً ثابتاً لصاحبه يمكن له استخدامه، لا بدأ أن يقوم على أركان أربعة وهي :

1- الصائل (المعتدي) .

2- فعل الصيال (الاعتداء) .

3- المصول عليه (المدافع) .

4- فعل الدفاع .<sup>3</sup>

<sup>1</sup>د. عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص 473-474 .  
<sup>2</sup>زويدان حمدان محمود ساخن، مرجع سابق، ص 34-35.  
<sup>3</sup>المرجع نفسه، ص 131.

وبما أن له أركان له شروط يجب توفرها في دفع الصائل حتى يعتبر الموصول عليه في حالة دفاع وهذه الشروط هي :

**الشرط الأول : أن يكون هناك اعتداء** : فلا تكون هناك حالة الدفاع إلا عندما يكون الفعل الواقع على الدافع اعتداء، وعليه إن لم يكن اعتداء فإنه لا يتحقق وجود الدفاع الشرعي، ويمثل لذلك بتأديب الأب لولده، والزوج لزوجته، والمعلم للصبي، والجلاد الذي يقتل المحكوم عليه<sup>1</sup>، أو يقطع يد السارق، فإن هذه الأفعال جميعها لا تعتبر عدوانا ولا اعتداء، وإنما هي استعمال لحق أو أداء لواجب<sup>2</sup>. ويتفرع عن هذا الشرط مسألة، وهي هل يشترط أن يكون الاعتداء جنائية معاقبا عليها، وأن يكون المعتدي مسئولا جنائيا، أو يكفي أن يكون العمل غير مشروع فقط

اختلف الفقهاء في هذا على قولين :

**القول الأول :** ويقضي بعدم اشتراط كون الاعتداء جنائية معاقبا عليها، بل يتحقق هذا الشرط بكون الاعتداء غير مشروع، وعليه يدخل فيه الاعتداء الحاصل من غير المكلف، كالصبي، والمجنون، والحيوان، فيعتبر المعتدى عليه في حالة دفاع حينئذ، ويجوز له الدفع ولا يضمن، متى توافرت شروط الدفع، وهذا هو مذهب الجمهور.

**القول الثاني :** ويقضي باشتراط كون الاعتداء جنائية معاقبا عليها، حتى تقوم حالة الدفاع الشرعي، وليس معناه عندهم أنه لا يجوز دفع اعتداء الصبي أو المجنون أو الحيوان، بل يجوز عندهم ذلك، لكنه ليس من باب الدفاع الشرعي، بل من باب الضرورة، وعليه فإنه يضمن حينئذ، وهذا هو مذهب الحنفية<sup>3</sup>.

1- عبد القادر عوده، مرجع سابق، ص 479.

2- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

3- ناصر بن محمد الجوفان، الدفاع الشرعي (دراسة مقارنة)، مجلة العدد، 1434هـ، ص 29-30.

**الشرط الثاني :** أن يكون الاعتداء حالاً: لا يوجد الموصول عليه في حالة دفاع إلا إذا كان الاعتداء حالاً، فإن لم يكن حالاً فعمل الموصول عليه ليس دفاعاً وإنما اعتداء؛ لأن الدفاع لا يوجد إلا إذا تحقق الاعتداء في الفعل أو الظن فحاول الاعتداء هو الذي يخلق حالة الدفاع، ومن ثم لم يكن الاعتداء المؤجل محلاً للدفاع، إذ ليس هناك خطر يحتمى منه الإنسان بالدفاع العاجل، وإذا اعتبر التهديد اعتداءً في ذاته فإنه يجب أن يندفع بما يناسبه، والالتجاء للسلطات العمومية كاف لحماية الموصول عليه من التهديد.<sup>1</sup> أي أنه إذا إنقضى الاعتداء، أو كان حدوثاً متوهماً، فلا مكان للدفاع، لأن الحق فيه ينشأ بنشوء العدوان، وينتهي بانتهائه، أما دفعه بعد انقضائه، فيعتبر اعتداءً يولد المسؤولية .

كما يخرج بهذا الشرط التهديد بالاعتداء، لأنه لا يوجد هناك خطر يحتمى منه الإنسان بالدفاع العاجل، وبإمكانه هنا الاحتماء بالسلطات المختصة، وما كان فيه وشيكاً فحكمه حكم الاعتداء الواقع فعلاً وذلك كأن يشهر المعتدي السلاح على المجني عليه يريد قتله.<sup>2</sup>

**الشرط الثالث :** أن لا يمكن دفع الاعتداء بطريق الأخر .

يشترط لوجود حالة الدفاع أن لا تكون هناك وسيلة أخرى ممكنة لدفع الصائل، فإذا أمكن دفع الصائل بوسيلة أخرى غير الدفاع وجب استعمالها، فإن أهمل الموصول عليه هذه الوسيلة ودفع الاعتداء فهو معتد، فإذا أمكن دفع الصائل مثلاً بالصراخ والاستغاثة فليس للموصول عليه أن يضر به أو يجرحه أو يقتله، فإن فعل كان فعله جريمة، وإذا أمكن الاحتماء برجال السلطة العمومية في الوقت المناسب أو استطاع الموصول عليه أن يمنع نفسه أو يمتنع بغيره دون استعمال العنف فليس له أن يستعمله.<sup>3</sup>

1. عبد القادر عوده، مرجع سابق، ص 482.

2. ناصر بن محمد الجوفان، مرجع سابق، ص 30-31.

3. عبد القادر عوده، المرجع السابق، ص 482.

وإذا أمكن المعتدى عليه الهرب من المعتدي، وكان في ذلك خلاص له منه، هل يجب عليه أو لا ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أقوال ثلاثة :

القول الأول : يقضي بأنه متى أمكن المعتدى عليه أن يهرب بنفسه وأهله وماله، أو يلتجأ إلى حصن أو جماعة أو حاكم، وجب عليه ذلك، ولم يجز له القتال، وهذا هو مذهب الحنفية، والمالكية، وهو المذهب عند الشافعية، ووجه عند الحنابلة، وعللوا مذهبهم بالاتي:

1- لأنه لزمه بتخليص نفسه بالأهون فالأهون، وليس له أن يعدل إلى الأشد مع إمكان الأسهل.<sup>1</sup>

2- لأنه أمكنه الدفاع عن نفسه دون إضرار غيره، فلزمه كالأكل من المخصصة .

القول الثاني : ويقضي بعدم وجوب الهرب عليه، وهو الوجه الثاني عند الشافعية والوجه الثاني عند الحنابلة أيضا، وعللوا ذلك بالاتي :

1/ بأن إقامته في ذلك الموضع جائزة، فلا يكف بالانصراف .

2/ ولأنه دفع عن نفسه فلا يلزمه، كالدفع بالقتال .

القول الثالث : ويقضي بالتفصيل، حيث قالوا : ( إن تيقن المعتدى عليه النجاة بالهرب وجب عليه، وإلا فلا يجب، وهو الوجه الثالث عند الشافعية، والواقع أن الشافعية عندهم عدة أقوال في هذه المسألة، حيث يرى بعضهم التفريق بالنظر الى نوع الهرب، فإن كان مشينا فلا يتعين عليه الهرب، وإذا كان غير مشين لزمه الهرب، ويرى بعضهم - أيضا - أنه متى كان المعتدي مسلما وجب الهرب، أما إذا كان غير مسلم فلا يجب الهرب ) .

<sup>1</sup>ناصر بن محمد الجوفان، مرجع سابق، ص 31 .

الترجيح : الذي يظهر لي رجحانه القول القاضي بعدم وجوب الهرب مطلقاً، لأن الهرب مشين على كل حال، والشارع قد أباح له الدفاع عن نفسه<sup>1</sup>.

**الشرط الرابع :** أن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة لردّه: يشترط في الدفاع أن يكون بالقدر اللازم لدفع الاعتداء، فإن زاد عن ذلك فهو اعتداء لا دفاع<sup>2</sup> فالمعتدى عليه مقيد دائماً بأن يدفع بأيسر الوسائل التي يندفع بها المعتدي، هذا وقد نص الفقهاء رحمهم الله تعالى على وجوب مراعاة التناسب بين الدفاع والاعتداء<sup>3</sup>، فإذا دخل رجل منزل آخر بغير إذنه و كان يندفع بالأمر بمغادرة المنزل أو بالتهديد بالضرب فليس له أن يضر به، فإن لم يخرج ضربه بأسهل ما يعلم أنه يندفع به؛ لأن المقصود دفعه فإن اندفع بقليل فلا حاجة لأكثر منه، فإن علم أنه يخرج بالعصا لم يكن له ضربه بالحديد لأن الحديد آلة للقتل بخلاف العصا، وإن ذهب مولياً لم يكن له قتل ولا إتباعه، وإن ضربه ضربة عطلته لم يكن له أن يثني عليه؛ لأنه كفى شره، وإن ضربه فقطع يمينه فولى مدبراً فضربه فقطع رجله فقطع الرجل مضمون عليه بالقصاص أو الدية؛ لأنه في حال لا يجوز له فيها ضربه وإن كان لا يندفع إلا بالقتل أو خاف أن يبادره القتل إن لم يقتله فله ضربه بما يقتله أو يقطع طرفه وما أتلف منه فهو هدر؛ لأنه تلف لدفع شره.

<sup>1</sup>ناصر بن محمد الجوفان، مرجع سابق، ص 31-32.

<sup>2</sup>عبد القادر عوده، مرجع سابق، ص 483.

<sup>3</sup>ناصر بن محمد الجوفان، مرجع سابق، ص 32.

**الفرع الثالث : أقسام دفع الصائل:** فعل الصائل المعتدي الذي يبرز الدفاع ويجعل منه مشروعاً، إما أن يقع على النفس أو العرض أو المال .

**أولاً: الدفاع الشرعي عن النفس :** الأصل في مشروعية الدفاع عن النفس، تلك النصوص<sup>1</sup> التي تضمنت دفع الظلم ورد الاعتداء وحفظ النفوس المعصومة وصيانتها، ومما ينص على ذلك قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾ سورة البقرة الآية 194، وقول الحبيب المصطفى محمد صلى الله عليه وسلم (من قتل دون دمه فهو شهيد)، فمقتضى هذه النصوص الكريمة، أنه إذا هدد شخص آخر باعتداء غير محق على النفس، فإن الشارع الحكيم يجيز للمعتدي عليه أن يدفع هذا الاعتداء بأي وسيلة ممكنة، حتى وإن كان ذلك بارتكاب فعل محرم شرعاً، دفعا للأذى والظلم وردا للاعتداء باعتداء مثله من غير تجاوز، كما أن المدافع يؤدي عبادة ترضي الله عز وجل، وإن قتل فإنه يفوز بالشهادة<sup>2</sup>.

**ثانياً: الدفاع الشرعي عن العرض :** أجمع العلماء رحمهم الله تعالى على وجوب الدفاع عن العرض في حال الاعتداء عليه، ولو أدى هذا الدفع إلى قتل المعتدي فلا ضمان على الدافع .

لكن الشافعية رحمهم الله تعالى اشترطوا لوجوب الدفع عن العرض، ألا يخاف الدافع على نفسه، أو عضو من أعضائه، أو حتى منفعة من منافع أعضائه .

ويستدل الفقهاء على بأدلة منها :

<sup>1</sup>زبدان حمدان محمود ساخن، مرجع سابق، ص 80  
<sup>2</sup>المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

1- حديث سعد بن عبادة رضي الله عنه وقد تقدم معنا في دليل مشروعية الدفاع الشرعي.

2- حديث سعد بن زيد رضي الله عنه وقد تقدم معنا في دليل مشروعية الدفاع الشرعي .

3- استدلوا بعدة آثار عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وغيره من الصحابة رضي الله عنه واردة في هذا الخصوص .

3- من المعقول :

أ- قالوا : التمكين من العرض محرم، وفي ترك الدفاع عن العرض تمكين، وهو محرم<sup>1</sup>.

ب - أنه اجتمع فيه حقان : حق لله، وهو منعه من الفاحشة، وحق نفسه، والدفاع عن أهله، فلا يسعد إضاعة هذه الحقوق<sup>2</sup> .

**ثالثاً: الدفاع الشرعي عن المال :** نظرت الشريعة الإسلامية إلى المال، نظرة احترام وتقدير، وصون ورعاية، وذلك أسوة بالنظر إلى مكانة النفس والعرض، فوضعت القواعد الكفيلة بذلك، والتي تكفل حماية المال من اعتداء المعتدين أو عبث العابثين، فمن أجل ذلك كان إقرار الشريعة الإسلامية لعقوبة السرقة المقررة بقوله تعالى ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله﴾ سورة المائدة الآية 38، وهو ما أكدته السنة الشريفة من ضرورة حفظ المال والمقاتلة دونه، كما في قول حبيبنا المصطفى محمد صلى الله عليه وسلم : ( من قتل دون ماله فهو شهيد )

كذلك لأهمية مكانة المال في الإسلام واحترامه، وحفظه بصاحبه، نرى أن الشريعة الإسلامية الغراء قد خولت صاحب المال أن يدافع عن ماله، وذلك كما ورد في الحديث

<sup>1</sup>ناصر بن محمد الجوفان، مرجع سابق، ص ص 19- 20  
<sup>2</sup>المرجع نفسه، ص 20.

الذي جاء فيه، أن رجلا جاء إلى رسول الله فقال : ( أرأيت يا رسول الله إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال : فلا تعطه مالك، قال : أرأيت إن قاتلني؟ قال : فقاتله، قال أرأيت إن قتلني؟ قال : فأنت شهيد، أرأيت إن قتلته؟ قال هو في النار)

فالمدافع عن ماله والمقاتل دونه؟ أن يلجأ إلى الوسيلة المناسبة في الدفع، وزجر المعتدي، حتى ولو أدى الأمر إلى إراقة الدم بالقتل أو الجرح، بدليل قول رسول الله صلى الله عليه وسلم، لصاحب المال ( فقاتله)، وبغض النظر عن مقدار هذا المال أو قيمته، يسيرا كان أم كثيرا، لأنه منظور إليه نظرة احترام، وهو ملك وحق لصاحبه، الذي من واجبه الدفاع عنه، مهما كلف ذلك، من قتل المعتدي الصائل أو جرحه، فلا مسؤولية جنائية عليه في دفاعه وردة عن ماله، لأنه حق له بقرار من شرعنا الحنيف، ولأن الصائل المعتدي أهدر عصمته بنفسه، عندما عن أموال الآخرين.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: الدفاع الشرعي العام(الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر)

الدفاع الشرعي العام(الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر) باتفاق علماء الأمة الإسلامية من الواجبات الشرعية التي لا يجوز التهاون في القيام بأدائها أو التقليل من شأنها، ولأنه القطب الأعظم في هذا الدين ، وهو دليل على حسن الإسلام، وكمال الإيمان و الدين والعقيدة، فهو الجهاد الدائم المفروض على المسلم ولا استقامة للمجتمع إلا به، وهو الوظيفة الريانية التي جعلها الله لجماعة المسلمين بين أهل الأرض جميعا، فإن قامت به على الوجه الذي يرضى الله عز وجل حصلت على شهادة الخيرية على جميع الأمم، وتأهلت لقيادة البشرية في طريق الخير و الإيمان.<sup>2</sup>

<sup>1</sup>زيدان حمدان محمود ساخن، مرجع سابق، ص 109- 110.  
<sup>2</sup>المرجع نفسه، ص 74.

من خلال ما تقدم صنف الدفاع الشرعي العام كسبب من أسباب الإباحة لأن وسيلة ذلك قد تكون قولاً أو فعلاً يشكل في أصله جريمة.<sup>1</sup>

لتوضيح ذلك ارتأينا أن نفرع هذا المطلب إلى ستة فروع، فبدأيته الفرع الأول مخصص لمفهوم الدفاع الشرعي العام والفرع الثاني فسنطرق فيه إلى التكييف الشرعي للدفاع الشرعي العام، أما الفرع الثالث فجعلناه للشروط المطلوبة في الأمر بالمعروف والناهي عن المنكر، والفرع الرابع يدور حول شروط الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والفرع الخامس سيأتي الكلام فيه عن وسائل دفع المنكر، أما الفرع السادس والأخير خصصناه لحكم التجاوز في دفع المنكر.

**الفرع الأول: مفهوم الدفاع الشرعي العام في الاصطلاح الفقهي المعاصر:** بما أن مصطلح الدفاع الشرعي العام هو المقصود به الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في الفقه الإسلامي علينا أن نعرف ما هو الأمر بالمعروف، وما هو النهي عن المنكر أولاً، قبل أن نتطرق إلى التعريف مجملاً وبصفة عامة.

أولاً: الأمر بالمعروف: هو الترغيب فيما ينبغي عمله أو قوله طبقاً للشريعة.<sup>2</sup>

ثانياً: النهي عن المنكر: هو الترغيب في ترك ما ينبغي تركه طبقاً للشريعة.

عليه يكون المفهوم المجمل للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر حسب ما عرفه الفقهاء، إذ أنه عرف بعبارة تعريفات، ومن بينها ما يلي:

الدفاع الشرعي العام هو فعالية المجتمع المسلم في القيام بأعمال البر والخير والدعوة، وتغيير المنكر وفق السياسة الشرعية، حماية لمقاصد الشريعة الإسلامية، فالأفراد في المجتمع الإسلامي يتصفون بالإيجابية والفعالية والمبادرة إلى القيام بالأعمال ابتغاء

1. أمحمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص267.

2. د. عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص493.

وجه الله، وطلبا للأجر والثواب في الآخرة، ولا يتوقف قيامهم بها على تحصيل الأجر الدنيوية، فهم يحتسبون عملهم عند الله تعالى سواء حصلوا على أجر دنيوي، بأن كانوا معنيين من قبل رئيس الدولة، أم لم يحصلوا، بأن كانوا متطوعين، وهم يراعون في قيامهم بأعمال الحسبة الحدود الشرعية المرسومة، و السياسة الشرعية الحكيمة، فيوازنون بين المصالح والمفاسد التي تترتب على القيام بالأعمال، ولا يقدمون عليها إلا بعد حساب دقيق للنتائج والمآلات، وهم يقصدون من القيام

بتلك الأعمال حماية مقاصد الشريعة الإسلامية من ضروريات وحاجيات وتحسينات، فيعملون على حماية الدين والنفس والعرض والمال وغير ذلك، ولا تقتصر هذه الفعالية على الفرد وإنما تتعدى إلى الجماعة والدولة، فإذا كان الأمر بالمعروف واجب على الفرد المسلم، فإنه واجب على الجماعة، حيث يتعاون عليه الأفراد في الجماعات ويتشاورون فيه<sup>1</sup>، ومن النصوص الشرعية التي جاءت مقررّة لهذا قوله تعالى: ﴿وَلْتَكُنْ مِنَكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾، وقوله سبحانه: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُقِيمُونَ الصَّلَاةَ﴾ سورة آل عمران الآيتين: 110، 104، وقوله أيضا: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعَوَانِ﴾ سورة المائدة الآية: 2، هذا بالنسبة للقرآن الكريم.

أما بالنسبة للسنة الشريفة فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((لتأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر أو ليسلطن الله عليكم شراركم ثم يدعوا خياركم فلا

1 علاء الدين محمود الشرفي، الدفاع الشرعي العام في التشريع الجنائي الإسلامي، - دراسة مقارنة مع القانون الوضعي -، (مذكرة لنيل درجة الماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس-فلسطين، 2008، ص45-46.

يستجاب لكم))، وقال عليه الصلاة والسلام: ((ما أعمال البر عند الجهاد في سبيل الله إلا كنفثة في بحر لحي، وما جميع أعمال البر والجهاد في سبيل الله عند الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إلا كنفثة في بحر لحي))، وقال أيضا: ((من رأى منك منكر فاستطاع أن يغيره بيده فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان)).

**الفرع الثاني: التكييف الشرعي للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر:** من المتفق عليه بين الفقهاء أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ليس حقا للأفراد يأتونه إن شاءوا ويتركونه إذا شاءوا، وليس مندوبا إليه يحسن بالأفراد إتيانه وعدم تركه، وإنما هو واجب على الأفراد ليس لهم أن يتخلوا عن أدائه، وفرض لا محيص لهم من القيام بأعبائه، وقد أوجبت الشريعة الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر لتقوم الجماعة على الخير، وينشأ الأفراد على الفضائل، وتقل المعاصي والجرائم، فالحكومة تأمر بالمعروف وتنهى عن المنكر، والجماعات تأمر بالمعروف وتنهى عن المنكر، والأفراد يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر، وبذلك يستقر أمر الخير والمعروف بين الجماعة، ويقضى على المنكر والفساد بتعاون الصغير والكبير والحكم والمحكوم<sup>1</sup>.

قد اختلف الفقهاء فيما إن كان الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فرض كفاية أم فرض عين<sup>2</sup>، الرأي الأول: يرى أصحاب هذا الرأي أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر هو فرض كفاية فهو واجب على كل مواطن قادر على القيام به، ولكن إذا قام به عدد كاف من المواطنين، سقط عن سائرهم، ومثله في ذلك الجهاد في سبيل الله، فلا يتحمل فرضه إلا القادر على الجهاد بدنا و خبرة، فإذا كان للدولة جيش قادر على الدفاع عنها فقد سقط الفرض عن سائر المواطنين، ولكن إذا انكسر ذلك الجيش وصارت الدولة

<sup>1</sup>د. عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص493.  
<sup>2</sup>أ. محمود نجيب حسنى، مرجع سابق، ص269، 270.



الشروط المتفق عليها بينهم، كما أن هناك شروط مختلف فيها بينهم فمنهم من يشترطها ومنهم على خلاف ذلك.

أولاً. الشروط المتفق عليها:

1- التكليف: بتوفر هذا الشرط يكون الأمر بالمعروف والناهي عن المنكر مكلفاً أي مدركاً مختاراً، ومن ثم فإن هذا الشرط يعتبر لازماً وهذا متعلق بوجود الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إذ أنه يعتبر واجباً لابد القيام به ونحن نعلم عدم القيام بالواجب يؤدي إلى المسؤولية بالنسبة للمكلف أما غير المكلف لا مسؤولية عليه طبقاً لقواعد الشريعة العامة.<sup>1</sup>

2- الإسلام: أو الإيمان فيجب على الأمر بالمعروف والناهي عن المنكر أن يكون على الدين الإسلامي، ولأن المسلم دون غيره واجب عليه الأمر والنهي، فيقابل هذا غير المسلم فهو ليس وجب عليه الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، لاسيما أن هذا الأخير يعتبر نصرة لهذا الدين، فالإيمان شرط لقبول العمل قال تعالى: ﴿وَمَنْ يَكْفُرْ بِالْإِيمَانِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ﴾ سورة المائدة الآية: 5، لأن إيجاب الأمر والنهي على غير المسلم يعتبر إكراه له على الإسلام، ولأن المكروه على الدين يؤدي به إلى إكراه على كل ما توجبه الشريعة الإسلامية من صلاة وصيام وزكاة وغيرها من مقومات الدين الإسلامي، كما أنه سيكره على ترك كل ما

1 د. عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص 496.

يخالف الشريعة الإسلامية من أفعال وعقائد، فيدخل في النهي التثليث وشرب الخمر وغيرهما، فهذه الطريقة يكون غير المسلم تخلى عن دينه و عقيدته وأكره على الدين الإسلامي، وهذا ما حرمه الله سبحانه وتعالى بقوله: ﴿ لا إكراه في الدين ﴾ سورة البقرة، الآية: 256<sup>1</sup>.

3- القدرة<sup>2</sup> والمقصود بها القدرة بنوعيتها الحسية والمعنوية، أم الحسية نقصد بها القدرة البدنية فكل أمر أو ناهي يقوم بواجبه حسب استطاعته، ولما كانت وسائل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر متدرجة في جسامتها إذ قد تكون بالقلب أو باللسان أو باليد، فنقاس القدرة حسب هذه الوسائل، لذلك غير المستطيع لوسيلة من هذه الوسائل يثاب إذا استعملها وبشكل مضاعف لما تحمله من مشقة أثناء القيام بواجبه.

أما القدرة المعنوية هي العلم بأحكام الشريعة الإسلامية لأن الأمر بالمعروف والناهي عن المنكر إذا كان عالما بهذه الأحكام فسوف يأمر ما تؤمر به الشريعة الإسلامية وينهى عن ما تنهى عنه الشريعة الإسلامية لذلك وجب عليه عالما بأحكامها، ومتخلقا بأخلاقها حتى لا يأمر بما تنهى عنه و لا ينهى عن ما تأمر به مما يؤدي إلى وقوع أضرار على المجتمع قد تكون جسيمة.

ثانيا: الشروط المختلف فيها: وهي العلم والعدالة والإذن.

1- العلم: ونقصد به الأمر بالمعروف والناهي عن المنكر يجب أن يكون عالما بما يأمر به وينهى عنه<sup>3</sup>.

2- العدالة: ونقصد به عدم فسق الأمر بالمعروف والناهي عن المنكر.

1 علاء الدين محمود الشرفي، الدفاع الشرعي العام في التشريع الجنائي الإسلامي، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية 2008، ص107.

2 أ. محمود نجيب حسنى، مرجع سابق، ص272، 273.

3 علاء الدين محمود الشرفي، مرجع سابق، ص114.

3- الإذن: ونقصد به إذن الإمام أو الحاكم أو ولي الأمر.

هذه الشروط المذكورة أعلاه مختلف فيها بين الفقهاء، فمنهم من يشترطها ويعتبرها شروطاً أساسية، ومنهم من يعتبرها شروط كمال لا غير، ولأن الجدل فيها يطول والآراء فيها متعددة لم نتطرق لعرض هذه الآراء بالتفصيل.

**الفرع الرابع : شروط الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر .**

**أولاً: وجود منكر :** يشترط لجواز النهي عن المنكر أو تغيير المنكر أن يكون هناك منكر . والمنكر هو كل معصية حرمتها الشريعة أو هو كل ما كان محذور الوقوع في الشرع، ويستوي أن يكون فاعل المنكر مكافاً أو غير مكاف، فمن رأى صبياً أو مجنوناً يشرب الخمر فعليه أن يريق خمره ويمنعه...ولكن يشترط في المنكر أن يكون منكراً معلوماً دون حاجة للاجتهاد، فكل ما هو محل للاجتهاد لا محل للنهي عنه أو تغييره .

**ثانياً: أن يكون موجوداً في الحال :** ويشترط في المنكر أن يكون حالاً بمعنى أن تكون المصلحة راهنة وصاحبها مباشراً لها وقت النهي أو التغيير... وإذا كانت المعصية متوقعة الحصول كمن يعد الموائد ويزين المجلس استعداداً لشرب الخمر فليس على مثل هذا من سبيل إلا بالوعظ والنصح وما زاد عن ذلك كالتعنيف والشتم والضرب فهو جريمة

**ثالثاً: أن يكون ظاهراً دون تجسس أو تفتيش :** يشترط للنهي عن المنكر أو تغييره أن يكون المنكر ظاهراً دون تجسس أو تفتيش، فإذا توقف إظهار المنكر على التجسس أو التفتيش لم يجز إظهار المنكر .

**رابعاً: دفع المنكر بأيسر ما يندفع به :** يشترط في دفع المنكر أن يدفع بما يدفعه وبأيسر ما يدفعه فلا يجوز أن يدفع بأقل مما يدفعه ما دام الدافع قادراً على دفعه بالأكثر، ولا يجوز أن يدفع بأكثر مما يدفعه، لأن ما زاد عن الحاجة يعتبر جريمة، ولكن يجوز

لدفع المنكر بأقل مما يدفعه في حالة عدم القدرة ، فإذا كان المنكر يدفع باليد لم يكن الدافع قادرا على هذه الوسيلة دفعه بلسانه فإن لم يستطع دفعه بقلبه .<sup>1</sup>

**الفرع الخامس : وسائل دفع المنكر:** وقد حصر بعض الفقهاء الوسائل الصالحة لدفع المنكر في سبع وسائل وهي : التعريف، والنهي بالنصح والوعظ، والتعنيف، والتغيير باليد، والتهديد بالضرب والقتل، وإيقاع الضرب والقتل، والاستعانة بالغير .<sup>2</sup>

### الوسيلة الأولى : التعريف.

يفترض التعريف جهل مقترف المنكر انه منكر، فهو شخص حسن النية، فيفترض انه لو علم انه منكر لكف عنه، ويتعين ان يكون التعريف بالرفق واللين إذ لا تقتضي ظروف الحال ما يجاوز ذلك، ومؤدى ذلك استعمال العبارة الملائمة لأنه لو جاوز ذلك لكان إيذاء لمقترف المنكر وإيذاء المسلم حرام شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم " كل المسلم على المسلم حرام دمه وعرضه وماله " وإيذاء حسن النية بالقول هو إيذاء لعرضه .<sup>3</sup>

### الوسيلة الثانية : النهي بالوعظ والنصح.

ويوجه إلى من يقدم على الأمر وهو عالم بكونه منكرا إذا غلب على الظن أنه يؤدي إلى ترك المنكر، كصاحب الغيبة الذي يعلم أنها محرمة ولكن يرجى أن يتركها لو وعظ و نصح، أو ينبغي أن يكون الناهي شفيقا لطيفا بعيدا عن العنف والغضب .<sup>4</sup>

### الوسيلة الثالثة : النهي عن المنكر بالزجر والتقريع والتعنيف باللسان .

والمراد من تعنيف فاعل المنكر: الإغلاظ له بالقول الحسن والتوبيخ، ويكون ذلك عند العجز عن منعه باللطف والنصح وظهور مبادئ الإصرار والاستهزاء على ارتكاب

1 د.عبد القادر عوده، مرجع سابق، ص 502-503.

2 د. عبد القادر عوده، مرجع سابق، ص 505.

3 أ. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 287.

4 عبد القادر عوده، مرجع سابق ، ص 502.

المنكر، وليس المقصود بذلك أن يرميه بالفاحشة ولا الكذب، بل يقتصر على التعنيف والتوبيخ الذي ينطبق على واقع الحال، كأن يقول له : يا من لا تتق الله، يا فاسق، يا أحمق، يا جاهل... إلخ، وقد استدل الإمام الغزالي على هذا الأسلوب بما جاء على لسان نبي الله عز وجل إبراهيم عليه السلام في قوله تعالى : ﴿ أف لكم ولما تعبدون من دون الله أفلا تعقلون ﴾ سورة الأنبياء الآية 67، وفي هذا الأسلوب فإنه إذا ارتجع المأمور أو المنهي عن المنكر أثناء تغليظ القول له، فعلى المدافع أن يقلع عن القول الغليظ في هذه الحالة ؛ لأن المقصود هو إزالة المنكر، وها قد تحقق، وهنا يجب مراعاة ما يلي:

1- عدم اللجوء إلى التعنيف إلا عند الضرورة والحاجة، والعجز عن النصح واللين .

2- الصدق في الكلام من قبل المعنف، وعدم الإسراف والاسترسال في الكلام، بل الاقتصار عليه على قدر الحاجة وإن غلب على ظنه بان هذا الكلام لا يؤثر فيه فلا يقول له شيئاً من هذا القبيل، بل يظهر غضبه واستيائه منه <sup>1</sup>

### الوسيلة الرابعة : التغيير باليد .

يراد بالتغيير باليد استعمال القوة المادية في إزالة وسيلة ارتكاب المنكر، كإراقة الخمر أو إتلاف آلة الميسر أو وسيلة اللهو غير الجائز شرعاً، ويراد به كذلك ضرب مرتكب المنكر كي يمتنع عنه، وتهديده باستمرار ذلك حتى يكف حتى التمادي في إتيانه . وقد يبلغ التغيير باليد درجة قتل مرتكب المنكر إذا تعين ذلك وسيلة لا بديل لها لإنهاء ارتكاب المنكر، ومثال ذلك أن يتخذ المنكر صورة الدعوى الى المعاصي أو الى الخروج على العقيدة - سواء عن طريق القول أو الكتابة - ويثبت عدم جدوى أية وسيلة - دون القتل - لمنعه من ذلك، فيتعين قتله لاتقاء شره على الدين؛ أو ما يرتبط به بالضرورة من قيم وفضائل .

<sup>1</sup>علاء الدين إبراهيم محمود الشرفي، مرجع سابق، 138.

إن دفع المنكر عن طريق اليد جائز شرعاً، لقوله عليه الصلاة والسلام " من رأى منكراً فليغيره بيده....." ولكن السؤال الذي يفرض نفسه، هو ما إذا كان دفع المنكر بهذه الوسيلة جائز للمواطن العادي، أم أن ذلك يقتصر على ولي الأمر، أي ( السلطات العامة )<sup>1</sup>.

#### الوسيلة الخامسة : التهديد بالضرب والقتل .

ينبغي أن يسبق الضرب كلما أمكن تقديمه عليه ويشترط في التهديد أن لا يهدد الدافع بوعيد لا يجوز له تحقيقه كقوله لأنتهين دارك أو لأضرين ولدك أو لأسبن زوجتك، بل ذلك إن قاله عن عزم فهو حرام، وإن قاله من غير عزم فهو كذب، وإنما يجوز له أن يهدد بما يجوز له تحقيقه في سبيل دفع المنكر كقوله لأجلدنك لأكسرن رأسك لأضرين رقبتك وما أشبه، وله ان يتوعده بأكثر مما في عزمه الباطن إذا علم أن ذلك يروعه في المنكر .

#### الوسيلة السادسة : إيقاع الضرب والقتل .

الضرب والقتل : ويجوز عند الضرورة أن يباشر دافع المنكر ضرب فاعل المنكر لكفه عنه؛ ويشترط أن لا يندفع المنكر بغير الضرب؛ و أن لا يزيد الضرب عن الحاجة في الدفع، فإذا اندفع المنكر بصفعة أو ضربة فليس للدافع أن يصفع أو يضرب مرة أخرى .  
إذا لم يندفع المنكر إلا بالجرح وإشهار السلاح فللدافع أن يشهر السلاح وأن يجرح كما لو قبض فاسق على امرأة و بينه وبين الدافع نهر حائل أو جدار مانع فيأخذ بندقيته ويقول له خل عنها أو لأرمينك فإن لم يخل عنها فله أن يرمي، وينبغي ان لا يقصد المقتل بل الساق والخذ وما أشبه وله أن يسلم سيفه ويقول له اترك هذا المنكر أو لاضرينك فكل

<sup>1</sup>أ.محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 289.

ذلك دفع للمنكر ودفعه واجب بكل ممكن، ولا فرق في ذلك بين ما يتعلق بحقوق الله كالزنا وقطع الطريق وبين ما يتعلق بحقوق الأفراد كالضرب والجرح والغضب .

إذا كان فاعل المنكر لا يمتنع عن المنكر إلا بقتال قد يؤدي إلى قتله كان على دافع المنكر أن يقاتله ولو كان المنكر الذي يراد منعه أقل درجة من القتل، فلو قصد إنسان أن يقطع طرف نفسه وكان لا يمتنع عن ذلك إلا بقتال ربما أدى لقتله وجب منعه عن القتل وقتاله عليه؛ لأن الغرض ليس حفظ نفسه وطرفه بل الغرض حسم سبيل المنكر والمعصية، وقتله في دفع المنكر ليس معصية وقطع طرف نفسه معصية، وذلك مثل دفع الصائل على المال بما يقتله فانه جائز لا على معنى افتداء درهم من المال بروح شخص وإنما هو جائز بقصد دفع المعاصي، وقصد الصائل لأخذ المال معصية وقتله دفعا للمعصية ليس في ذاته معصية<sup>1</sup>.

الوسيلة السابعة : الاستعانة بالغير .

وضع الإمام الغزالي درجة ثامنة للاحتساب تحت عنوان " أن لا يقدر عليه بنفسه ويحتاج فيه إلى أعوان يشهرون السلاح، حيث يرى أن المحتسب إذا عجز عن الإنكار بنفسه، واحتاج إلى أعوان يشهرون السلاح، ربما يستتجد الفاسق بأعوانه، وبالتالي يحصل القتال بين المنكرين ومن يقابلهم من أهل المنكر، وينقل الإمام الغزالي رحمه الله تعالى، في هذه

1. عبد القادر عوده، مرجع سابق، ص 507-508.

المسألة قولين للعلماء، ولم يسم أصحاب كل قول<sup>1</sup>: **القول الأول** : ذهب أصحابه إلى أن هذه الصورة لا تثبت لآحاد الرعية، لأن من شأن ذلك أن يؤدي إلى اضطراب النظام، وتحريك الفتن وشيوع الملاحم، وظهور الفساد والخراب، وبالتالي لا بدا من إذن الإمام .

**القول الثاني** : ذهب أصحابه إلى أنه لا يحتاج لإذن الإمام في هذه المسألة؛ لأنه إذا جاز لآحاد استعمال الأساليب الأخرى فقد جاز لهم أن يستعملوا الأساليب الأخرى .

أما هنا فأرى ضمانا للسلامة الأخذ بالرأي الثاني، وهو انه لا يجوز شهر السلاح والاستعانة بالأعوان دفعا للمنكر إلا بإذن الإمام والله تعالى اعلم<sup>2</sup>.

**الفرع السادس : حكم تجاوز دفع المنكر**: إذا استعمل المدافع في النهي عن المنكر أو تغييره وسيلة تزيد عن ما يقتضيه الحال فهو مسئول عن هذه الزيادة، وكذلك إذا تعدى الحدود المقررة لوسيلة من الوسائل، فإذا عنف فاعل منكر فقذفه فهو مسئول عن القذف، لأن القذف لا يدخل في التعنيف وإذا كان المنكر يندفع بالتعنيف أو التهديد فضرب فاعل المنكر أو جرحه فهو مسئول عن الضرب والجرح، وإذا اندفع المنكر بضربة واحدة أو جرح واحد فضربه ضربة ثانية أو جرحه جرحا ثانيا فهو مسئول عن عما فعل بعد اندفاع المنكر . وإذا كان المنكر يندفع بالتغيير باليد فليس له أن يتعدى الحدود المقررة للتغيير، فإذا كان المنكر شرب الخمر أو إحرازها فإن تغيير المنكر يكفي فيه إراقة الخمر فإذا أتلف في محل الخمار أو الأبواب أو الأمتعة أو أحرقتها فهو مسئول عن ذلك<sup>3</sup>.

1. علاء الدين إبراهيم محمود الشرفي، مرجع سابق، ص 145 .

2. المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

3. عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص 510.

### المطلب الثالث: الفرق بين الدفاع الشرعي العام والدفاع الشرعي الخاص

يقوم كل من الدفاع الشرعي العام والدفاع الشرعي الخاص على نفس الأسس، كما أن لهما الأحكام ذاتها إلا أنهما يختلفان في بعض التفاصيل<sup>1</sup>، من بينها المفهوم، الموضوع، الهدف.

**الفرع الأول: من حيث المفهوم:** الدفاع الشرعي العام وهو الوضع الذي يدعو شخصا أو أفرادا أو هيئات للدفاع عن الدين ومبادئ العليا التي تؤمن بها جماعة المسلمين، والدفاع عن أخلاقها وقيمها، لقطع شأفة الفساد في المجتمع الإسلامي، وهو ما عرفه الإسلام بالأمر بالمعروف والنهي عن النكر.

الدفاع الشرعي الخاص ويشمل الدفاع عن النفس والمال والعرض، أو نفس الغير أو ماله أو عرضه، من كل خطر حال أو اعتداء غير مشروع بالقوة اللازمة عند تعذر الدفاع بالوسائل الأخرى المشروعة<sup>2</sup>.

**الفرع الثاني: من حيث الموضوع:** يكمن الفرق بين الدفاع الشرعي العام (الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر) والدفاع الشرعي الخاص (دفع الصائل) في محل الاعتداء، إذ أنه في الدفاع الشرعي الخاص يكون مهددا للنفس أو العرض أو المال، أما في حالة الدفاع الشرعي العام، فإن الاعتداء يكون منصبا وواقعا على حقوق على الله تعالى، أو مبادئ الجماعة، فلا يكون فيه هجوم على نفس الغير أو عرضه أو ماله، بل يكون باقترافه أمرا لا يستدعي ذلك، كشرب الخمر، أو زنا بالرضا، أو ترك لصلاة، أو جحود لزكاة،

1 د. عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص 511.  
2 انظر، علاء الدين ابراهيم محمود الشرفي، مرجع سابق، ص 80.

أومقارفة لسوء خلق و ما إلى ذلك من الموضوعات أو الأفعال التي لا يوجد فيها صيال، ولكن يوجد فيها انتهاك لحرمة الشرع وتعد لحدوده، أو مس بحق جماعة وأمنها ونظامها<sup>1</sup>.

أساس هذه التفرقة بين موضوعي الدفاع الشرعي العام و الخاص، أن ما يدفع فيه الفاعل باعتباره منكراً لا يدفع فيه الفاعل باعتباره صائلاً، فدفع الصائل لا يكون إلا إذا وجد صيال - أي هجوم أو اعتداء - على الإنسان أو ماله أو عرضه، أما دفع المنكر فيكون كلما انعدم الصيال أو الهجوم أو الاعتداء<sup>2</sup>، فمثلاً إذا هم رجل على امرأة يريد اغتصابها فإنه يدفع فيه باعتباره صائلاً، فهذا دفاع شرعي خاص، أما إذا أتاها برضاها يدفع باعتباره منكراً، فهنا دفاع شرعي عام.

من يحاول قتل غيره يدفع عنه باعتباره صائلاً، ويكون الدافع في حالة دفاع شرعي خاص، أما من يحاول الانتحار فيدفع فعله باعتباره منكراً ويكون الدافع في حالة نهي عن المنكر أو تغييره، ومن يحرق مال غيره أو يتلفه يدفع باعتباره صائلاً، ولكن من يحرق ماله أو يتلف مال الغير برضاه يدفع باعتباره فاعلاً لمنكر، فالصيال - أي الهجوم أو الاعتداء - هو ما يميز الدفاع الشرعي الخاص عن الدفاع الشرعي العام<sup>3</sup>.

**الفرع الثالث: من حيث الهدف:** إن الهدف من الدفاع الشرعي الخاص ينصب على حماية النفس والمال والعرض؛ لأن في حمايتهم حفظ ورعاية وصون لهذه الضروريات التي أقرتها الشريعة الغراء، وذلك كي تقوم الحياة على الأمن والاطمئنان، والسكينة والاستقرار، ودفع الأذى والمنكر والتناصح، وحقق الدماء وحفظ الأعراس والأموال والحقوق إلا بحقها، وأما هدف الدفاع الشرعي العام فينصب على حفظ وحماية الدين، والوقوف ضد كل منكر يقع في المجتمع المسلم والالتزام بالقيم التي دعا إليها الإسلام،

1 علاء الدين إبراهيم محمود الشرفي، مرجع سابق، ص 85.

2 زياد حمدان محمود ساخن، مرجع سابق، ص 72.

3 د. عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص 512.

والحفاظ على شريعة الله والدعوة إليها، والضرب بشدة على أولئك الذين يتناولون على تعاليم هذا الدين الحنيف أو يقصرون ويفرطون فيه؛ ليكون هذا المجتمع كما أراده الله عز وجل، يحمل أبنائه على الدين والعقيدة قولاً وعملاً واعتقاداً، فقد قال الله تعالى مبيناً الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر هي مؤهلات الأمة التي تصلح لقيادة الناس في هذه الحياة<sup>1</sup>: ﴿كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله﴾ آل عمران، الآية 110.

فهذا المنصب العظيم لا يوصل إليه بمجرد الادعاء، ولا بالوراثة، ولا بمجرد الترقى في علوم المادة، وإنما بالإيمان بالله عز وجل ثم الدعوة إلى الخير و الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر<sup>2</sup>، فهذا هو سبيل هذه الأمة وأبنائها أمر بالمعروف ونهي عن المنكر، وقد لعن الله كفار بني إسرائيل ولعنهم أنبياءهم لتركهم هذه الفريضة، فقال سبحانه وتعالى: ﴿لعن الذين كفروا من بني إسرائيل على لسان داوود وعيسى بن مريم ذلك بما عصوا وكانوا يعتدون كانوا لا يتناهون عن منكر علوه ليس ما كانوا يفعلون﴾ المائدة 78-79.

هما يشتركان في دفع الضرر، ودرء المفسدة ومنع الاعتداء الواقع على حقوق الله تعالى في الدفاع الشرعي العام، أو الواقع على حقوق الإنسان، من نفس أو مال أو عرض في الدفاع الشرعي الخاص، لكن الدفاع الشرعي العام هدفه أعظم وأعم وذلك لتعلقه دائماً بحق الله تعالى، إلا أنهما يتصلان ويتداخلان ولا يمكن تصور أحدهما دون الآخر؛ ذلك أن الدفاع الشرعي العام يتضمن دفع كل منكر يقع في المجتمع الإسلامي وذلك من اعتداء على النفس أو العرض أو المال، أو على حرمان الله تعالى ودينه الحنيف.

1 علاء الدين إبراهيم محمود الشرفي، مرجع سابق، ص 83.

2 المرجع نفسه، ص 84.

## المبحث الثالث: حالة الضرورة

يترتب على اعتبار الضرورة إباحة في الفقه الإسلامي النتائج المترتبة على أسباب الإباحة، فالفعل المرتكب في ظروف الضرورة هو فعل مشروع، ولا تترتب عليه مسئولية، ولا توقع من أجله عقوبة، ولا يضمن مرتكب هذا الفعل ما يترتب عليه من ضرر، ويستفيد من سبب الإباحة كل من شارك في الفعل المرتكب في ظروف الضرورة<sup>1</sup>.

في ذلك فقد لجأنا لتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين فالمطلب الأول خصصناه لمفهوم حالة الضرورة وشروطها، أما المطلب الثاني فسوف نتكلم فيه على التكييف الشرعي لحالة الضرورة وحكم حالة الضرورة

### المطلب الأول: مفهوم حالة الضرورة وشروطها

تعتبر الضرورة سببا من أسباب الإباحة في الفقه الإسلامي، لأن كل من قام بفعل في ظروف الضرورة عليه أن يكون قد استفاد من هذا السبب<sup>2</sup> وقبل معرف معرفة كيفية هذه الاستفادة علينا أولا أن نعرف هذا السبب وذلك من خلال هذا المطلب والذي فرعناه إلى فرعين فالفرع الأول نعرف فيه الضرورة، والفرع الثاني نخصه لشروط حالة الضرورة.

**الفرع الأول: مفهوم حالة الضرورة: أولا: لغة:** الضرورة اسم لمصدر الاضطرار، ومعناها: الاحتياج إلى الشيء، يقال اضطره إلى كذا، أي: أحوجه إليه، وألجأه فاضطر، ويقال الضرورة، و الضرورة، والضرورات والجمع: ضرورات<sup>3</sup>.

والخلاصة أن: الضرورة في اللغة تأتي على معان من أهمها ما يلي:

1. أمحمد نجيب حسني، مرجع سابق، ص296.

2. المرجع نفسه، ص295.

3. د.حسن السيد خطاب،قاعدة الضرورات تبيح المحظورات وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي،بدون طبعة،بدون بلد نشر، بدون سنة نشر، ص153.



وَالنَّطِيعَةَ وَمَا نَكَيْتُمْ وَمَا نُبِحَ عَلَى النَّصْبِ وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلامِ نَدَّكُمْ فَهَقُّ ﴿سورة المائدة، الآية: 03، وقوله كذلك: ﴿وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا نَكَرَ لِمِ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرُّرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ الأنعام الآية: 119.

ومن السنة الشريفة قوله صلى الله عليه وسلم: (( لا ضرر ولا ضرار)).

**الفرع الثاني شروط حالة الضرورة:** يشترط لوجود حالة الضرورة أربعة شروط:

أولاً- أن تكون الضرورة ملجئة بحيث يجد الفاعل نفسه أو غيره في حالة يخشى منها تلف النفس أو الأعضاء.

ثانياً: أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة فليس للجائع أن يأكل الميتة قبل أن يجوع جوعاً يخشى منه.

ثالثاً: أن لا يكون لدفع الضرورة وسيلة إلا ارتكاب الجريمة فإذا أمكن دفع الضرورة بفعل مباح امتنع دفعها بفعل محرم، فالجائع الذي يستطيع شراء الطعام ليس له أن يحتج بحالة الضرورة

إذا سرق طعاماً.

4. أن تدفع الضرورة بالقدر اللازم لدفعها، فليس للجائع أن يأخذ من طعام غيره إلا ما يرد جوعه.

**المطلب الثاني : التكيف الشرعي لحالة الضرورة وحكمها .**

**الفرع الأول : التكيف الشرعي لحالة الضرورة:** حالة الضرورة في الشريعة الإسلامية

سبب إباحة، ومؤدي ذلك أن يعتبر " فعل الضرورة "، أي الفعل الذي يأتيه المضطر،

صيانة لحقه أو حق غيره، فعلاً مباحاً، فلا تحريم في إتيانه بل إن إتيانه يعتبر واجباً، لان

الشارع الإسلامي يهيمه صيانة الحق الأعلى قيمة، ولو كان ثمن ذلك التضحية بحق أدنى قيمة، إذ النتيجة الإجمالية لذلك صيانة حقوق المجتمع في مجموعها: فالحق الأدنى يجب أن يتراجع في مواجهة الحق الأعلى .

على سبيل المثال، فإنه إذا هدد الغرق سفينة محملة بالأشخاص والبضائع، وتبين لقبطانها أنها لا تقوى على الاستمرار في هذا العمل، وأنه لو ألقى بعض حمولتها من البضائع أنقض ما على ظهرها من أشخاص تعين عليه أن بفعل ذلك . في هذا الفرض يتعين إلقاء البضائع إبقاء على حياة الأشخاص، وتعيين ذلك أن الأشخاص أهم عند المجتمع من الأموال، ومن ثم تعينت صيانة الحق الأهم ولو كان السبيل إلى ذلك هو التضحية بالحق الأقل أهمية، وإذا حاصرت النيران أشخاصا في مبنى، وكان السبيل إلى إنقاذهم هو إتلاف جزء من هذا المبنى، أو الاستيلاء على مواد إطفاء مملوكة للغير، تعين فعل ذلك، إذ الفعل صان نفوسا وأهدر أموالا، ويعني ذلك أنه صان حقا أكثر أهمية من الحق الذي أهدره<sup>1</sup> .

### الفرع الثاني : حكم حالة الضرورة.

أولا: جرائم لا تؤثر عليها الضرورة : ليس للضرورة أثر على جرائم القتل والجرح والقطع، فليس للمضطر بأي حال أن يقتل غيره أو يقطعه أو يجرحه لينجي نفسه من الهلكة، فإذا كان جماعة في قارب مشرف على الغرق لنقل حمولته فليس لأحدهم أن يلقي غيره في الماء ليخفف حمولة القارب ولينجي نفسه وغيره من الهلكة، ولا يعفيه هذا إذا فعله من العقاب .

ومن المتفق عليه أن الشخص الذي يحرم قتله أو جرحه أو قطعه هو الشخص المعصوم، أما المهدر فقتله مباح بل هو واجب في أكثر الأحوال .

<sup>1</sup>أ.محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 293 .

**ثانيا: جرائم تبيحها الضرورة :** تباح الجريمة للضرورة إذا كانت الشريعة تنص على إباحتها في حالة الضرورة، وهذا النوع من الجرائم خاص من المطاعم والمشارب كأكل الميتة ولحم الخنزير وشرب الدم والنجاسات، وهذه الجرائم وأمثالها يباح إتيانها في حالة الاضطرار باتفاق، ويشترط أن يقتصر الفعل المحرم على القدر الذي يسد الضرورة، فمن اضطره الجوع إلى أكل الميتة فله أن يأكل منها بقدر ما يسد رمقه ويأمن معه من الموت على من رأى، أو بقدر ما يشبعه على رأي آخر، ولكن له أن يزيد على ما يشبعه إلا إذا كانت الضرورة مستمرة كما لو كان منقطعا في صحراء<sup>1</sup>.

**ثالثا: جرائم ترفع فيها العقوبة الضرورة :** وفيها الجرائم الأخرى عدا النوعين السابقين فإن المضطر إذا أتى الجرائم الأخرى مدفوعا إلى ارتكابها بالضرورة فإنه يعفى من العقوبة مع بقاء الفعل محرما، ومثل ذلك سرقة الجائع الطعام أو الشراب، وإلقاء أمتعة الركاب في البحر إذا أشرف المركب على الغرق. ويشترط للإعفاء من العقوبة أن يكون الفعل المحرم مما يرد الضرورة، وأن يأتي المضطر الفعل إلا بالقدر الذي يدفع الضرورة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>د. عبد القادر عوده، مرجع سابق، ص 578-579 .  
<sup>2</sup>المرجع نفسه، ص 580.

**الفصل الثالث: أسباب الإباحة في قانون العقوبات الجزائري.**

**المبحث الأول: الأفعال المبررة (ما يأمر أو يأذن به القانون).**

**المبحث الثاني: الدفاع الشرعي.**

تعتبر أسباب الإباحة عن حالات متميزة، يسمح فيها القانون بارتكاب أفعال محظورة قانونا ولا يسأل الشخص جزائيا عنها إذا استفاد من هذه المنحة، واستعمل هذا الحق لكونه محميا بما يسمى فعلا مبررا . والأفعال المبررة تزيل الصفة الإجرامية للفعل وتقلبه إلى فعل مشروع مبرر في ذاته، كما أنها تحول دون العقوبة الجنائية ودون إمكان المساءلة المدنية، ويتعدى أثرها إلى كل من ساهم في ذات الفعل المباح، سواء كان الفاعل أصيلا أم شريك مع غيره ، سوف نحاول من خلال هذا الفصل، تبيان الأفعال المبررة التي أوردها المشرع في المادة (39) من قانون العقوبات، والمتمثلة في تنفيذ أمر وإذن القانون والدفاع الشرعي . من أجل ذلك خصصنا لهذا الفصل مبحثين :

المبحث الأول: الأفعال المبررة "ما يأمر أو يأذن به القانون" .

المبحث الثاني : الدفاع الشرعي .

## المبحث الأول : الأفعال المبررة "ما يأمر أو يأذن به القانون" .

بالرجوع إلى النص القانوني، نجد أن المادة (39) من قانون العقوبات لم تحدد الأفعال التي تشملها الإباحة، إذا ارتكبت بناء على أمر القانون أو إذنه، فقد جاء مدلول النص عاما وشاملا بحيث يشمل جميع الأفعال التي تعتبر جرائم، لو لم يأذن أو يأمر بها القانون، فتنفيذ القانون وخاصة في تحقيق الجرائم ومتابعة تنفيذها، تقتضي تدخل السلطة العامة بالتفتيش والحجز والاستجواب والاعتقال والسجن، وبعد صدور الحكم بالإدانة، وكلها أعمال تعتبر اعتداء على الحريات العامة، لو لم يأمر أو يأذن بها القانون، وسنحاول فيما يلي إيضاح حالة ما يأمر به القانون وهذا في المطلب الأول أما المطلب الثاني خصصناه إلى تنفيذ إذن القانون .

### المطلب الأول : ما يأمر به القانون " أداء الواجب"

يقصد بأمر القانون جميع النصوص التشريعية، ويضاف إليها في بعض الحالات اللوائح<sup>1</sup>. ويكمن سبب الإباحة هذا في النص القانوني ذاته، فالقانون هو الذي ينص أن فعلا ما يعد جريمة، وكذا توجد نصوص قانونية تنص أن الفعل المعتبر جريمة، لو ارتكب في ظروف أخرى معينة فإنه يصبح مبرر<sup>2</sup>، فلا جريمة في أداء الواجب، تنص المادة 39 من قانون العقوبات الجزائري على أنه " لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر به القانون"، وعليه فليس من المنطق أن يلزم القانون شخصا بأداء واجبات قانونية معينة، ثم يصف فعله بعد ذلك بعدم المشروعية، فعلة الإباحة هنا أن المشرع إذا فرض واجبا عاما على شخص في حالة معينة، فإن ذلك لا يكون

<sup>1</sup>سليمان بارش، مرجع سابق، ص 91.

<sup>2</sup>بن شيخ لحسن، مبادئ القانون الجزائري العام، القسم العام، بدون طبعة، دار هومة، الجزائر، سنة 2004، ص 115 .

إلا لتحقيق مصلحة عامة تنتفي أمامها المصلحة المحمية بالنص الجنائي، ومن ثمة تزول علة التجريم ويغدو الفعل الذي جرى نفاذا للواجب مشروع<sup>1</sup>.

لكن يثير تطبيق أمر القانون أو أداء الواجب بعض الحالات والموضوعات الهامة، وهي أن القيام بتنفيذ أمر القانون يتخذ شكل التنفيذ المباشر لأمر القانون، كما قد يتخذ شكل استعمال سلطة شرعية لاختصاصها الذي حدده القانون.

**الفرع الأول : التنفيذ المباشر لأمر القانون** : نفهم ابتداء من هذا العنوان في إطار أسباب الإباحة، أن القانون قد جرم أفعالا معينة لأنها تتعارض مع مصلحة المجتمع، ثم رأى في أحوال خاصة محدودة الزمان والمكان أن المصلحة أصبحت تكمن في إباحتها، وأن هناك مفسدة تحدث لولا الإباحة أكثر من المصلحة المرصودة بالتجريم<sup>2</sup>.

لكن الغالب والطبيعي أن يطلب المشرع الواجبات العامة من الموظفين العموميين، وأن يمنحهم السلطات فهم اللذين ينفذون القوانين واللوائح، فهي بشكل عام الأفعال التي يقوم بها الموظف العام عند أداء مهمته<sup>3</sup> وقد أباح القانون هذه الأفعال بنص صريح حيث ورد في أول المادة لا جريمة مما يدل على أنه قد عطل نص التجريم في هذه الأفعال التالية الذكر، ومثال ما أمر به القانون إباحة لهذه الأفعال ما ورد في المادة 301 التي عاقبت في الفقرة الأولى بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبالغرامة من 500 إلى 5000 دج، الأطباء والجراحين والصيدلة والقابلات<sup>4</sup>.

1. عادل قورة، مرجع سابق، ص 80.

2. منصور رحماني، مرجع سابق، ص 219.

3. أحسن بوصفيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، ط 2، دار هومة، الجزائر، سنة 2004، ص 137.

4. منصور رحماني، مرجع سابق، ص 219.

جميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدي بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها ويسرح لهم بذلك، ويفهم من هذا النص أن القانون قد جرم هذه الأفعال بالعقاب عليها، ولكنه ترك استثناء مفتوحا لم يحدد ماهيته، ولم يذكر الحالات التي تفشي فيها هذه الأسرار، لكنه أشار إلى أن هذه الأفعال تكون مباحة حال إيجاب القانون إفشاءها ويكون الإفشاء مأمورا به في حالة وجود مرض معدي كما نص على ذلك قانون الصحة العمومية ولا يعد تبليغ الطبيب بهذه الأمراض جريمة إفشاء سر المهنة، كما قد يكون الإفشاء أمام القضاء إذا دعوا للمثول في قضية إجهاض، وذلك واجب عليهم للشهادة دون التقيد بالسر المهني (2/301) <sup>1</sup>.

يلحق بتنفيذ ما أمر به القانون تنفيذ الأوامر الصادرة من سلطة مختصة : ذلك أن القانون يوجب على الموظف المرؤوس إطاعة رئيسه طبقا للتدرج التسلسلي في الوظيف العمومي، وعليه فإن إطاعة المرؤوس لرئيسه ليست إلا تطبيقا لما أمر به القانون، ومثاله تنفيذ أعوان القوة العمومية لأوامر قاضي التحقيق بإحضار المتهم جبرا عنه بطريقة القوة أو القبض عليه كما ورد في المادة 109 ق إ ج وما بعدها، فإنه لا تطبق عليه المادة 291 والتي تعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشرة سنوات كل من اختطف أو قبض أو حبس أو حجز أي شخص بدون أمر من <sup>2</sup> السلطات المختصة، ومثال أيضا السجن المكلف بتطبيق حكم الإعدام فإن قتله لا يعد جريمة <sup>3</sup>.

1. منصور رحماني، مرجع سابق، ص 220.

2. المرجع نفسه، ص 220.

3. د. منصور رحماني، مرجع سابق، ص 220.

**الفرع الثاني : تنفيذ أوامر السلطة المختصة :** ويدخل ضمن إباحة الأفعال بناء على أمر القانون، تنفيذ الأمر الصادر عن سلطة مختصة، وذلك أن القانون يوجب على الموظف المرؤوس إطاعة رئيسه طبقا للتدرج التسلسلي في الوظيف العمومي وعليه فإن إطاعة المرؤوس لرئيسه ليست تطبيقا لما أمر به القانون .

مثال ذلك أن يقوم الموظف المختص بتنفيذ حكم الإعدام بناء على أمر السلطة المختصة، ففعله هذا لا يعد جريمة قتل ولا تنطبق عليه المواد 254 وما بعدها من قانون العقوبات كما أن تنفيذ أحد أعوان القوة العمومية لأوامر قاضي التحقيق بإحضار المتهم جبرا عنه بطريقة القوة أو إلقاء القبض عليه ( راجع المواد 109 من قانون الإجراءات وما بعدها ) لا يجعله مرتكبا لجرائم الإعتداء على الحريات الفردية طبقا للمادة 291 من قانون العقوبات والتي تنص :

يعاقب بالسجن المؤقت من خمس سنوات إلى عشر سنوات كل من اختطف أو قبض أو حبس أو حجز أي شخص بدون أمر السلطات المختصة وخارج الحالات التي يجبر أو يأمر فيها القانون بالقبض على الأفراد .<sup>1</sup>

قد يتطلب القانون أن تصدر أوامر السلطة بشكالية معينة فيجب مراعاتها ومثال ذلك وجوب أن يصدر أمر الإحضار عن قاضي التحقيق كتابة ( المادة 109 من قانون الإجراءات) ففي مثل هذه الحالة يجب على عون القوى العمومية ان يتلقى أمرا بالإحضار. فليس له إن ينفذ بلا أمر الإحضار مدعيا انه ينفذ أمر القانون مباشرة ، كما لا يجوز له إحضار المتهم بدون إحضار كتابي مدعيا انه تلقى الأمر شفوية فنص المادة 109 من قانون الإجراءات الجزائية واضح في ذلك، إذا توجب أن يذكر في كل أمر نوع التهمة ومواد القانون المطبقة مع إيضاح هوية

<sup>1</sup>د. عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 122.

المتهم وتاريخ الأمر وتوقيع القاضي الذي أصدره ومهره بخاتمه ومن أمثلة ذلك أيضا ما نصت عليه المادة 14 من قانون إصلاح السجون ( الصادر بالأمر رقم 2/72 في 19 فبراير سنة 1972 )، من أنه : لا يجوز لأي مستخدم في إدارة إعادة التربية وإعادة التأهيل الإجتماعي للمساجين أن يحبس شخصا دون أن يكون مصحوبا بأوامر حبس قانونية أو حكم يتضمن عقوبة نهائية ومسجل مسبقا في سجل(المؤسسة) وذلك تحت طائلة المتابعة بتهمة الحجز التحكمي .

هذا يعني أن مراعاة الشكل المطلوب قانونا هو أمر لازم لاعتبار أن الفعل مباح متى صدر الأمر من سلطة مخولة بإصداره قانونا، ونفذ من جانب الموظف المختص بتنفيذه حسب القواعد القانونية أيضا<sup>1</sup> .

### المطلب الثاني: ما أذن به القانون

ما أذن به القانون يقابله ما أمر به القانون ونلمح هذا من خلال التعبيرين، إذ أننا وللوهلة الأولى نلمس الفرق بينهما مع العلم أن كل منهما يعتبر سببا للإباحة في نظر قانون العقوبات الجزائري ولمعرفة أن ما أذن به القانون سببا للإباحة بالتفصيل قسمنا هذا المطلب إلى أربعة فروع، فالفرع الأول سنوضح فيه مقصود ما أذن به القانون في استعمال الحق، والفرع الثاني يكون فيه الحديث عن شروط ممارسة الحق، أما الفرع الثالث فخصصناه للحالات التي يأذن بها القانون للموظف باستعمال السلطة التقديرية، أما الفرع الرابع سوف يكون تطبيق ممارسة أحد الحقوق المقررة.

<sup>1</sup>د.عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 123.

**الفرع الأول: المقصود بما أذن به القانون في استعمال الحق:** يقصد وبإذن القانون الترخيص للمخاطب وذلك يكون بالفعل أو الترك، إذ أن هذا اللفظ الذي استعمله المشرع لفظ واسع، ويشمل كل قاعد قانونية، سواء كانت محددة في نص تشريعي أو قاعد واردة في الشريعة الإسلامية أو عرفا ساريا<sup>1</sup>، فلا شك أنه إذا قرر القانون حقا أدى ذلك حتما إلى إباحة الوسيلة لاستعمال هذا الحق أي تبرير الأفعال التي تستهدف الاستعمال المشروع للحق سواء للحصول ما يتضمنه من نتائج، أو لمباشرة ما يخوله من سلطات. و أساس اعتبار استعمال الحق سببا للإباحة وجوب تحقيق الإلتساق بين قواعد القانون، إذ أنه من غير المعقول أن يقرر القانون حقا لشخص ثم يعاقبه عليه إذا حقق هذا الحق.<sup>2</sup>

فالنظام القانوني كل متحد يكمل بعضه بعضا يقوم على التنافس بين فروعه المختلفة، فإذا أعطى الشارع حقا لفرد فلا بد أن يكفل له الحماية في استعماله، ومن ثم كان استعمال الحق سببا عاما من أسباب إباحة الجريمة ما دامت هي الوسيلة اللازمة لمباشرة الحق الذي قرره المشرع.<sup>3</sup>

بناءا عليه فإن القانون يجيز في حالات معينة ويرخص بممارسة عمل كان بغياب هذه الرخصة يعتبر جريمة يعاقب عليها.

كما أن ما أذن به القانون يسمح للمخاطب بالقاعدة أن تكون له حرية الاختيار في القيام بالعمل أو الامتناع عنه، فإذا قام به لا جريمة، وإذا امتنع عنه لا جريمة كذلك، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (61) من قانون الإجراءات الجزائية "يحق لكل شخص في حالة الجنايات أو الجنحة المتلبس بها والمعاقب عليها بعقوبة

1 د. سليمان بارش، مرجع سابق، ص 98.

2 د. رضا فرج، مرجع سابق، ص 146.

3 د. عادل قورة، مرجع سابق، ص 73.

الحبس، ضبط الفاعل واقتياده إلى أقرب مأمور للضبط القضائي" وهذه المادة صريحة في الإذن باستعمالها لكلمة يحق.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: شروط ممارسة الحق كسبب إباحة: لكي يستفيد صاحب الحق

من الإباحة أثناء ممارسته لحقه يجب أن تتوفر ثلاثة شروط، وتكون كالاتي:

**أولاً: وجود الحق:** والمقصود بالحق في هذا المجال هو في مدلوله القانوني العام، أي تلك المصلحة التي يعترف بها القانون ويحميها، فيبيح ما هو ملائم لتحقيقها ولا يشترط أن تكون المصلحة مقررة لمن يستفيد من الإباحة فقد تكون لشخص أو مجتمع.

**ثانياً: التزام حدود الحق:** يجب على صاحب الحق أن يلتزم حدود الحق أثناء ممارسته لهذا الحق، وهذا لتجنب التجاوز في استعماله، أو ما يسمى بالتعسف في استعمال الحق، أو الإساءة في استعمال الحق، وهذا حتى لا يخرج هذا الاستعمال عن وجه المشروع إلى وجه غير مشروع ولهذا نجد الحقوق ليست مطلقة كل الإطلاق، وإنما مقيدة بشروط ومن بين هذه الشروط هو أن يمارس الحق صاحب الحق ذاته لا غير ومثال ذلك حق تأديب الزوجة وممارسة الأعمال الطبية، ومن بين الشروط كذلك ممارسة الحق بأفعال لازمة فيجب أن تكون هذه الممارسة في الحدود المعقولة والتي يقرها القانون وإلا كانت هذه الأفعال غير مشروعة، ويتعلق هذا القيد من جهة بجسامة الأفعال، ومثال ذلك في تأديب الزوجة فإن الضرب يكون خفيفاً غير مبرح وهذا حتى لا يؤدي إلى زوال صفة الإباحة لهذا الحق، إذ أن ضرب الرجل لزوجته لا يأتي إلا بعد استعمال الوعظ والهجر في المضجع، وعدم تحقيق أية نتيجة إيجابية لاستعمالهما.

1 د. منصور رحمانى، مرجع سابق، ص 220.

ثالثا: توافر حسن النية: لكي تتحقق الإباحة يجب على صاحب الحق أن يسعى إلى تحقيق المصلحة الاجتماعية التي شرع أو قرر الحق من أجلها، فالحقوق جميعها غائية ومستهدفة أي يعترف بها القانون لاستهداف أغراض معينة، فلا يعرف القانون حقوقا مجردة من الغاية، أي يستطيع أصحابها مباشرتها دون أن يسألوا عن الهدف من ورائها<sup>1</sup>، فغرض الرجل من ضرب زوجته التأديب و ليس الإيذاء و الإيلام والتحقير، وغرض الطبيب هو العلاج وليس الجرح والتجربة، وغرض الملاك الذي يصيب خصمه هو اللعب والفوز والانتصار في إطار رياضي وليس الضرب والانتقام من خصمه والا فإن سوء النية يتوفر، ويتوفره نزول صفة الإباحة والتبرير، ويقع السلوك تحت دائرة التجريم، فيكون نتيجة ذلك العقوبة المسطرة هذا السلوك.

**الفرع الثالث: الحالات التي يأذن بها القانون للموظف العام باستعمال سلطة تقديرية:** منح القانون للموظف العام سلطة تقديرية في مباشرة بعض أعماله و وظائفه، وعليه فإذا قام الموظف بعمله ضمن هذه الرخصة المعطاة له من القانون، فإن عمله لا يعد جريمة استنادا إلى أن العمل مباح بإذن القانون، وأحكام ذلك كثيرة في قانون الإجراءات الجزائية، وعلى المثال يجيز القانون لمأمور الضبط القضائي تفتيش المنازل (المادة 44)، والاطلاع على المستندات (المادة 45)، و منع أي شخص من مبارحة مكان الجريمة ريثما ينتهي من تحرياته (المادة 50)، وغيرها من الأمثلة، وكل ذلك ضمن شروط يحددها القانون وذلك لاعتبار أن الفعل مباح إذ أن إهمالها وتجاوزها يجعل الفعل غير مشروع.

ففي تفتيش المنازل على سبيل المثال يلزم القانون مأمور الضبط القضائي أن يجري تفتيشه بوجود صاحب المنزل، وبغيابه يستدعي من ينوب عنه، وإذا تعذر عليه ذلك وجب عليه التفتيش بحضور شاهدين من غير الموظفين الخاضعين لسلطة

1 أنظر: د. سليمان بارش، مرجع سابق، ص101.

مأمور الضبط القضائي، فإن لم تراعي هذه الشروط اعتبر القيام بالتنقيش باطلا(المادة 48) لا يمكن تبريره واعتباره سببا للإباحة كما يجب أن تتفق مقاصد المأمور مع غاية القانون، وهو الذي خول لمأمور الضبط القضائي منع أي شخص من مغادرة مكان الجريمة لمصلحة التحقيق وسعيا للوصول إلى الحقيقة، فإذا استغل المأمور سلطته التقديرية لمنع الشخص من المغادرة بغرض الانتقام مثلا، فإن عملة غير مشروع ولا يبرر إباحة الفعل.<sup>1</sup>

**الفرع الرابع: ممارسة أحد الحقوق المقررة:** ويدخل ضمن الأعمال التي يأذن بها القانون ممارسة الشخص لحق قرره القانون له، إذ أننا نقصد بمعنى القانون هنا بمعناه الشامل أي أنه ليس مقتصرًا على قانون العقوبات فقط، وذلك أنه يشمل جميع القواعد القانونية بصفة عامة، فيدخل ضمنه العرف و الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية الأخرى، وبالإمكان أن نجمل هذه الحقوق في حق التأديب، وحق مباشرة الأعمال الطبية، وحق ممارسة بعض الألعاب الرياضية.<sup>2</sup>

**أولاً: حق التأديب:** تتمثل علة الإباحة في ممارسة حق التأديب، في ممارسة حق التأديب، في تقدير المشرع لمصلحة الأسرة ومصلحة المجتمع، حيث تقتضي هذه المصلحة منح بعض أفراد الأسرة سلطة على البعض الآخر، وتدعم هذه السلطة في توقيع الجزاء على من لم يلتزم حدودها ويخرج عنها، وهذه المصلحة السامية إلى مرتبة حق من حقوق المجتمع، ترجح على حق الخاضع لسلطة التأديب في سلامة جسمه، والغاية المستهدفة من حق التأديب هي تهذيب من يخضع له للمحافظة على كيان الأسرة وكيان المجتمع بصفة عامة، وتقويم الصغار وتربيتهم وبالتالي تكوين

1 د. عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص125.

2 المرجع نفسه، ص126.

الأجيال المقبلة للأمة، وهي مصلحة اجتماعية ترقى مصلحة الشخص الخاضع لحق التأديب في سلامة جسمه.<sup>1</sup>

يبيح حق التأديب أعمال الضرب، الإيذاء الخفيف، التي جرمها المشرع في المادة(422) من قانون العقوبات، بينما لا يبيح هذا الحق أعمال الضرب والإيذاء الشديد، الذي يعجز عن الأعمال الشخصية، أو المؤدي إلى عاهة أو المؤدي نهاية حياة الشخص، فتلك أفعال تتنافى مع مصلحة المجتمع، ولا تتفق مع علة التأديب.<sup>2</sup>

ويدخل في حق التأديب تأديب الزوجة وتأديب الصغار وقد أباحت الشريعة الإسلامية هذا الحق حسب ضوابطه المقررة في النصوص الشرعية، سواء أن كان بالنسبة للقرآن الكريم أم بالنسبة للسنة النبوية الشريفة، وعلمنا بذلك فإننا قد فصلنا في هذا الأمر في الجانب الفقهي الإسلامي، فلا داعي لتكرار ما قلناه سابقا.

**ثانيا: حق مباشرة الأعمال الطبية<sup>3</sup>:** من المهن التي يعترف بها القانون مهنة الطب إذ أنه يلزمها عناية فائقة فينظمها وذلك من خلال إذنه للطبيب بمعالجة المرضى قصد استشفائهم من الأمراض التي تصيبهم، فمن الطبيعي أن يؤدي الاعتراف بالحق إلى الاعتراف بالوسائل التي تؤدي إليه مما يؤدي ذلك إلى الاعتراف بالوسائل التي تحقق العلاج المرغوب فيه، وعلة ذلك أن العمل الطبي لا يحمل بذاته اعتداء على

جسم المريض بل على عكس ذلك فهو يهدف إلى الاستشفاء المحقق له لاستعادة سيره الطبيعي أو تخليصه من أي آفة لحقت به، مع العلم أن إباحة العمل الطبي تقتضي مراعاة شروط معينة وهي:

1 د. سليمان بارش، مرجع سابق، ص101.

2 د. عادل قورة، مرجع سابق، ص79.

3 د. عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص127.

**1. الاختصاص في العمل:** وذلك أن يكون المعالج طبيبا ذو مؤهل دراسي يسمح له بموجب قوانين البلاد من مباشرة مهنة الطب لهذا لا تباح الأفعال المتشبهة بالأفعال الطبية والتي تدعى تحقق الشفاء حتى ولو ثبت ذلك

**2. موافقة المريض على العلاج:** إن القانون لا يجبر الأشخاص ولا يجيز للأطباء إجبارهم على التداوي، احتراما لما لجسم الإنسان من حصانة، لهذا فقد يتقيد هذا الحق بنوع المرض المطلوب علاجه فالمريض له الحق على جسمه وله تبعاً لذلك أن يرفض العلاج، ولكن في حالة كون المريض يحمل مرضاً معدياً فيكون علاجه إجباري لتفادي نقل المرض لأفراد المجتمع، فيفترض أن يصدر رضاء المريض عن يعتد برضائه قانوناً، أو ممثله القانوني باتخاذ القرار عند عدم قدرته على ذلك.

**3. تحقيق الغاية:** وقصد العلاج مداواة المريض، وتحقيق هذه الغاية تكون أفعال الطبيب كلها مندرجة تحت دائرة الإباحة، وتخرج عن هذه الدائرة الأفعال الطبية التي غايتها غير العلاج المرغوب فيه مثل العلاج قصد القيام بالتجربة العلمية فيؤدي ذلك إبعاد الفعل عن أسباب التبرير، ويعد عندها عملاً غير مشروع.

**ثالثاً: حق ممارسة الألعاب الرياضية<sup>1</sup>:** تشجع الدولة الرياضة، وتقيم الأندية والملاعب وترصد لذلك أموالاً كثيرة وتسعى لتكوين الأبطال في كل الرياضات، ومن هذه الألعاب ما يدعو للاستعمال العنف على جسم الخصم، كالجري والقفز وكرة القدم وغيرها، فإذا أصيب اللاعب فننظر فيما إن كان الفعل عمدي حينها يسأل الفاعل عن الجريمة العمدية، وإذا كان إهمال يسأل عن جريمة غير عمدية، فإذا انتفى العنف والإهمال فلا مسئولية، ولكن هناك من الألعاب ما يستلزم العنف على جسم اللاعب كالمصارعة والملاكمة، ولكن في الحدود المقررة للعب فإذا ما توفر هذا

<sup>1</sup> د. عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 128.

كان الفعل مباحا استنادا إلى الحق في الممارسة للألعاب الرياضية الذي تشجعه الدولة وتسعى لنشره بين الشباب، ولكن وفق شروط لازمة وهي:

. أن تكون اللعبة من الألعاب الرياضية التي يعترف بها العرف الرياضي ويضع لها تقاليد ويحدد لها جهات معينة لممارستها.

. أن ترتكب أفعال العنف على المنافس أثناء المباراة، فإذا فعل ذلك في الراحة أو بعد المباراة .

. أن يتناسب فعل العنف وقواعد اللعبة المتعارف عليها فإذا خرج اللاعب على تلك القواعد عمدا لإيذاء الخصم، فإنه يسأل عن الجريمة العمدية.

## المبحث الثاني: الدفاع الشرعي

أخذ المشرع الجزائري كغيره من التشريعات الأخرى بالدفاع الشرعي كسبب من أسباب الإباحة، وقد ورد النص عليه في المادة 39 في الفقرة الثانية التي أفادت أنه فعل مبرر، ثم المادة 40 التي فصلت حالته<sup>1</sup>، ولأنه يكتسي أهمية بالغة فنجد المشرع الجزائري أحكامه من خلال المادتين المذكورتين، وللمحافظة على الكيان الإنساني نجد المشرع قد زود كل فرد بحقه في الدفاع عن حقوقه المهددة في حالة وقوع الاعتداء عليها، وللتفصيل في هذا السبب والمعرفة عليه أكثر قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، المطلب الأول يتمحور حول ماهية الدفاع الشرعي، أما المطلب الثاني سيكون الحديث فيه على شروط الدفاع الشرعي، أما المطلب الثالث والأخير فجعلناه لتجاوز الدفاع الشرعي.

### المطلب الأول: ماهية الدفاع الشرعي

المبدأ العام في القانون أنه لا يجوز للشخص أن ينتصف لنفسه بنفسه فإذا ما وقع عليه اعتداء، وجب رفع الأمر للسلطات المختصة لإنصافه، ولكن في بعض الأحيان يكون وقت وقوع الخطر لا يسمح لهذا الشخص مراجعة السلطات المختصة في الوقت المناسب<sup>2</sup>، لذلك كان على كل شخص العلم والإحاطة بكل ما يتعلق بالدفاع الشرعي كمعناه، وحقيقته، وشروطه، وغيرها من الأمور الأخرى، وهذا كي يكون الإنسان مستعدا حين مواجهته لبعض الأخطار، ومنه وبداية سوف نتعرض في هذا المطلب إلى مفهوم الدفاع الشرعي وهو الفرع الأول، أما الفرع الثاني سنحدد فيه الأساس القانوني له.

1 د. منصور رحمان، مرجع سابق، ص 222.

2 د. عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 126.

**الفرع الأول: مفهوم الدفاع الشرعي:** الدفاع الشرعي هو الحالة الثالثة التي جعلها قانون العقوبات سببا للإباحة، وقد ورد في المادتين 39 و40، من قانون العقوبات أحكامه، ويعرف الدفاع الشرعي بأنه هو ذلك الحق الذي يقرره القانون لاستعمال القوة اللازمة لمصلحة المدافع لرد الاعتداء عليه أو على ماله أو على نفس الغير أو ماله، ومن خلال التعريف نستشف أن الدفاع مشروع بنص قانوني، وأن للمدافع استعمال القوة في رد الاعتداء على النفس والمال سواء كانت له أو لغيره شريطة أن تكون القوة المستعملة في ذلك لازمة، أي لا يمكن الدفع بأقل منها.<sup>1</sup>

**الفرع الثاني: الأساس القانوني للدفاع الشرعي:** تضاربت الآراء في الفقه القانوني حول الطبيعة القانونية للدفاع الشرعي، ففريق يعتبره نوع من الإكراه المعنوي يمنع المسؤولية الجنائية لأن المدافع يخضعه لضغط الاعتداء، مما يؤدي به إلى القيام بأفعال قد تكون إجرامية خارج إطار الدفاع الشرعي.

في رأي آخر اعتبار المدافع يقوم مقام الدولة في رد الاعتداء إذ لا يمكنها ظروف الحادث القيام به في حينه، مما يجعله مارس وظيفة عامة نيابة عنها، لذلك لكل فرد الحق في رد الاعتداء بسبب الضرورة.

لكن الرأي الغالب الذي عليه الفقه يرى بأن الدفاع الشرعي يقوم على فكرة المقابلة أو الموازنة بين المصالح المتعارضة للأفراد، وإيثار مصلحة أولى بالرعاية تحقيقا للمصالح العام، ففعل الدفاع وإن أهدر حق المعتدى عليه وهو الحق الأجدر بالرعاية في نظر المجتمع بعد أن أهبط المعتدي بالقيمة الاجتماعية لحقه.<sup>2</sup>

1 د. منصور رحمانى، مرجع سابق، ص222.  
2 د. عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص131، 130.

## المطلب الثاني : شروط الدفاع الشرعي .

الفرع الأول: شروط الاعتداء : وتتمثل في ثلاثة شروط.

أولاً: فعل يهدد بخطر غير مشروع : لا يجوز القول بعدم وجود دفاع شرعي قبل أن يبادر المعتدي بفعل ينشأ عنه خطراً يهدد حقاً محمياً بالقانون وينبعث هذا الخطر عادة عن فعل ايجابي إذ من النادر أن يتحقق الخطر بفعل سلبي، ولكنه إذ تحقق الخطر بفعل سلبي، كما في حالة الأم التي تمتنع عن إرضاع طفلها بقصد قتله فإنه يجوز إرغامها بالوسائل المناسبة على الإرضاع لإنقاذ الطفل من الهلاك .

يكون الخطر مشروعاً إذا كان مبعثه عمل من الأعمال التي تخضع لسبب من أسباب الإباحة التي ينقضي معها حق الدفاع الشرعي فالمتهم المتلبس بالجريمة لا يعد في حالة دفاع شرعي ضد من يتعقبه للقبض عليه، والسجين طبقاً للقانون ليس له مقاومة السجن بحجة الدفاع الشرعي لمنعه من الفرار، وليس للولد أن يحتج بالدفاع الشرعي للرد على ضرب والده في حدود التأديب.<sup>1</sup>

ثانياً: أن يكون الخطر حالاً : يكون الخطر حالاً عندما يكون فعل الاعتداء على وشك الوقوع فهو وإن لم يقع بعد فإنه متوقع أن يحدث فوراً حسب المجرى العادي للأمر، وقد يحل الخطر وذلك بوقوع فعل الاعتداء، ويستمر الخطر حالاً ما دام فعل الاعتداء مستمراً لم ينته بعد ويعني ذلك أن فعل الدفاع المشروع هو الفعل الذي يواجه خطراً قائماً نتيجة لاعتداء على وشك الوقوع، أو نتيجة لاعتداء على وشك الوقوع أو نتيجة لاعتداء وقع ولو ينته بعد.<sup>2</sup>

<sup>1</sup>د. عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 131-132.  
<sup>2</sup>المرجع نفسه، ص 134.

**ثالثا: أن يهدد الخطر أو المال :** يجيز القانون بنص المادة 39 الدفاع عن النفس أو المال فلم يحدد جرائم بعينها دون أخرى مما يعني وجوب أن يؤخذ النص بمعنى عام وشامل فكل الجرائم التي تقع على الأشخاص تجيز أفعال الدفاع الشرعي فلا فرق بين الجرائم التي تقع على الأجسام ( الضرب والجرح والقتل ) أو الجرائم التي تمس العرض أو الشرف أو الاعتبار وكذلك الأمر بالنسبة للجرائم التي تقع على الأموال فكلها جرائم تبيح فعل الدفاع الشرعي. وقد توسع النص فأجاز للشخص أن يدافع من نفس الغير ومن مال الغير كما يدافع من نفسه ومن ماله، بدون شروط<sup>1</sup>.

**الفرع الثاني: شروط الدفاع :** إذا توافر في فعل المعتدي الشروط التي ذكرناها ووجد المعتدى عليه نفسه أمام خطر داهم أو خطر قائم، حق له استعمال القوة اللازمة لصد العدوان يفيد بأن القانون أفاد للمعتدى عليه القيام بأفعال هي أصلا من قبيل الجرائم المنصوص عليها بالقانون كحالة احتياطية، ولذا وجب على المدافع أن يقدر هذه الحقيقة، فلا يستعمل حقه في الدفاع إلا في حدود ما يلزم وبالقدر المناسب لدرء الخطر، فالقانون أباح الفعل لرد الاعتداء وليس للانتقام وعلى ذلك تتحدد شروط فعل الدفاع في شرطين اللزوم والتناسب .

**أولا: شرط اللزوم :** ويعني هذا الشرط أن يكون فعل الدفاع لازما أي ضروريا لرد الاعتداء فإذا كان بإمكان المدافع رد الاعتداء بفعل لا يعد جريمة، فليس له الإلتجاء إلى أفعال مجرمة للدفاع الشرعي ومثال ذلك أن يكون باستطاعة المدافع أن يجرده خصمه من سلاحه الذي هدده به دون تعريض نفسه للخطر، ففي هذه الحالة لا يجوز له استعمال الدفاع الشرعي بقتل خصمه أو إيذائه فهذا يعد من قبيل الإنتقام لا

<sup>1</sup>د. عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص ص 135-136

درء الخطر وعلى ذلك فإن اللزوم يعني أن يكون فعل الدفاع هو الطريق الوحيد أمام المدافع للتخلص من الخطر<sup>1</sup>.

**ثانياً: شرط التناسب :** ونعني بهذا الشرط ( الذي اشترطه النص صراحة ) هو أن يلجأ المدافع إلى فعل يكفيه شر الخطر المحقق به فحسب فإذا بالغ المدافع في رد الفعل إختل شرط التناسب وعد عمله غير مشروع وظروف الواقعة يمكن أن تتبئ بذلك، وإن كان ذلك ليس أمراً سهلاً، إذ يحكمها اعتبارات كثيرة يجب مراعاتها، كالقوة البدنية للمتخاصمين، أو الأدوات المستعملة في الاعتداء والدفاع أو الظروف التي وجد بها المدافع . لذلك فإنه من الصعب إيجاد المعيار السليم الذي يحكم فكرة التناسب، فالقول بمعيار شخصي يعرضنا للنقد مفاده أننا بصدد أسباب إباحة وهي أسباب موضوعية لا شخصية أما القول بالمعيار الموضوعي فيتعرض بالنقد أيضاً بسبب إهمال طبيعة كل واقعة وظروفها وشخصية المدافع<sup>2</sup>.

### المطلب الثالث: تجاوز حدود الدفاع الشرعي

ليس دائماً يكون الدفاع الشرعي في صورته الصحيحة كما عهدتها القانون، مع العلم أنه حق لكل مدافع لأن الفعل الذي يقوم به مبرر و مرفوعة عنه صفة التجريم، إلا أن في بعض الحالات يكون فعل الدفاع لدى المدافع عكس ذلك مما يؤدي إلى تجاوزه حدود الدفاع الشرعي، ولتوضيح هذا الأخير أكثر فرعنا هذا المطلب إلى فرعين فالفرع الأول نبين فيه معنى تجاوز حدود الدفاع الشرعي، والفرع الثاني سوف نتطرق فيه إلى الحكم القانوني لعذر التجاوز وفقاً لقانون العقوبات.

1.د.عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 136

1.أ.حسني محمود نجيب، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة 6، دار النهضة العربية، القاهرة جمهورية مصر العربية، 1989، ص226.

**الفرع الأول: معنى تجاوز حدود الدفاع الشرعي:** اتفق الفقهاء على أن تجاوز حدود الدفاع الشرعي هو انتفاء شرط من شروط الدفاع الشرعي، وهو شرط التناسب بين جسامة فعل الدفاع والخطر المهدد للمعتدى عليه، أي استعمال قدر من القوة الزائدة لرد الخطر وإبعاده عليه، والتجاوز عن حدود الحق بهذا المعنى يستلزم سبق قيام حالة الدفاع بتوافر شروطها، وعلى ذلك فليس المقصود انتفاء شرط من شروط الدفاع الشرعي<sup>1</sup>.

فتخلف شرط من شروط فعل الاعتداء المستوجبة لقيام حالة الدفاع الشرعي يلغي وجود حق الدفاع الشرعي قانونا، فإذا كان الخطر مشروعا أو كان مستقبلا فلا يتوفر لدينا حق الدفاع الشرعي وإنما يتوفر لدينا ما يسمى بمحيط التجريم، كذلك إذ لم يكن الدفاع لازما ولم يكن موجها لمصدر الخطر أو أنه منعدما، فإن سبب الإباحة يندم وينتفي قانونا، أما شرط التناسب فهو يفترض توافر الشروط الأخرى مجتمعة والتي بها حق الدفاع الشرعي قانونا، وأما شرط التناسب ما هو إلا الإطار الذي يجب أن يباشر الدفاع في نطاقه، وعليه إذا تخلف التناسب بين جسامة الخطر والدفاع فسوف يؤدي بنا ذلك إلى نطاق التجاوز<sup>2</sup>.

**الفرع الثاني: الحكم القانوني لعذر التجاوز وفقا لقانون العقوبات الجزائري:** نظم المشرع الجزائري حالة التجاوز من خلال المادتين 277-278، ويمكن من خلالهما استخلاص حكم المشرع في تجاوز حدود الدفاع الشرعي والشروط المطلوبة لاستفادة المدافع الذي تجاوز حدود الدفاع من الأعذار القانونية المخففة، لذلك جاء في تعريف الأعذار القانونية في نص المادة 52 من قانون العقوبات: هي حالات محددة في القانون على سبيل الحصر يترتب عليها مع قيام الجريمة والمسئولية إما عدم

1 د. علي خليل، جرائم القتل علما وعملا، بدون طبعة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، جمهورية مصر العربية، 2002، ص 847.

2 د. مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ص 248.

عقاب المتهم إذا كانت أذكار معفية، ولما تخفيف العقوبة إذا كانت مخففة"، وقد بينت المادة 283 من قانون العقوبات، العقوبات، المخففة.

فقد نصت المادة 277 من قانون العقوبات على ما يلي: "يستفيد مرتكب جرائم القتل والجرح والضرب من الأذكار إذا دفعه إلى ارتكابها وقوع ضرب شديد من أحد الأشخاص.

كما يتضح من خلال هذا النص أن مرتكب جرائم القتل والجرح والضرب يستفيد من العذر المخفف إذا دفع إلى ارتكابها وقوع ضرب شديد من أحد الأشخاص، ويمكن أن نفهم أننا أمام حالة من حالات تجاوز حدود الدفاع الشرعي، فإن المدافع لم يوجه دفاعه إلى مصدر الخطر بل إلى شخص آخر كان يصاحب المعتدي فقتله أو جرحه أو ضربه، ولا يشترط لتطبيق هذا النص والاستفادة من العذر القانوني في كل حالة ارتكب فيها شخص جرائم القتل والجرح أو الضرب بعد أن وقع عليه ضرب شديد من أحد الأشخاص بحيث لا تتوافر جميع شروط الدفاع الشرعي لدى هذا الشخص حتى يستطيع الاحتجاج بقيام حالة الدفاع، فإما أن يكون فعله لم يوجهه تماما إلى مصدر الخطر بل وقع على شخص آخر لم يقع منه الاعتداء وكان ذلك بسبب رغبة من وقع عليه الضرب الشديد في الانتقام من الضارب، وأما من وقع عليه الضرب فقط يكون قد تجاوز بفعله جسامة الخطر الذي كان يتهدده، فنص المادة 277 لاشك أنه ينظم حالات تجاوز حدود الدفاع الشرعي المنصوص عليها بالمادة 2/39.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> بن عمر الوالي، ضوابط الدفاع الشرعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون العقوبات الجزائري، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2007، 2008، ص134، 135.

أما العذر القانوني الوارد بنص المادة 278 فهو كالتالي:

تنص المادة 278 من قانون العقوبات على ما يلي يستفيد مرتكب جرائم القتل والجرح والضرب من الأعذار إذا ارتكبها لدفع تسلق أو ثقب أسوار أو حيطان أو تحطيم مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو ملحقاتها إذا حدث ذلك أثناء النهار وإذا حدث ذلك أثناء الليل، فنطبق أحكام المادة 40، وإذا رجعنا إلى نص المادة 40 الفقرة 2 لوجدنا أن هذه الأفعال هي تقريبا الأفعال التي تبرر قيام حالات الدفاع الشرعي الممتاز والتي تبرر القتل والجرح والضرب إذا ارتكبت لمنع هذه الأفعال إذا وقع الاعتداء ليلا أما إذا وقع الاعتداء نهارا فإن الفعل الذي ترتب عليه القتل و الجرح يكون ضمن الأفعال التي يرتب لها القانون عذرا مخففا.

فالعذر الذي تناولته المادة 278 هو عذر لمن تجاوز حدود الدفاع الشرعي الممتاز المنصوص عليه بالمادة 40 الفقرة 1 وتجاوز حدود الدفاع الشرعي الممتاز ينحصر في هذه الحالة في عدم توافر شرط الليل.<sup>1</sup>

يمكن القول أن المشرع الجزائري قد نظم بعض أحكام تجاوز الدفاع الشرعي النصوص عليه في المادتين 39 و 40 وذلك بأن اعتبارها ظروف مخففة للعقاب على من تجاوز حدود الدفاع الشرعي أما العقوبات المخففة نتيجة أعمار قانونية فقد تناولها المشرع بنص المادة 283 من قانون العقوبات.

غير أن ما ذهب إليه الدكتور رضا فرج قد لا يتفق معه فقهاء القانون، ذلك أن هذا الرأي لم نجد له أثرا في كتب شرّاح قانون العقوبات الجزائري<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> د.رضا فرج، مرجع سابق، ص 135.

<sup>2</sup> بن عمر الوالي، مرجع سابق، ص 135-136.

دخاتمة

## الخاتمة

الحمد لله الذي تتم بنعمه الصالحات، وأشهد أن لا إله إلا الله لا معبود سواه ، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله صلى الله عليه وسلم، وعلى آله وصحبه وسلم سليما كثيرا أما بعد...

بعد خوض غمار هذا البحث والتعمق في جزئياته حاولنا قدر الإمكان الإجابة على الإشكالية الرئيسية المطروحة ومختلف التساؤلات المرتبطة بها من خلال جملة من النتائج التي خلصنا إليها، كما نقف على بعض الاقتراحات التي ارتأيناها أن تكون وذلك لحماية حقوق الأفراد وتغليب الإيجابيات على السلبيات، خاصة إذا كان الأمر يتعلق بموضوع جوهري كموضوعنا هذا أسباب الإباحة، ونوضح كل ذلك في النتائج الآتية:

1. رغم تعدد المسميات لأسباب الإباحة إلا أنها تقوم على فكرة واحدة وهي انتفاء صفة التجريم على الفعل المرتكب إذا اقترن بسبب من هذه الأسباب.
2. أن أسباب الإباحة في الفقه الإسلامي هي أوسع وأشمل منها في الفقه الوضعي إذ أنه في هذا الأخير نجدتها مقتصرة على الإنسان ومحيطه الشخصي وتصرفاته الشخصية فقط، أما في الفقه الإسلامي فتمتد إلى أكثر من ذلك حيث نجدتها متعلقة بالإنسان وتصرفاته و محيطه ومحيط غيره وحتى مأكله.
3. أن أسباب الإباحة في الفقه الجنائي الإسلامي تتمثل في: استعمال الحق و أداء الواجب والدفاع الشرعي الخاص والعام وحالة الضرورة.
4. الإباحة ثابتة مشروعيتها في كافة مصادر التشريع الإسلامي.
5. دور التشريع الجنائي في الحفاظ على حياة الناس وأعراضهم وممتلكاتهم.
6. أن الشريعة الإسلامية كان لها فضل السبق في حماية مصالح الخلق وتغليب ما كان فيها أولى بالرعاية والحفظ ولذلك كانت المصلحة هي مدار التشريع وغاية الأحكام ومن ذلك ضبط أسباب الإباحة حتى لا يضيع حقوق العباد.

7. أن أساس التجريم والعقاب في التشريع الإسلامي يتسع كل مخالفة ما أمر به الله تعالى أو نهى عنه.
8. أسباب الإباحة في القانون تتمثل في: ما أمر به القانون وما أذن به القانون، والدفاع الشرعي.
9. توفر سبب من أسباب الإباحة يؤدي إلى انتفاء الجرم عن الفعل المر تكب مما يؤدي إلى انتفاء المسؤولية الجنائية وبالتالي انتفاء أو سقوط العقوبة.
- 10- أن جميع هذه الأسباب تقوم على ضوابط ينظمها القانون ضمن مواده.
11. يستلزم للقانون لعد الفاعل مجرماً تخلف شرط من هذه الشروط.
- 12- أن أسباب الإباحة تنفي إحدى ركني الجريمة، وهو الركن الشرعي حيث أنها تعطل مفعوله.
13. عدم انتفاء صفة التجريم عن الفعل إذا ما تخلف سبب من أسباب الإباحة يكون مرتكب الفعل مسئول عنه طبقاً للشريعة والقواعد العامة.
14. أسباب الإباحة تحول دون المسؤولية الجنائية والعقوبة، ودون إمكان المساءلة المدنية.
15. أن هناك علاقة تدرجية بين أسباب الإباحة ورفع المسؤولية الجنائية ورفع العقوبة.
- 16- الجهل بأسباب أو الغلط فيها لا يحول دون استفادة الشخص منها، كون أسباب الإباحة ظروف عينية موضوعية، في حين الجهل والغلط أسباب نفسية وشخصية ولا يجوز إعمال هذا النوع في ماديات الجريمة.

المصاحف والمراجع

## قائمة المصادر والمرجع

### أولاً: المصادر

- القرآن الكريم.

- السنة النبوية.

### ثانياً: المراجع

#### الكتب:

1. أحسن بوصقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، الطبعة 2، دار هومة، الجزائر، سنة 2004.
2. بن الشيخ لحسن، مبادئ القانون الجزائي العام، دار هومة، الجزائر، 2004، بدون طبعة .
3. حسن السيد الخطاب، قاعدة الضرورات تبيح المحضورات وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي، بدون طبعة، بدون دار نشر، بدون بلد نشر، بدون سنة نشر.
4. رضا فرج ، " شرح قانون العقوبات الجزائري" الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، بدون طبعة، بدون بلد، بدون سنة.
5. سليمان بارش : " شرح قانون العقوبات الجزائري ، مطبعة عمار قرفي ، باتنة ، سنة 1992
6. عادل قورة : محاضرات في قانون العقوبات ، القسم العام ، الجريمة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة 2، الجزائر ، سنة 1988 .

7. عبد الحميد الشواربي : "التعليق الموضوعي على قانون العقوبات " ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، سنة 2003،
7. عبد الحميد الشواربي، الدفاع الشرعي في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، مصر، 1998م، بدون طبعة .
8. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج1، بدون طبعة، دار الكتب العربي، بيروت، بدون سنة.
9. عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، الجزء الأول، الطبعة 6، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، سنة 2005،.
10. عدلي خليل، جرائم القتل علما وعملا، دار الكتب القانونية المجلة الكبرى، مصر، 2002م .
11. مأمون مجمد سلامة : "قانون العقوبات، القسم العام "، دار الفكر العربي، بدون بلد، سنة 1979.
12. محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، كتاب القاموس المحيط، ج 1، بدون طبعة، مؤسسة الرسالة لطباعة والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، 1429 هـ، 2005م،.
13. محمود نجيب حسني، الفقه الجنائي الإسلامي، بدون طبعة ، لا دار النشر، بدون بلد، 2006.
14. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، الطبعة 6، دار النهضة العربية، مصر - القاهرة، 1989م، .
15. منصور رحمانى : "الوجيز في القانون الجنائي العام " ،، بدون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، بدون بلد، بدون سنة.
16. وهبة الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه،، إعادة الطبعة 1، دار الفكر، سوريا - دمشق، 1419 هـ - 1999م.

18. وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، بدون طبعة، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1405هـ - 1985م.

#### المذكرات:

1. بن عومر الوالي، ضوابط الدفاع الشرعي (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون العقوبات)، مذكرة ماجستير كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، الجزائر، 2007م - 2008م .
2. زيدان حمدان محمود ساخن، الدفاع الشرعي الخاص في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة مع القانون الوضعي)، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الفقه والتشريع كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس - فلسطين، 2008م .
3. علاء الدين إبراهيم محمود شوقي، الدفاع الشرعي العام في التشريع الجنائي الإسلامي (دراسة فقهية مقارنة) مذكرة لنيل درجة الماجستير كلية الدراسات العليا بجامعة النجاح الوطنية، نابلس - فلسطين، 2008م .
4. ناصر بن محمد الجوفان، الدفاع الشرعي (دراسة مقارنة)، مجلة العدد، بدون بلد، 1434هـ.

#### الأوامر والنصوص القانونية:

1. دستور 1996م المؤرخ في 28 ديسمبر 1996م .
2. الأمر رقم 66 - 156 المؤرخ في 08 جوان 1966م، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية.
3. الأمر رقم 66 - 156 المؤرخ في 08 جوان 1966م، المتضمن قانون العقوبات
4. الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني.

الفهرس

الفه — رس

الصفحة	الموضوع
.....	الإهداء.....
.....	شكر وعرافان.....
أ	مقدمة.....
7.	الفصل الأول: الإطار النظري لأسباب الإباحة.....
8	المبحث الأول: الإطار الفقهي لأسباب الإباحة.....
8	المطلب الأول: ماهية أسباب الإباحة في الفقه الإسلامي.....
8	الفرع الأول: تعبير الإباحة في الفقه الإسلامي.....
9	الفرع الثاني: مفهوم أسباب الإباحة.....
10	الفرع الثالث: الإباحة الأصلية والإباحة الاستثنائية.....
10	الفرع الرابع: آثار الإباحة.....
11	المطلب الثاني: العلة في إباحة الفعل المحرم.....
12	المطلب الثالث: التمييز بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية وموانع العقاب.....
12	الفرع الأول: أسباب الإباحة.....
12	الفرع الثاني: موانع المسؤولية الجنائية.....
13	الفرع الثالث: موانع العقاب.....
15	المبحث الثاني: الإطار القانوني لأسباب الإباحة.....
15	المطلب الأول: الأساس القانوني لأسباب الإباحة.....
16	الفرع الأول: حالة انتفاء العدوان.....
16	الفرع الثاني: حالة رجحان الحق.....
17	الفرع الثالث: حالة الرضا بالعدوان.....
17	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لأسباب الإباحة.....
18	الفرع الأول: من حيث أساسها.....
18	الفرع الثاني: من حيث عناصرها.....
18	الفرع الثالث: من حيث آثارها.....
20	المطلب الثالث: التفرقة بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية وموانع العقاب.....

20	الفرع الأول: التفرقة بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية.....
22	الفرع الثاني: التفرقة بين أسباب الإباحة وموانع العقاب.....
25	الفصل الثاني: أسباب الإباحة في الفقه الإسلامي.....
26	المبحث الأول: استعمال الحق وأداء الواجب.....
26	المطلب الأول: استعمال الحق.....
27	الفرع الأول: الشروط العامة لاستعمال الحق.....
30	الفرع الثاني: التأديب.....
33	الفرع الثالث: التطبيب.....
36	الفرع الرابع: ألعاب الفروسية.....
37	المطلب الثاني: أداء الواجب ( استعمال السلطة ).....
39	الفرع الأول: الفعل الذي يأتيه الشخص العادي.....
41	الفرع الثاني: الفعل الذي يصدر عن موظف عام.....
44	المبحث الثاني: الدفاع الشرعي.....
45	المطلب الأول: الدفاع الشرعي الخاص ( دفع الصائل).....
45	الفرع الأول: معنى الدفاع الشرعي.....
47	الفرع الثاني: شروط دفع الصائل.....
52	الفرع الثالث: أقسام دفع الصائل.....
54	المطلب الثاني: الدفاع الشرعي العام (الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر).....
55	الفرع الأول: مفهوم الدفاع الشرعي العام في الاصطلاح الفقهي المعاصر.....
57	الفرع الثاني: التكييف الشرعي للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.....
58	الفرع الثالث: الشروط المطلوبة في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.....
61	الفرع الرابع: شروط الأمر والنهي عن المنكر.....
62	الفرع الخامس: وسائل دفع المنكر.....
66	الفرع السادس: حكم تجاوز دفع المنكر.....
67	المطلب الثالث: الفرق بين الدفاع الشرعي العام والدفاع الشرعي الخاص.....
67	الفرع الأول: من حيث المفهوم.....
67	الفرع الثاني: من حيث الموضوع.....
68	الفرع الثالث: من حيث الهدف.....
70	المبحث الثالث: حالة الضرورة.....

70	المطلب الأول: مفهوم حالة الضرورة وشروطها.....
70	الفرع الأول: مفهوم حالة الضرورة.....
72	الفرع الثاني: شروط حالة الضرورة.....
72	المطلب الثاني: التكييف الشرعي لحالة الضرورة وحكمها.....
72	الفرع الأول: التكييف الشرعي لحالة الضرورة .....
73	الفرع الثاني: حكم حالة الضرورة.....
76	الفصل الثالث: أسباب الإباحة في قانون العقوبات الجزائي.....
77	المبحث الأول: الأفعال المبررة (ما يأمر أو يأذن به القانون).....
77	المطلب الأول: ما يأمر به القانون (أداء الواجب).....
78	الفرع الأول: التنفيذ المباشر لأمر القانون.....
80	الفرع الثاني: تنفيذ أوامر السلطة المختصة.....
81	المطلب الثاني: ما أذن به القانون.....
82	الفرع الأول: المقصود بما أذن به القانون في استعمال الحق.....
83	الفرع الثاني: شروط ممارسة الحق كسبب إباحة.....
84	الفرع الثالث: الحالات التي يأذن بها القانون للموظف العام باستعمال سلطة تقديرية.....
85	الفرع الرابع: ممارسة أحد الحقوق المقررة.....
89	المبحث الثاني: الدفاع الشرعي.....
89	المطلب الأول: ماهية الدفاع الشرعي.....
90	الفرع الأول: مفهوم الدفاع الشرعي.....
90	الفرع الثاني: الأساس القانوني للدفاع الشرعي.....
91	المطلب الثاني: شروط الدفاع الشرعي.....
91	الفرع الأول: شروط الإعتداء.....
92	الفرع الثاني: شروط الدفاع.....
93	المطلب الثالث: تجاوز حدود الدفاع الشرعي.....
94	الفرع الأول: معنى تجاوز حدود الدفاع الشرعي.....
94	الفرع الثاني: الحكم القانوني لعذر التجاوز وفقا لقانون العقوبات الجزائي.....
98	الخاتمة.....
101	قائمة المصادر والمراجع.....
105	الفهرس.....

