

# أسباب الإباحة في القانون الجنائي المصري والفقہ الإسلامي

إعداد الدكتور  
طه السيد أحمد الرشيد  
أستاذ القانون الجنائي المساعد  
بكلية الشريعة والقانون بدمنهور  
جامعة الأزهر

[TahaElrashedy.35@azhar.edu.eg](mailto:TahaElrashedy.35@azhar.edu.eg)

## أسباب الإباحة في القانون الجنائي المصري والفقہ الإسلامي

طه السيد أحمد الرشيدى

قسم القانون الجنائي ، كلية الشريعة والقانون ، جامعة الأزهر ، دمنهور ، مصر .

البريد الإلكتروني: [TahaElrashedy.35@azhar.edu.eg](mailto:TahaElrashedy.35@azhar.edu.eg)

### الملخص :

أسباب الإباحة عبارة عن ظروف موضوعية لصيقة بماديات الجريمة، ولا علاقة لها بشخصية الجاني ونفسيته. وهي تمثل قيوداً على نصوص التجريم يترتب عليها انتفاء الركن الشرعي للجريمة؛ لأن سبب الإباحة يدخل على الفعل غير المشروع فينزع عنه الصفة غير المشروعة التي علقته به، ويجعله فعلاً مشروعاً في الظروف التي ارتكب فيها، كالجراحة للتطبيب، والدفاع الشرعي. وأسباب الإباحة في القانون المصري والفقہ الإسلامي تتمثل في استعمال الحق، واستعمال السلطة، ورضاء المجني عليه، والدفاع الشرعي. وهي واردة على سبيل الحصر وبالتالي لا يجوز للقاضي ان يقضي بإباحة فعل بناء على سبب آخر غير منصوص عليه قانوناً. وقد حدد المشرع لكل سبب إباحة شروط وضوابط معينة ينبغي توافرها لكي ينتج أثره، حتى لا يفتح المجال واسعاً أمام المتذرعين به للحصول على الإعفاء من العقوبة أو التخفيف منها. وتبدو أهمية أسباب الإباحة في أنها تبيح الفعل سواء علم مرتكب الفعل بهذه الإباحة أو لم يعلم. وأنها ذات طبيعة موضوعية يمتد أثرها ويستفيد منها كل من ساهم فيها. كما أنها تنفي المسؤولية الجنائية والمدنية معاً وهي بذلك تختلف عن موانع المسؤولية وموانع العقاب. وفي ضوء ما تقدم فإنني سوف أقوم بدراسة أسباب الإباحة في القانون الجنائي المصري والفقہ الإسلامي، مبيناً مفهومها، والحكمة منها، وصورها، وتميزها عن موانع المسؤولية وموانع العقاب، والآثار المترتبة عليها. بمشيئة الله تعالى.

الكلمات المفتاحية: مشروعية - إباحة - حق - طب - واجب - دفاع - مسئولية.

## **Reasons for legalization in the Egyptian criminal law and Islamic jurisprudence**

**Taha Mr. Ahmed Al-Rashidi**

**Department of Criminal Law, College of Sharia and Law, Al-Azhar University ,Damanhour , Egypt.**

Email: [TahaElrashedy.35@azhar.edu.eg](mailto:TahaElrashedy.35@azhar.edu.eg)

### **Abstract:**

The reasons for legalization are objective circumstances that are closely related to the crime, and It has nothing to do with the personality of the perpetrator. They represent restrictions on criminalization provisions, which results in the elimination of the legal pillar of the crime . the reason for legalization removes from the wrongful act the unlawful attribute that was attached to it and making it a legitimate act in the circumstances in which it was committed ,for example surgery in medicine and legal defense. The reasons for legalization in Egyptian law and Islamic jurisprudence are the use of the right, the performance of duty (the use of power), the consent of the victim, and legal defense. It is contained exclusively and therefore it is not permissible for a judge to decree the permissibility of an act based on another reason not provided for by law. The legislator has specified certain conditions and controls for each legislation reason that must be met in order to produce its

effect, and not to allow for those who invoke them to obtain exemption from punishment or reduce it. And the importance of the reasons for legalization seems to be that it permits the act, whether or not the perpetrator knew of this act. And it is of an objective nature whose impact extends and benefits everyone who contributed to it. It also denies both criminal and civil responsibility, and as such it differs from barriers of responsibility and punishment. Based on the above, I will study the reasons for legalization in the Egyptian criminal law and Islamic jurisprudence, stating its concept, causes, and its types, and distinguishing it from the barriers of responsibility and the barriers of punishment, and their implications.

**Keywords:** Legitimacy – Legislation – Right–medicine  
–Sport – Duty– Defense – Responsibility

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿قَالُوا سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا

إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ﴾

صدق الله العظيم  
[ سورة البقرة الآية رقم: ٣٢ ]

## مقدمة

### بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إن الحمد لله، نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، و أن محمداً عبده ورسوله، اللهم صلى وسلم وبارك عليه وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.. أما بعد:

فإن أسباب الإباحة عبارة عن ظروف موضوعية لصيقة بماديات الجريمة، ولا علاقة لها بشخصية الجاني ونفسيته. وهي تمثل قيوداً على نصوص التجريم يترتب عليها انتفاء الركن الشرعي للجريمة<sup>(١)</sup>؛ لأن سبب الإباحة يدخل على الفعل غير المشروع فينزعه عنه الصفة غير المشروعة التي علقت به ويرده إلى أصله من المشروعية أي يجعله فعلاً مشروعاً في الظروف التي ارتكب فيها<sup>(٢)</sup>. أو هي تلك الأسباب التي إذا عرضت لسلوك خاضع لنص يجرمه أخرجت هذا السلوك من نطاق التجريم بإزالة الصفة غير المشروعة عنه، وأعادته إلى سلوك مشروع غير مجرم ولا عقاب عليه، فالدور القانوني لأسباب الإباحة يخرج الفعل من نطاق التجريم ويخلع الصفة غير المشروعة عنه ويرده إلى أصله من المشروعية<sup>(٣)</sup>.

- (١) الركن الشرعي للجريمة يقوم على أساسين، الأساس الأول: وهو أن يخضع الفعل المرتكب لنص يجرمه، أما الأساس الثاني فهو: ألا يكون هذا الفعل خاضعاً لسبب يبيحه، وذلك لأن سبب الإباحة يدخل على الفعل غير المشروع فينزعه عنه الصفة غير المشروعة التي علقت به ويرده إلى أصله من المشروعية أي يجعله فعلاً مشروعاً في الظروف التي ارتكب فيها. د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، طبعة دار النهضة العربية، الطبعة الخامسة ١٩٨٢م ص ١٦٠، د/ أحمد حسني أحمد طه، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الجزء الأول، الجريمة، دون ناشر ودون تاريخ، ص ١٤٨.
- (٢) د/ السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، طبعة سنة ١٩٥٢، ص ١٦٦. فحتى يخضع الفعل المرتكب لنص التجريم الذي ينطبق عليه يجب ألا يكون هناك من جانب آخر سبب يبيح هذا الفعل الذي اتصف بعدم مشروعيته د/ رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، طبعة منشأة دار المعارف، الإسكندرية ١٩٩٥م، ص ٣٤٠، ٣٤١.
- (٣) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ١٥٠، د/ أحمد حسني أحمد طه، مرجع سابق، ص ١٤٨.

وهذه المشروعية، تعرف بالمشروعية الاستثنائية تمييزاً لها عن المشروعية العادية التي ترجع إلى عدم العقاب أصلاً على الفعل<sup>(١)</sup> لعدم اصطدام الفعل بأحد نصوص التجريم والعقاب في قانون العقوبات<sup>(٢)</sup>.

وعدم المشروعية صفة تلحق بالفعل الذي يعتدي على مصلحة محمية قانوناً، بينما الإباحة صفة تلحق بالفعل الذي يدافع عن المصلحة المحمية الأجدر بالرعاية، فالسلوك الإنساني قد يكون غير مشروع ومشروع بوقت واحد؛ فيكون غير مشروع بالنسبة للمصلحة المحمية التي وقع الاعتداء عليها ومشروع بالنسبة إلى المصلحة الأكثر أهمية في نظر المجتمع<sup>(٣)</sup>.

فالعلة من التجريم هي حماية حق أو مصلحة يراها الشارع جديرة بالحماية<sup>(٤)</sup>، والفعل يكون مباحاً عندما لا ينال بالاعتداء حقاً أو مصلحة ما، فإذا انتفت علة التجريم أصبح الفعل مباحاً.

وعلة التجريم تنتفي عندما لا يكون الفعل اعتداءً؛ ففعل الجرح من الطبيب أثناء ممارسة العمل الطبي ليس مجرمًا لأنه لا يشكل اعتداءً على الحق في سلامة الجسم ولكنه يكون مباحاً إذا كان بقصد العلاج.

كما تنتفي علة التجريم عندما يكون هناك اعتداء، ولكنه لحماية حق أجدر بالحماية فالقانون يجرم فعل القتل صيانة لحق المجني عليه في الحياة ولكنه يبيح الفعل عندما يقع دفاعاً عن النفس أو العرض أو المال، فهنا حق المعتدى عليه في نظر المجتمع أجدر بالرعاية والحماية من حق المعتدي الذي باعتدائه أهدر حقه، فقتل المعتدي في حالة الدفاع الشرعي ينتج اعتداءً على حق المعتدي في الحياة ولكن يصون حق المعتدى عليه في الحياة، والحق الثاني أهم وأرجح عند المجتمع من الحق الأول فتزول علة التجريم ويتعين إباحته<sup>(٥)</sup>.

(١) د/ محمد هشام أبو الفتوح، شرح القسم العام من قانون العقوبات، دار النهضة العربية، ١٩٩٠، ص ٨٤٧.

(٢) د/ احمد فتحي سرور، شرح قانون العقوبات، الجزء الأول، القسم العام، طبعة دار النهضة العربية، ١٩٨١، ص ٣٠٥.

(٣) د/ احمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص ٣٠٧.

(٤) د/ سامي جميل الفياض الكبيسي، رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الإباحة، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، ٢٠٠٥، ص ٤٧.

(٥) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ١٥١، د/ مها صبيح صادق، استعمال الحق سبباً من أسباب الإباحة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة النهرين، ١٩٩٩، ص ١٢.

وعلى ذلك، فنصوص التجريم ليست مطلقة فثمة قيود تحد من نطاقها فتخرج أفعالاً كانت داخلة في نطاق التجريم وهذه القيود هي أسباب الإباحة والتي يشكل انتفاءها العنصر الثاني من عناصر الركن الشرعي للجريمة. فلكي يتصف سلوك ما انه جريمة يجب ان يخضع لنص يجرمه ويحدد له عقوبة، شرط ان يكون هذا النص سارياً من حيث زمان الجريمة ومكانها وشخص مرتكبها وان لا يخضع لسبب من أسباب الإباحة. وأسباب الإباحة في القانون المصري والفقهاء الإسلامي تتمثل في استعمال الحق، واستعمال السلطة (أداء الواجب)، ورضاء المجني عليه، والدفاع الشرعي<sup>(١)</sup>. وهي واردة على سبيل الحصر حسب الرأي السائد في الفقه والقضاء<sup>(٢)</sup> وبالتالي لا يجوز للقاضي ان يقضي بإباحة فعل بناء على سبب آخر غير منصوص عليه قانوناً وان جاز له اللجوء إلى التفسير الواسع أو للقياس أو للعرف المنفق مع القانون<sup>(٣)</sup>

وقد حدد المشرع لكل سبب إباحة شروط معينة ينبغي توافرها لكي ينتج اثره، وإذا ما تخلف واحد منها أو كان هناك تجاوز في استعماله؛ فإنه يترتب على ذلك انتفاء سبب الإباحة ذاته ويبقى الفعل خاضع لنص التجريم مستوجب المسؤولية الجنائية عنه وسواء كانت عمدية أو غير عمدية؛ فإذا كان الجاني متعمداً الخروج على الحدود والشروط المقررة قانوناً لسبب الإباحة فانه يسأل عن فعله مسؤولية عمدية وإذا كان خروجه نتيجة خطأ غير عمدي سئل عن فعله مسؤولية غير عمدية، فالأب يسأل عن قتل عمدي إذا ضرب ابنه بقصد قتله ويسأل عن قتل خطأ إذا لم يقصد من الضرب سوى التأديب ولكنه تجاوز شروط التأديب عن رعونة أو إهمال فأصاب ابنه في مقتل أما إذا كان التجاوز نتيجة حادث فجائي أو إكراه معنوي فان الفاعل لا يكون مسئولاً<sup>(٤)</sup>.

وتبدو أهمية أسباب الإباحة في أنها تدخل على الفعل غير المشروع فتتزع عنه الصفة غير المشروعة التي علقت به وتجعله مباحاً، وأنها تنتج أثرها بمجرد توافرها بشروطها وقيودها سواء علم مرتكب الفعل بها أو لم يعلم. وأنها ذات طبيعة موضوعية يمتد أثرها ويستفيد منها كل من ساهم فيها. كما أنها تنفي المسؤولية الجنائية والمدنية معاً وهي بذلك

(١) د/ سامح السيد جاد، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والعقوبة والتدبير الاحترازية، طبعة دار الوزان ١٩٨٧، ص ١٠٧.

(٢) هناك من يرى بأنها غير واردة على سبيل الحصر مبرراً رأيه بأن النظام القانوني كلاً متسقاً لا تتناقض قواعده. د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ١٥٢.

(٣) د/ سامي الفياض الكبيسي: مرجع سابق، ص ٥٢.

(٤) د/ سامي جميل الكبيسي: مرجع سابق، ص ٥٧.



تختلف عن موانع المسؤولية وموانع العقاب ؛ لان اثر الإباحة يتمثل بإخراج الفعل من نطاق التجريم فيصبح فعلاً مشروعاً وينفي الركن الشرعي للجريمة<sup>(١)</sup> .  
وفي ضوء ما سبق؛ فسوف أتناول في هذا البحث: تعريف أسباب الإباحة والحكمة منها ومصادرها، وأقسامها وأثار الإباحة، وحكم تجاوز حدودها، وتمييزها عن موانع المسؤولية، وموانع العقاب، واستعمال الحق وتطبيقاته (حق التأديب، حق مباشرة الأعمال الطبية، ممارسة الألعاب الرياضية)، واستعمال السلطة (أداء الواجب) ورضاء المجني عليه، والدفاع الشرعي في القانون الجنائي المصري والفقهاء الإسلامي.

### • مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث، في أن أسباب الإباحة استثناء على الإباحة الأصلية؛ ذلك أن الأصل في الأفعال هو الإباحة، والتجريم استثناء على هذا الأصل، وتأتي أسباب الإباحة كاستثناء على هذا الاستثناء لترد الفعل إلى أصله من المشروعية بعد أن كان مجرماً وترفع المسؤولية الجنائية والمدنية معاً؛ لكون الفعل ليس اعتداءً - كالجراحة للتطبيب - أو لكون حق المعتدى عليه أجدر بالرعاية من حق المعتدي كما في حالة القتل للدفاع الشرعي. ولذا فإنه حتى تتوافر أسباب الإباحة فينبغي توافر الشروط والضوابط التي وضعها المشرع لكل سبب منها، وأن لا يكون هناك تجاوز لحدود هذه الإباحة. لأنه إذا تخلفت الشروط أو حدث التجاوز؛ فإنه يترتب على ذلك انقضاء سبب الإباحة ذاته ويبقى الفعل خاضع لنص التجريم مستوجب المسؤولية الجنائية العمدية أو غير العمدية؛ وفقاً لتعمد الجاني التجاوز من عدمه. لذلك يجب تحديد ضوابط هذه الأسباب بدقة، وعدم تجاوز الحدود المرسومة لها، والتأكد من صواب التمسك بهذه الأسباب كظروف موضوعية قد ترافق الجريمة، حتى لا يفتح المجال واسعاً أمام المتذرعين بها للحصول على الإعفاء من العقوبة أو التخفيف منها.

كما أن بيان ماهية أسباب الإباحة، وعلاقتها بفكرة المشروعية، والحكمة منها ومصادرها، وطبيعتها، وتمييزها عن موانع المسؤولية الجنائية وموانع العقاب، وصورها، وشروطها، والأساس القانوني لكل صورة، والآثار المترتبة على الإباحة وحكم تجاوز حدودها، يوضح المسؤولية الجنائية؛ خاصة عند عدم الالتزام بالقيود والشروط التي حددها المشرع لكل صورة من صور الإباحة. وكذلك عند تجاوز حدود الإباحة.

(١) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ١٥٥ .

### • أهداف البحث

إن أهم أهداف هذا البحث: الوقوف على القواعد الأساسية لأسباب الإباحة وبيان آثارها بالنسبة إلى الفاعل والمساهم، وكذلك الوصول إلى كيفية استعمال الأفراد لحقهم والشروط الواجب توفرها لكل حالة منها، وتزويد الأفراد بالمعلومات التي تمكنهم من استعمال حقهم، وكذلك في دفع الخطر عن أنفسهم وأموالهم، واطمئنان الموظفين والمكلفين بالخدمة العامة من أية مسؤولية جنائية أو مدنية، إذا كان العمل مطابقاً للقانون، أو أمر من رئيس تجب عليهم طاعته.

### • أهمية البحث وسبب اختياره:

تتبع أهمية هذا البحث من أهمية العدل ومراعاة حقوق الأفراد، والموظفين والمكلفين بخدمة عامة؛ باعتبار أن أسباب الإباحة إحدى وسائل تحقيق العدالة في المجتمع؛ فهي تدخل على الفعل غير المشروع فتزج عنه الصفة غير المشروعة التي علقته به وتجعله مباحاً، وأنها تنتج أثرها بمجرد توافرها بشروطها وقبورها سواء علم مرتكب الفعل بها أو لم يعلم. وأنها ذات طبيعة موضوعية يمتد أثرها ويستفيد منها كل من ساهم فيها. كما أنها تنفي المسؤولية الجنائية والمدنية معاً وهي بذلك تختلف عن موانع المسؤولية وموانع العقاب. لأن اثر الإباحة يتمثل بإخراج الفعل من نطاق التجريم فيصبح فعلاً مشروعاً وينفي الركن الشرعي للجريمة، والفعل الخاضع لسبب إباحة هو فعل مشروع شأنه شأن الفعل الذي لم يخضع للتجريم ابتداءً من حيث الأثر.

وقد اخترت هذا الموضوع لأهميته السابقة، ولأن معرفة القواعد الأساسية لأسباب الإباحة والشروط الواجب توفرها لكل حالة منها وبيان آثارها بالنسبة إلى الفاعل والمساهم، من موضوعات القانون العام التي تستحق البحث والدراسة.

وكذلك لتزويد المكتبة القانونية ورجال القانون والقضاء بالمعلومات العامة عن هذا الموضوع. وتبصير الأفراد بالمعلومات التي تمكنهم من استعمال حقهم، وكذلك في دفع الخطر عن أنفسهم وأموالهم، واطمئنان الموظفين والمكلفين بالخدمة العامة من أية مسؤولية جنائية أو مدنية. إذا كان العمل مطابقاً للقانون أو أمر من رئيس تجب عليهم طاعته.

### • منهج البحث:

سوف أعتمد في هذا البحث على منهج الاستقراء والتحليل لموضوعات البحث، والتمهيد لكل مسألة بما يوضحها، إن استدعى الأمر ذلك، وبيان كل مسألة في القانون

الجنائي المصري، وموقف الفقهاء الإسلامي منها، مع الاستعانة بالتطبيقات القضائية ومجموعات الأحكام الصادرة في هذا الشأن والرجوع في كل مسألة إلى المصادر الأصلية والكتب المعتمدة، والالتزام بتقريب الآيات القرآنية وعزوها إلى سورها، وتخريج الأحاديث والآثار.

### • خطة البحث:

سوف أتناول هذا البحث بمشيئة الله تعالى من خلال مقدمة ومبحث تمهيدي، وثلاثة فصول، وخاتمة. كالتالي:  
المقدمة: وتشتمل على: مشكلة البحث، والهدف منه، وأهميته وسبب اختياري له، ومنهجه، وخطته.

**المبحث التمهيدي: المبادئ العامة للإباحة.** وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: تعريف أسباب الإباحة والحكمة منها ومصادرها.

المطلب الثاني: طبيعة أسباب الإباحة وأقسامها.

المطلب الثالث: الغلط في أسباب الإباحة والجهل بها.

المطلب الرابع: آثار الإباحة وحكم تجاوز حدودها.

المطلب الخامس: تمييز أسباب الإباحة عن موانع المسؤولية الجنائية وموانع العقاب.

**الفصل الأول: استعمال الحق.** وفيه مبحثان:

**المبحث الأول: تعريف استعمال الحق وشروطه.** وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف استعمال الحق.

المطلب الثاني: شروط إباحة استعمال الحق.

**المبحث الثاني: تطبيقات استعمال الحق.** وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حق التأديب.

المطلب الثاني: حق مباشرة الأعمال الطبية.

المطلب الثالث: ممارسة الألعاب الرياضية.

**الفصل الثاني: استعمال السلطة (أداء الواجب) ورضا المجني عليه.** وفيه مبحثان:

**المبحث الأول: استعمال السلطة (أداء الواجب) وفيه ثلاثة مطالب:**

المطلب الأول: تعريف استعمال السلطة.

المطلب الثاني: تعريف الموظف العام.

- المطلب الثالث: شروط استعمال السلطة أو أداء الواجب.  
المبحث الثاني: رضاء المجني عليه. وفيه مطلبان:  
المطلب الأول: نطاق تأثير رضاء المجني عليه.  
المطلب الثاني: الرضاء كسبب إباحة خاص ببعض الجرائم وشروطه.  
الفصل الثالث: الدفاع الشرعي. وفيه أربعة مباحث:  
المبحث الأول: تعريف الدفاع الشرعي وأساس إباحته وموضعه بين أسباب الإباحة.  
وفيه مطلبان:  
المطلب الأول: تعريف الدفاع الشرعي.  
المطلب الثاني: أساس إباحة الدفاع الشرعي وموضعه بين أسباب الإباحة.  
المبحث الثاني: شروط الدفاع الشرعي. وفيه مطلبان:  
المطلب الأول: شروط الاعتداء الذي تقوم به حالة الدفاع الشرعي.  
المطلب الثاني: شروط رد الاعتداء (الدفاع).  
المبحث الثالث: القيود الواردة على حق الدفاع الشرعي. وفيه مطلبان:  
المطلب الأول: حظر مقاومة مأموري الضبط.  
المطلب الثاني: حظر القتل إلا في حالات محددة.  
المبحث الرابع: تجاوز حدود الدفاع الشرعي وآثاره. وفيه مطلبان:  
المطلب الأول: تجاوز حدود الدفاع الشرعي.  
المطلب الثاني: آثار الدفاع الشرعي.  
الخاتمة : وتشتمل على أهم نتائج البحث.  
الفهرس

## المبحث التمهيدي المبادئ العامة للإباحة

### تقسيم:

إن الحديث عن المبادئ العامة للإباحة يقتضي: بيان تعريف أسباب الإباحة، والحكمة من الإباحة ثم بيان مصادر الإباحة، وكذلك الطبيعة القانونية للإباحة وأقسامها، ثم بيان الغلط في الإباحة والجهل بها، ثم الحديث عن آثار الإباحة وحكم تجاوز حدود الإباحة. ثم بيان الفرق بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية الجنائية، وموانع العقاب. وسوف نتناول ذلك، من خلال المطالب التالية:

### المطلب الأول

#### تعريف أسباب الإباحة والحكمة منها ومصادرها

### تقسيم:

سوف أتناول هذا المطلب في ثلاثة فروع كما يأتي:

### الفرع الأول

#### تعريف أسباب الإباحة

#### أولاً: تعريف الإباحة في اللغة:

الإباحة في اللغة لها عدة معان: فتأتي بمعنى ظهر، من باح بوحا . ظهر ، باح فلان بالسر أي أظهره، وتأتي بمعنى أحله، فيقال أباحه الشيء ، عده مباحا . وهذا هو المعنى المتفق مع المعنى الفقهي للإباحة. وذلك كقولهم: " أبحتك الشيء أحلته لك، وأباح الشيء أطلقه " (١).

#### ثانياً: الإباحة في الشرع:

والإباحة في الشرع هي: التخيير بين فعل الشيء وتركه. وهذا مفاد تعريف الإمام الغزالي للجواز الذي هو مرادف للإباحة عنده إذ يقول: إن حقيقة الجواز مرادف للإباحة.

(١) محمد بن مكرم الأنصاري "ابن منظور" لسان العرب، طبعة بولاق، ج ٣ ص ٢٣٩، مجمع البحوث الإسلامية، المعجم الوسيط، مطبعة مصر، ١٩٦١ م، ج ١ ص ٥٧.

ثم يقول: إن الجواز هو التخيير بين الفعل والترك بتسوية الشرع<sup>(١)</sup>. وعرفها الإمام الأمدي بأنها: دلالة خطاب الشارع على التخيير بين فعل الشيء وتركه من غير بدل<sup>(٢)</sup>. وعرفها الإمام الشاطبي بقوله: "المباح عند الشارع هو المخير فيه بين الفعل و الترك من غير مدح ولا ذم لا على الفعل ولا على الترك"<sup>(٣)</sup>.

وعرفها الشريف الجرجاني بأنها: "الإذن بإتيان الفعل كيف شاء الفاعل"<sup>(٤)</sup>. فدل ذلك على أن أسباب الإباحة في الشرع، هي الأسباب التي تبيح الفعل في الظروف التي ارتكب فيها، دون أن يأتى الفاعل.

### ثالثاً: تعريف أسباب الإباحة في القانون الجنائي المصري:

لم يتطرق المشرع المصري لتعريف أسباب الإباحة، ولكنه ذكر صورها في نصوص القانون وترك تعريفها للفقهاء شراح القانون الجنائي: وهم يعرفون أسباب الإباحة أو أسباب انتفاء الجريمة<sup>(٥)</sup> بأنها: حالات انتفاء الركن الشرعي بناء على قيود واردة على نص التجريم تستبعد منه بعض الأفعال<sup>(٦)</sup>. ذلك أن تحقق صفة عدم المشروعية في السلوك، تمثل الركن الشرعي للجريمة، الذي يعني مطابقة السلوك لنص التجريم في القانون الجنائي، وتوافر سبب من أسباب الإباحة بالنسبة لهذا السلوك يزيل عنه صفة عدم المشروعية، ويرده إلى أصله من الإباحة والمشروعية.

أو بأنها: الأسباب التي من شأن توافر إحداها نفي الخطأ مما يترتب عليه إعفاء الجاني من المسؤولية؛ ذلك أنه لا يكفي لتحقيق المسؤولية توافر ركن التمييز والاختيار بل لا بد من ارتكاب خطأ ينسب للفاعل حتى يعاقب<sup>(٧)</sup>. ويؤخذ على هذا التعريف أنه اعتمد على فكرة الخطأ (الركن المعنوي) وهذا أمر لا يمكن الأخذ به؛ لأن السبب المبيح عندما

- (١) الإمام/ محمد بن محمد الغزالي "أبوحامد"، المستصفي في أصول الفقه، المطبعة الأميرية، مصر ١٣٢٢هـ، ج١، ص ٧٤.
- (٢) علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي "أبو الحسن" الأمدي، الإحكام لأصول الأحكام، طبعة دار الكتب، مصر ج١ ص ١٧٥، ١٧٨.
- (٣) إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي "أبو إسحاق" المعروف بالشاطبي المالكي، الموقفات، الجزء الأول، طبعة المطبعة السلفية، سنة ١٣٤١ هجرية، ص ٦٨.
- (٤) علي بن محمد الجرجاني، التعريفات الجرجانية، المطبعة الخيرية الطبعة الأولى، بدون تاريخ، ص ٢.
- (٥) يطلق عليها البعض "أسباب انتفاء الجريمة"، لانعدام الصفة الإجرامية للواقعة التي لها في القانون صورة الجريمة. د/ مأمون محمد، قانون العقوبات، القسم العام، طبعة جامعة القاهرة ص ١٨٣.
- (٦) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ١٥٠.
- (٧) أحمد صفوت، شرح القانون الجنائي القسم العام، طبعة ١٩٢٨، ص ١٧٦.

يقترن بالواقعة المجرمة يجعلها مباحة، على الرغم من توافر جميع أركانها، لكونه يسقط عن الفعل وصف التجريم، فلا يعد جريمة<sup>(١)</sup>. وبذلك فإنه يتفق مدلول أسباب الإباحة في الشرع وعند شرح القانون الجنائي.

## الفرع الثاني الحكمة من الإباحة

إن علة تجريم فعل من الأفعال ترجع إلى أن ذلك الفعل يمثل اعتداء على حق أو مصلحة أراد الشارع حمايته، أما حكمة الإباحة فهي انتفاء علة التجريم، بمعنى أن الفعل الذي كان يمثل اعتداء على الحق أو المصلحة لم يعد يمثل هذا الاعتداء، ويقضي ذلك الرجوع إلى نص التجريم لاستخلاص الإباحة.

مثل ذلك، العمليات الجراحية التي يمارسها الأطباء فهي في حقيقتها تمثل جريمة جرح عمدي، وهو يمثل اعتداء على سلامة جسم المريض ولكن المشرع قدر أن هذه الأعمال الطبية إنما تصون سلامة الجسم في أن يسير سيراً طبيعياً، ولذلك فإن هذا الفعل لا يعد إهداراً لسلامة الجسم بل هو حماية له.

وقد تكون العلة في الإباحة حماية الحق الأجدر بالرعاية كما في حالة الدفاع الشرعي؛ ففعل الاعتداء فعل غير مشروع، وأيضاً فعل درء ذلك الاعتداء - المتمثل في الدفاع الشرعي - غير مشروع هو الآخر، ولكن المشرع رجح حق المعتدي عليه لأن المعتدي باعتدائه قلل من القيمة الاجتماعية لحقه، فقتل المعتدي يترتب عليه اعتداء على حقه في الحياة، ولكن هذا القتل يترتب عليه من جانب آخر حماية حق المعتدي عليه في الحياة، وهذا الحق أهم في نظر المجتمع من حق المعتدي الذي أهدر حقه باعتدائه، ولذلك كان فعل المعتدي عليه مباحاً<sup>(٢)</sup>.

وتتحقق هذه الصورة أيضاً في حالة التأديب التي يباشرها الأب على صغيره، فرغم أن فعل التأديب ماس بحق الصغير في سلامة جسمه، إلا أن هذا الفعل يصون حقاً أجدر بالرعاية، وهو مصلحة الأسرة في تأديب وتهذيب الصغير، ليكون نواة لرجل صالح في المجتمع، ومن ثم تزول علة التجريم وتتعين الإباحة<sup>(٣)</sup>.

(١) د/ أحمد حسني أحمد طه، مرجع سابق، ص ١٤٨.

(٢) د/ رمسيس بهنام، مرجع سابق، ص ٣٤١، د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ١٥١.

(٣) د/ أحمد حسني أحمد طه، مرجع سابق، ص ١٥١.

**ولا خلاف في ذلك عند فقهاء الشريعة ؛ فالأصل في الشريعة الإسلامية أن الأفعال المحرمة محظورة على الكافة بصفة عامة، لكن الشارع رأى استثناءً من هذا الأصل أن يبيح بعض الأفعال المحرمة لمن توفرت 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. فالقتل مثلاً محرم على الكافة لكنه يباح في حالة الدفاع الشرعي<sup>(١)</sup>.**

### الفرع الثالث

#### مصادر الإباحة

إذا كانت نصوص التجريم لا بد وأن يكون مصدرها نصوص القانون الجنائي، والشريعة الإسلامية، وذلك طبقاً لمبدأ الشريعة الجنائية، فإن نصوص الإباحة أيضاً قد يكون مصدرها النظام الجنائي والشريعة الإسلامية، كما في حالة الدفاع الشرعي، واستعمال الحق، وأداء الواجب. وقد يكون مصدر الإباحة العرف، كتأديب الخدم<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثاني

#### طبيعة أسباب الإباحة وأقسامها

تقسيم:

سوف أتناول هذا المطلب في فرعين كما يأتي:

### الفرع الأول

#### طبيعة أسباب الإباحة

أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية - أي أنها تتعلق بالفعل الإجرامي، فتتعلق عنه الصفة غير المشروعة فهي عنصر من عناصر الركن الشرعي للجريمة، وهو ذو طابع

(١) عبد القادر عوده، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، مكتبة دار التراث، بدون تاريخ، المجلد الأول ص ٤٦٩، ٤٧٠.

(٢) ومن ذلك، الظهور بملابس الاستحمام على الشواطئ في البلاد التي تسمح بذلك د/ سامح السيد جاد، مرجع سابق، ص ١١٤.



موضوعي- وليست ذات طبيعة شخصية<sup>(١)</sup>، ومعنى ذلك أن أسباب الإباحة لا علاقة لها بنفسية الجاني، فالإباحة إنما هي قيود ترد على نصوص التجريم وليس لها صلة بنفسية مرتكب الفعل.

وإذا كان هذا هو الأصل العام، أي أن الإباحة ذات طبيعة موضوعية إلا أن هذا الأصل ليس مطلقاً، فهناك بعض أسباب الإباحة التي تعتمد على عناصر شخصية استثناءً، فتأديب الأب لأبنته يفترض نية الأب التي تتجه لإصلاح هذا الابن وتهذيب سلوكه، والأعمال الطبية إنما تفترض أن باعث الطبيب في مباشرتها إنما هو شفاء المريض<sup>(٢)</sup>.

## الفرع الثاني

### أقسام أسباب الإباحة

تنقسم أسباب الإباحة إلى أسباب إباحة مطلقة، وأسباب إباحة نسبية، كما تنقسم إلى أسباب إباحة عامة وأسباب إباحة خاصة<sup>(٣)</sup>.

**أسباب الإباحة المطلقة:** هي التي يستفيد منها كل من توافرت في حقه كالدفاع الشرعي، واستعمال الحق، وأداء الواجب، فيستفيد من الإباحة كل مساهم فيها بوصفه فاعل أصلي أو شريك.

**أسباب الإباحة النسبية:** وهي التي يستفيد منها من توفرت فيه صفة كالأب في تأديب الابن، والطبيب في الأعمال الطبية، أما من لم تتوافر فيه ففعله خاضع للتجريم، ومن ثم العقاب.

**أسباب الإباحة العامة:** وهي التي تطبق على كل الجرائم، كاستعمال الحق وأداء الواجب والدفاع الشرعي.

**أسباب الإباحة الخاصة:** وهي التي تطبق على جرائم معينة كحق الدفاع أمام المحاكم الذي يبيح لأطراف الخصومة القذف، والسب، والبلاغ الكاذب.

(١) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ١٥٤، أكرم نشأت إبراهيم، الأحكام العامة في قانون العقوبات العراقي، سنة ١٩٦٢، ص ٤٥.

(٢) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ١٥٤.

(٣) د/ سامح السيد جاد، مرجع سابق، ص ١١٤.

## المطلب الثالث

### الغلط في أسباب الإباحة والجهل بها

تقسيم:

سوف أتناول هذا المطلب في فرعين كما يأتي:

#### الفرع الأول

#### الغلط في أسباب الإباحة

يُقصد بالغلط في أسباب الإباحة أن يعتقد الجاني خطأ بوجود سبب الإباحة، رغم عدم توافره في الحقيقة، مثال ذلك، من يعتقد خطأ أو يتوهم بأن هناك خطر حال، أو على وشك الوقوع، موجه إليه فيعتدي على من يتوهم أنه مصدر الخطر، معتقداً أنه بذلك يكون في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله، ويقتل أو يصيب من ظنه مصدر الخطر، وكذلك مأمور الضبط القضائي الذي يلقي القبض على شخص، معتقداً أنه هو الشخص المكلف بالقبض عليه، في حين أنه يكون شبيهاً به<sup>(١)</sup>. فما هو مدى تأثير الغلط في الإباحة في الفروض السابقة وغيرها؟

والحالات السابقة إنما هي من قبيل الغلط في الوقائع، ذلك لأن الغلط في القانون الجنائي لا يعذر بجهله، فمن يعتقد أن القانون يبيح له ارتكاب جريمة، بينما لا يبيح القانون ذلك، فهو مسئول عن جريمته، وذلك بعكس الغلط في الوقائع حيث تفترض أن الجاني يعتقد أن شروط إباحة الفعل متوافرة في حقه، ولكن كان هذا الاعتقاد خاطئاً. وعلى ذلك، فإن الغلط في الإباحة لا يعدل الإباحة ذاتها، وذلك لأن الإباحة ذات طبيعة موضوعية تستلزم ضرورة توافر كل الشروط اللازمة للإباحة، أما مجرد توهم توفرها فإنه لا يغني عنها في حين أن الغلط في الإباحة إنما ينفي القصد الجنائي، أي أنه يتعلق بالركن المعنوي للجريمة.

(١) لقد تضمن القانون المصري في المواد ٦٣ع، ٢٤٩، ٢٥٠ع حكم الغلط فتضمنت المادة ٦٣ع إباحة فعل الموظف الأميري إذا اعتقد أن الفعل مشروع، وأن اعتقاده هذا كانت له أسباب معقولة تبرره. وتضمنت المواد ٢٤٩، ٢٥٠ع، إباحة القتل العمد دفاعاً عن النفس، أو المال، إذا كان الفعل يتخوف منه حدوث جراح بالغة أو موت، إذا كان لذلك أسباب معقولة. وبالرغم من أن نص القانون قد أباح سببين، إلا أن ذلك يعتبر سبباً عاماً للإباحة. د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ١٥٧.

فالغلط في الإباحة ينفي المسؤولية الجنائية العمدية، وذلك لأن الغلط (الخطأ) قد أهدر القصد الجنائي، وبالتالي لا يمكن معاقبة الجاني عن جريمة عمدية، ولكن تجوز معاقبته عن جريمة غير عمدية إذا كان القانون يعاقب في خصوص الجريمة المرتكبة بعقوبة الجريمة غير العمدية، أما إذا لم يكن القانون الجنائي يعاقب عن هذه الجريمة بعقوبة الجريمة غير العمدية فلا يعاقب الجاني.

كما أن المسؤولية غير العمدية تنتفي أيضاً، وذلك إذا كان خطأ الجاني مبنياً على أسباب معقولة، ففي هذه الحالة لا يمكن معاقبة الجاني لا بوصف الجريمة العمدية، ولا غير العمدية، وعلى ذلك فإن الغلط في الإباحة يؤثر في الركن المعنوي للجريمة "القصد الجنائي"<sup>(١)</sup>، على عكس أسباب الإباحة التي تؤثر في الركن الشرعي للجريمة<sup>(٢)</sup>.

## الفرع الثاني الجهل بالإباحة

الجهل بالإباحة يُقصد به أن يُقدم الجاني على ارتكاب الفعل، معتقداً أن هذا الفعل محل للتجريم، في حين أن القانون يقرر له سبب إباحة<sup>(٣)</sup>. مثال ذلك، الشخص الذي يقتل غيره للدفاع عن نفسه أو ماله، وهو يعتقد أن القانون يجرم نشاطه هذا، في حين أن فعله هذا كان من ضمن الحالات التي يبيح فيها القانون القتل دفاعاً عن النفس أو المال، فهل يستفيد الجاني من الإباحة رغم جهله بتوافرها، أم يشترط لاستفادة المتهم من الإباحة أن يكون عالماً بها<sup>(٤)</sup>؟

الواقع أن أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية، أي أنها تتعلق بذات الفعل، وليس لها علاقة بشخص مرتكب الفعل حسب الأصل الذي قد ترد عليه استثناءات تستند فيها

(١) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ١٥٧، ١٥٨، د/ مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ص ١٦١، ١٦٢.

(٢) د/ سامح السيد جاد، مرجع سابق، ص ١٢٠.

(٣) د/ سامح السيد جاد، مرجع سابق، ص ١٢١.

(٤) لقد ذهبت محكمة النقض في حكم لها إلى اشتراط توافر العلم في حق الجاني حتى يستفيد من الإباحة المقررة لفعله، فقررت أن تقتيش ضابط بوليس لمنزل المتهم بدون رضائه لا يكون صحيحاً إلى إذا كان مأدوناً من النيابة بإجراء التفتيش وعالماً بهذا الإذن قبل بدء التفتيش. نقض ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٤، مجموعة القواعد، ج ٣، رقم ٢٩٣، ص ٣٩٩. والواقع أن هذا القضاء محل للنقد، وذلك لأن العلم ليس من بين الشروط الواجب توافرها لإباحة الأفعال.

الإباحة إلى عناصر شخصية، ولما كان الأصل هو الطبيعة الموضوعية لأسباب الإباحة، فإن جهل الجاني بتوافرها لا يؤثر في استفادته منها رغم توافر هذا الجهل<sup>(١)</sup>.

## المطلب الرابع

### الآثار المترتبة على الإباحة وحكم تجاوز حدودها

تقسيم:

سوف أتناول هذا المطلب في فرعين كما يأتي:

### الفرع الأول

#### الآثار المترتبة على الإباحة

إذا توافر سبب من أسباب الإباحة ترتب على ذلك أن تنتفي الصفة غير المشروعة عن الفعل لتحل محلها مشروعية الفعل، أي إباحته، ولما كانت أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية كان طبيعياً أن تكون الآثار المترتبة على الإباحة موضوعية هي الأخرى، بمعنى أنها لا تضم أي عناصر شخصية تتعلق بنفس الجاني بحسب الأصل، لأنه كما سبق أن ذكرنا أن هناك بعض الأسباب التي تتعلق بشخصية الجاني كتأديب الوالد لابنه، وحق الطبيب في ممارسة الأعمال الطبية.

ويترتب على الطبيعة الموضوعية لآثار الإباحة أن المساهمين في الفعل مع الفاعل الأصلي الذي تتوافر فيه أسباب الإباحة يستفيدون من الإباحة، وإذا كان هذا هو الأصل العام لآثار الإباحة، وهي كونها موضوعية تسري على كل المساهمين فيهما، إلا أنه توجد أسباب للإباحة تتطلب فيمن يستفيد منها توافر نية خاصة مثل توافر نية التأديب والإصلاح والتهديب عند الأب الذي يؤدب ابنه، ونية العلاج عند الطبيب الذي يباشر أعماله الطبية، ومتى توافرت هذه الصفة في الفاعل الأصلي فإن الشريك معه يستفيد منها هو الآخر، فمن يساعد الطبيب في مباشرة أعماله الطبية يستفيد من الإباحة المقررة للطبيب، ومن يحرض الأب على ضرب ابنه للتأديب، يستفيد من الإباحة المقررة للوالد في تأديب ابنه<sup>(٢)</sup>.

(١) د/ محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، مطبعة جامعة القاهرة، طبعة ١٩٦٩، ص ١٤٥،

د/ أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص ٢١٤، د/ مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ص ١٦٠.

(٢) د/ سامح السيد جاد، مرجع سابق، ص ١١٩.

## الفرع الثاني تجاوز حدود الإباحة

وهي الحالة التي يخرج الجاني فيها عن الحدود المقررة للإباحة، وبالتالي يكون متجاوزاً لها ويصبح فعله غير مشروع، ويخضع من أجله للعقاب، فإذا كان تجاوزه لحدود الإباحة عمدياً فإنه يسأل عن جريمة عمدية. فمن يتجاوز حقه في تأديب ابنه ويضربه ضرباً شديداً متجاوزاً حقه، ويترتب على ذلك وفاة الابن فإنه يسأل عن جريمة عمدية<sup>(١)</sup>، أما إذا كان خروج الجاني عن حدود الإباحة نتيجة خطأ غير عمدي، فإنه يعاقب على فعله بوصف جريمة غير عمدية إذا كان القانون يعاقب على هذا الفعل بوصف الجريمة غير العمدية.

أما إذا كان تجاوز حدود الإباحة ليس ثمرة أي خطأ فإن الجاني لا يسأل، وذلك كما لو كانت هناك قوة قاهرة أو إكراه معنوي<sup>(٢)</sup>.

## المطلب الخامس تمييز أسباب الإباحة عن موانع المسئولية الجنائية وموانع العقاب

### تقسيم:

سوف أتناول هذا المطلب في فرعين كما يأتي:

- (١) أنظر نقض ٥ يونية سنة ١٩٣٣، مجموعة القواعد ٣، رقم ١٢٦، ص ١٩٠، نقض ٢٨ مارس سنة ١٩٣٨، مجموعة القواعد ج ٤، رقم ١٨٨، ص ١٨٤.
- (٢) د/ محمود مصطفى، مرجع سابق، ص ١٤٣. والقانون المصري لم يتضمن أي نصوص خاصة بتجاوز الإباحة إلا حالة واحدة نص عليها في المادة ٢٥١ع، وهي تجاوز حدود حق الدفاع الشرعي بحسن نية، حيث أن الجريمة في هذه الحالة جريمة عمدية، وأجازت للقاضي الحكم بالحبس إذا كان الفعل جنائياً.

## الفرع الأول

### تمييز أسباب الإباحة عن موانع المسؤولية

إذا كانت الإباحة وموانع المسؤولية يتفقان من حيث النتيجة، وهي عدم عقاب المتهم، إلا أن بينهما أوجه خلاف وهي، أن الإباحة ذات طبيعة موضوعية بمعنى أنها تتعلق بالفعل فتزيل عنه الصفة غير المشروعة، أما موانع المسؤولية فهي ذات طبيعة شخصية، أي أنها تتعلق بالركن المعنوي للجريمة ومثالها، صغر السن والإكراه المعنوي والسكر الاضطراري، وحالة الضرورة فهي متعلقة بظروف شخصية متعلقة بالفاعل، وهذه الظروف تعدم للركن المعنوي للجريمة ولكنها لا تزيل عن الفعل الصفة غير المشروعة فالفاعل يظل كما هو مكوناً لجريمة.

ويترتب على هذا الاختلاف عدة نتائج هامة وهي:

أ - أن الشريك في فعل تعلق به سبب إباحة يستفيد من هذه الإباحة؛ لأن الإباحة وصف يتعلق بالفعل فيصبح مباحاً والاشتراك لا يكون إلا في فعل يعد جريمة. أما الشريك في فعل ارتكبه شخص توافر في حقه مانع مسؤولية فإنه يعاقب، لأن موانع المسؤولية شخصية وقاصرة على من توافرت في حقه دون غيره من الشركاء.

ب - إن توافر سبب من أسباب الإباحة يمنع من المطالبة بالتعويض المدني، أما موانع المسؤولية فإنها لا تمنع من طلب التعويض المدني من الفاعل إذا كان مميزاً أو من المسئول عنه إذا كان غير مميز (م ١٦٤ مدني).

ج - إن توافر سبب الإباحة يحول دون توقيع أي تدبير احترازي بعكس موانع المسؤولية فإنه لا يحول دون توقيع تدبير احترازي على الجاني.

ورغم الاختلاف السابق فمن المتصور اجتماع سبب الإباحة وموانع المسؤولية معاً في شخص واحد كالمجنون الذي يدافع عن نفسه أو غيره دفاعاً شرعياً<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثاني

### تمييز أسباب الإباحة عن موانع العقاب

بالرغم من أن نتيجة توافر سبب إباحة أو مانع عقاب واحدة وهي عدم عقاب المتهم، إلا أنهما يختلفان من حيث أن أسباب الإباحة تزيل الصفة التجريبية للفعل وتجعله مباحاً،

(١) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ١٦٩، د/ سامح السيد جاد، مرجع سابق، ص ١١٦.

بينما موانع العقاب لا تؤثر في الصفة التجريمية للفعل، وإنما يظل الفعل غير مشروع كما هو وكل ما هنالك أن الفاعل الذي توافر في حقه مانع عقاب هو الذي يعني من العقوبة، ومثال موانع العقاب، إعفاء الخاطف من العقاب إذا تزوج بمن خطفها زواجاً شرعياً (م ٢٩١ ع قبل إلغائها)، وكذلك إعفاء كل من اشترك في اتفاق جنائي، وذلك إذا بادر بالأخبار عن هذا الاتفاق، ومن اشتركوا فيه قبل وقوع أية جناية أو جنحة، وقبل البحث والتفتيش عن المتهمين (م ٤٨ ع) وكذلك إعفاء الراشي والوسيط في جريمة الرشوة من العقوبة في حالتها الأخبار والاعتراف (م ١٠٧ ع) وترجع العلة في الإعفاء من العقاب إلى حسن سير السياسة الجنائية، وذلك لأن الفائدة التي تعود على المجتمع من الإعفاء تروى على الفائدة التي تعود عليه من توقيع العقوبة. ويترتب على الاختلاف السابق ما يلي:

- ١ - أن الشريك في أسباب الإباحة لا يعاقب، بينما الشريك مع شخص توافر في حقه مانع للعقاب لا يفلت من العقاب، لأن الفعل كما هو مكون لجريمة، وأن مانع العقاب يتعلق بشخص من توافر في حقه.
- ٢ - إن سبب الإباحة يحول دون تطبيق أي تدبير احترازي، بعكس مانع العقاب، فلا يحول دون توقيع تدبير احترازي.
- ٣ - إن سبب الإباحة يحول دون المطالبة بالتعويض المدني، بعكس مانع العقاب، الذي لا يمنع من المطالبة بالتعويض المدني<sup>(١)</sup>.



(١) د/ سامح السيد جاد، مرجع سابق، ص ١١٧.

## الفصل الأول استعمال الحق

### تقسيم :

إن دراسة استعمال الحق كسبب عام للإباحة في جميع الجرائم يتطلب منا بيان تعريفه، وشروطه، كما أن استعمال الحق له تطبيقات خاصة بالنظر إلى جرائم معينة. وعلى ذلك فسوف نتناول تعريفه، والشروط العامة لإباحة استعمال الحق، ثم نتناول أهم تطبيقات استعمال الحق. في المباحث التالية:

### المبحث الأول تعريف استعمال الحق وشروطه

#### تقسيم:

سوف أتناول كلاً من تعريف استعمال الحق وشروطه في مطلبين كالتالي:

#### المطلب الأول تعريف استعمال الحق

الحق هو: سلطة يخولها القانون لشخص معين بمقتضاها يمكنه استعمال محل الحق والتصرف فيه<sup>(١)</sup>.

ويُقصد بإباحة استعمال الحق: الحالات التي ينتفي فيها عدم مشروعية الفعل لكونه قد وقع استعمالاً لحق يقره القانون لمرتكبه، سواء كان استعمال الحق لتحقيق مصلحة خاصة أو عامة<sup>(٢)</sup>.

وأساس إباحة استعمال الحق: ما ورد في نص المادة ٦٠ من قانون العقوبات المصري من أنه: "تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة" ولفظ الشريعة هنا يشمل كل فروع القانون وليس قاصراً على

(١) د/ عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، طبعة الكويت ١٩٦٥، ص ٧.  
(٢) د/ فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٨، ص ٢٤٩.



الشريعة الإسلامية<sup>(١)</sup>. فقد قرر المشرع صراحة أن استعمال الحق يُعد سبباً من أسباب الإباحة، وذلك على الرغم من أن المنطق القانوني يفرض هذا الحكم، ويغني عن نص خاص يقره<sup>(٢)</sup>، لكن المشرع قدر ضرورة هذا النص، درءاً لكل خلاف يمكن أن يثور بشأن بعض الحقوق التي يتعارض استعمالها في حالات معينة مع بعض أحكام القانون الجنائي، وحتى يكون النص شاملاً لكل حق مقرر بمقتضى أي فرع من فروع القانون أو بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية<sup>(٣)</sup>.

وكذلك وجوب تحقيق التناسق بين أحكام القانون، وتنزيه المشرع عن التناقض. ذلك أن قيمة الحق تكمن في استعماله، للحصول على ما يتضمنه هذا الاستعمال من مزايا أو تحقيقاً للغاية منه. وإذا كان الاستعمال المشروع للحق وسيلته ارتكاب بعض الأفعال، كان من غير المنطقي أن يجرم المشرع هذه الأفعال، إذ يكون معنى تجريمه لها أنه يقرر حقاً ثم يعاقب على الأفعال التي يستعمل بها صاحب الحق حقه في حدود القانون. من أجل ذلك كان تحقيق التناسق بين أحكام القانون وتنزيه المشرع عن التناقض مقتضياً لإباحة كل فعل يستهدف منه صاحب الحق الاستعمال المشروع لحقه.

## المطلب الثاني

### شروط إباحة استعمال الحق

نصت على استعمال الحق باعتباره من أسباب الإباحة المادة ٦٠ من قانون العقوبات، التي تقرر أنه "لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة".

ويتضح من هذا النص أنه يلزم لإباحة الفعل المرتكب استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون توافر الشروط الآتية:

(١) د/ فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٢، ص ١٤٢.

(٢) لم يكن هذا السبب من أسباب الإباحة مقررًا في فرنسا بنص صريح في قانون العقوبات الصادر سنة ١٨١٠، مع ذلك أخذ به الفقه والقضاء باعتباره من المبادئ القانونية العامة المسلم بها. وقد رأى المشرع الفرنسي ملاءمة النص عليه رغم بدايته في قانون العقوبات الجديد، فنص عليه صراحة في المادة ١٢٢ - ٤ مع أداء الواجب. وتنص المادة الرابعة من القانون المدني المصري على أن "من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر".

(٣) د/ فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص ٢٥٠، د/ أحمد حسني أحمد طه، مرجع سابق، ص ١٦٠.

### أولاً: وجود حق مقرر شرعاً وقانوناً:

ورد تعبير الحق في نص المادة ٦٠ من قانون العقوبات سالف الذكر، وفي المادة السابعة من ذات القانون، والتي تقرر أنه "لا تخل أحكام هذا القانون في أي حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة في الشريعة الغراء"<sup>(١)</sup>.

والحق هو: مصلحة يعترف بها القانون ويحميها، ويعني ذلك أن استعمال الحق لا يُعد سبباً للإباحة إلا إذا كان لهذا الحق وجود قانوني، فهذا الوجود معناه أن القانون يعترف بالمصلحة ويضفي عليها المشروعية ويسبغ حمايته عليها.

(١) د/ فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص ٢٥١، ٢٥٢. وقد كان وجود المادة السابعة من قانون العقوبات، التي تتكلم عن "الحقوق الشخصية المقررة في الشريعة الغراء" إلى جانب المادة ٦٠، التي تقرر القاعدة العامة في اعتبار استعمال الحق من أسباب الإباحة وعباراتها تعني "كل حق مقرر بمقتضى الشريعة" مثاراً للخلاف حول تحديد المقصود بالحقوق المقررة بمقتضى الشريعة. وسبب هذا الخلاف هو تداخل النصان فيما يتعلق بالحقوق التي تقرها الشريعة الإسلامية، فالمادة السابعة تنص عليها صراحة والمادة ٦٠ من قانون العقوبات تتضمنها، بل إن الخلاف حول حقوق التأديب المقررة في الشريعة الإسلامية كان من بين مبررات إضافتها إلى قانون العقوبات في سنة ١٩٠٤. وقد كان تفادي هذا التداخل بين النصين يقتضي قصر المادة ٦٠ من قانون العقوبات على الحقوق المقررة بالقوانين الأخرى غير الشريعة مع وجود المادة السابعة التي تخص الحقوق الشخصية المقررة في الشريعة الغراء، وفي هذه الحالة يكون نص المادة ٦٠ مكملاً لنص المادة السابعة. لكن وجود المادة السابعة إلى جانب المادة ٦٠ أدى إلى الخلاف حول تحديد نطاق تطبيق المادة السابعة من قانون العقوبات، فذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن عبارة "الحقوق الشخصية المقررة في الشريعة الغراء" تشمل حق التأديب المقرر للزوج أو للولي كما تشمل حق ولي الدم في الدية، وذهب غيرهم إلى أنها تقرر حق ولي الدم في القصاص والدية معاً. والواقع أن نص المادة ٦٠ من قانون العقوبات يكمل نص المادة السابعة. فنص المادة السابعة يقتصر نطاقه على الحقوق التي تقرها الشريعة الإسلامية فيما تسري فيه أحكامها، باعتبارها جزءاً من النظام القانوني العام في مصر في وضعه الراهن، أما نص المادة ٦٠ من قانون العقوبات فلا شك أن القصد منه كان حسم الخلاف الذي ثار في المحاكم حول الاعتراف بأثر بعض الحقوق التي تقرها الشريعة الإسلامية في الإباحة، لكن نطاقه يتجاوز هذا القصد، فهو يهدف إلى تأكيد نص المادة السابعة في هذا الخصوص، كما يهدف إلى تقرير القاعدة العامة في اعتبار استعمال الحقوق التي ترد في القانون سبباً للإباحة، وأن لفظ "الشريعة" الذي ورد في نص المادة ٦٠ من قانون العقوبات لا يقصد به "الشريعة الإسلامية" فحسب وإنما يقصد به معنى التشريع أو القانون الذي يعد مصدراً للحق. د/ فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص ٢٥٣، وما بعدها، د/ سامح جاد، مرجع سابق، ص ١٢٠.

### مصدر الحق:

إن مصدر الحقوق كافة هو القانون الذي عبرت عنه المادة ٦٠ من قانون العقوبات بلفظ "الشريعة". فمن المنفق عليه أن المقصود بهذا اللفظ هو مطلق القانون بمعناه الواسع، أي ذات المعنى الذي يقصد به باعتباره مصدراً للتشريع الجنائي. وتطلب هذا المعنى في القانون الذي ينشئ الحق، حتى يمكن اعتباره سبباً للإباحة، مقتضاه أن يكون "الحق" الذي يبيح استعماله الفعل المعاقب عليه مقررراً بأداة تشريعية في قوة الأداة التي قررت العقاب على الفعل أو أعلى منها في المرتبة، فلا يجوز أن يكون الحق سبب الإباحة مقررراً بلائحة إذا كان العقاب على الفعل قد تقرر بقانون، ولكن العكس ليس محظوراً لأن القانون أعلى مرتبة من اللائحة<sup>(١)</sup>.

والحقوق التي يقرها القانون بهذا المعنى كثيرة ومتفرقة بين كافة فروع القانون ولذلك يستحيل سردها، فيرجع بشأن كل حق منها إلى القانون الذي يعد مصدراً له. ومن هذه الحقوق ما يقره التشريع الجنائي ذاته، مثل حق التبليغ عن الجرائم المقرر لكل من علم بوقوع جريمة في الحدود التي قررتها المادة ٢٥ من قانون الإجراءات الجنائية، وكذلك حق القبض الذي تقره المادة ٣٧ من قانون الإجراءات لكل من شهد الجاني متلبساً بجناية أو جنحة يجوز فيها قانوناً الحبس الاحتياطي، وحق الشاهد في الامتناع عن أداء الشهادة ضد المتهم الذي تربطه به صلة قرابة أو مصاهرة إلى درجة معينة، وهذا الحق قرره كذلك المادة ٢٨٦ من قانون الإجراءات الجنائية.

وحق الدفاع أمام المحاكم الذي يبيح جرائم القذف والسب والبلاغ الكاذب التي يرتكبها الخصم ضد خصمه وفقاً للشروط التي قررتها المادة ٣٠٩ من قانون العقوبات. لكن طائفة كبيرة من الحقوق تقرها بنصوص صريحة قوانين أخرى ويرتب عليه القانون الجنائي أثرها في إباحة بعض الأفعال التي يعاقب عليها، من ذلك حق الطبيب في إجراء العمليات الجراحية وعلاج المرضى الذي يقره القانون المنظم لمهنة الطب، وحق الصيدلي في حيازة المواد المخدرة الذي يقره قانون مهنة الصيدلة، والحق في ممارسة الألعاب الرياضية التي يعترف بها وينظمها القانون.

(١) د/ السعيد مصطفى السعيد، مرجع سابق، ص ١٧٤.

ويدخل في هذه الحقوق كما رأينا ما تقرره الشريعة الإسلامية من حقوق، في الإطار الذي تعتبر فيه جزءاً من النظام القانوني العام في وضعه الراهن<sup>(١)</sup>. من ذلك حق الزوج في تأديب زوجته وحق الولي في تأديب من هم في ولايته وهي تبيح بعض أفعال الضرب الخفيف التي تشكل جرائم في قانون العقوبات. وبصفة عامة يمكن القول بأن كل حق يقرره نص صريح في القانون أو يستفاد وجوده من مجموع نصوص القانون التي تعد تطبيقاتاً للمبادئ القانونية العامة، ولا تخالف روح التشريع، يصلح لأن يكون سبباً لإباحة الأفعال التي يجرمها القانون. وعلى ذلك فليس بلازم أن يكون مصدر الحق نصاً صريحاً ومباشراً في قانون محدد، وإنما يجوز أن يكون وجود الحق مستفاد من مجموع النصوص والقواعد القانونية التي يتكون منها النظام القانوني العام في الدولة ولو في صورة ضمنية، كما قد يكون وجود الحق مستفاد من كونه وسيلة لبلوغ غاية أو لممارسة نشاط معين يجيزه المشرع، كما هو الشأن في ممارسة الألعاب الرياضية التي ينظمها القانون على نحو يجعل من الأفعال اللازمة والمناسبة لممارستها حقاً يبيح ما يترتب عليها من نتائج تعد أصلاً من قبيل جرائم الضرب والجرح البسيط أو المفضي إلى عاهة مستديمة أو إلى الوفاة. لكن إذا كان وجود الحق يتطلب نصاً صريحاً في القانون أو يستفاد ضمناً من مجموع النصوص والقواعد القانونية العامة، فإن التساؤل يثور عن دور "العرف" في مجال الإباحة.

#### • دور العرف في مجال الإباحة:

يذهب بعض الفقهاء إلى أن العرف يصلح مصدراً مباشراً للحقوق التي يعد استعمالها سبباً للإباحة، لأن مجال الإباحة غير مقيد بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، والاعتداد بالعرف كمصدر للإباحة لا يتنافى مع هذا المبدأ، طالما أنه لا يؤدي إلى خلق جرائم أو تقرير عقوبات، ولذلك يمكن أن يكون العرف مصدراً مباشراً للحقوق التي تستند إليها حالات الإباحة، مثل حق التأديب الذي للمخدوم قبل خادمه وحق مباشرة الألعاب الرياضية وحق الظهور على الشواطئ أو في الطريق العام بملابس لا تستر كل أجزاء الجسم<sup>(٢)</sup>.

(١) أما ما يخرج عن هذا الإطار من حقوق، فإنه لا يبيح الأفعال المعاقب عليها في القانون المصري. وتطبيقاً لذلك قضى بعدم جواز الاستناد إلى أحكام الشريعة الإسلامية للقول بإباحة الإجهاض إذا كان عمر الجنين لم يتجاوز أربعة أشهر على فرض وجود هذا الحكم في الشريعة، أنظر نقض ٢٣ نوفمبر ١٩٥٩، مجموعة أحكام النقض، السنة ١٠، رقم ١٩٥، ص ٩٥٢. فإذا كان الحق لم يعد له وجود بمقتضى نص قانوني يحظر السلوك الذي يعد استعمالاً له، لم يكن له اثر في إباحة الجرائم المعاقب عليها في قانون العقوبات.

(٢) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ١٥٣، د/ محمود مصطفى، مرجع سابق، ص ١٦٤.

وفي حقيقة الأمر فإن أثر العرف في الإباحة لا يمكن أن يصل إلى حد أن يكون مصدراً مباشراً للحقوق التي يعد استعمالها سبباً للإباحة، وإلا كان معنى ذلك الإقرار بصلاحيّة العرف لأن يعطل نصاً قانونياً صريحاً إذا تعارف الناس على خلاف ما يقضي به، وهو أمر غير معترف به في القانون المدني في إطار العلاقات الخاصة التي تحكمها القواعد الآمرة، وحتى في نطاق العلاقات التي تحكمها القواعد المكملّة، فإن عدم تطبيق النص الذي يتضمن قاعدة مكملّة لنشأة عرف مخالف له لا يؤدي مهما طالّت المدة إلى إلغاء هذا النص ما لم يقرر المشرع ذلك صراحة<sup>(١)</sup>.

وهذا الأمر إن كان يصدق في مجال العلاقات الخاصة، فهو في مجال القانون الجنائي من الأمور البديهية، فالعرف لا يمكن أن يعطل نصاً جنائياً أو يلغيه كلياً أو جزئياً، لذلك كان من المجمع عليه أن النص الجنائي لا يفقد قوته لعدم تطبيقه مدة من الزمن مهما طالبت، ولو كان ذلك بصفة دائمة مطردة، بل إن النص يظل قائماً وقابلاً للتطبيق في أي وقت.

ومع ذلك لا يسعنا إلا أن نسلم بأن للعرف دوراً غير مباشر في إباحتها بعض الأفعال التي قد تدخل في عموم نص التجريم في زمن أو مكان معين، بينما يؤثر العرف في إباحتها بطريق غير مباشر، على الرغم من عدم وجود نصوص في القانون تقرر صراحة أو يستفاد منها ضمناً هذه الإباحة. من ذلك على سبيل المثال دور العرف في تطبيق القانون الذي يعاقب على الفعل الفاضح المخل بالحياء، فنص القانون الذي يعاقب على هذا الفعل لم يضع تعريفاً محدداً لما يعد فعلاً فاضحاً مخلّاً بالحياء، ومن أجل ذلك كان تحديد ما يعد كذلك خاضعاً لتقدير القاضي، الذي يقدر إخلال الفعل بالحياء طبقاً لظروف الزمان والمكان وما تعارف عليه أفراد المجتمع، وقد جرى العرف على اعتبار أفعال معينة غير مخلة بالحياء إذا ارتكبت في زمان أو مكان معين، من ذلك الظهور على شواطئ البحر بملابس الاستحمام أو كشف بعض العمال مواضع من أجسامهم أثناء العمل في الأماكن العامة. فالعرف في هذه الحالة لا ينشئ حقاً يعد استعماله قيدياً على نص التجريم، ومن ثم لا يمكن اعتبار العرف هو مصدر الإباحة في هذه الأفعال، لكن دور العرف يقتصر على تحديد عنصر أو وصف يتوقف عليه قيام الجريمة.

(١) انظر المادة الثانية من القانون المدني وهي تقرر عدم جواز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم، أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع.

لكن يلاحظ أنه إذا حظر القانون سلوكاً جرى به العرف، فلا يمكن أن يُعد هذا العرف سبباً لإباحة السلوك، ولا يجوز الاحتجاج بحق مستمد من العرف الذي لا يكون له أي دور في إباحة السلوك المحظور بنص صريح في القانون، ولا يكون لمن أتى السلوك المحظور الاحتجاج بحق يستمده من العرف، ومثال ذلك حظر إجراء عمليات ختان الإناث في المستشفيات العامة وعيادات الأطباء بقرار صادر من وزير الصحة. فلا يجوز للطبيب الذي يجري عملية ختان أن يدفع مسؤولية الجنائية عن هذا الفعل بحق يقره العرف السائد في منطقة معينة من الدولة<sup>(١)</sup>.

### ثانياً: قصر الإباحة على صاحب الحق:

لا يُعد استعمال الحق سبباً للإباحة إلا إذا كان صاحب الحق قد استعمل حقه في الحدود التي رسمها القانون المنشئ لهذا الحق وبالقيود التي يفرضها. ويقتضي ذلك أن يكون صاحب الحق قد التزم الحدود المقررة قانوناً للحق، فالقانون الذي ينشئ الحق يحدد نطاق الحق وشروط ممارسته.

فإذا كان القانون يعترف بالحق لشخص معين، فإن استعمال الحق لا يجوز لغيره ولا يكون للإباحة مجال إذا ارتكب شخص فعلاً استعمالاً لحق قرره القانون لشخص غيره<sup>(٢)</sup>. فالقانون يقرر حق تأديب الزوج لزوجته، ويعني ذلك أن القانون لا يعترف بهذا الحق إلا لمن توافرت فيه صفة معينة هي كونه زوجاً لمن تخضع للتأديب، فإذا انتفت هذه الصفة فيمن ارتكب أفعال تأديب الزوجة لم تكن أفعاله مباحة، ولو كان قريباً للزوجة أو من محارمها. والقانون يقرر حق مباشرة الأعمال الطبية لمن توافرت فيه صفة الطبيب طبقاً لما يحدده قانون مهنة الطب، وهذه الصفة لا تثبت إلا إذا كان الشخص حاصلًا على مؤهل معين وعلى ترخيص بممارسة مهنة الطب من السلطات المختصة بذلك، فإذا انتفت صفة الطبيب فيمن باشر الأعمال الطبية لم تكن أفعاله مباحة، ولو كان ذا خبرة بالأعمال الطبية تفوق خبرة الطبيب، أو كان حاصلًا على المؤهل الطبي دون أن يحصل على الترخيص اللازم لممارسة مهنة الطب. كما أن القانون يقرر حق التأديب لولي النفس، فلا يجوز لغيره استعماله، ويقرر حق الدفاع أمام المحاكم لمن كان خصماً في دعوى مرفوعة أمام القضاء، فلا يكون لغير الخصم أن يستعمل هذا الحق، ولا تباح أفعال غير صاحب الحق.

(١) د/ فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص ٢٥٧، ٢٥٨.

(٢) وتحديد صاحب الحق يقتضي الرجوع إلى مصدر الحق، فإذا كان مصدره المباشر هو نص القانون، فإن صاحب الحق يكون هو الشخص الذي عينه القانون.

لكن الإباحة لاستعمال الحق يمكن أن تنتج أثرها إذا صدر الفعل من غير صاحب الحق، متى كان القانون المنشئ للحق يجيز لصاحبه أن يفوض غيره في إتيان الأفعال التي يخولها القانون لصاحب الحق.

وتحديد ما إذا كان الحق من الحقوق التي يجوز تفويض الغير في استعمالها طبقاً للقانون، يقتضي البحث في كل حق على حدة. وهناك من الحقوق ما لا تسمح طبيعته بذلك، مثل حق الزوج في تأديب زوجته، فلا يجوز للزوج أن يفوض شقيقه أو ابنه في تأديب زوجته، ولا تباح أفعال الضرب الصادرة عن الأخ أو الابن، ولو احتج بأن ذلك قد حدث برضاء من الزوج وبناء على تفويض منه.

ومع ذلك فبعض الحقوق لا تتنافى طبيعتها أو غايتها مع تفويض الغير في استعمالها، فيجوز لغير صاحب الحق أن يحتج بالإباحة إذا ارتكب أفعالاً مجرمة استعمالاً للحق الذي نقل إليه. من ذلك مثلاً حق تأديب الصغير الذي يمكن أن ينتقل من وليه إلى المعلم في المدرسة أو المدرب في الحرفة، ومن ذلك حق الدفاع أمام المحاكم الذي يبيح بعض جرائم القذف والسب والبلاغ الكاذب، سواء صدرت من الخصم نفسه صاحب الحق في ذلك أو صدرت من محاميه أو ممن وكله في الدفاع عنه من أقاربه في الأحوال التي يجيز فيها القانون ذلك<sup>(١)</sup>.

#### ثالثاً: لزوم الفعل وتناسبه لاستعمال الحق:

قد يقصر القانون الإباحة على أفعال معينة يجيز لصاحب الحق أن يأتيها استعمالاً لحقه، تقديراً من المشرع أن هذه الأفعال تكفي لتحقيق الغاية من الحق، فيتحدد مجال الإباحة بهذه الأفعال دون غيرها. فإذا ارتكب صاحب الحق أفعالاً غير التي أجازها له القانون أو أشد جسامة مما أجازها له، لم تكن هذه الأفعال مباحة، وامتنع على صاحب الحق أن يحتج بحقه لإباحة ما ارتكبه من أفعال تجاوز نطاق الحق الذي يقره له القانون. فحق تأديب الزوجة أو الصغير تقره الشريعة الإسلامية وتحصر وسائله وتجعل أشدها في الجسامة الضرب الخفيف الذي لا يكسر عظماً ولا يدمي جسداً، لذلك لا يبيح حق التأديب ما جاوز هذه الوسائل، فلا يُباح فعل الزوج أو الولي إذا قتل الزوجة أو الصغير أو سب لأحدهما عاهة مستديمة.

والقانون يجيز للخصم أن يسند لخصمه من الأقوال ما يعد قذفاً أو سباً استعمالاً لحق الدفاع أمام القضاء، لكنه لا يقرر له ما يجاوز ذلك من الأقوال أو الأفعال، ولذلك لا يُباح

(١) د/ فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص ٢٦٠.

فعل الخصم إذا اعتدى على خصمه بالضرب في قاعة المحكمة أو خارجها، لأن هذا الفعل يخرج عن نطاق ما يستلزمه استعمال حق الدفاع أمام القضاء<sup>(١)</sup>.  
وقد يحظر القانون على صاحب الحق الالتجاء إلى وسيلة معينة لاستعمال حقه، فلا يكون فعله مباحاً إذا لجأ إلى هذه الوسيلة، مثال ذلك الدائن الذي يلزمه القانون بأن يلجأ إلى القضاء للحصول على حقه من مدينة المماطل، ولا يجيز له أن يستوفي حقه بنفسه عن طريق استعمال القوة والالتجاء إلى أعمال العنف والبلطجة، ومن ثم لا يُباح فعل الدائن إذا لجأ إلى وسيلة من الوسائل التي لا يجيزها له القانون، كما لو اعتدى على المدين كي يجبره على الوفاء بدينه أو استولى على مال يملكه أو يحوزه المدين استيفاءً لحقه<sup>(٢)</sup>.

#### رابعاً: حسن النية:

نصت المادة ٦٠ من قانون العقوبات على هذا القيد، عندما تطلبت أن يكون الفعل قد ارتكب بنية سليمة". والمقصود بسلامة النية أن يكون غرض صاحب الحق من الفعل منصرفاً إلى استعمال حقه، وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان القصد من استعمال الحق تحقيق الغاية التي من أجلها قرر له القانون ذلك الحق<sup>(٣)</sup>.  
فالحقوق يقرها القانون بهدف تحقيق غايات معينة، فلكل حق غايته التي تعد بمثابة العلة من وراء تقرير هذا الحق، وتمثل الحد المعنوي لاستعمال الحق. فإذا كان صاحب الحق قد التزم هذا الحد عندما استعمل حقه، كان استعماله للحق بحسن نية، وجاز له الاحتجاج بالإباحة استناداً إلى الحق الذي خوله له القانون.  
أما إذا كان صاحب الحق يبتغي من استعمال حقه غرضاً غير الذي استهدفه القانون، كان استعماله للحق بسوء نية يجاوز الحد المعنوي للحق، ولم يكن له أن يحتج لإباحة فعله

(١) نقض ٢٠ أكتوبر ١٩٨١، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٢، رقم ١٢٩، ص ٧٣٢.

(٢) د/ فوزية عبد الستار، مرجع سابق، ص ١٤٩، د/ فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص ٢٦١.

(٣) وبغير ذلك يكون استعمال الحق غير مشروع ولا ينتج أثره في الإباحة. وقد قررت المادة الخامسة من القانون المدني الحدود العامة لمشروعية استعمال الحق بنصها على أن "يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

أ - إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

ب - إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

ج - إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة".



بالحق الذي قرره له القانون، حتى ولو كان الفعل المرتكب يدخل في نطاق الحدود المادية للحق، أي أنه كان من الأفعال التي يشملها الحق مادياً.

فالطبيب يخصص له القانون بمباشرة مهنة الطب بغرض علاج المريض أو التخفيف من آلامه. فإن استهدف من العمل الطبي غرضاً آخر مثل إجراء تجربة علمية أو مساعدة شخص على التخلص من الخدمة العسكرية أو تسهيل حصول المدمنين على المخدرات، لم يكن له أن يحتج بسبب الإباحة الذي يقرره له القانون<sup>(١)</sup>.

والزوج يقرر له القانون حق تأديب الزوجة بالضرب لإصلاحها ومواجهة نشوزها، فإن استهدف الزوج من الضرب غرضاً آخر مثل الانتقام من الزوجة أو أهلها أو دفعها إلى القيام بسلوك شائن، لم يكن له أن يدفع الجريمة عن نفسه بأنه ارتكب فعلاً مباحاً لكونه يستعمل حقاً قررته له الشريعة.

والقانون يقرر لكل مواطن حق الطعن في أعمال ذوي الصفة العمومية بغرض الكشف عن سوءات الموظفين وتقصيرهم في أداء واجباتهم الوظيفية، ولذلك وجب للاستفادة من الإباحة استعمالاً لهذا الحق أن يكون غرض من يطعن في أعمال الموظف تحقيق هذه الغاية، فإن استهدف غرضاً غير ذلك، مثل إشباع شهوة الانتقام من الموظف لعداوة أو أحقاد شخصية بينهما، فلا يجوز له أن يحتج بالحق الذي خوله له القانون<sup>(٢)</sup>.

(١) وعلى ذلك فالطبيب الذي يسيء استعمال حقه في وصف المخدر، فلا يرمي من وراء ذلك إلى علاج طبي صحيح بل يكون قصده تسهيل تعاطي المخدرات للمدمنين عليها يجري عليها حكم القانون العام أسوة بسائر الناس، نقض ٤ يونيو ١٩٤٥، مجموعة القواعد القانونية، ج٦، رقم ٥٥٨، ص ٧٣٥، وكذلك الأمر بالنسبة للطبيب الذي يستعمل حق التطبيب والجراحة في إجهاض النساء، فهو يرتكب جريمة الإجهاض.

(٢) د/ سامح جاد، مرجع سابق، ص ١٣٢، د/ فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص ٢٦٣، وانظر نقض ٢١ مارس ١٩٣٨، مجموعة القواعد، ج٤، رقم ١٨١، ص ١٦٩.

## المبحث الثاني تطبيقات استعمال الحق

### تمهيد وتقسيم:

الأفعال المباحة تختلف باختلاف طبيعة الحقوق التي يقرها المشرع، وما يقتضيه مباشرتها من مساس بحقوق الغير؛ فحق مباشرة الأعمال الطبية يبيح الجرح، وحق الطعن في ذوي الصفة العمومية يبيح القذف، وحق التأديب يبيح الضرب. هذا وقد حرص الفقهاء المصري على وضع القيود والحدود المتعلقة بثلاث تطبيقات لممارسة الحق: وهي حق التأديب، وحق ممارسة الأعمال الطبية وحق ممارسة الألعاب الرياضية. وسوف نقتصر على دراسة هذه التطبيقات تباعاً في المطالب التالية:

### المطلب الأول حق التأديب

#### تقسيم:

سوف أتناول هذا المطلب في ثلاثة فروع كما يأتي:

#### الفرع الأول

#### مصدر حق التأديب وعلته

لم يذكر المشرع في نصوص القانون المصري نص يسمح لشخص بالحق في تأديب آخر، ومع ذلك فإن هذا الحق ثابت بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية للزوج على زوجته وللوالد والأستاذ أو لمن في حكمهما على الولد أو القاصر، كما يمنح العرف العام للمخدوم هذا الحق على خادمه.

ويبيح هذا الحق أفعال الضرب الخفيف التي تجعل منه المادة ٢٤٢ عقوبات جريمة، وأفعال التعدي والإيذاء الخفيف المجرمة بالمادة ٩/٣٧٧ من قانون العقوبات، كما قد يبيح بعض الأفعال المقيدة للحرية أو الأقوال الخادشة للشرف والاعتبار.

وترجع العلة وراء تقرير حق التأديب لبعض الأشخاص على غيرهم وعلى الأخص حق التأديب بالضرب إلى رغبة المجتمع في إدراك غاية معينة يتحقق للمجتمع من ورائها

مصلحة عليا هي تقويم سلوك الخاضع لهذا الحق والتزامه الطريق السوي حتى يكون عضواً نافعاً لنفسه وأسرته ومجتمعه<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثاني

### نطاق حق التأديب وقيوده

**حق التأديب في الفقه الإسلامي** خاص بتأديب الصغير من وليه الشرعي ومن يقوم على تربيته، وتأديب الزوجة من زوجها. وهناك قيود على هذا الحق: منها ما يتعلق بتحديد صاحب الحق فيه والخاضع له، ومنه ما يتعلق بالحدود الموضوعية لممارسة الحق.

#### أولاً: تأديب الصغار:

يتفق الفقه على أن صاحب الحق في التأديب هو الأب والأستاذ ويتفق كذلك على إعطاء مفهوم واسع للفظ الأب والأستاذ. فالأب تعبير يشمل قانوناً كل من لهم ولاية على نفس الصغير باعتبارهم القائمين قانوناً على تهذيب الصغير وتأديبه. وهم الأب ثم الجد الصحيح ثم العم ثم الأم - على خلاف بالنسبة لحقها في تأديب الصغير لا في تعليمه - والوصي. أما الأساتذة فيدخل فيهم كل من يقوم بتعليم الصغير، علماً أو فناً أو صناعة. وهذا الحق ثابت لهؤلاء جميعاً لا بمقتضى أحكام الشريعة فقط وإنما بمقتضى أحكام العرف العام الذي يبيح لهم جميعاً تأديب الصغير وتهذيبه لمصلحة نفسه ومصلحة مجتمعه، لكن هذا الحق ينتفي بطبيعة الحال إذا تدخل القانون بالنص الصريح لتحريم التأديب بوسيلة معينة، كالقانون الذي يمنع على المعلمين في معاهد التعليم استخدام الضرب كوسيلة للتأديب. كما أن هذا الحق ثابت بمقتضى العرف للمخدوم على خادمه. أما المقصود بالأولاد فقليل أنهم من أتموا السابعة ولم يتموا الثامنة عشرة استثناساً بأحكام قانون الأحداث بينما اتجه آخرون إلى أن المقصود بهم كل من لم يبلغ سن خمس عشرة سنة كاملة، أو بلغها وكان لا يزال في كنف القائم على تربيته أو تعليمه حتى يبلغ سن الرشد<sup>(٢)</sup>.

#### ثانياً: تأديب الزوجة:

إن الشريعة الإسلامية تعترف للزوج بحق تأديب زوجته في حدود معينة بالهجر وبالضرب البسيط، وذلك بالنص الصريح في قوله تعالى: ﴿وَالَّتِي تُخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ

(١) د/ محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم العام، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٣، ص ٣٠٣.

(٢) د/ محمود مصطفى، مرجع سابق، ص ١٧٤، د/ محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص ٣٠٤.

فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْتَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا  
إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا ﴿٦٥﴾ (١).

وهذا معناه أن حق الزوج في تأديب زوجته ثابت له في الحدود وبالقيود الواردة بالنص الكريم بالنسبة للأشخاص وفي حدود النطاق الذي تلقى فيه أحكام الشريعة الإسلامية تطبيقاً، فلا ينشأ هذا الحق للزوج على زوجته في أحكام الشريعة الإسلامية إلا إذا كانت ناشزاً بأن امتنعت عن أداء حقوق الزوجية، أو قامت بإهانت زوجها، أو أتت بمعصية لم يرد في شأنها حد مقرر، وبشرط أن لا يكون أمر هذه المعصية قد رفع إلى الإمام، أي إلى السلطات العامة (٢).

هذا ويلزم أن يسبق حق التأديب بالضرب، الوعظ ثم الهجر وأن يلتزم من له حق التأديب بالحدود الموضوعية لهذا الحق على نحو ما يبيحه الشرع والعرف العام. إذ يرجع إلى هذا الأخير لتحديد الحالات التي يجوز التأديب فيها والوسائل والطرق المناسبة لتحقيق هذا الهدف. وهو أمر موضوعي يرجع في تقديره لكل حالة على حده، لكنه يلزم على أي حال ألا يتجاوز التأديب حدود الضرب البسيط باليدين أساساً أو بعصاً رفيعة على نحو لا يؤدي إلى جرح أو عجز عن العمل، أو حدود تقييد الحرية بشرط ألا يكون فيه تعذيب أو منع من الحركة أو إيلاء للبدن (٣).

وتطبيقاً لذلك قضي بأنه إذا ربط والد ابنته ربطاً محكماً في عضديها فأحدث عندها غنغريناً سببت وفاتها فهذا تعذيب شديد يقع تحت طائلة (القانون) (٤). كما قُضي بأن حق التأديب يبيح الضرب الخفيف، فإن تجاوز الزوج هذا الحد فأحدث أذى بجسم زوجته كان معاقباً عليه قانوناً، ولو كان الأثر الذي حدث بجسم الزوجة لم يزد عن سجات بسيطة، فإن هذا القدر كافٍ لاعتبار ما وقع منه خارجاً عن حدود حقه المقرر بمقتضى الشريعة ومستوجباً للعقاب (٥)، وأن الضرب الفاحش هو الذي يؤثر في الجسم ويغير لون الجلد (٦).

(١) سورة النساء آية: ٣٤.

(٢) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ١٦٩.

(٣) د/ سامح جاد، مرجع سابق، ص ١٣٦، أنظر نقض ١٩٤٣/١/٤، مجموعة القواعد القانونية، ج٦، ق ٦٢، ص ٨٥.

(٤) نقض ١٩٣٣/٦/٥، مجموعة القواعد القانونية، ج٣، ق ١٣٦، ص ١٩٠.

(٥) نقض ١٩٣٣/١٢/١٨، مجموعة القواعد القانونية، ج٣، ق ١٧٥، ص ٢٢٥.

(٦) نقض ١٩٦٥/٦/٧، أحكام النقض، س ١٦، ق ١١٠، ص ٥٥٢.

فإذا تعدى الزوج حق التأديب وضرب زوجته ضربة أدت إلى وفاتها فإنه يكون مسئولاً عن ضرب أفضى إلى موت لا عن قتل خطأ (نقض ١٩٢٧/٥/٢٥، المحاماة، س ٨، ق ٢٢٣، ص ٢٩٥).  
لهم إلا إذا كان التجاوز قد وقع منه نتيجة عدم احترازه أي دون قصد، فإنه يسأل عن قتل خطأ. =

كما يلزم أخيراً أن تكون الغاية من الضرب أو تقييد الحرية أو نحوه هي التأديب والتعذيب لا الانتقام أو التعذيب أو مجرد الإهانة أو الإذلال.  
فإذا التزم الأب أو الزوج أو في حكمها هذه القيود الثلاثة عند ممارسته لحقه في التأديب فلا جريمة في فعله، أما إذا تجاوزها فإن الصفة الإجرامية تعود ثانية إلى الفعل وتقوم مسئولية محدثة جنائياً<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثاني

### حق مباشرة الأعمال الطبية

إن دراسة حق مباشرة الأعمال الطبية يقتضي منا أن نتناول تعريف العمل الطبي، والأساس التشريعي لإباحته، وشروطه. وذلك في الفروع التالية:

## الفرع الأول

### تعريف العمل الطبي

لم تعنى النصوص الواردة في التشريعات المتعلقة بمزاولة العمل الطبي<sup>(٢)</sup> بوضع تعريف محدد للأعمال الطبية، بالرغم من ذكرها لاصطلاح العمل الطبي، وتركت للفقهاء وضع التعريف الملائم للعمل الطبي.

والفقه الغالب يتجه إلى أن العمل الطبي، يشمل جميع مراحل من فحص وتشخيص وعلاج<sup>(٣)</sup>. وعلى ذلك يعرف العمل الطبي بأنه: كل نشاط يرد على جسم الإنسان أو نفسه، ويتفق في طبيعته وكيفيته مع الأصول العلمية والقواعد المتعارف عليها نظرياً وعملياً في علم الطب، ويقوم به طبيب مصرح له قانوناً به، بقصد الكشف عن المرض وتشخيصه

= هذا وقد قضي في ١٩٧٥/١١/٢، أحكام النقض، س٢٦، ص٦٧٢، وقررت المحكمة بأنه "من المقرر أن التأديب مقتضاه إباحتها الإيذاء، ولكن لا يجوز أن يتعدى الإيذاء الخفيف، فإذا تجاوز الزوج هذا الحد، فأحدث أذى بجسم زوجته كان معاقباً عليه قانوناً، حتى ولو كان الأثر الذي حدث بجسم الزوجة لم يزد عن سحجات بسيطة... وكان الزوج قد أحدث بالمجني عليها الزوجة كدمات بالفخذ الأيسر.

(١) د/ محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص ٣٠٦.

(٢) القانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤ بشأن مزاولة مهنة الطب، قانون الصحة الفرنسي رقم ٢٤ لسنة ١٩٤٥.

(٣) وهناك من ضيق مفهوم العمل الطبي؛ فقصره على مرحلة العلاج؛ فعرّفه بأنه: كل نشاط يتفق في كيفية وظروف مباشرته مع القواعد المقررة في علم الطب، ويتجه في ذاته وفق المجرى العادي للأمر إلى شفاء المريض. د/ نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الكتاب الأول، ١٩٩٨، ص ١٩٣.

وعلاجه، لتحقيق الشفاء، أو تخفيف آلام المرض أو الحد منها أو منع المرض، أو يهدف إلى المحافظة على صحة الأفراد، أو تحقيق مصلحة اجتماعية بشرط توافر رضا من يجري عليه هذا العمل<sup>(١)</sup>.

أو هو نشاط يتفق في كميته وظروف مباشرته مع القواعد المقررة في علم الطب، ويتجه في ذاته أي وفق المجرى العادي للأمور إلى شفاء المريض<sup>(٢)</sup>.

والأصل في العمل الطبي أن يكون علاجياً بتخليص المريض من مرضه أو التخفيف من حدته أو آلامه، ولكن يعد من قبيل الأعمال الطبية كل عمل يستهدف الكشف عن نوع المرض وأسباب سوء الصحة<sup>(٣)</sup>، كما يشمل كل عمل يساعد في الوقاية من الأمراض<sup>(٤)</sup>. وعلى ذلك فالأعمال الطبية لا تقع تحت حصر فهي تشمل العمليات الجراحية ووصف الدواء وحياسة المخدرات التي يتطلبها العلاج أو العمليات الجراحية وكل ما من شأنه أن يؤدي إلى شفاء المريض<sup>(٥)</sup>.

والعمل الطبي في التشريع المصري رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤<sup>(٦)</sup> وتعديلاته الخاص بمزاولة مهنة الطب، يشمل التشخيص والعلاج العادي والجراحي، ووصف الأدوية، أو أخذ العينات أو أي عمل طبي آخر. وهذا مفهوم ضمناً من سياق النص الخاص بشروط مزاولة العمل الطبي؛ حيث نصت المادة الأولى من التشريع المصري سالف الذكر على أنه " لا يجوز لأحد إبداء مشورة طبية أو عيادة مريض أو إجراء عملية جراحية أو مباشرة ولادة أو وصف أدوية أو علاج مريض أو أخذ عينة من العينات التي تحدد بقرار من وزير الصحة العمومية من جسم المرضى الأدميين للتشخيص الطبي المعملية بأي طريقة كانت أو وصف نظارات طبية وبوجه عام مزاولة مهنة الطب بأي صفة كانت إلا إذا كان مصرياً أو كان من بلد تجيز قوانينه للمصريين مزاولة مهنة الطب بها وكان اسمه مقيداً بسجل الأطباء البشريين، وذلك مع عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالمنظمة لمهنة التوليد".

(١) د/ أسامة عبد الله فايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، طبعة دار النهضة، سنة ١٩٨٧، ص ٥٥، د/ فوزية عبد الستار، مرجع سابق، ص ١٥٧.

(٢) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ١٧٢.

(٣) كالتحاليل الطبية وإجراء الأشعة اللازمة على المريض.

(٤) كإعطاء التطعيم المناسب للوقاية من الأمراض.

(٥) د/ محمود مصطفى ص ١٦٨، د/ سامح السيد جاد، مرجع سابق، ص ١٣٩.

(٦) الوقائع المصرية في ٢٢ يولييه ١٩٥٤ العدد ٥٨ مكرر.

وكذلك الأمر بالنسبة للقضاء المصري؛ فيشمل العمل الطبي إلى جانب التشخيص والعلاج، إجراء العمليات الجراحية ووصف الأدوية، وإعطاء الاستشارات الطبية والعقاقير<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثاني

### الأساس التشريعي لإباحة العمل الطبي

لا شك في أن مزاوله الأعمال الطبية والجراحية التي يقوم بها الطبيب تتطلب المساس بسلامة جسم الإنسان، كفحص جسم المريض، الذي قد يمتد إلى عوراته ووصف الأدوية، وإعطاء بعض المواد المخدرة، وإجراء الجراحة، ونزع أجزاء من دمه أو أنسجته لإجراء التحاليل، وهذه الأفعال تشكل -إذا قام بها الشخص العادي- جرائم مما ينص عليه قانون العقوبات كالضرب والجرح وإعطاء المواد الضارة، وقد يؤدي إلى وفاة المريض فتقوم جريمة الضرب أو الجرح المفضي إلى الموت. وهذا يعني أن الأعمال الطبية والجراحية تتطابق مع النموذج القانوني لجرائم المساس بسلامة الجسم، ولكن من المستقر عليه هو إباحة هذه الأعمال في المجال الطبي، لأنها تحقق مصلحة للمريض وللمجتمع ومن ثم فإنها لا تخضع لنطاق التجريم. إذا توافرت شروط معينة.

وقد انقسم الفقه في تحديد الأساس التشريعي لإباحة العمل الطبي إلى ثلاث اتجاهات<sup>(٢)</sup>:  
أولها يذهب إلى أن أساس إباحة العمل الطبي هو انتفاء القصد الجنائي لدى الطبيب، وثانيها يذهب إلى إن أساس الإباحة هو رضاه المجني عليه، أما ثالثها فيذهب إلى أنه ترخيص القانون.

### أولاً: انتفاء القصد الجنائي

يذهب بعض الفقهاء إلى القول: بأن أساس إباحة عمل الطبيب وعدم مسؤوليته عن أفعاله أثناء ممارسته لمهنته، يكمن في انتفاء القصد الجنائي لديه، والذي تتطلبه جريمة

(١) نقض ١٥ أكتوبر ١٩٥٧ مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٨، رقم ٢١١، ص ٧٨٦.

نقض ٢٧ أكتوبر ١٩٥٨ مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٩، رقم ٢٠٨، ص ٨٤٩.

نقض ٢٠ فبراير ١٩٦٨ مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٩، رقم ٤٦، ص ٢٥٤.

نقض ١١ مارس ١٩٧٤ مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٢٥، رقم ٥٩، ص ٢٦٣.

(٢) حمدي رجب عطيه "المسئولية الجنائية للطبيب في التشريع الليبي" بحث منشور بمجلة مصر المعاصرة، مصر، مجلد ٩٣، عدد ٤٦٥، ٤٦٦، ٢٠٠٢م، ص ٣٩٣، ٣٩٤، د/ محمود عبد ربه القبلاوي "المسئولية الجنائية للطبيب في القانون المصري" بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، ٢٠٠٠م مجلد ٩، عدد ١٧، ص ٢٨٠.

الجرح أو الضرب لقيامها، وذلك على سند من القول، بأن إرادة الطبيب لا تتجه إلى الإضرار بصحة المريض، وإنما إلى شفاؤه من مرضه.

وهذا الاتجاه لم يسلم من النقد؛ حيث قيل بأنه يخلط بين عناصر القصد والباعث، فالباعث ليس ركناً من أركان الجريمة، ولا عنصراً من عناصرها، وقد يكون الباعث شريفاً ومع ذلك يتوافر القصد الجنائي. فالقصد الجنائي في جرائم الاعتداء على سلامة الجسم، هو قصد عام يتوافر قانوناً بمجرد العلم بأن من شأن الفعل المساس بسلامة الجسم، وهو يتوافر بمجرد انصراف إرادة الطبيب إلى عمله الطبي على جسم المريض، والطبيب لديه هذا القصد بعنصره. إما كونه لا يهدف من ذلك إلا تخليصه من آلامه وتحقيق الشفاء له، فإن ذلك يتعلق بالباعث، والقانون لا يعتد بالباعث على الجريمة<sup>(١)</sup>.

### ثانياً: رضاء المريض

اتجه رأي آخر من الفقهاء إلى أن أساس إباحتها أفعال الطبيب، وعدم مسؤوليته عن أفعاله أثناء ممارسته لمهنته، يكمن في رضاء المريض بالعمل الطبي أو الجراحي على جسده، وذلك على سند من القول، بأن الرضا يعد سبباً لإباحة العمل الطبي، حتى ولو قام به شخص آخر غير طبيب، ولم يتوافر لديه قصد العلاج، شريطة أن تتوفر لديه كل من الغاية المشروعة ورضاء المريض<sup>(٢)</sup>.

ولم يسلم هذا الاتجاه بدوره من النقد؛ حيث إن حق المريض في سلامة جسمه ليس حقاً خالصاً له، ولكنه حق ذو طبيعة اجتماعية، فإذا رضي المريض بالاعتداء على حقه في سلامة جسمه، فإن هذا الرضا ينصرف إلى الجانب الفردي من هذا الحق، دون الجانب الاجتماعي. ولذا يبقى حق المجتمع في الدفاع عن هذا الجانب الاجتماعي قائماً، وببطل فعل الاعتداء خاضعاً للتجريم<sup>(٣)</sup>.

(١) د/ أحمد شوقي أبو خطوه، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة، سنة ١٩٨٩، ج ١، ص ٣٢٤، ٣٢٥، د/ محمود أحمد طه، شرح قانون لعقوبات، القسم العام، ط ٢، ج ١، ص ٢٢٢، د/ حسن محمد ربيع، شرح قانون العقوبات المصري، القسم العام، الكتاب الأول، طبعة أولى، سنة ١٩٩٦، ص ٤٣٣، ٤٣٤.

(٢) مشار إليه في د/ محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، سنة ١٩٥١ ص ٩٢ هامش ٣. وأساس هذا الرأي هي القاعدة الرومانية التي تقرر بأنه لا ضرر لمن رضي بهذا الضرر..

(٣) أحمد شوقي أبو خطوه، مرجع سابق، ص ٣٢٣، ٣٢٤، د/ محمد عبد الغريب، شرح قانون العقوبات القسم العام، النظرية العامة للجريمة، مطبعة أبناء وهبه حسان القاهرة ١٩٩٤م ج ١، ص ٣٢٩، د/ محمود القبلاوي، مرجع سابق، ص ٢٨٢.



كما أن الرضا ليس سبباً عاماً للإباحة وقيمه محدودة في جرائم المساس بسلامة الجسم، فسلامة جسم الإنسان من النظام العام، وحمايتها أمر تقتضيه مصلحة المجتمع<sup>(١)</sup>. والقضاء المصري في الاتجاه الحديث لم يأخذ بهذا الاتجاه، مقررًا بأن رضا المريض لا يعد سبباً لإباحة جرائم الاعتداء على سلامة الجسم وتكامله الجسدي ولو رضي المريض بالعلاج أو إجراء العمليات الجراحية.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في قضية حلاق أجرى عملية إزالة شعرة: "بأن الجرح الذي يحدثه حلاق، بجفن المجني عليه، بإجرائه له عملية إزالة الشعرة غير المرخص له بإجرائها يكون جريمة الجرح العمد، ولا ينفي قيام القصد الجنائي عنده رضا المجني عليه بإجراء العملية أو ابتغاؤه شفاءه"<sup>(٢)</sup>.

كما قضت في حكم آخر، بأنه متى توافر القصد في جريمة الضرب أو الجرح فلا تؤثر فيه البواعث التي حملت الجاني والدوافع التي حفزته على ارتكاب فعله مهما كانت شريفة مبعثها الشفقة وابتغاء الخير للمصاب، ولكون الفعل لم يقع إلا تلبية لطلب المصاب أو بعد رضا منه<sup>(٣)</sup>.

### ثالثاً: الترخيص القانوني

ذهب غالبية الفقهاء إلى القول، بأن أساس إباحة عمل الطبيب في القيام بالأعمال الطبية والجراحية التي يجريها على أجسام المرضى يكمن في الرخصة المخولة لهم قانوناً بمزاولة مهنة الطب وفقاً للشروط والإجراءات المنصوص عليها في القوانين المنظمة لمزاولة مهنة الطب والجراحة. وذلك على سند من القول بأن القانون ينظم كيفية مباشرة هذه المهنة ويعترف بكل الأعمال اللازمة لمباشرتها والتي تستهدف قصد العلاج سواء كان القانون الجنائي أو غيره من فروع القانون الأخرى، مثال ذلك القوانين المنظمة للمهن الطبية التي تخول للأطباء والجراحين الحق في التعرض لأجسام المرضى بأفعال تعد من قبيل الجرائم إذا مارسها أشخاص غيرهم ليس لهم هذا الحق استناداً إلى المادة ٦٠

(١) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ١٨٣، د/ أحمد شوقي أبو خطوه، مرجع سابق، ص ٣٢٤.

(٢) نقض ٤ يناير ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية، ج ٤، رقم ٣٤، ص ٣١، والمحاماة س ١٧، رقم ٤١٧، ص ٨٢٠.

(٣) نقض ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٩، مجموعة القواعد القانونية، ج ٤، رقم ٤١٧، ص ٥٨٥.

### عقوبات مصري<sup>(١)</sup>.

ووفقاً لهذا الرأي يكون الترخيص ضروري للإباحة، حتى ولو كان الجاني حاصلًا على بكالوريوس الطب والجراحة، ويسأل إذا لم يكن مرخصاً له بمزاولة مهنة الطب<sup>(٢)</sup>. وقد أخذت العديد من التشريعات بهذا الرأي<sup>(٣)</sup>. ولذا ورد الحظر على ممارسة الأعمال الطبية بدون الحصول على الترخيص من الجهة المختصة في القانون المصري<sup>(٤)</sup>. ولقد نال هذا الاتجاه تأييد غالبية الفقهاء، وتأييد القضاء، في الكثير من أحكامه، حيث قضى بأن الطبيب أو الجراح لا يعد مرتكباً لجريمة الجرح عمداً، لأن قانون مهنته، اعتماداً على مؤهله العلمي قد رخص له في إجراء العمليات الجراحية بأجسام المرضى، وبهذا الترخيص وحده ترتفع المسؤولية الجنائية للطبيب عن فعل الجرح<sup>(٥)</sup>. فالمرشح اعترف بمهنة الطب وينظم كيفية مباشرتها. لذلك يسمح بكل الأعمال الضرورية لمباشرتها<sup>(٦)</sup>.

- (١) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ١٨٤، د/ السعيد مصطفى السعيد، مرجع سابق، ص ١٦٢، د/ محمود مصطفى، مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٤٨، السنة ١٨، العدد ٢، ص ٢٨٠، د/ حسن صادق المرصفاوي، المسؤولية المهنية والقانونية للتوليد، بحث مقدم لمؤتمر المسؤولية الطبية، جامعة قار بونس، بني غازي، ليبيا ١٩٧٨، ص ٥.
- (٢) د/ أحمد شوقي أبو خطوه، مرجع سابق، ص ٣٢٦.
- (٣) تنص المادة ٦٠ من قانون العقوبات المصري، على أنه: "لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة". وانظر ذات المعنى المادة ١٦ من قانون العقوبات البحريني، المادة ٢/٥٣ من قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية، المادة ٣٢٧ من قانون العقوبات الفرنسي.
- (٤) نصت المادة الأولى من التشريع المصري رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤ الخاص بمزاولة مهنة الطب على أنه "لا يجوز لأحد إبداء مشورة طبية أو عيادة مريض أو إجراء عملية جراحية أو مباشرة ولادة أو وصف أدوية أو علاج مريض أو أخذ عينة من العينات التي تحدد بقرار من وزير الصحة العمومية من جسم المرضى الأدميين للتشخيص الطبي المعملية بأية طريقة كانت أو وصف نظارات طبية وبوجه عام مزاولة مهنة الطب بأية صفة كانت إلا إذا كان مصرياً أو كان من بلد تجيز قوانينه للمصريين مزاولة مهنة الطب بها وكان اسمه مقيداً بسجل الأطباء البشريين، وذلك مع عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالمنظمة لمهنة التوليد".
- (٥) نقض ١٨ فبراير ١٩٥٢ مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٣، رقم ٢٦٠، ص ٦٩٨، نقض ١٣ ديسمبر ١٩٦٠ مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١١، رقم ١٧٦، ص ٩٠٤، نقض ٨ يناير ١٩٦٨ مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٩، رقم ٤، ص ٢١، نقض ٢٠ فبراير ١٩٦٨ مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٩، رقم ٤٦، ص ٢٥٤، نقض ١١ مارس ١٩٧٤ مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٢٥، رقم ٥٩، ص ٢٦٣.
- (٦) د/ محمود محمود مصطفى، مرجع سابق، ص ٢٨٠، د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ١٧٣.

وهذا الرأي الأخير منطقي إذ أن تجريم الأفعال دائماً بنص من المشرع وعند إباحة فعل مجرم قانوناً يكون أيضاً بنص وهذا ما فعله المشرع بشأن المساس بسلامة جسم الإنسان فقد جرم المساس به في الوقت الذي أباح بنصوص مزاوله المهن الطبية حتى ولو كان فيها مساس بجسم الإنسان وهذا يعد ترخيصاً من المشرع بغرض تخليص جسم الإنسان مما يصيبه من مرض أو حماية من الإصابة بالأمراض<sup>(١)</sup>. هذا حتى ولو فشل العمل الطبي ولم يتخلص المريض من مرضه أو لم تخفف حدته ما دام أن الطبيب قد التزم الأصول العلمية عند مباشرته للعمل الطبي فإن العمل هنا يكتسب الصفة المشروعة<sup>(٢)</sup>.

### الفرع الثالث

#### شروط إباحة العمل الطبي

اشتراط المشرع المصري في قانون مزاوله مهنة الطب رقم ٤١٥ لسنة ١٩٤٥ وكذا قانون مزاوله مهنة التوليد رقم ٤٨١ لسنة ١٩٥٤، والقانون رقم ٥٣٧ لسنة ١٩٦٤ الخاص بمزاوله مهنة الطب وجراحة الأسنان. لإباحة العمل الطبي، أن يكون من أجراه مرخصاً له قانوناً بإجرائه، وأن يكون قد حصل على رضاه المريض أو من يمثله، وأن يكون الفعل قد أجرى بقصد العلاج، ومراعاة الأصول العلمية لممارسة العمل الطبي. وسوف أتناول هذه الشروط بشيء من التفصيل فيما يلي:

#### أولاً: الترخيص بمزاوله مهنة الطب:

يشترط لإباحة العمل الطبي والجراحي، أن يكون من أجراه مرخصاً له قانوناً بمزاوله مهنة الطب والجراحة<sup>(٣)</sup>. وعلى ذلك نصت المادة الأولى من التشريع المصري رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤ الخاص بمزاوله مهنة الطب بقولها: " لا يجوز لأحد إبداء مشورة طبية أو عيادة مريض أو إجراء عملية جراحية أو مباشرة ولادة أو وصف أدوية أو علاج مريض أو أخذ عينة من العينات التي تحدد بقرار من وزير الصحة العمومية من جسم المرضى

(١) وهذه الرخصة تقررت بموجب القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٣ بإصدار القانون الصحي، والقانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٧٣ بإنشاء نقابة المهن الطبية والقانون رقم ٤ لسنة ١٩٨٢ بشأن جواز تشريح الجثث والاستفادة من زرع أعضاء الموتى، والقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٦ بشأن المسئولية الطبية.

(٢) د/ حمدي رجب عطية، مرجع سابق، ص ٣٩٤.

(٣) انظر في مصر القانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٤٥ الخاص بمزاوله مهنة الطب، والقانون رقم ٤٨١ لسنة ١٩٥٤ الخاص بمزاوله مهنة التوليد، والقانون رقم ٥٣٧ لسنة ١٩٦٤ الخاص بمزاوله مهنة الطب وجراحة الأسنان.

الآدميين للتشخيص الطبي المعلمي بأية طريقة كانت أو وصف نظارات طبية وبوجه عام مزاوله مهنة الطب بأية صفة كانت إلا إذا كان مصرياً أو كان من بلد تجيز قوانينه للمصريين مزاوله مهنة الطب بها وكان اسمه مقيداً بسجل الأطباء البشريين، وذلك مع عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالمنظمة لمهنة التوليد".

وهو ترخيص تمنحه جهة الإدارة المختصة لكل من حصل على الإجازة العلمية التي يعد طالبها لمباشرة مهنة الطب، وهذه الإجازة هي أساس الترخيص الذي تتطلب القوانين واللوائح الحصول عليه قبل مزاوله المهنة<sup>(١)</sup>. لذا يعد الترخيص القانوني، شرطاً أساسياً لإباحة الأعمال الطبية، حتى ولو كان من أجزائها حاصلاً على المؤهل الدراسي الذي يعده لممارسة هذه المهنة<sup>(٢)</sup>.

فعلية هذا الشرط تكمن، في أن المشرع لا يثق في غير من رخص لهم بمزاوله مهنة الطب إذ هم - في تقديره - الذين تتوافر لديهم الدراية العلمية والخبرة العملية للقيام بعمل طبي أو جراحي يطابق الأصول العلمية المتعارف عليها في المهن الطبية، ويتجه إلى تحقيق شفاء المريض ومصلحته<sup>(٣)</sup>، فضلاً عن التثبيت من استيفاء الطبيب أو الجراح لكل الشروط التنظيمية لذلك<sup>(٤)</sup>. وهذا يعني أن مجرد الحصول على المؤهل العلمي لا يبيح ممارسة العمل الطبي، وكذلك الأفعال المترتبة على هذه الممارسة.

وعليه؛ فمن لا يملك هذا الترخيص طبقاً للقواعد التي نظمتها قوانين ولوائح مزاوله تلك المهنة، يسأل عما يحدثه للغير من جروح باعتباره معتدياً على أساس العمد، سواء تحقق الغرض الذي قصده بشفاء المجني عليه أو لم يتحقق<sup>(٥)</sup>.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت الواقعة هي أن المتهم، وهو غير مرخص له في مزاوله مهنة الطب، خلع ضرسين من المجني عليه، فسبب له بذلك وربما في الفك الأيمن، فهذه جريمة إحداث جرح عمداً بالمادة ٢٤٢ من قانون العقوبات لا

(١) د/ محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ج١، بند ٢٢٣، ص ٣٣١، د/ محمود القبلاوي، مرجع سابق، ص ٢٨٦. وانظر نقض ٢٠ فبراير ١٩٦٨ مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٩، رقم ٤٦، ص ٢٥٤.

(٢) د/ محمود مصطفى، مرجع سابق، ص ٢٨٢، د/ أحمد شوقي أبو خطوه، مرجع سابق، ص ٣٢٦.

(٣) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ١٨٥، د/ حسن محمد ربيع، مرجع سابق، ص ٤٣٦.

(٤) د/ محمود القبلاوي، مرجع سابق، ص ٢٨٧.

(٥) د/ محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص ٣٣٢، وانظر نقض ٢٥ ديسمبر ١٩٤٤، مجموعة القواعد القانونية، ج٦، رقم ٤٣٢، ص ٥٧٦.

إصابة خطأ<sup>(١)</sup>. أما إذا لم يتعمد الجاني إحداث الجرح فإنه يسأل عن جريمة غير عمدية<sup>(٢)</sup>.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة لنقض، بأنه إذا أدخل المتهم - تومرجي بعيادة أحد الأطباء- قسطرة معدنية بقبل المجني عليه بطريقة غير فنية، فأحدث جرحين بالمثانة ومقدمة القبل، وقد نشأ عن هذه الجروح تسمم دموي عفن أدى إلى الوفاة، فإن الجاني يعتبر مرتكباً جنحة القتل الخطأ<sup>(٣)</sup>. فضلاً عن مسألته عن مزاوله مهنة الطب على نحو يخالف القانون<sup>(٤)</sup>.

ولا يعفى من المسؤولية إلا عند توافر حالة الضرورة بشروطها القانونية<sup>(٥)</sup>. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه لا تغني شهادة الصيدلي أو ثبوت دارية الصيدلي بعملية الحقن عن الترخيص بمزاولة مهنة الطب، وهو ما يلزم عنه مساءلته عن جريمة إحداثه بالمجني عليه جرحاً عمداً، ما دام أنه

كان في مقدوره أن يمتنع عن حقن المجني عليه مما تنتفي به حالة الضرورة<sup>(٦)</sup>. وتجدر الإشارة إلى أن الترخيص قد يكون عاماً بمباشرة كل الأعمال الطبية، وقد يكون خاصاً ببعضها فقط كما هو الشأن بالنسبة للمولدات<sup>(٧)</sup>. وعندئذ تتحسر الإباحة عن الأفعال التي تخرج عن نطاق الترخيص ويسأل مرتكب الفعل مسؤولية عمدية. ومن تطبيقات القضاء في هذا الشأن، مسألة حلاق الصحة إذا أجرى عملية جراحية<sup>(٨)</sup>، أو إذا حقن المريض تحت الجلد نظراً لأن هذا الفعل يخرج عن نطاق الرخصة الصغرى التي بيده إذا لا تبيح له هذا الفعل<sup>(٩)</sup>، ومسائلة الممرض إذا أدخل قسطرة في

(١) نقض ١٨ فبراير ١٩٥٢ مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٣، رقم ٢٦٠، ص ٦٩٨.

(٢) د/ محمود القبلاوي، مرجع سابق، ص ٢٨٨.

(٣) نقض ٢٧ مايو سنة ١٩٣٥، مجموعة القواعد القانونية، ج ٣، رقم ٣٨٢، ص ٤٨٤.

(٤) انظر المواد من ١٠ - ١٢ من القانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤ في شأن مزاوله مهنة الطب.

نقض ٩ نوفمبر ١٩٩٧، الطعن رقم ٩٣٤٣ لسنة ٦٠ ق.

(٥) د/ سامح السيد جاد، مرجع سابق، ص ١٣٩.

(٦) نقض ١٣ ديسمبر سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١١، رقم ١٧٦، ص ٩٠٤.

(٧) أنظر القانون رقم ٤٨١ لسنة ١٩٥٤ في شأن مزاوله مهنة التوليد.

(٨) نقض ٤ يناير ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية، ج ٤، رقم ٣٤، ص ٢١.

(٩) نقض ٢٣ أكتوبر ١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية، ج ٤، رقم ٤١٧، ص ٥٨٥.

جسم المريض فأحدثت به جروحاً أدت إلى وفاته<sup>(١)</sup>، ومسائلة القابلة عن إجرائها عملية ختان<sup>(٢)</sup>.

### ثانياً: رضاء المريض بالعلاج:

يتطلب المشرع لإباحة تدخل الطبيب أن يتم ذلك برضاء المريض أو النائب عنه قانوناً، شفاهة أو كتابة، صراحة أو ضمناً. إلا أنه في الحالة الأخيرة يتعين أن يكون قاطع الدلالة على الموافقة، كما لو ذهب المريض بنفسه إلى المستشفى في الميعاد المحدد له لإجراء العملية أو ذهابه بنفسه إلى غرفة العمليات بعد أن علم بنوع العملية التي تقتضيها حالته أو ذهابه إلى عيادة الطبيب<sup>(٣)</sup>.

وعلى ذلك تنص المادة (٢٨) من لائحة آداب مزاوله مهنة الطب البشري المصرية الصادرة بقرار وزير الصحة والسكان رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠٠٣، التي جاء فيها: " لا يجوز للطبيب إجراء الفحص الطبي للمريض أو علاجه دون موافقة ( مبنية على المعرفة ) من المريض أو من ينوب عنه قانوناً إذا لم يكن المريض أهلاً لذلك، ويعتبر ذهاب المريض إلى الطبيب في مكان عمله موافقة ضمنية على ذلك، وفي حالات التدخل الجراحي أو شبه الجراحي يلزم الحصول على موافقة ( مبنية على المعرفة ) من المريض أو من ينوب عنه قانوناً كتابة إلا في دواعي إنقاذ الحياة.

وعلى الطبيب الذي يدعى لعيادة قاصر أو ناقص الأهلية أو مريض فاقد الوعي في حالة خطرة أن يبذل ما في متناول يديه لإنقاذه ولو تعذر عليه الحصول في الوقت المناسب على الموافقة ( المبنية على المعرفة ) من وليه أو الوصي أو القيم عليه. كما يجب عليه ألا يتتخى عن علاجه إلا إذا زال الخطر أو إذا عهد بالمريض إلى طبيب آخر . كما نصت المادة (٢١) من ذات اللائحة على أنه: " على الطبيب أن يوفر لمريضه المعلومات المتعلقة بحالته المرضية بطريقة مبسطة ومفهومة.

و يجوز للطبيب لأسباب إنسانية عدم اطلاع المريض على عواقب المرض الخطيرة وفي هذه الحالة عليه أن ينهي إلى أهل المريض بطريقة إنسانية لائقة خطورة المرض وعواقبه الخطيرة إلا إذا أبدى المريض رغبته في عدم اطلاع أحد على حالته أو حدد أشخاصاً معينين لاطلاعهم عليها ولم تكن هناك خطورة على من حوله".

(١) نقض ٢٧ مايو ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية، ج٣، رقم ٣٨٢، ص ٤٨٤.

(٢) نقض ١١ مارس ١٩٧٤، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٢٥، رقم ٥٩، ص ٢٦٣.

(٣) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ١٨٥، د/ محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ج١، بند ٢٢٤، ص ٣٣٣.

ولا خلاف بين الفقهاء على اشتراط رضا المريض لإباحة العمل الطبي<sup>(١)</sup>؛ ويرجع ذلك إلى أن رضا المريض قبل التدخل الجراحي أو العلاجي يعد صيانة لحقه في سلامة جسمه وتكامله الجسدي واحتراماً لحريته الشخصية<sup>(٢)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن اشتراط رضا المريض بالعلاج ليس مطلقاً، فقد يقوم الطبيب بالعمل الطبي دون توقف على رضا المريض، وذلك في حالتين<sup>(٣)</sup>:

الحالة الأولى: حالة انتشار الأوبئة، حيث يقوم الطبيب بالعمل الطبي ولو رفض المريض ذلك، وعندئذ لا تستند الإباحة إلى استعمال الحق، وإنما تستند إلى تنفيذ القانون أو استعمال السلطة.

الحالة الثانية: حالة الضرورة إذا كان المريض مهدداً بخطر جسيم حال على حياته، وكان غير قادر على التعبير عن إرادته وليس هناك من يمثله. وهنا تنتفي مسؤولية الطبيب ليس استناداً إلى سبب إباحة، وإنما استناداً إلى حالة الضرورة التي تعتبر مانعاً من موانع المسؤولية الجنائية.

ولكن إذا أجرى الطبيب العمل الطبي في غير هاتين الحالتين - تنفيذ القانون وحالة الضرورة - دون رضا المريض يتخلف سبب الإباحة بتخلف شرط من شروطه، فلا يكون الطبيب مستعملاً حقه، فيسأل عن عمله مسؤولية عمدية شأنه شأن غير الطبيب.

وفي هذا المجال يثور التساؤل عن مدى تمتع الطبيب بالإباحة فيما إذا حصل على رضا المريض بإجراء جراحة معينة له، وأثناء إجرائها أكتشف ضرورة القيام بعمل طبي آخر يلزمه قصد الشفاء بإجرائه - كأن يكتشف التهاب حاد بالزائدة الدودية أثناء قيامه بعملية جراحية لتوليد امرأة، فيقوم باستئصالها قاصداً من ذلك شفاء المريض، فهل يقوم به ويعتبر فعلة مباحاً أم يمتنع عليه مباشرته؟

ويجاب عن ذلك: بأن الفقه والقضاء استقر على إباحة هذا العمل الطبي الذي يجريه الطبيب، تأسيساً على سابقة حصوله على رضا المريض، واتجاه غايته لتحقيق الشفاء والتي تتحقق من خلال مصلحة جديدة للمريض، شريطة أن يحيط علمه بعد الجراحة بما

(١) د/ محمود مصطفى، مرجع سابق، ص ٢٨٣، د/ فوزية عبد الستار، مرجع سابق، ص ١٦٠، د/ محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ج ١، بند ٢٢٤، ص ٣٣٣، د/ وديع فرج، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، بمجلة القانون والاقتصاد السنة ١٢ عددان ٤، ٥، ص ٤٢٧.

(٢) د/ أحمد شوقي أبو خطوه، مرجع سابق، ص ٣٢٧.

(٣) د/ سامح السيد جاد، مرجع سابق، ص ١٣٩، د/ فوزية عبد الستار، مرجع سابق، ص ١٦١، د/ منصور مصطفى منصور، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشريعة بالكويت، السنة الخامسة، العدد الثاني، سنة ١٩٨١، ص ١٨.

تم إجراؤه؛ فالأصل في مجال الأعمال الطبية هو حرية المريض في العلاج، وأن ما يجري له من عمليات جراحية دون الحصول على رضائه يعد استثناء على هذا الأصل<sup>(١)</sup>.  
وأخيراً يشترط في رضاء المريض، أن يكون صادراً منه عن إرادة حرة دون إكراه وأن يكون واعياً أي صادراً عن بصيرة بالنتائج المتوقعة للعمل الطبي المطلوب إخضاعه له. ومن ثم يتعين على الطبيب تبصرة المريض بالنتائج التي يمكن أن تترتب على العمل الطبي، فإذا أخفى عليه ذلك، فإن الرضا يكون معيباً، وبالتالي يسأل الطبيب عن نتائج عملة الطبي متى شكلت جريمة نظراً لانتفاء شروط ممارسة العمل الطبي<sup>(٢)</sup>.

### ثالثاً: قصد العلاج:

يجب أن يكون التدخل الطبي أو الجراحي بقصد العلاج، إذ أن الغاية من مزاوله العمل الطبي والجراحي هو علاج المريض، وتحسين حالته الصحية، أي تخليصه من المرض وتخفيف آلامه أو علاجه. وهذا تطبيق لشروط حسن النية الذي ينبغي توافره في استعمال الحق كسبب للإباحة<sup>(٣)</sup>. لأن سلامة جسم الإنسان من النظام العام وحمايتها أمر يقتضيه الصالح العام، ولا يجوز الخروج عن هذا الأصل إلا إذا كان فعل المساس بسلامة الجسم يحقق فائدة للإنسان ذاته، بإنقاذ حياته أو علاجه من علة أهدت به، فالهدف العلاجي يعتبر هنا بمثابة شرط من شروط إباحة العمل الطبي؛ وهذا مستفاد من نص المادة الأولى من التشريع المصري رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤ م الخاص بمزاولة مهنة الطب، التي جاء فيها: "لا يجوز لأحد إبداء مشورة طبية أو عيادة مريض أو إجراء عملية جراحية أو مباشرة ولادة أو وصف أدوية أو علاج مريض أو أخذ عينة من العينات التي تحدد بقرار من وزير الصحة العمومية من جسم المرضى الأدميين للتشخيص الطبي المعملية بأية طريقة كانت أو وصف نظارات طبية وبوجه عام مزاوله مهنة الطب بأية صفة كانت إلا إذا كان مصرياً أو كان من بلد تجيز قوانينه للمصريين مزاوله مهنة الطب بها وكان اسمه مقيداً بسجل الأطباء البشريين، وذلك مع عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالمنظمة لمهنة التوليد". ومن نص المادة (٢٠) من لائحة آداب مزاوله مهنة الطب

(١) د/ محمود مصطفى، مرجع سابق، ص ٢٨٤، د/ أحمد شوقي أبو خطوه، مرجع سابق، ج ١، بند ٣٠٠، ص ٣٢٨، محمد عبد العزيز المراغي، مسئولية الأطباء، مجلة الأزهر، المجلد ٢٠، سنة ١٣٦٨ هـ، ص ٤١٦.

(٢) د/ محمود أحمد طه، مرجع سابق، ج ١، ص ٢٣٤.

د/ حسن محمد ربيع، مرجع سابق، ص ٤٣٩، ٤٤٠.

(٣) د/ سامح السيد جاد، مرجع سابق، ص ١٤٠، د/ أحمد شوقي أبو خطوه، مرجع سابق، ج ١، بند ٣٠١، ص ٣٢٨.



البشري المصرية، سألفة الذكر، التي جاء فيها: "على الطبيب أن يبذل كل ما في وسعه لعلاج مرضاه وأن يعمل على تخفيف آلامهم وأن يحسن معاملتهم وأن يساوى بينهم في الرعاية دون تمييز".

وعلى ذلك فإذا انتفى قصد العلاج لدى الطبيب، بأن كان تدخله منصرفاً إلى غرض آخر فإن فعله يخرج من دائرة الإباحة ويدخل دائرة التجريم، الأمر الذي يؤدي إلى قيام مسؤوليته الجنائية<sup>(١)</sup>.

#### رابعاً: مراعاة الأصول العلمية لممارسة العمل الطبي:

وقد عبرت محكمة النقض المصرية عن هذا الشرط بقولها أنه "من المقرر أن إباحة عمل الطبيب مشروطة بأن يكون ما يجريه مطابقاً للأصول العلمية المقررة، فإذا أفرط في إتباع هذه الأصول أو خالفها حقت عليه المسؤولية الجنائية بحسب تعمد الفعل ونتيجته أو تقصيره وعدم تحرزه في أداء عمله<sup>(٢)</sup>".

وفي هذا الإطار تنص المادة (٩) من لائحة آداب مزاوله مهنة الطب البشري المصرية، سألفة الذكر، على أنه: "لا يجوز للطبيب تطبيق طريقة جديدة للتشخيص أو العلاج إذا لم يكن قد اكتمل اختبارها بالأسلوب العلمي والأخلاقي السليم ونشرت في المجالات الطبية المعتمدة وثبتت صلاحيتها وتم الترخيص بها من الجهات الصحية المختصة. كما لا يجوز له أيضاً أن ينسب لنفسه دون وجه حق أي كشف علمي أو يدعى انفراده به".

وليس معنى هذا أن الطبيب ملزم عند ممارسته للأعمال الطبية أن يطبق العلم كما يطبقه أغلب الأطباء، ففي النظريات العلمية يوجد مجال للاختلاف، فإذا كانت توجد وسيلة علمية محل خلاف بين مؤيد ومعارض لها وأخذ بها الطبيب فلا يعتبر مخالفاً للأصول العلمية، وكذلك إذا أخذ برأي مرجوح في مجال الكشف عن الأمراض ولم يطبق الرأي الراجح<sup>(٣)</sup>. فإذا تحقق إتباع الطبيب لأصول فنه وبذل القدر اللازم من العناية واليقظة

(١) د/ عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب إباحة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة سنة ١٩٦٨، ص ٣٦٦.

(٢) نقض ٢٧ يناير ١٩٥٩ مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٠، رقم ٢٣، ص ٩، نقض ٨ يناير ١٩٦٨ مجموعة أحكام محكمة النقض س ١٩، رقم ٤ ص ٢١، نقض ١١ فبراير ١٩٧٣ مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٢٤، رقم ٤٠، ص ١٨٠.

(٣) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ١٨٨، د/ محمد سامي الشوا، الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ١٩٩٣، بند ٣٨، ص ٣٩، ٤٠، د/ محمود القبلاوي، مرجع سابق، ص ٢٩٣.

والحذر فإنه لا يسأل ولو فشل العلاج، أما إذا اقترن عمله الطبي بالخطأ فإنه يسأل  
مستولية غير عمدية، ويقدر الخطأ الطبي وفقاً للقواعد العامة في الخطأ غير العمدي<sup>(١)</sup>.  
وبناء على ذلك يسأل الطبيب إذا أجرى عملية جراحية بسلاح غير معقم، أو إذا ترك  
أداة من أدوات الجراحة سهواً في بطن المريض مما أدى إلى إجراء جراحة أخرى توفى  
بسببها، أو إذا أجرى العملية دون وجود مختص بالتخدير. كذلك يسأل الطبيب عن عدم  
استيثاقه من كنه الدواء الذي يتناوله المريض<sup>(٢)</sup>، ولكن الطبيب لا يسأل إذا

كان ملزماً بالتدخل في حالة عاجلة كحالة وجود بداية التهاب بريتوني أو انفجار الزائدة  
الدودية<sup>(٣)</sup>.

### حدود مسئولية الطبيب عن الأعمال الطبية في الشريعة الإسلامية:

اتفق الفقهاء على عدم مسئولية الطبيب إذا أدى عمله إلى نتائج ضاره بالمريض،  
ولكنهم اختلفوا في تعليل رفع المسئولية، فأبو حنيفة يرى أن المسئولية ترتفع لسببين:  
أولهما: الضرورة الاجتماعية، إذ الحاجة ماسة إلى عمل الطبيب،  
وهذا يقتضي تشجيعه وإباحة العمل له ورفع المسئولية عنه حتى لا يحمله الخوف من  
المسئولية الجنائية أو المدنية على عدم مباشرة فنه، وفي هذا ضرر عظيم بالجماعة،  
وثانيهما: إذن المجني عليه أو وليه، فاجتماع الإذن مع الضرورة الاجتماعية أدى لرفع  
المسئولية<sup>(٤)</sup>.

ويرى 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

(١) د/ سامح السيد جاد، مرجع سابق، ص ١٤١، وانظر في تطور المسئولية عن الخطأ الطبي والخلاف  
الذي دار حولها تفصيلاً.  
د/ فوزية عبد الستار، النظرية العامة للخطأ غير العمدي، ١٩٧٧، بند ٧٥، ص ١٢٦ وما بعدها.  
(٢) نقض ٢٠ إبريل مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٢١ رقم ١٤٨، ص ٦٢٦.  
(٣) د/ محمود القبلاوي، مرجع سابق، ص ٢٩٣.  
(٤) علاء الدين أبي بكر ابن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مطبعة الجمالية  
ط ١٩١٠، ج ٧، ص ٣٠٥.

مباحاً للطبيب وانتفتت مسؤوليته عن العمل إذا كان ما فعله موافقاً لما يقوم به أهل العلم بصناعة الطب<sup>(١)</sup>، ويتفق رأي أحمد مع رأي الشافعي<sup>(٢)</sup>.

أما مالك فيرى أن سبب رفع المسؤولية هو إذن الحاكم أولاً، وإذن المريض ثانياً، فإذا كان الحاكم يبيح للطبيب الاشتغال بالتطبيب، وإذن المريض يبيح للطبيب أن يفعل بالمريض ما يرى في صلاحه، فإذا اجتمع هذان الإذنان فلا مسؤولية على الطبيب، ما لم يخالف أصول الفن أو يخطئ في فعله<sup>(٣)</sup>.

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 شخصاً فمات، أو أعطاه دواءً فأحدث له تسمماً أدى لموته، فلا مسؤولية على الطبيب من الناحية الجنائية أو المدنية إلا إذا كان سيء النية في عمله، أو كان خطأه فاحشاً. والخطأ الفاحش هو ما لا تقره أصول فن الطب ولا يقره أهل العلم بفن الطب<sup>(٤)</sup>.

#### وشروط عدم المسؤولية عن الأعمال الطبية في الفقه الإسلامي هي<sup>(٥)</sup>:

- ١ - أن يكون الفاعل طبيباً.
  - ٢ - أن يأتي الفعل بقصد العلاج وبحسن نية.
  - ٣ - أن يعمل طبقاً للأصول الطبية.
  - ٤ - أن يأذن له المريض أو من يقوم مقامه كالولي.
- فإذا توافرت هذه الشروط في علاج المريض فلا مسؤولية، وإن انعدم أحدها كان الطبيب مسئولاً وفقاً لقصده الجنائي.

(١) محمد بن أحمد بن حمزة الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، طبعة مصطفى الحلبي، مصر ط ١٣٥٧، ج٨، ص ٢.

(٢) عبد الله بن أحمد ابن قدامه المغني مطبوع مع الشرح الكبير مطبعة المنار مصر طاسنة ١٣٤٨ هـ، ج١٠، ص ٣٤٩، ٣٥٠.

(٣) محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي الشهير بالحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، طبعة مكتبة النجاح، ليبيا، بدون تاريخ، ج٦، ص ٣٢١.

(٤) عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص ٥٢٠، د/ أسامه عطية محمد، شرح القواعد العامة للقانون الجنائي، طبعة مكتبة الرشد ناشرون، الطبعة الأولى ٢٠١٥م ص ٥٧٠، ٥٧١.

(٥) عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص ٥٢٢، د/ أسامه عطية محمد، مرجع سابق، ص ٥٧٢.

### المطلب الثالث

#### ممارسة الألعاب الرياضية

##### تقسيم:

إن دراسة حق ممارسة الألعاب الرياضية يقتضي منا أن نتناول مصدر إباحة هذه الأعمال وعلتها، ثم نتناول حدود أو قيود ممارسة العمل الرياضي. وذلك في الفروع التالية:

#### الفرع الأول

##### مصدر إباحة الألعاب الرياضية وعلتها

ترجع مشروعية الألعاب الرياضية المختلفة ومصدرها إلى العرف السائد في المجتمع، وإلى القانون الذي ينظم أحياناً بعض الألعاب الرياضية، وترجع العلة وراء مشروعية ممارسة الألعاب الرياضية لما لها من أثر في تربية الشباب جسدياً ورفع الكفاءة العامة لأبدانهم وصحتهم النفسية، على نحو يفوق ما قد ينجم عنها من إصابات أو مساس بأجساد اللاعبين.

والألعاب الرياضية نوعان نوع يفترض ممارسته استعمال العنف على جسد المنافس كالمصارعة والملاكمة ونوع لا يفترض شيئاً من ذلك لكنه قد يترتب عليه برغم إتباع قواعد اللعب وأصوله. ككرة القدم وكرة السلة وغيرها. ويمتد نطاق الإباحة المذكورة لتشمل ليس فقط العنف الذي يقع على جسد المنافس أثناء ممارسة اللعبة وإنما كذلك العنف الذي يقع أثناء ممارستها دون أن يكون من ممارستها إذا وقع برغم إتباع كافة أصول اللعب وقواعده<sup>(١)</sup>.

#### الفرع الثاني

##### حدود وقيود ممارسة العمل الرياضي

هناك بعض القيود التي يقرها الفقهاء على ممارسة الألعاب الرياضية، لاسيما ألعاب العنف كالملاكمة والمصارعة ونحوها. وهذه القيود نوعان. قيود موضوعية وقيود شخصية فأما عن القيود الموضوعية اللازمة لمشروعية العنف وما قد يترتب على ممارسة الألعاب الرياضية من أضرار: أن يكون "العنف" قد وقع في أثناء الألعاب الرياضية، وهذا معناه أنه يلزم أن يقع العنف عند ممارسة لعبة رياضية يعترف بها العرف الرياضي ويضع لها قواعد وأصول يلتزم بها المتبارون أو اللاعبون. كما يلزم أن يقع هذا العنف أثناء ممارسة اللعبة

(١) د/ محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص ٣١٣.

يستوي في ذلك أن يقع هذا العنف في مباراة نظامية أو في تدريبات الاستعداد لها أو التدريبات على اللعبة فالقانون لم يشترط - ولا يجوز له أن يشترط - وقوع العنف أثناء المباراة، وإنما هو يشترط وقوعه أثناء الألعاب الرياضية. كما يلزم أخيراً أن يلتزم المتبارون أو اللاعبون بقواعد اللعبة وأصولها المرعية.

فإذا وقع العنف نتيجة خروج اللاعب على أصول اللعبة وقواعدها كالضرب تحت الحزام في الملاكمة، قامت مسئوليته عن نتائج فعله مسئولية عمدية أو غير عمدية على حسب ما تكشف عنه الوقائع والظروف.

كما يشترط لمشروعية العنف الناجم عن ممارسة الألعاب الرياضية إلى جانب تلك القيود الموضوعية أن يتوفر قيد شخصي هو حسن نية اللاعب المتباري، أي وقوع العنف منه بقصد ممارسة اللعبة فإذا وقع العنف منه انتقاماً أو رغبة في إصابة خصمه وإبعاده عن المباراة كما يحدث في بعض مباريات كرة القدم قامت مسئوليته عن الإصابة التي تنجم عن فعله مسئولية عمدية<sup>(١)</sup>.

#### • ممارسة الألعاب الرياضية في الشريعة الإسلامية:

يعبر فقهاء الشريعة على الألعاب الرياضية بتعبير الفروسية، فهو عندهم يشمل كثيراً من الألعاب الرياضية منها الرماية والسباحة والمصارعة ورفع الأثقال والشيش والسباق... وغيرها. وتذهب الشريعة الإسلامية في تشجيعها للألعاب الرياضية إلى حد جعلها واجبا على المسلمين وليس مجرد حق لهم. وذلك لما فيها من قوة للمسلمين، وتمتاز الشريعة الإسلامية بأنها جاءت صريحة في الأمر بالفروسية والترغيب فيها وذلك قوله تعالى: ﴿ وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهَبُونَ بِهِمْ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ... ﴾<sup>(٢)</sup>.

وقول الرسول - صلى الله عليه وسلم - : "ألا إن القوة الرمي ألا إن القوة الرمي"، وقوله: "المؤمن القوي خير وأحب إلى الله تعالى من المؤمن الضعيف"، وقوله: "إن الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة في الجنة، صانعه يحتسب في صنعه الخير، والرامي به، ومنبله، ارموا واركبوا، وأن ترموا أحب إلي من أن تركبوا، وليس من اللهو إلا ثلاث: تأديب الرجل فرسه، وملاعبته أهله، ورميه بقوسه ونبله، ومن ترك الرمي بعد ما علمه رغبة عنه فإنها نعمة تركها."

(١) د/ سامح السيد جاد، مرجع سابق، ص ١٤٢، د/ محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص ٣١٤.

(٢) سورة الأنفال آية: ٦٠.

وكان عليه الصلاة والسلام يمارس الرياضة بنفسه من سباق الإبل وسباق الخيل. وقد أمر عمر بن الخطاب بتعليم الأولاد السباحة والمقاتلين الرمي<sup>(١)</sup>. أما فيما يتعلق بحكم الشريعة الإسلامية في إباحة الإصابات الناتجة عن اللعب فلا يختلف عن حكم القوانين الوضعية، فهي تبيحها في الألعاب التي تقتضي ممارستها إحداث هذه الإصابات كالمصارعة والملاكمة بشرط ألا يتعد اللاعب قواعد وأصول اللعبة. أما الألعاب التي لا تقتضي العنف فهي تخضع للقواعد العامة في التشريع الجنائي باعتبارها جرائم عمدية أو غير عمدية حسب اتجاه إرادة اللاعب<sup>(٢)</sup>.

(١) عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص ٥٢٥.

(٢) عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص ٥٢٦، د/ أسامه عطية محمد، مرجع سابق، ص ٥٧٦.

## الفصل الثاني استعمال السلطة (أداء الواجب) ورضا المجني عليه

تقسيم:

من أسباب الإباحة استعمال السلطة (أداء الواجب) ورضا المجني عليه، وسوف أتناول كل حالة منهما في مبحث مستقل كالتالي:

### المبحث الأول استعمال السلطة (أداء الواجب)

إن استعمال السلطة أو أداء الواجب لا يتصور حصوله بداهة إلا من موظف عام، سواء صدر منه عمل قانوني أو غير قانوني، وهذا يقتضي منا أن نتناول تعريف استعمال السلطة، والمقصود بالموظف العام، ثم بيان شروط استعمال السلطة. وذلك من خلال المطالب التالية:

#### المطلب الأول

##### تعريف استعمال السلطة

يقصد باستعمال السلطة: إباحة الأفعال التي يقوم بها الموظفون العموميون من تنفيذ نصوص القانون وأوامر الرؤساء الإداريين واجبة الطاعة ولو كانت تشكل بحسب الأصل جرائم<sup>(١)</sup>.

والقانون والشريعة الإسلامية، يضع كلاً منهما واجبات على عاتق السلطات العامة وتلزمها بأدائها لصالح الجماعة، ويقوم بتنفيذ هذه الواجبات الموظفون العموميون على اختلاف درجاتهم كل فيما يختص به. فإذا أدى الموظف واجبه فلا يسأل عنه جنائياً ولو كان الفعل الذي قام به مما تحرمه الشريعة بصفة عامة، فالقتل مثلاً محرم على الكافة ولكنه مباح إذا كان عقوبة؛ لأن العقوبة ليست عدواناً، ولأن من واجب القاضي أن يحكم بها ومن واجب الهيئة التنفيذية أن تنفذها، والحكم

(١) د/ السعيد مصطفى السعيد، مرجع سابق، ص ١٨٨، د/ فوزية عبد الستار، مرجع سابق، ص ١٦٥.

بعقوبة الجلد وتنفيذها من واجبات الموظفين، ولا مسئولية على قاضي أو منفذ؛ لأن الحكم واجب على القاضي، والتنفيذ واجب على المنفذ، ولا خيار لأحدهما فيما يجب عليه<sup>(١)</sup>.

وتطبيقاً لذلك فإن مأمور السجن الذي يقوم بحبس الأشخاص الصادر ضدهم أحكام قضائية بالحبس لا يعتبر مرتكباً لجريمة احتجاز شخص دون وجه حق. كما لا يعتبر الشخص المكلف بتنفيذ حكم الإعدام في حق من صدر ضدهم هذا الحكم مرتكباً لجريمة قتل. ولا يعد مأمور الضبط الذي يقوم بتفتيش منزل متهم بمقتضى أمر صادر من النيابة العامة مرتكباً بدوره لجريمة انتهاك حرمة منزل<sup>(٢)</sup>.

وترجع العلة في ذلك إلى أن استعمال السلطة أو أداء الواجب باعتباره سبباً للإباحة يجرد الفعل من صفته الإجرامية، فيصير فعلاً مشروعاً بغية تحقق مصلحة عامة أكبر<sup>(٣)</sup>. وقد نص المشرع على استعمال السلطة أو أداء الواجب كسبب للإباحة في المادة ٦٣ من قانون العقوبات بقوله: "لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أمير في الأحوال الآتية: (أولاً) إذا ارتكب الفعل تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه إطاعته أو اعتقد أنها واجبة عليه.

(ثانياً) إذا حسنت نيته وارتكب فعلاً تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراءه من اختصاصه. وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحري وأنه كان يعتقد مشروعيته، وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة". ويلاحظ على هذا النص أمران:

أولهما: أنه عالج أداء الواجب كسبب للإباحة، كاستعمال الحق، فهو لا يتقيد بجريمة أو جرائم معينة<sup>(٤)</sup>، إلا أنه متميز عن استعمال الحق من ناحية أن القانون يجعل من الحق وحده سبباً لإباحة الفعل، ولصاحبه القدرة والسلطة على مباشرة عمل معين تجاه آخر، أما استعمال السلطة أو أداء الواجب فقد يصلح وحده سبباً للإباحة إذا كان القانون يأمر بأداء واجب محدد، وبالتالي يلتزم الشخص بالقيام بما يفرضه عليه القانون من واجبات. وقد لا يصلح أداء الواجب في حالات أخرى لأن يكون وحده سبباً للإباحة إذا كان هذا الأداء

(١) عبد القادر عوده، مرجع سابق، ص ٥٦١.

(٢) د/ السعيد مصطفى السعيد، مرجع سابق، ص ١٨٨، د/ فوزية عبد الستار، مرجع سابق، ص ١٦٥.

(٣) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٢٢١.

(٤) د/ السعيد مصطفى السعيد، مرجع سابق، ص ١٩٥.



يقتضي تدخلاً من السلطة المختصة لإصدار أمر بتنفيذ هذا الواجب. ومن ثم يكون متعيناً اجتماع أمر القانون بأداء الواجب<sup>(١)</sup>.

**وثانيهما:** أن المشرع ضيق من مجال النص فقصره على الموظفين العموميين دون غيرهم. وغني عن البيان أن ذلك لا يعني أن أداء الواجب أو استعمال السلطة لا يعتبر سبباً عاماً للإباحة. فالعمل إذا كان أداء لواجبات مفروضة قانوناً، يعد مباحاً، ولو لم يوجد نص صريح، لأنه لا يعقل بأن يأمر القانون بأداء واجب محدد ثم يجعل من أداء هذا الواجب جريمة، سواء أكان مرتكبه موظفاً أم غير موظف<sup>(٢)</sup>.

وتظهر أهمية النص في الصورة التي لا يكون العمل فيها أداء لواجبات مفروضة قانوناً وإنما تنفيذاً لأوامر صادرة من الرؤساء، ولو كانت مخالفة للقانون. فهنا تبدو علة اقتصار المشرع على معالجة أداء الواجب كسبب للإباحة لأن واجب إطاعة أوامر الرؤساء على هذه الصورة لا يتوافر إلا بالنسبة للموظفين العموميين<sup>(٣)</sup>.

وتستهدف الإباحة هنا توفير الطمأنينة والاستقلال للموظف العام كي يؤدي واجبه وهو في مأمن من أية مسئولية طالما كان حسن النية في أدائه.

وقد ميز المشرع بين فرضين:

**الأول:** أن يكون العمل تنفيذاً للأوامر الصادرة من الرئيس الواجب إطاعته أو ممن يعتقد في وجوب طاعته.

**والثاني:** أن يكون العمل تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو ما يعتقد أنه يدخل في اختصاصه.

على أن الفقه قد استقر في دراسته لهذا الموضوع على تقسيمه على نحو آخر أكثر منطقية وهو تقسيم عمل الموظف الذي يكون موضوعاً للإباحة إلى نوعين:

١- عمل قانوني، وهو الذي يكون تنفيذاً لما أمرت به القوانين، أو تنفيذاً لأمر رئيس وجبت إطاعته، وإباحة هذا العمل لا تثير أية مشكلة.

(١) د/ عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، طبعة ١٩٨٣، ص ٣٠٢.  
(٢) فالشخص، ولو لم يكن موظفاً عاماً، يلتزم بأداء الواجبات المفروضة عليه قانوناً، فإذا دعي للشهادة أمام المحكمة عليه واجب أداء الشهادة بما قد تتضمنه من سب أو قذف ويعتبر ذلك مباحاً أداء للواجب وإلا ترتب على مخالفته لهذا الواجب ارتكاب جريمة أخرى هي جريمة الامتناع عن الشهادة، د/ مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ص ٢٠٧ وما بعدها.  
(٣) د/ السعيد مصطفى السعيد، مرجع سابق، ص ١٩٦، د/ أحمد حسني أحمد طه، مرجع سابق، ص ١٨٥.

٢- عمل غير قانوني. وهو الذي يكون تنفيذاً لأمر صادر من الرئيس الذي يعتقد أن إطاعته واجبة أو العمل الذي يعتقد أنه يدخل في اختصاص الموظف. وهو ما يثير كثيراً من الجدل حول مدى إباحته.

## المطلب الثاني

### تعريف الموظف العام

لا يوجد في الأحكام العامة لقانون العقوبات تعريف للموظف العام، ولكن يُقصد بالموظف العام في القانون الإداري: الشخص الذي يعهد إليه بالقيام بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام بطريق الاستغلال المباشر<sup>(١)</sup>. ويذهب الرأي الراجح في الفقه إلى أنه لا ينبغي الوقوف في هذا الصدد عند التعريف السائد في القانون الإداري، لأن هذا التعريف لا يتلاءم تماماً مع قانون العقوبات ولا يحقق مقاصده<sup>(٢)</sup>، وعلى الأخص في مجال الإباحة، لأن علة تقريرها توجب قدراً من التوسع في تحديد دائرة من ينطبق عليهم هذا الوصف. ولذلك فإنه يتعين صرف الموظف العام في تطبيق المادة ٦٣ إلى كل شخص عهد إليه قانوناً بقدر من السلطة العامة أو أقره القانون على ممارستها. ويتسع هذا التعريف للموظف بمعناه الدقيق في القانون الإداري. سواء كان يعمل في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام عن طريق الاستغلال المباشر أو كان يعمل في خدمة مرفق من المرافق العامة الإدارية أو الاقتصادية، وسواء كان يعمل بصفة دائمة أو مؤقتة، وسواء كان يتقاضى على عمله أجراً أو لا يتقاضى عليه شيئاً.

كما يتسع للموظف الفعلي وهو الذي يباشر عمل الوظيفة قبل استكمال إجراءات تعيينه أو بناء على قرار تعيين باطل أو بدون قرار أصلاً وذلك في الأحوال التي يعترف القانون الإداري له فيها بهذه الصفة، كما يتسع أخيراً للمكلف بخدمة عامة ولو أنه لا يعد موظفاً عاماً بالمعنى الدقيق<sup>(٣)</sup>.

(١) د/ سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، الطبعة السادسة ١٩٦٤، ص ٦١٠.  
(٢) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٢٤٨ وما بعدها، د/ محمود مصطفى، مرجع سابق، ص ١٩٨.

(٣) عكس ذلك د/ محمود مصطفى، مرجع سابق، ص ١٩٩.

وتميل محكمة النقض للأخذ بهذا الرأي. فقد قضت بأن الموظف العام هو "من يولي قدراً من السلطة العامة بصفة دائمة أو مؤقتة أو تمنح له هذه الصفة بمقتضى القوانين واللوائح، سواء أكان يتقاضى مرتباً من الخزانة العامة كالموظفين والمستخدمين الملحقيين بالوزارات والمصالح التابعة لها. أم بالهيئات المستقلة ذات الصلة العمومية كالجوامع والمجالس البلدية ودار الكتب، أم كان مكلفاً بخدمة عامة دون أجر كالعمد والمشايخ ومن إليهم" (١).

وتفرق محكمة النقض بين الموظف العام بهذا المعنى وبين من يعد في حكم الموظف العام في تطبيق بعض نصوص قانون العقوبات، ولهذا قضت بأن حكم المادة ٦٣ لا يمتد إلى العاملين بالشركات العامة سواء منها المؤممة أو التي تساهم الدولة أو إحدى الهيئات العامة في مالها بنصيب (٢).

#### • حكم غير الموظف العام:

لا يستفاد من ممارسة السلطة كسبب لإباحة الجرائم كل من لا تتوفر فيه صفة الموظف العام على النحو السابق تحديده. فالعاملون بالشركات الخاصة على اختلاف أنواعها لا يعتبرون من قبيل الموظفين العموميين، كما لا يعتبر كذلك العاملون في الشركات المؤممة أو التي تساهم فيها الدولة أو إحدى المؤسسات أو الهيئات العامة بنصيب ما، أو كانت من الشركات المقيدة قانوناً ذات النفع العام (٣). فالعبرة في تحديد هذه الصفة هي بالنظام القانوني للشركة، الذي لم تغيره أيلولة ملكيتها للدولة وبطبيعة العلاقة العقدية التي تربطها بالموظفين (٤)، ما لم ينص المشرع صراحة على خلاف ذلك. كما لا يعد من قبيل الموظفين العموميين فيما يتعلق بالاستفادة من حكم الإباحة المقرر في المادة ٦٣ عقوبات العاملون في شركات قطاع الأعمال العام على النحو المشار إليه، وبصفة عامة كل من لا تتوفر فيهم صفة الموظف العام.

والعبرة في تقدير توافر هذه الصفة من عدمها هو بوقت ارتكاب الجريمة، فلا يستفيد من الإباحة الموظف الذي ترك وظيفته بالاستقالة أو الفصل أو بلوغ سن التقاعد إذا كان

(١) نقض ١٩٥٦/١٢/٢٥ مجموعة أحكام النقض رقم ٣٦٥، ص ١٢٣١.  
(٢) نقض ١٩٧٤/١١/٢٤ مجموعة أحكام النقض، س ٢٥، رقم ١٦٣، ص ٧٥٦.  
(٣) نقض جنائي ١٩٧٤/١/٢٤ مجموعة أحكام النقض، س ٢٥، ص ١٦٣، ص ٧٥٦.  
(٤) نقض جنائي ١٩٧٠/١٢/٧ مجموعة أحكام النقض، س ٢١، ق ٢٨٧، ص ١١٨٣، ١٩٧٣/١٢/١٠، س ٢٤، ق ٢٤٦، ص ١٢١٣.

ارتكابه الجريمة لاحقاً على فقدته صفة الموظف العام. ولكن يستفيد من الإباحة من كان مكتسباً صفة الموظف العام وقت وقوع الجريمة حتى ولو فقدتها بعد ذلك<sup>(١)</sup>. ويستبعد أيضاً في مجال الإباحة المستمدة من ممارسة السلطة كل من لا تتوفر فيه صفة الموظف العام بصرف النظر عن أية علاقة تبعية خاصة، أو شرعية، أو أدبية تربطه بمن أصدر إليه أمر مرتكب الجريمة<sup>(٢)</sup>.

**والقاعدة في الشريعة الإسلامية أن الموظف لا يسأل جنائياً إذا أدى عمله طبقاً للحدود المرسومة لهذا العمل.** أما إذا تعدى هذه الحدود فهو مسئول جنائياً عن عمله إذا كان يعلم أن لا حق له فيه، أما إذا حسنت نيته فأتى العمل وهو يعتقد أن من واجبه إتيانه فلا مسئولية عليه من الناحية الجنائية.

**كما أن أداء الواجب لا يتقيد بشرط السلامة لأنه لا بد للمكلف من إتيانه وإلا يعد آثماً ويعاقب على تركه<sup>(٣)</sup>.** ولذلك لو قتل الجندي المكلف بحراسة الحدود شخصاً مخالفاً كما لو رفض الوقوف للتحقق من شخصيته، فلا يسأل لأنه يؤدي واجبه.

- (١) د/ أحمد حسني أحمد طه، مرجع سابق، ص ١٨٩.
- (٢) ومثال علاقة التبعية الخاصة ارتكاب العامل جريمة تنفيذاً لأمر رب العمل فلا يعفيه ذلك من المسئولية الجنائية ومثال ذلك العلاقة الشرعية الأبناء أو الزوجة فيما يرتكبونه من جرائم تنفيذاً لأمر صادر إليهم من الأب أو الزوج فهم لا يستفيدون من الإباحة المقررة، ومثال العلاقة الأدبية الخادم فيما يرتكبه من جرائم تنفيذاً لأمر مخدومه. نقض جنائي ١٨/٢/١٨٩٩، القضاء س٦، ص ١٤٢، د/ السعيد مصطفى السعيد، مرجع سابق، ص ١٧٨.
- ولكن إذا بلغت العلاقة بين من أصدر الأمر ومن ارتكب الجريمة حداً يمثل حالة من حالات الإكراه المعنوي فإنه يجوز امتناع المساءلة الجنائية للفاعل متى توافرت بطبيعة الحال الشروط الواجبة لاعتبار الإكراه مانعاً من موانع المسئولية الجنائية. د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٢٣٠.
- ومن الملاحظ أن الفرد العادي ممن لا تتوفر فيه صفة الموظف العام قد يخوله القانون أحياناً سلطة تتيح له مباشرة فعل يعد بحسب الأصل جريمة. ومثال ذلك سلطات الأفراد في حالة التلبس إذ يحق لهم تقييد حرية الشخص المتلبس بالجريمة. د/ أحمد حسني أحمد طه، مرجع سابق، ص ١٨٩.
- (٣) إبراهيم بن محمد المشهور بابن نجيم، المتوفي سنة ٩٧٠هـ، الأشباه والنظائر على مذهب الإمام أبي حنيفة، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٦٨م، ص ٢٨٩، محمد بن يوسف العبدري الشهير بالمواق، التاج والإكليل، شرح مختصر خليل، مطبوع بهامش مواهب الجليل للحطاب، طبعة مكتبة النجاح، ليبيا، بدون تاريخ، ج٦ ص ٢٤١، محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، القاهرة، المطبعة الأميرية، ١٣١٩ هـ، ج٤ ص ٢٦، ٢٥، محمد بن عبد الله بن علي الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، المطبعة الأميرية، ١٣١٧هـ، ج٨ ص ١٥، الإمام محمد بن إدريس الشافعي، الأم، المطبعة الأميرية، مصر، طبعة أولى، سنة ١٣٢٤هـ، ج٦ ص ٥٢، ابن قدامه، المغني ج٦ ص ٣٣٢.

ومن تطبيقات هذه القاعدة أيضاً إقامة الحدود، فلا خلاف بين الفقهاء في أن إقامة الحدود واجبة، وأن سائر الحدود إذا أتت بها على الوجه المشروع من غير زيادة فلا مسئولية على مقيمها عما تؤدي إليه من تلف؛ لأن الواجب لا يقيد بشرط السلامة، ولأنه لا بد للمكلف بالواجب من إتيانه، فمن أقام حد الزنا على غير محصن فضربه مائة جلدة بطريقة مشروعة فلا مسئولية على الضارب إذا أدى الضرب إلى الموت، فإذا تعدد الزيادة عن المائة أو الخطأ فزاد على المائة فأدى الضرب إلى الموت فهو مسئول جنائياً في الحالتين، ولو لم يؤد الضرب للموت<sup>(١)</sup>.



### المطلب الثالث

#### شروط استعمال السلطة

##### أو أداء الواجب

يشترط لإباحة استعمال السلطة أو أداء الواجب أن يكون العمل مشروعاً، وأن يكون تنفيذاً لما أمرت به الشريعة والأنظمة، أو تنفيذاً لأمر رئيس وجبت طاعته، وأن يكون الموظف حسن النية.

##### أولاً: أن يكون العمل مشروعاً:

ويكون عمل الموظف العام عملاً مشروعاً أو قانوني إذا كان مطابقاً للقانون أو الشرع، سواء باشره الموظف من تلقاء نفسه أو بناء على أمر صادر إليه من رئيس. ولا يحول دون ذلك أن يكون هذا العمل مكوناً لجريمة إذا مارسه شخص آخر أو في غير الأحوال التي نص عليها القانون. مثال ذلك أن قانون هيئة الشرطة قد أجاز لرجال الشرطة استعمال القوة مع المحكوم عليه بعقوبة جنائية أو بالحبس مدة تزيد على ثلاثة أشهر إذا قاوم أو حاول الهرب<sup>(٢)</sup>.

ويعد عمل الموظف عمل قانوني في حالتين: حالة ما إذا كان تنفيذاً لما أمر به الشرع أو القانون، أو إذا كان الفعل تنفيذاً لأمر رئيس تجب عليه طاعته<sup>(٣)</sup>.

(١) محمد بن عبد الواحد السيواسي، المعروف بابن الهمام، شرح فتح القدير، المطبعة الأميرية، مصر، الطبعة الأولى، ١٣١٦هـ، ج٤ ص ٢١٧، ٢١٨، ٢٥١، زكريا بن محمد الأنصاري، أسنى المطالب شرح روضة الطالب، المطبعة الميمنية، مصر ١٣١٣هـ، ج٤ ص ١٦٣، ابن قدامه، المغني ج١٠ ص ٣٣٤.

(٢) د/ عبد الرؤوف مهدي، مرجع سابق، ص ٣٠٣.

(٣) د/ أحمد حسني أحمد طه، مرجع سابق، ص ١٩٢.

### الحالة الأولى: أن يكون العمل تنفيذاً للشرع والقانون:

إذا كان الفعل الذي ارتكبه الموظف تنفيذاً لأمر الشرع أو القانون كان فعل الموظف فعلاً مباحاً وغير خاضع لنصوص التجريم، يستوي في ذلك أن يكون الفعل تنفيذاً لأمر القانون مباشرة، كالقاضي الذي يمتنع عن نظر الدعوى لوجود مانع قانوني لديه كقربته لأحد الخصوم. أو كان استخداماً للسلطة التقديرية التي يخولها القانون للموظف، مثل الحق في حبس المتهم احتياطياً، فإن المشرع قد تركه للسلطة التقديرية للقاضي أو لوكيل النيابة فلهما حق حبس المتهم احتياطياً أو عدم حبسه (١).

ولكن يشترط لإباحة فعل الموظف في حالة تنفيذه لأمر الشرع أو القانون وفقاً لهذه

الحالة ما يلي:

١- أن يكون الفعل الذي ارتكبه الموظف داخلياً في نطاق اختصاصه النوعي والمكاني.

٢- أن يكون الفعل الذي ارتكبه الموظف محققاً للهدف الذي من أجله منحه القانون سلطة مباشرة، أما إذا لم يحقق هذا الهدف الذي قصده القانون كان الفعل خاضعاً لنصوص التجريم (٢).

ومعنى ذلك: أنه يجب وفقاً للمادة ٦٣ع أن يكون الموظف حسن النية أثناء تأدية وظيفته أما إذا كان باعته على استعمال سلطته هو للانتقام كان فعله مجرمًا، فأمور الضبط القضائي الذي يلقي القبض على أحد الأشخاص لا لشيء إلا للانتقام منه أو التشهير به لا يباح فعله أما إذا كان الفعل الذي أتاه الموظف يتضمن بالإضافة إلى تنفيذ القانون نوعاً من الانتقام فإن الفعل يكون مشروعاً نظراً لأنه حقق غرض القانون. فأمور الضبط القضائي الذي يصدر له أمر بالقبض على أحد الأشخاص وكان بينه وبين هذا الشخص أحقاد أو ضغائن شخصية، فإن تنفيذه لأمر القبض على هذا الشخص بالرغم من أنه يشفي أحقاد عنده لدى هذا الشخص إلا أنه مشروع نظراً لتنفيذه لأمر القانون، أو أمر

(١) د/ السعيد مصطفى السعيد، مرجع سابق، ص ١٩٨، د/ محمود مصطفى، مرجع سابق، ص ٢٠٣، د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٢٣٦، د/ مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ص ٢١٠.

(٢) د/ السعيد مصطفى السعيد، مرجع سابق، ص ١٩٩، د/ أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص ١٩٣.

الرئيس الواجب طاعته. فمتى توافرت الشروط السابقة كان فعل الموظف مباحاً استناداً لنص المادة ٦٣ ع<sup>(١)</sup>.

#### الحالة الثانية: إذا كان الفعل تنفيذاً لأمر رئيس وجبت إطاعته:

ويقصد بذلك العمل الذي يرتكبه المرؤوس تنفيذاً لأمر مشروع صادر من رئيس تجب طاعته. وأمر الرئيس يكون مشروعاً، وبالتالي تتعكس تلك المشروعية على تنفيذه، متى توافرت فيه الشروط الشكلية والموضوعية المتطلبة قانوناً وهي كالتالي:

#### الشروط الشكلية:

١- أن يكون الأمر مختصاً قانوناً بإصدار الأمر. فلا بد أن يكون القانون قد منح الأمر الاختصاص بإصدار الأمر. والقانون في ذلك إما أن يلزم الأمر بإصدار الأمر متى توافرت ظروف معينة، وإما أن يخوله سلطة تقديرية في إصداره. وفي كلتا الحالتين يعتبر الشرط قد توافر متى صدر الأمر ممن خوله القانون ذلك بطريق الإلزام أو بطريق التقدير<sup>(٢)</sup>.

٢- أن يكون المرؤوس الصادر إليه الأمر مختصاً هو الآخر بتنفيذه، فإذا تخلف شرط الاختصاص هذا كان الأمر غير مشروع من الناحية الشكلية وانعكست عدم مشروعيته على التنفيذ أيضاً.

ومثال ذلك الأمر بالقبض الصادر من النيابة المختصة لمأمور ضبط غير مختص بالجريمة.

٣- أن يفرغ الأمر في الشكل الخاص به والذي يتطلبه القانون لصحته، كما لو كان القانون يتطلب الكتابة فيصدر الأمر شفاهة. ففي هذه الحالة يكون الأمر غير قانوني وبالتالي يعتبر تنفيذه غير مشروع.

#### الشروط الموضوعية:

يشترط في الأمر موضوعياً: اتفاق الغاية من الأمر مع الغاية التي يرمي إليها القانون بتحويل الأمر سلطة إصداره. فإذا اتحدت الغايتان كان الأمر قانونياً. ويكون الأمر غير مشروع إذا اختلفت الغاية منه عن الغاية التي ترمي إليها القاعدة القانونية التي تحكم الأمر<sup>(٣)</sup>.

(١) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٢٣٨، د/ أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص ١٩٢.

(٢) د/ فوزية عبد الستار، مرجع سابق، ص ١٧٠، د/ أحمد حسني أحمد طه، مرجع سابق، ص ١٩٣.

(٣) د/ محمود مصطفى، مرجع سابق، ص ٢٠٣.

والواقع أن عدم مشروعية الأمر من الناحية الموضوعية لا تثور إلا حيث يكون إصداره خاضعاً للسلطة التقديرية للأمر. أما حيث لا يكون للأمر سلطة مثل تلك السلطة التقديرية، بمعنى أن يكون ملزماً بإصداره، فإن المشكلة لا تثور نظراً لأن الملازمة في مثل تلك الحالة تكون مقدرة سلفاً من قبل المشرع أو من قبل شخص آخر خوله المشرع إصدار الأمر، كما هو الشأن في حالة تسلسل الأوامر.

وعليه، فاختلاف الغاية من الأمر عن الغاية التي قصدتها المشرع بتحويل سلطة الأمر من شأنه أن يعيبه بتجاوز السلطة وإساءة استعمالها مما يضيف عليه الصفة غير المشروعة ولا يستفيد مصدره أو منفذه من سبب الإباحة. ومتى توافرت الشروط الشكلية والموضوعية للأمر كان مشروعاً وبالتالي يكون مشروعاً أيضاً الفعل التنفيذي له وتتفي عنه الصفة غير المشروعة ولو أضر بمصالح حماها المشرع في قانون العقوبات. ويكون بذلك الأمر والمنفذ بصدد سبب من أسباب الإباحة المتمثل في أداء الواجب<sup>(١)</sup>.

ومن المقرر أن الحالتين السابقتين لا تثيران أية صعوبة أو شك في الإباحة، فالقانون في الحالة الأولى هو الذي يلزم الشخص بالقيام بالعمل أو يرخص له في القيام بالعمل بناء على سلطته التقديرية، وفي الحالة الثانية هو الذي يلزم المرؤوس بإطاعة الرئيس، وبالتالي فإن هذا العمل في كلا الحالتين لا يعد جريمة، ما دام مطابقاً للقانون بأن كان داخلياً في حدود اختصاصه ومتوافقاً فيه كافة الشروط التي يتطلبها القانون، ومن هنا لا يسأل الموظف جنائياً ولا مدنياً<sup>(٢)</sup>.

وما سبق ذكره أقرته الشريعة الإسلامية من قبل؛ فهي تأمر بطاعة ولي الأمر في المعروف، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾<sup>(٣)</sup>. ولقوله الرسول ﷺ: "من أطاعني فقد أطاع الله، ومن عصاني فقد عصى الله، ومن أطاع أميري فقد أطاعني ومن عصى أميري فقد عصاني"<sup>(٤)</sup>.

وحق الرئيس في الطاعة والمرؤوس في التنفيذ كلاهما مقيد غير مطلق، فليس للرئيس أن يأمر بما يخالف الشريعة، وليس للمرؤوس أن يطيع فيما يخالف الشريعة، وذلك ظاهر من

(١) د/ السعيد مصطفى السعيد، مرجع سابق، ص ١٨٢، د/ أحمد حسني أحمد طه، مرجع سابق، ص ١٩٤.

(٢) د/ محمود مصطفى، مرجع سابق، ص ١٨٧، د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٢٣٣.

(٣) سورة النساء آية: ٥٩.

(٤) رواه البخاري حديث رقم ٢٩٥٧ ومسلم حديث رقم ١٨٣٥.



قوله تعالى: ﴿... فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾<sup>(١)</sup>. ومن قول الرسول ﷺ: "لا طاعة لبشر" في معصية الله، إنما الطاعة في المعروف"<sup>(٢)</sup> (" لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق"<sup>(٣)</sup>). وقوله: "من أمركم من الولاة بغير طاعة الله فلا تطيعوه."<sup>(٤)</sup>

فإذا أمر الرئيس مرعوسه بعمل مخالف للشريعة فأتاه وهو عالم بأنه غير مباح له كان على المرعوس عقوبة الفعل الذي أتاه، لأن أمر الرئيس في هذه الحالة يعتبر أمراً غير ملزم لا تجب طاعته، لأنه صدر فيما لا سلطان للرئيس فيه، وليس للمرعوس أن ينفذه فإن نفذه حمل مسئوليته. فالشريعة لا ترى في مركز الرئيس من المرعوس ما يحمل الأخير على إطاعة أمر مخالف للشريعة<sup>(٥)</sup>.

وفي كل الأحوال يجب توافر حسن النية في الموظف وهو يقوم بأداء وظيفته أو ماسة حقوقه وإلا عد مسئولاً في هذا الشأن<sup>(٦)</sup>.

#### ثانياً: أن يكون الموظف حسن النية:

وهذا الشرط يتطلبه المشرع بصفة عامة وعلى وجه الخصوص عندما يكون عمل الموظف العام غير قانوني أو غير مشروع؛ فتنص المادة ٦٣ عقوبات على أنه "لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أميري في الأحوال الآتية: إذا حسنت نيته وارتكب فعلاً اعتقد أن إجراءه من اختصاصه، أو إذا ارتكب الفعل تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس اعتقد أن إطاعته واجبة عليه". وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحري، وأنه كان يعتقد مشروعيته وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة. وبهذا النص حصر المشرع الأحوال التي يصدر فيها الفعل من الموظف مخالفاً للقانون في حالتين<sup>(٧)</sup>:

الحالة الأولى: حالة ارتكاب الموظف الفعل معتقداً أن إجراءه من اختصاصه.

والحالة الثانية: حالة ارتكاب الموظف الفعل تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس اعتقد أن إطاعته واجبة عليه.

(١) سورة النساء آية: ٥٩.

(٢) أخرجه البخاري (١٣ / ٢٠٣ - فتح) ومسلم (٦ / ١٥).

(٣) رواه أحمد في سننه، حديث رقم ٢٧٤٦.

(٤) رواه ابن ماجه في سننه.

(٥) عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، طبعة مطبعة بولاق ١٣٠٦ هـ، طبعة دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨ هـ ١٩٧٨ م، ج ٨ ص ١٠، أسنى المطالب ج ٤ ص ٧ وما بعدها.

(٦) د/ فوزية عبد الستار، مرجع سابق، ص ١٧٤، د/ أحمد حسني أحمد طه، مرجع سابق، ص ١٩٥ ..

(٧) د/ أحمد حسني أحمد طه، مرجع سابق، ص ١٩٦.

### أولاً: حالة ارتكاب الموظف فعلاً يعتقد أنه من اختصاصه:

الفرض في هذه الحالة أن الموظف قد أتى عملاً ليس من اختصاصه ولكنه عندما أتاه كان يعتقد أن القانون يرخص له بإتيانه، وأنه يدخل في اختصاصه. مثال ذلك، أن يصدر عضو النيابة العمومية أمراً بالقبض على متهم بجريمة في حالة لا يجوز فيها القبض، أو يصدر أمراً بتفتيش مسكن في حالة لا تقتضي ذلك قانوناً. وكما هو واضح فإن اعتقاد الموظف في اختصاصه بإجراء هذا العمل قائم على أسس معقولة، إذ هو متصل بصلة واضحة بالأعمال التي يختص الموظف بإتيانها، وإذا كان قد خرج عن الحدود التي رسمها القانون، وذلك نظراً لدقة هذه الأعمال واحتمال أن موظفاً آخر في نفس موضعه وظروفه يمكن أن يخرج عليها.

وعلى العكس من ذلك، فإذا كان الموظف قد أتى عملاً لا علاقة له باختصاصه مثل أن يأمر بمأمور الضبط بتوقيع عقاب، أو يصدر موظف إداري أمراً بالحبس الاحتياطي أو بهدم بناء، في مثل هذه الحالات لا يكون الموظف مستعملاً لسلطته وإنما "مغتصباً للسلطة" وعمله خارج حدود الإباحة، فهو غير مشروع ومخالف للقانون<sup>(١)</sup>.

### ثانياً: حالة تنفيذ الموظف أمر رئيس اعتقد أن إطاعته واجبة عليه:

يقصد بهذه الحالة تنفيذ الموظف أمراً ليس من واجبه تنفيذه، إما لأن العمل في ذاته غير جائز قانوناً، أو لأن الأمر صدر من غير مختص بإصداره، أو لأنه صدر في غير الأحوال أو خلافاً للأوضاع المقررة قانوناً، كما لو أمر الرئيس مرؤوسه بتعذيب المتهم، أو بارتكاب تزوير أو اختلاس<sup>(٢)</sup>، أو أصدر عضو النيابة أمراً بالقبض باطلاً من حيث الشكل<sup>(٣)</sup>. وتعني هذه الحالة قيام التناقض بين ما يأمر به القانون وما يأمر به الرئيس، وبديهي أن تكون الغلبة لأمر القانون، فالقاعدة أنه لا طاعة لمرؤوس فيما يخالف القانون، فإذا نفذ المرؤوس هذا الأمر المخالف للقانون كان فعله غير مشروع، ولا يجدي أمر الرئيس في نزع صفة عدم المشروعية عنه<sup>(٤)</sup>.

(١) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٢٣٤، د/ فوزية عبد الستار، مرجع سابق، ص ١٧٥.

(٢) نقض ١٩٦٠/٤/١١ مجموعة أحكام النقض، س ١١، رقم ٦٧، ص ٣٧٣، نقض ١٩٦٩/١/٦، س ٢٠، رقم ٦، ص ٢٤.

(٣) د/ السعيد مصطفى السعيد، مرجع سابق، ص ١٩٩.

(٤) د/ أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص ١٩٤.

• **شروط انتفاء مسئولية الموظف عن العمل غير القانوني:**

تطلب المشرع في المادة ٦٣ عقوبات شرطين لإعفاء الموظفين المسئولية الجنائية، إذا ما ارتكب الموظف عملاً غير قانوني - سواء لطاعة أمر الرئيس أو لقيامه بالعمل مباشرة تنفيذاً لما أمر به القانون - وهما حسن نية الموظف، والتثبت والتحري في عمله.

١- أن يكون الموظف حسن النية في عمله:

تطلب المشرع أن يكون الموظف حسن النية أي ارتكب الفعل معتقداً مشروعيته وأن يكون اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة. ويعني ذلك أن يكون الموظف جاهلاً مخالفة الفعل للقانون، إما لغلط في الوقائع كأن ينفذ مأمور الضبط أمر القبض على شخص آخر غير الشخص المطلوب القبض عليه، وإما لغلط في القانون عدا قانون العقوبات. وهو ما ينفي سوء القصد ويؤكد حسن النية. وأما إذا كان الجهل راجعاً إلى الغلط في قواعد قانون العقوبات، فهو لا ينفي إلا القصد الجنائي. وذلك كما لو قام موظف بتعذيب متهم لحمله على الاعتراف معتقداً أن القانون يبيح له ذلك. ويفتضي هذا الشرط أن يبحث الموظف في مدى مشروعية الأمر الصادر إليه متى كان ذلك جائزاً، وذلك حتى يكون اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة. وحيث يكون فعل الموظف واضحاً فيه مخالفة القانون وانطوائه على جريمة، كان ذلك دليلاً على انتفاء حسن النية<sup>(١)</sup>.

وإذا كان حسن النية ينفي القصد الجنائي، فهو لا ينفي الخطأ، لذلك أضاف المشرع شرطاً ثانياً لامتناع المسئولية الجنائية<sup>(٢)</sup>.

٢- أن يثبت الموظف أنه لم يرتكب العمل إلا بعد التثبت والتحري:

وقد أضاف المشرع هذا الشرط حتى لا يحتج بمجرد حسن النية وسلامة الاعتقاد مع الإهمال. وفي ذلك تقول محكمة النقض أن القانون يشترط لتبرير الفعل الواقع من الموظف فوق أن يكون حسن النية، وجوب تثبته وتحريه من ضرورة التجأه إلى ما وقع منه، ووجوب اعتقاده مشروعية عمله، على أن يكون هذا الاعتقاد مبنياً على أسباب معقولة. وقد قدر المشرع بهذا الشرط أن يبذل الموظف جهده في التحقق من مشروعية فعله.

والضابط في تقدير مدى ما بذل من جهد للتثبت والتحري، هو ضابط الشخص المعتاد إذا وجد في نفس وظيفته ومركزه وظروفه والمؤثرات التي ازدحمت عليه<sup>(٣)</sup>. فإذا كان قد التزم الحدود التي يلتزمها هذا الشخص المعتاد كان الشرط الذي نحن بصدد

(١) د/ أحمد حسني أحمد طه، مرجع سابق، ص ١٩٧.

(٢) د/ مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ص ٢١٤، د/ أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص ١٩٥.

(٣) نقض ١٩٥٦/١٢/٢٥ مجموعة أحكام النقض، س ٧، رقم ٢٦٥، ص ١٣٣١.

متوافراً وانتفت مسئوليته غير العمدية، فالتثبت والتحري ينفيان الخطأ غير العمدي<sup>(١)</sup>. أما إذا تبين أنه بذل جهداً أقل مما كان يبذله الشخص المعتاد، كان سلوكه متسماً بالإهمال والتهور وعدم الاحتياط فيسأل عن فعله مسئولية غير عمدية.

وتطبيقاً لذلك قضي بتطبيق المادة ٦٣ على القائم بأعمال نقطة الشرطة عن حجه بغير وجه حق أحد الأشخاص، إذ ثبت أن الحجز لم يحصل عن هوى في نفس المتهم الذي كان يعتقد مشروعيته، وأن إجراءه من اختصاصه وأنه اضطر إليه لمنع جرائم أخرى، وقد تثبت وتحري من العمدة عن ظروف الحادث<sup>(٢)</sup> كذلك يترتب على انتفاء الخطأ في هذه الحالة أن تنتفي - فضلاً عن المسئولية الجنائية - المسئولية المدنية<sup>(٣)</sup>.

#### • إثبات حسن النية والتحري:

جعلت الفقرة الأخيرة من المادة ٦٣ عقوبات عبء الإثبات على عاتق الموظف - المتهم - حينما أوجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحري. فهذه الفقرة جاءت على خلاف القواعد الجنائية التي توجب على النيابة العامة عبء الإثبات، وعلى هذا فإذا دفع الموظف بانتفاء مسئوليته الجنائية استناداً إلى هذا السبب للإباحة، فإن هذا الدفع يعد دفعاً جوهرياً ينبغي التحقق منه والرد عليه، وإلا كان حكم الإدانة قاصراً<sup>(٤)</sup>.

#### • تقييم نص المادة ٦٣ من قانون العقوبات:

يفرق في هذا الصدد بين الصورتين اللتين تشتمل عليهما المادة ٦٣ عقوبات:  
**فالصورة الأولى:** والمتمثلة في ممارسة السلطة على نحو قانوني (العمل القانوني) تعتبر سبباً من أسباب الإباحة. ويجب إعمال كافة الآثار القانونية المترتبة على الطبيعة الموضوعية لأسباب الإباحة، فيمتنع رفع الدعيين الجنائية والمدنية ضد الموظف، ولا يجوز معاقبة من اشترك معه في تنفيذ الجريمة.  
**أما الصورة الثانية:** الخاصة بممارسة السلطة على نحو غير قانوني (العمل غير القانوني) فإنها كأصل عام تعد على الأرجح مجرد مانع من موانع المسئولية الجنائية.

(١) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٢٣٨، د/ أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص ٣٤١.

(٢) نقض ١٩٧٢/٥/١٥ مجموعة أحكام النقض، س ٢٣، رقم ١٦٢، ص ٧٢١.

(٣) د/ أحمد حسني أحمد طه، مرجع سابق، ص ١٩٩.

(٤) د/ محمود مصطفى، مرجع سابق، ص ٢١٦، نقض ١٩٧٠/١١/٢٣، مجموعة أحكام النقض، س ٢١، رقم ٢٧٥، ص ١١٤٠.

وبالتالي فإن عبارة "لا جريمة" الواردة في صدر المادة ٦٣ لا تنسحب إلا على ممارسة الموظف لعمل قانوني (الصورة الأولى). ولعل ذلك يمثل عيباً في صياغة النص (١).

ويترتب على اعتبار ممارسة الموظف لعمل غير قانوني مانعاً فقط للمسئولية الجنائية جواز رفع الدعوى المدنية بالتعويض في مواجهته، كما يجوز معاقبة من اشترك مع الموظف في تنفيذ جريمته.

ولكن تكييف ممارسة السلطة لا يقف عند هذا الحد فيما يتعلق بالصورة الثانية الخاصة بالعمل غير القانوني. فالفقه الراجح يفرق في شأنها بين حالتين:

**الحالة الأولى:** إذا ما توافر لدى الموظف حسن النية فقط، دون أن تستخلص المحكمة اعتقاده بمشروعية الفعل بناءً على أسباب معقولة، وقيامه بالتثبت والتحري، فإنه لا يُسأل جنائياً عن جريمة عمديه، وإن جاز مساءلته عن جريمة غير عمديه.

**الحالة الثانية:** إذا توافر لدى الموظف الشروط الثلاثة السابق ذكرها: حسن النية، والاعتقاد بمشروعية فعله بناءً على أسباب معقولة، وسبق التثبت والتحري، ففي هذه الحالة تنتفي المسئولية الجنائية للموظف كلية فلا يسأل لا عن جريمة عمديه ولا عن جريمة غير عمديه (٢).

**وما سبق ذكره أقره الفقه الإسلامي من قبل؛** فالقاعدة في الفقه الإسلامي أن الموظف المكلف بأداء واجب لا يسأل إذا أدى عمله طبقاً للحدود المشروعة والمرسومة لهذا العمل، فإذا تعدى هذه الحدود فهو مسئول جنائياً عن عمله، إذا كان يعلم أن لا حق له فيه. أما إذا كان حسن النية وأدى العمل معتقداً أن من واجبه إتيانه فلا يسأل جنائياً عن هذا العمل؛ فإذا كان الفعل محرماً ولكن المأمور لا يعلم بذلك ونفذه طاعة للأمر - الذي صدر إليه من رئيسه - معتقداً أنه غير محرّم فلا مسئولية علي المأمور لحسن نيته، بشرط أن يكون الفعل داخلاً في اختصاص الأمر (الرئيس)، إذ من الواجب على المأمور أن يُطيع رئيسه فيما ليس بمعصية (٣).

(١) د/ السعيد مصطفى السعيد، مرجع سابق، ص ١٨٥.

(٢) د/ أحمد حسني أحمد طه، مرجع سابق، ص ٢٠٠.

(٣) عبد القادر عوده، مرجع سابق، ص ٥٦١.

ومن تطبيقات ذلك أنه إذا أمر الإمام مقيم الحد أن يضرب أكثر من مائة، وكان مقيم الحد يعتقد طاعة الإمام ويجهل تحريم الزيادة، فلا مسئولية عليه وإنما المسئولية على الإمام، فإذا كان عالماً بالتحريم فهو مسئول ولا يعفيه الأمر من المسئولية<sup>(١)</sup>. وإذا أكره الرئيس المرعوس على قتل أحد أو جلده بغير حق فمات فكلاهما مسئول جنائياً عن الفعل، ولا يعفي الإكراه المرعوس من المسئولية ولو كان الإكراه ملجئاً، إذ الأصل في الشريعة أن الإكراه على القتل لا يعفي المكره من العقوبة. وإذا كان الإكراه الملجئ لا يعفي من العقوبة فالإكراه الأدبي لا يعفي منها من باب أولى. وإذا كان الأمر يعتقد حل الفعل الذي أمر به، وكان المأمور لا يعتقد حله ثم نفذه بالرغم من ذلك، فإن عليه المسئولية دون الأمر. ولا فرق فيما سبق بين أن يكون المأمور جندياً أو غير جندي، فصفة المأمور لا تحل له ارتكاب فعل محرم، وصفة الأمر لا تبيح له أن يأمر بما ليس من حقه<sup>(٢)</sup>.



## المبحث الثاني

### رضاء المجني عليه

#### تمهيد وتقسيم:

قد يكون لرضاء المجني عليه دوراً رئيسياً في بنیان بعض الجرائم واكتمال أركانها، كما يكون له تأثير في نطاق الإجراءات الجنائية، وعلى وجه الخصوص في تحريك وسير الدعوي الجنائية. وكذلك قد يكون له دور في بنیان أو اكتمال عناصر بعض أسباب الإباحة، ولكن المشرع الجنائي المعاصر - سواء في مصر أو غيرها - لا يعتبر رضاء المجني عليه سبباً عاماً من أسباب الإباحة. فلو تصورنا أن إنساناً أقدم على فعل يعتبر جريمة كالسرقة مثلاً، إلا أن ارتكابه لهذا العمل كان قد تم بموافقة المجني عليه ورضاه أي موافقة مالك المال المسروق، فهل يجوز لهذا الإنسان "الجاني" أن يحتج برضاء المجني عليه ويدفع عن نفسه التهمة بأن هذا الرضاء قد جرد فعله من الصفة الإجرامية وأصبح مشروعاً بعد أن كان غير مشروع؟ والإجابة أنه لا يمكن ذلك.

(١) شرح فتح القدير ج٤ ص ٢١٧، ٢١٨، ٢٥١، أسنى المطالب ج٤ ص ١٦٣، المغني ج ١٠ ص ٣٣٤.

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠، أسنى المطالب ج٤ ص ٧ وما بعدها، عبد القادر عوده، مرجع سابق، ص ٥٦٢.

ويجمع الفقه على أن رضاء المجني عليه ليس سبباً عاماً للإباحة، ويعتبره سبباً للإباحة طائفة محدودة من الجرائم.  
والمعيار الذي يستند إليه الفقه في تحديد فئة الجرائم التي ينتج الرضاء اثره بالنسبة لها يقوم على أساس البحث فيما إذا كان القانون يرخص للمجني عليه بالتصرف في الحق الذي وقع عليه الفعل الذي تتكون منه الجريمة ونقله إلى الغير أو لا (١).  
ودراسة رضاء المجني عليه تقتضي مني أن أتناول نطاق تأثيره على الدعوى العامة، وعلى أركان الجريمة، ثم نتناول الرضاء كسبب إباحة خاص ببعض الجرائم، وشروطه. وذلك من خلال المطالب التالية:



### المطلب الأول

#### نطاق تأثير رضاء المجني عليه

وفقاً للمعيار السابق وتطبيقه على فئات الجرائم المختلفة يلاحظ أن رضاء المجني عليه لا يكون له اثر يذكر في بعض الجرائم، وقد يكون تخلفه ركناً في جرائم أخرى، وقد يعتبر توافره عنصراً في بعض أسباب الإباحة، وقد يكون له تأثير على الدعوى العامة أو الدعوى الجنائية.

#### أولاً: تأثير الرضاء على الدعوى العامة:

يترتب على وقوع الجريمة نشأة حق للمجتمع في محاكمة مرتكبها وتوقيع العقوبة عليه، وتباشر النيابة العامة هذا الحق نيابة عن المجتمع فهي التي تتولى تحريك الدعوى العامة ومباشرتها. والأصل أنه لا أثر لرضاء المجني عليه على سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى. فلو فرض أن زيداً سرق مالاً لبكر، وضبطت المسروقات وأعيدت إلى بكر الذي أشفق على زيد السارق وقرر الصفح عنه، فإن هذا الرضاء من بكر لا أثر له على سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى العامة ومباشرتها ضد زيد، لأن حق توقيع العقاب حق عام تملكه الدولة. ومع ذلك فإن هذا الأصل يرد عليه استثناءات، إذ توجد حالات تقيد فيها سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى العامة لأسباب معينة على شكوى يقدمها المجني عليه، فإذا لم يتقدم المجني عليه بالشكوى، فإن ذلك يعني أنه قد رضي بعدم

(١) د/ محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص ٣٥٨، د/ فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص ٣٦٠.

محاكمة المتهم ولهذا يكون لرضاء المجني عليه في هذه الحالة أثر على الدعوى العامة. ومن الجرائم العامة التي يتوقف تحريك الدعوى العامة بشأنها على شكوى المجني عليه السرقة بين الأصول والفروع والأزواج وجريمة الزنا. ويلاحظ أن تأثير الرضاء في مثل هذه الجرائم يقتصر فقط على عدم السير في إجراءات الدعوى العامة، أي لا يكون له تأثير يذكر على أركان الجريمة ذاتها<sup>(١)</sup>.  
**ثانياً: تأثير الرضاء على أركان الجريمة:**

قد يؤثر الرضاء في الركن المادي في بعض الجرائم، ويؤدي توافره إلى انتفاء هذا الركن وتنتفي الجريمة تبعاً لذلك. فمن الجرائم ما يلزم لقيامها عدم رضاء المجني عليه بالفعل، فيكون من عناصر الركن المادي فيها أن يقع الفعل بغير رضاء من وقع عليه. فالسرقة مثلاً يقوم ركنها المادي على الأخذ أو الاختلاس، ولا يتحقق ذلك إلا إذا كان المجني عليه غير راض عن خروج الشيء من حيازته ودخوله في حيازة الغير، فإذا رضي بذلك فلا اختلاس ولا سرقة ولا قيام للركن المادي في جريمة الاغتصاب إلا إذا وقع الجاني المجني عليها بغير رضاها، ولا قيام لجرائم الخطف والقبض على الأشخاص وانتهاك حرمة ملك الغير، وهناك العرض بالقوة أو التهديد إلا إذا كان المجني عليه غير راض عن الفعل.

ويلاحظ أن الرضاء يؤثر على قيام الجرائم السابقة فتتوافر الجريمة إذا انتفى الرضاء، ولا تقوم الجريمة إذا كان المجني عليه راض بالفعل المكون لها، أي أن هذا الفعل يكون مشروعاً لا على أساس أن الرضاء سبب إباحة، ولكن على أساس أن عدم الرضاء عنصر سلبي من عناصر الركن المادي في الجريمة وتختلف هذا العنصر بسبب توافر الرضاء ينفي الركن المادي ولا تقوم الجريمة تبعاً لذلك<sup>(٢)</sup>.

### ثالثاً: الرضاء عنصر في بعض أسباب الإباحة:

هناك بعض أسباب الإباحة التي يلزم لكي تنتج آثارها أن يتوافر إلى جوارها رضاء المجني عليه، فالرضاء يكون أحد العناصر اللازمة لتوافر سبب الإباحة، فمثلاً ممارسة الأعمال الطبية لا سيما العلاجات الجراحية تستمد إباحتها من ترخيص القانون، لكن هذا الترخيص لا ينتج أثره إلا إذا أضيف إليه رضاء المريض أو من يمثله قانوناً. وعلى ذلك فلكي تكون ممارسة الأعمال الطبية سبباً للإباحة يشترط رضاء المريض إلى جانب

(١) د/ فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص ٣٦١.

(٢) د/ فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص ٣٦١.



الشروط الأخرى التي يجب توافرها حتى تصبح الأعمال الطبية مبررة ومشروعة. فالرضاء هنا لا يكفي بمفرده لتوافر سبب الإباحة وإنما هو شرط بجانب شروط أخرى يتعين توافرها لقيام هذا السبب، أي أنه يساهم في بنیان سبب الإباحة<sup>(١)</sup>.

#### رابعاً: انعدام تأثير الرضاء بالنسبة لبعض الجرائم:

ينعدم تأثير الرضاء بالنسبة للجرائم التي لا يكون المجني عليه فيها أحد الأفراد، وإنما يكون المجني عليه الدولة، وهي التي تتنازل بالاعتداء حقاً للدولة وحدها، ولا يجوز بشأنها لممثلي الدولة النزول عن هذا الحق والرضاء بالاعتداء عليه. ومن هذه الجرائم الجرائم الواقعة على أمن الدولة الخارجي أو الداخلي، وجرائم التزوير والرشوة والاختلاس. كما ينعدم تأثير الرضاء على فئة الجرائم التي تنال من حقوق الأفراد، إذا كان لها أهمية اجتماعية كبيرة بحيث لا يجوز للأفراد النزول عنها والرضاء بالاعتداء عليها لما في ذلك من إهدار لمصلحة اجتماعية على جانب كبير من الأهمية، مثل جرائم الاعتداء على الحياة وسلامة الجسم.

#### • أثر الرضاء على جرائم القتل والجرح والقطع:

الحق في الحياة والحق في سلامة البدن ليس حقاً خالصاً للأفراد وإنما يشترك المجتمع مع الأفراد في هذا الحق، لأنه يتوقف عليه سلامة المجتمع كله، ولهذا لا تأثير للرضاء على جريمة القتل مثلاً فلو رضي المجني عليه بوقوع فعل القتل عليه قامت جريمة القتل دون أدنى أثر لرضاء المجني عليه على توافر أركانها، بل حتى ولو ألح المجني عليه وطلب صراحة التخلص من الحياة، ليأسه من الشفاء من مرض خطير مثلاً، فإن كل ذلك لا يؤثر مطلقاً على أركان الجريمة، فنتوافر هذه الأركان ونقوم جريمة القتل (المادة ٥٢٢ عقوبات)، ونفس الحكم يصدق على حقوق عديدة أخرى كالحق في سلامة الجسم، فلا يؤثر الرضاء مثلاً على قيام جريمة الانتحار، أو جريمة الإجهاد أو جريمة المبارزة التي يقصد منها الإيذاء والاعتداء<sup>(٢)</sup>.

وتشترك الجرائم السابقة في أنها تقع على حقوق لا يجوز التصرف فيها، ومن ثم لا يكون لرضاء المجني عليه، أو غيره أي تأثير على قيام الجرائم التي تقع بالاعتداء على تلك الحقوق<sup>(٣)</sup>.

(١) د/ محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص ٣٥٨.

(٢) بخلاف المبارزة التي يقصد منها مجرد التدريب وإظهار المهارة والتفوق، ولم يقصد منها الإيذاء. عبد القادر عوده مرجع سابق، ص ٤٤٣، وما بعدها.

(٣) د/ فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص ٣٦٢.

**والفقه الإسلامي يقرر ذلك في الجملة؛** فلا تأثير للرضاء على جريمة القتل؛ فلو رضي المجني عليه بوقوع فعل القتل عليه، قامت جريمة القتل دون أدنى أثر لرضاء المجني عليه على توافر أركانها. غير أن الفقهاء اختلفوا في عقوبة الجاني<sup>(١)</sup>:

**أولاً: مذهب الأحناف:** وهم يرون أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل؛ لأن عصمة النفس لا تباح إلا بما نص عليه الشرع، والإذن بالقتل ليس منها، فكان الإذن عدماً لا أثر له على الفعل، فيبقى الفعل محرماً معاقباً عليه باعتباره قتلاً عمداً، لكنهم اختلفوا فيما بينهم على العقوبة التي توقع على الجاني: فيرى أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد أن يدرعوا عقوبة القصاص عن الجاني، وأن تكون العقوبة الدية على أساس أن الإذن بالقتل شبهة، وأن الرسول - صلى الله عليه وسلم - يقول: "ادرعوا الحدود بالشبهات"، والقصاص معتبر حداً، فكل شبهة تقوم في فعل مكون لجريمة عقوبتها القصاص يدرأ بها الحد عن الجاني.

**ويرى زفر: أن الإذن لا يصلح أن يكون شبهة، ومن ثم فهو لا يدرأ القصاص، فوجب أن يكون القصاص هو العقوبة<sup>(٢)</sup>.**

**ثانياً: مذهب المالكية:** والرأي الراجح في مذهب مالك أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل ولا يسقط العقوبة، ولو أبرأ المجني عليه الجاني من دمه مقدماً؛ لأنه أبرأه من حق لم يستحقه بعد، وعلى هذا يعتبر الجاني قاتلاً عمداً، والعقوبة القصاص حيث لا يعتبر الإذن شبهة تدرأ القصاص ويوجب الدية بدلاً من القصاص. ويرى البعض الآخر أن الإذن يدرأ القصاص عن الجاني للشبهة ويوجب الدية<sup>(٣)</sup>.

**ثالثاً: مذهب الشافعية:** وفي مذهب الشافعي رأيان: أولهما: أن الإذن في القتل يسقط عقوبتي القصاص والدية ولا يبيح الفعل. وثانيهما: أن الإذن في القتل لا يبيح الفعل ولا يسقط العقوبة، وبعض أصحاب هذا الرأي يرى في الإذن شبهة تدرأ القصاص وتوجب الدية، وبعضهم الآخر يوجب القصاص ولا يرى في الإذن شبهة<sup>(٤)</sup>.

(١) عبد القادر عوده مرجع سابق، ص ٤٤١.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٦.

(٣) مواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ٢٣٥، ٢٣٦، أحمد بن محمد الدردير العدوي، الشرح الكبير لمختصر خليل بن اسحاق، مطبوع بهامش حاشية الدسوقي عليه، طبعة محمد علي صبيح سنة ١٩٣٤م، ج ٤ ص ٢١٣.

(٤) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٨.

**رابعاً: مذهب الحنابلة:** ويرى أحمد وأصحابه أن الإذن في القتل يسقط العقوبة على الجاني؛ لأن من حق المجني عليه العفو عن العقوبة، والإذن بالقتل يساوي العفو عن عقوبة القتل<sup>(١)</sup>.

**وبالنسبة لأثر الرضاء على جرائم الجرح والقطع:** فمذهب جمهور الفقهاء<sup>(٢)</sup> الأحناف والشافعية والحنابلة) أن الإذن بالقطع والجرح يترتب عليه منع العقوبة، ويجوز لولي الأمر أن يعاقب بالتعزير. طالما لم يؤدي الجرح أو القطع إلى الوفاة. فإذا حدثت الوفاة يسأل عن جريمة قتل عمد، فيرى البعض القصاص، ويرى البعض الدية. **ومذهب مالك:** أن الإذن بالقطع أو الجرح لا عبرة به إلا إذا استمر المجني عليه مبرئاً له بعد الجرح أو القطع، فإن لم يبرئ المجني عليه الجاني بعد الجرح أو القطع فقد وجبت العقوبة المقررة وهي القصاص أو الدية إذا امتنع القصاص لسبب شرعي، أما إذا استمر المجني عليه مبرئاً للجاني فإن العقوبة المقررة أصلاً وهي القصاص والدية تسقط ويحل محلها التعزير، هذا إذا لم يؤدي الجرح أو القطع للموت، فإذا أدى إليه اعتبر الجاني قاتلاً عمداً ووجبت عقوبة القتل العمد<sup>(٣)</sup>.



## المطلب الثاني

### الرضاء كسبب إباحة

#### خاص ببعض الجرائم وشروطه

يرى غالب الفقهاء أن رضاء المجني عليه سبب إباحة خاص ببعض الجرائم، وهي الجرائم التي تنال بالاعتداء حقوقاً يجوز التصرف فيها ونقلها إلى الغير<sup>(٤)</sup>. ويضرب مثلاً على ذلك بجرائم هدم أو تخريب أو إتلاف في ملك الغير وجرائم التعدي على المزروعات والحيوانات وآلات الزراعة. فالأفعال التي تقوم بها هذه الجرائم لا تعتبر غير مشروعة إلا إذا ارتكبت بغير رضاء المالك، أما إذا ارتكبتها المالك نفسه أو ارتكبتها الغير برضائه لا

(١) موسى الحجاوي المقدسي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، المطبعة المصرية، الطبعة الأولى، بدون تاريخ، ج٤ ص ١٧١.  
(٢) بدائع الصنائع ج٧ ص ٢٣٦، ٢٣٧، نهاية المحتاج ج٧ ص ٢٤٨، ٢٩٦، الإقناع ج٤ ص ٣٧١، عبد القادر عوده مرجع سابق، ج١ ص ٤٤٢.  
(٣) مواهب الجليل للخطاب ج٦ ص ٢٣٥، ٢٣٦، الشرح الكبير للدردير ج٤ ص ٢١٣.  
(٤) د/ محمود مصطفى، مرجع سابق، ص ١٩٤، د/ رمسيس بهنام، مرجع سابق، ص ٣٨٨، د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٢٥٧، د/ عوض محمد، مرجع سابق، ص ١٨٨.

تقوم بها جريمة لأنها نوع من التصرف في الحق، فالفعل يتحول من اعتداء على الملكية حينما ينعدم الرضاء إلى تصرف في الشيء محل الملكية إذا ما توافر الرضاء<sup>(١)</sup>. ومن الصعب حصر الجرائم التي يعد الرضاء سبباً لإباحتها لأن ذلك يتوقف على تحديد الحقوق المعتدي عليها وبيان ما إذا كان القانون يجيز التصرف فيها ونقلها للغير أم لا. ويرى البعض<sup>(٢)</sup> أن الرضاء لا يعد سبباً لإباحة الجرائم السابقة، لأنه لكي يمكن اعتباره كذلك يجب أن تتوافر أركان الجريمة وعناصرها المختلفة ثم يلحق بها سبب الإباحة فيزيل عنها الصفة الإجرامية، وتصبح مشروعة بعد أن كانت غير مشروعة، والأمر ليس كذلك بالنسبة للجرائم التي يشير إليها الفقه، فجريمة هدم ملك الغير مثلاً لا يتصور وقوعها إلا إذا ارتكب الجاني أفعال الهدم بدون رضاء المالك. أي أن عدم رضاء المالك عنصر سلبي من عناصر الركن المادي في هذه الجريمة، فإذا توافر الرضاء انتفى الركن المادي وانتفت الجريمة تبعاً لذلك فيكون فعل الهدم مشروعاً في هذه الحالة لا على أساس أن الرضاء قد أباحه ولكن على أساس عدم قيام الجريمة لتخلف ركنها المادي. إذ كيف يستقيم القول في هذا الفرض باعتبار الرضاء سبباً لإباحة جريمة الهدم في الوقت الذي يتخلف فيه قيام الجريمة أصلاً، ومن المعلوم أن سبب الإباحة لا ينتج آثاره إلا بالنسبة لفعل اكتملت له كل أركان الجريمة أي فعل غير مشروع، وليس الحال كذلك لأن الهدم فعل مشروع كما سبق ذكره.

ويخلص هذا الرأي إلى رفض اعتبار رضاء المجني عليه سبباً لإباحة الجرائم التي تنال حقوقاً يجوز التصرف فيها ونقلها إلى الغير، وأن الصحيح هو أن الرضاء يؤثر على أركان هذه الجرائم وعلى وجه الخصوص على الركن المادي<sup>(٣)</sup>.

#### • شروط رضاء المجني عليه:

يُشترط لكي ينتج الرضاء آثاره الشروط التالية<sup>(٤)</sup>:

١- أن يكون صادراً عن إرادة معتبرة قانوناً، أي إرادة مميزة ومختارة: فلا يكون للرضاء قيمة إذا كان المجني عليه فاقد الشعور أو الاختيار لجنون أو عاهة في العقل أو كان سكراناً أو مخدراً أو نائماً.

(١) د/ فوزية عبد الستار، مرجع سابق، ص ١٨٣.

(٢) د/ فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص ٣٦٣.

(٣) د/ أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص ٤٠٦، د/ محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص ٣٥٩،

د/ فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص ٣٦٤.

(٤) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٢٤٨، د/ فوزية عبد الستار، مرجع سابق، ص ١٨٧.

ولا يكفي المشرع المصري في الرضاء ببلوغ سن معينة، وإنما يتطلب أحياناً للاعتداد بالرضاء سناً معينة؛ ففي جريمة هناك العرض لا يعتد القانون برضاء المجني عليه إلا إذا بلغ الثامنة عشرة (م ٢٦٩ع) وفي جريمة الخطف لا يعتد بالرضاء إلا إذا كان المجني عليه بالغاً ست عشرة سنة (م ٢٨٩ع). فإذا لم يحدد المشرع سناً معينة انتقل إلى القاضي عبء البحث عن تحقق التمييز لدى المجني عليه بفهمه طبيعة الفعل وإدراك آثاره ومدى خطورته، دون التقيد بسن معينة.

٢ - أن يكون الرضاء صادراً عن إرادة غير معيبة : أي غير متأثرة بغش أو تدليس أو غلط

٣ - أن يكون الرضاء معاصراً للفعل المكون للجريمة: فلا قيمة لتوافر الرضاء قبل هذا الوقت أو بعده. فإذا وجد فاصل زمني بين الفعل وبين النتيجة فإن الرضاء لا ينتج أثره إذا توافر وقت النتيجة فحسب؛ إذ العبرة بتوافره وقت الفعل.



## الفصل الثالث الدفاع الشرعي

### تقسيم:

تقتضي دراسة الدفاع الشرعي أن نتناول تعريفه، وأساس إباحته، وموضع الدفاع الشرعي بين أسباب الإباحة، ثم نحدد شروطه، والقيود الواردة عليه، وحكم تجاوز حدود الدفاع الشرعي، وآثاره. وذلك من خلال المباحث التالية:

### المبحث الأول

#### تعريف الدفاع الشرعي وأساس إباحته وموضعه بين أسباب الإباحة

### تقسيم:

سوف أتناول تعريف الدفاع الشرعي وأساس إباحته وموضعه بين أسباب الإباحة في  
المطلبين التاليين:

### المطلب الأول

#### تعريف الدفاع الشرعي

يُقصد بالدفاع الشرعي: استعمال القوة اللازمة لصد خطر حال غير مشروع يهدد بالإيذاء حقاً يحميه القانون<sup>(١)</sup>. أو هو رد اعتداء غير مشروع يقع على الشخص نفسه أو ماله أو نفس أو مال غيره<sup>(٢)</sup>.

ففي حالة صدور أفعال من المعتدي تتطوي على خطر يهدد حق من الحقوق التي يحميها القانون فإن المشرع قد منح المعتدي عليه (أو المدافع) سلطة استخدام القوة اللازمة لمواجهة وصد هذا الخطر بالقوة اللازمة حتى لا يتحول إلى ضرر، أو منع استمرار الضرر إذا كان قد بدأ بالفعل، دون أن يفرض عليه انتظار تدخل السلطات العامة أو اللجوء إليها لحمايته. فالأفعال الخطرة التي صدرت عن المعتدي نشأ عنها حق أو سلطة

(١) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ١٨٠.

(٢) د/ سامح السيد جاد، مرجع سابق، ص ١٦٣.

للمعتدي عليه في صدها. وهذا الحق هو الذي برر أو أباح ما صدر عن المعتدي عليه من أفعال غير مشروعة لمواجهة أفعال المعتدي الخاطئة، أي أن دفاع المعتدي عليه (أو المدافع) مشروع.

وبعبارة أخرى فإن الدفاع الشرعي يجرّد أفعال المدافع من صفتها الإجرامية فتصبح أفعالاً مبررة أو مباحة، ومن هنا اعتبر الدفاع الشرعي سبب تبرير أو إباحة. والدفاع الشرعي بالمعنى السابق اعترفت به كافة التشريعات القديمة والحديثة. فثيرون<sup>(١)</sup>، يرى أن الدفاع الشرعي يعدّ أحد مبادئ القانون الطبيعي التي عرفتها اليونان القديمة، وهو يحوّل الجريمة عند الرومان، وكان يعفي من العقوبة في أوروبا المسيحية في القرون الوسطى. وقد نص عليه قانون العقوبات الفرنسي الصادر في عام ١٨١٠، وفي قانون العقوبات الفرنسي الجديد الصادر سنة ١٩٩٢<sup>(٢)</sup>.

#### • الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية

يعبر فقهاء الشريعة عن الدفاع الشرعي بدفع الصائل ويسمى عندهم المعتدي بالصائل والمعتدى عليه بالموصول عليه<sup>(٣)</sup>. وعرف البعض الدفاع الشرعي بأنه: واجب الإنسان في حماية نفسه أو نفس غيره وحقه في حماية ماله أو مال غيره من كل اعتداء حال غير مشروع بالقوة اللازمة لدفع هذا الاعتداء<sup>(٤)</sup>.

والأصل في مشروعية الدفاع الشرعي عن نفس الشخص وعرضه وماله قوله تعالى ﴿الشَّهْرُ الْحَرَامُ وَالشَّهْرُ الْحَرَامِ وَالْحَرَمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنْ أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ جِمْلاً مَّا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ ﴿٢١٧﴾﴾<sup>(٥)</sup>. وما رواه الترمذي وصححه عن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) أنه قال "من قتل دون دمه فهو شهيد ومن قتل دون ماله فهو شهيد ومن قتل دون أهله فهو شهيد"<sup>(٦)</sup>.

- (١) ثيرون (Cicero) كاتب الروماني وخطيب روما المميز، ولد سنة ١٠٦ ق.م، صاحب إنتاج ضخم يعتبر نموذجاً مرجعياً للتعبير اللاتيني الكلاسيكي.
- (٢) المادتان ١٢٢-٥، ١٢٢-٦ من قانون العقوبات الفرنسي الجديد.
- (٣) محمد بن أحمد الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، طبعة مصطفى الحلبي، مصر، سنة ١٩٥٨م، ج٤ ص ١٩٤.
- (٤) عبد القادر عوده، مرجع سابق، ص ٤٧٣.
- (٥) سورة البقرة آية: ١٩٤.
- (٦) انظر سنن الترمذي ج٤ ص ٣٠ حديث رقم ١٤٢١ وفي نفس المعنى انظر سنن ابن ماجه ج٢ ص ٨٦١ حديث رقم ٢٥٨١، الهيتمي، مجمع الزوائد ج٦ ص ٢٤٤.

وقد أقرت الشريعة دفع الصائل لرد اعتدائه عن نفس الدافع أو عرضه أو ماله، وأقرته كذلك لدفع الاعتداء عن نفس الغير أو عرضه أو ماله، لقول الرسول ﷺ: "انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً"<sup>(١)</sup>، ولقوله: "إن المؤمنين يتعاونون على الفتن"<sup>(٢)</sup>.



## المطلب الثاني

### أساس إباحة الدفاع الشرعي وموضعه بين أسباب الإباحة

تقسيم:

سوف أتناول هذا المطلب في فرعين كما يأتي:

#### الفرع الأول

#### أساس إباحة الدفاع الشرعي

يذهب الرأي الراجح عند شرح القانون: إلى أن أساس الدفاع الشرعي يرجع إلى فكرة المصالح المتعارضة للأفراد وترجيح مصلحة أولى بالرعاية على مصلحة أخرى تحقيقاً للمصالح العام<sup>(٣)</sup>.

وتفسير ذلك أن حق المعتدي عليه أهم عند المجتمع من حق المعتدي، لأن التجاء هذا الأخير إلى العدوان أدى إلى هبوط القيمة الاجتماعية لحقه، وفعل الدفاع - وإن كان يتضمن إهدراً لحق المعتدي - إلا أنه يصون حق المعتدي عليه - وهذا الأخير هو الأهم في نظر المجتمع<sup>(٤)</sup>.

(١) أخرجه الترمذي في سننه ج٤ ص ٣٠ حديث رقم ١٤٢١ وفي نفس المعنى انظر سنن ابن ماجه ج٢ ص ٨٦١ حديث رقم ٢٥٨١، الهيتمي، مجمع الزوائد ج٦ ص ٢٤٤.

(٢) رواه أبو داود ولفظه «المؤمن أخو المؤمن يسعهما الماء والشجر، ويتعاونان على الفتن» أي الشيطان.

(٣) د/ محمود مصطفى، مرجع سابق، ص ٢١٨، د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ١٩٣ هامش (١)، د/ أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص ٤٣٤، د/ عوض محمد، مرجع سابق، ص ١٢٥.

(٤) د/ فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص ٣١٢.



**والفقه الإسلامي قد عرف هذا الأمر منذ زمن بعيد؛ فقد اتجه إلى اعتبار**  
"المصلحة" أساساً لدفع الصائل، وتمثل المصلحة هنا في صورة "دفع مضرة" تلحق  
بمقصود الشرع من الخلق، أي بما يحفظ على هؤلاء دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم  
ومالهم<sup>(١)</sup>. فكل زود عن هذه الأصول الخمسة مباح شرعاً<sup>(٢)</sup>.

وخلاصة الأمر: فإن أساس الدفاع الشرعي هو فكرة المصلحة، تأسيساً على  
أنه إذا تعارضت مصلحتان وجب على الجماعة - بناءً على معيار موضوعي على  
أساس ما تصلح به الجماعة - إهدار إحداها، وحماية الأخرى، وفي حالة دفع  
الصائل أو الدفاع الشرعي، نجد أن مصلحة المعتدي تستأهل الإهدار، ومصلحة  
المعتدى عليه (المدافع) جديرة بالحماية، وذلك حتى لا يتصدع "النظام القانوني"  
فيقعد عن تحقيق غايته وهي الصالح العام، بهذا لا يتحقق "الضرر الاجتماعي"  
الذي من أجل درئه تتدخل الدولة بالعقاب.

## الفرع الثاني

### موضع الدفاع الشرعي بين أسباب الإباحة

لم يرد النص على الدفاع الشرعي في الباب المخصص لأسباب الإباحة (الباب  
التاسع من الكتاب الأول الذي يتضمن أحكاماً ابتدائية)، بل نص عليه في الباب الأول من  
الكتاب الثالث مع النصوص الخاصة بجرائم القتل والجرح والضرب (المواد من ٢٤٥ إلى  
٢٥١ عقوبات). وهذا النهج من المشرع المصري قد يوحي بأن الدفاع الشرعي سبب خاص  
قاصر على بعض الجرائم فقط، إلا أن الفقه والقضاء مستقران على أن الدفاع الشرعي لا  
يبیح فقط جرائم القتل والجرح والضرب، وإنما تتصرف الإباحة إلى كل جرائم النفس والمال  
متى توافرت شروطه، وسواء ارتكبت للدفاع عن نفس المدافع أو عن ماله أو للدفاع عن  
نفس الغير أو ماله. وهذا يعني أن الدفاع الشرعي يُعد سبباً عاماً للإباحة<sup>(٣)</sup>.  
ولذلك يرى بعض الفقهاء أن المشرع قد جانبه الصواب في وضع الأحكام الخاصة  
بالدفاع الشرعي ضمن القسم الخاص في باب جرائم القتل والجرح، وكان الأليق

(١) وإيضاحاً لما ورد بالمتن، يذكر الأصوليون والفقهاء إن: "كل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة  
فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة". المستصفي في علم الأصول، للإمام الغزالي،  
ج٢، ص٢٨٦. ويلاحظ أنه يكفي حفظ مصلحة واحدة من هذه المصالح الخمس حتى يعتبر سبب  
حفظها مصلحة، كما يكفي تقويت إحداها لاعتبار سببه مفسدة.

(٢) د/ عبد الفتاح الصيفي، مرجع سابق، ص ٣٩٠.

(٣) د/ فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص ٣١٢.

به أن يضعها ضمن أحكام القسم العام في الباب الخاص " بأسباب الإباحة وموانع المسؤولية" وهذا ما نهجه المشرع في مشروع قانون ١٩٦٦، حيث وضع الدفاع الشرعي في القسم العام (م ١٨-٢٠ع) (١).



## المبحث الثاني شروط الدفاع الشرعي

### تقسيم:

تفترض حالة الدفاع الشرعي وجود تعرض أو اعتداء من ناحية وفعل أو دفاع يواجه هذا الاعتداء من ناحية أخرى ويتطلب القانون لقيام حالة الدفاع الشرعي توافر عدة شروط في كل منهما (الاعتداء - الدفاع). وشروط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي لا تختلف عنها في القانون الوضعي فيشتت في الاعتداء: أن يكون عدواناً وأن يكون حالاً أو وشيك الوقوع، وأن يكون الاعتداء مهدداً للنفس أو المال. ويشترط في فعل الدفاع: أن يكون بالقوة اللازمة لدفعه. وأن لا يمكن دفع الاعتداء بطريق آخر (٢). وسوف نتناول شروط كل منهما تفصيلاً في مطلب مستقل كالتالي:

### المطلب الأول

#### شروط الاعتداء الذي تقوم به حالة الدفاع الشرعي

يشترط في فعل الاعتداء الذي يرتكبه الجاني الشروط الآتية:

- ١- أن يكون هناك خطر غير مشروع. ٢- أن يكون هذا الخطر مهدداً للنفس أو المال. ٣- أن يكون الخطر حالاً أو وشيك الوقوع.

أولاً: أن يكون هناك خطر غير مشروع:

لكي تتوافر حالة الدفاع الشرعي يلزم أن يصدر من المعتدي فعل أو اعتداء يعتبر جريمة، أي فعل يهدد بخطر وقوع جريمة. فأحكام الدفاع الشرعي معلقة لا على صدور

(١) د/ السعيد مصطفى السعيد، مرجع سابق، ص ٢٠٤، د/ سامح السيد جاد، مرجع سابق، ص ١٦٦.

(٢) عبد القادر عوده، مرجع سابق، ص ٤٧٨.

فعل يكون جريمة وإنما على وجود خطر يهدد حقاً يتناوله قانون العقوبات بالحماية؛ إذ الواقع أن تحديد المقصود بالفعل الذي يعتبر جريمة إنما يدور في فلك الحكمة التي من أجلها أقر القانون حق الدفاع الشرعي وهو غياب الحماية البوليسية، وهو أمر يفترض إما أن اعتداءً إجرامياً على وشك الوقوع وهذا معناه أن اعتداء لم يقع بعد وإن كان سيقع. وإما أن اعتداءً إجرامياً بدأ وقوعه ولكنه لم ينته بعد. ذلك أن الدفاع الشرعي مقدر في جميع الأحوال لدفع الاعتداء الإجرامي بالحيلولة دون وقوعه أو دون استمراره.

أما إذا كان العدوان قد تحقق فعلاً أي بدأ وانتهى فإن حالة الدفاع الشرعي تكون هي الأخرى قد بدأت وانتهت وأي اعتداء يقع يكون في حقيقة أمره "انتقاماً" لا "دفاعاً". ومن هنا ينبغي أن نفهم معنى كل فعل يعتبر جريمة على أنه "خطر الاعتداء" أي خطر وقوعها أو خطر استمرارها، فإذا كان خطر الاعتداء لم يتحقق أصلاً فإن حالة الدفاع الشرعي لا تقوم<sup>(١)</sup>.

وتطبيقاً لذلك قضي بأنه إذا كان المتهم قد بادر إلى إطلاق النار على المجني عليه إذ رآه بين الأشجار دون أن يكون قد صدر منه أو من غيره أي فعل مستوجب للدفاع فلا يصح القول بأن هذا المتهم كان وقتئذ في حالة دفاع شرعي عن النفس أو المال<sup>(٢)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن حق الدفاع الشرعي لم يشرع لمعاقبة معتدي على اعتدائه وإنما شرع لرد العدوان وعلى ذلك فإذا كان المطعون ضده (المعتدى عليه) قد تمكن من انتزاع المطواة من يد المجني عليه - المعتدي بحسب الأصل - فصار أعزلاً من السلاح لا يستطيع الاعتداء، فإن ما وقع من المطعون ضده بعد انتزاعه السلاح من المجني عليه وموالاته طعنه به إنما هو اعتداء معاقب عليه ولا يصح في القانون اعتباره دفاعاً شرعياً<sup>(٣)</sup>. لأن خطر الاعتداء كان في حقيقة أمره قد بدأ وانتهى.

ومن يهاجم آخر فيدراً هذا الآخر عن نفسه الاعتداء بالدفاع الشرعي، لا يستطيع من كان يهاجمه أن يزعم بأنه بإزاء خطر يهدده لأن القاعدة أنه لا دفاع ضد الدفاع لأن فعل الدفاع - المستجمع لشروطه - هو فعل مشروع والخطر الناجم عنه مشروع.

(١) د/ محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص ٣١٧.

(٢) نقض ١٩٤٣/١٠/١٨، القواعد القانونية، ج٦، ق٣، ص ١٧، فإذا كان الخطر لم يتحقق على الإطلاق، لأن الشخص لم يرتكب فعلاً أو ارتكب فعلاً لا يهدد بخطر فلا دفع. نقض ١٩٧٨/٤/٢٤ أحكام النقض، س ٢٩، ق ٨٢، ص ٤٢٨.

(٣) نقض ١٩٨٤/٢/٦، الطعن رقم ٢٦١٩، س ٥٣، ق، نقض ١٩٧٦/٥/١٠ أحكام النقض، س ٢٧، ص ٤٨٢.

أما إذا كان المدافع قد تجاوز حدود حقه فإنه يخرج عن حالة الدفاع المشروع ويصبح دفاعه عدواناً والخطر الناجم عنه غير مشروع يجوز بحسب الأصل مقاومته بالعنف<sup>(١)</sup>.  
والأصل أن يكون الاعتداء نشأ من فعل إيجابي، ولكن يمكن نشوء هذا الاعتداء من فعل سلبي أو امتناع، ولاشك في قيام حالة الدفاع المشروع بقيامه، كما لو امتنعت أم عن إرضاع طفلها بقصد قتله إذ يمكن إرغامها على إرضاعه بالقوة متى كان ذلك لازماً ومتناسباً لدرء هذا الاعتداء.

ويتساوى خطر الاعتداء المهدد باستمرار جريمة مع خطر الاعتداء المهدد بوقوعها، فإذا دخل شخص في منتصف الليل منزل شخص آخر بوجه غير نظامي ثم بقي في المنزل مختفياً عن أعين من لهم الحق في إخراجه فلا شك أن صاحب المنزل يكون في هذا الظرف في موقف يبيح له الدفاع الشرعي عن نفسه وماله<sup>(٢)</sup>.

ويلاحظ أنه إذا كان التشاجر بين فريقين فإما أن يكون اعتداء من كليهما ليس فيه مدافع، حيث تنتفي مظنة الدفاع الشرعي عن النفس، وإما أن يكون مبادأة بعدوان فريق ورداً له من الفريق الآخر فتصدق في حقه حالة الدفاع الشرعي عن النفس والمال<sup>(٣)</sup>.

كما أن انتواء كل من المتهم والمجني عليه الاعتداء على الآخر ينتفي به موجب الدفاع الشرعي من أيهما<sup>(٤)</sup>.

ولا يشترط أن يكون هذا الاعتداء مهدداً بضرر جسيم، فالدفاع الشرعي - على خلاف حالة الضرورة - جائز سواء أكان الخطر جسيماً أم غير جسيم<sup>(٥)</sup>.

ويترتب على اشتراط كون خطر الاعتداء أو العدوان غير مشروع: أنه يجوز الدفاع الشرعي ضد غير المسئول جنائياً كالمجنون والطفل لأن فعل هؤلاء جميعاً يعتبر غير مشروع ويشكل جريمة وإن توافر في جانبهم مانع من موانع المسئولية الجنائية، فلا يشترط أن يكون مصدر الخطر إنساناً سويماً.

وكذلك يجوز الدفاع الشرعي ضد من يتوافر في حقه أو يستفيد من عذر قانوني مخفف للعقاب، كعذر الزوج الذي يفاجئ زوجته متلبسة بالزنا فيقتلها في الحال هي ومن

(١) د/ محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص ٣٢٥، ٣٢٦.

(٢) نقض ١٩٣٤/١١/٢٧، مجموعة القواعد القانونية، ج ٢، ١١٢، ص ١٣٢.

(٣) نقض ١٩٧٨/١٢/٢٨ أحكام النقض، س ٢٩، ص ٩٧٦.

(٤) نقض ١٩٧٨/٣/١٠ أحكام النقض، س ٢٩، ص ٩٠١.

(٥) د/ محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص ٣٢٠، ٣٢١، وأنظر نقض ١٩٥٥/١/١١ أحكام النقض، س ٦، ص ٤٣١، نقض ١٩٤٩/٤/٤، مجموعة القواعد القانونية، ج ٧، ق ٨٥٨، ص ٨٢٦.

يزني بها (م ٢٣٧ عقوبات) إذ يكون للزوجة وشريكها مقاومة عدوان الزوج بالعنف باعتبار أنه سلوك إجرامي في مادته برغم العذر المخفف.<sup>(١)</sup>

وكذلك يجوز الدفاع الشرعي ضد الأشخاص الذين يتمتعون بحصانة دبلوماسية، لأن الأفعال التي يرتكبونها تظل على حالتها من عدم المشروعية، وكل ما هنالك أنهم لا يخضعون لولاية قضاء الدولة التي يعملون بها، وإنما يخضعون لقضاء دولتهم.

أما إذا كان مصدر الخطر حيواناً فإن حالة الدفاع الشرعي تقوم إذا كان الحيوان مجرد أداة بيد شخص مسئول جنائياً لأن العدوان في هذه الحالة يكون واقعاً من هذا الشخص لا من الحيوان، أما إذا كان اعتداء الحيوان مرجعه هو نفسه ودون تحريض من أحد كنا بصدد حالة ضرورة لا حالة دفاع شرعي لأن مصدر الخطر ليس إجرامياً.

#### • الخطر المشروع لا يبيح الدفاع الشرعي:

أما إذا كان الخطر مشروعاً بأن كان مصدره سبباً من أسباب الإباحة (الدفاع الشرعي أو أداء الواجب أو استعمال الحق) فلا يجوز بالتالي لمن يهدده هذا الخطر أو لغيره أن يستعمل العنف لدفعه على أساس الدفاع الشرعي، لأن الخطر المشروع يتوجب على من يتعرض له أن يتحمل ولا يجوز له أن يتخلص منه بالعنف فإن فعله كان جريمة<sup>(٢)</sup>.

فالأب الذي يتولى تأديب ابنه يمارس حقه في تأديبه، وطالما كان ملتزماً بقيود ممارسة هذا الحق ففعله مشروع ولا تجوز مقاومته فإن تجاوز قيود هذا الحق (كأفعال الضرب الشديدة) صار الخطر غير مشروع، وجاز الدفاع عنه بالعنف.

والموظف العام الذي يمارس فعلاً (كالقبض على متهم أو تنفيذ حكم الإعدام في محكوم عليه) إنفاذاً لنص نظامي أو إعمالاً لأمر شرعي صادر عن السلطة لا تجوز

(١) يتصور البعض أن المدافع في هذه الحالة له أن يحتج بحالة الضرورة لا بحالة الدفاع المشروع وهو قول محل نظر، لأن عدم المسؤولية الجنائية لا تنفي عن الفعل صفة الإجرامية. د/ محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص ٣٢٠، د/ سامح السيد جاد، مرجع سابق، ص ١٧١.

(٢) د/ محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص ٣٢٤. ويترتب على اشتراط الاعتداء أو العدوان في الفعل أن كل عمل أوجبته الشريعة أو أجازته لا يعتبر اعتداء إذا باشره صاحب الحق فيه؛ فالأب إذا ضرب ولده أو زوجته للتأديب، والمعلم إذا أدب الصبي، والجلاد حين يقطع رقبة المحكوم عليه أو يد السارق، ومستوفي القصاص حين يقتل القاتل أو يقطع يده قصاصاً، كل هؤلاء لا يعتبر فعلهم عدواناً أو اعتداءً، وإنما هو استعمال لحق أو أداء لواجب. وكذلك القبض والتفتيش والجلد والحبس، وغير ذلك من الحقوق والواجبات المقررة للأفراد والسلطات العامة أو عليهم. عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص ٤٧٩.

مقاومته بالعنف<sup>(١)</sup>. لأن الخطر الناجم عن فعله مشروع ومحقق وبالتالي يتوجب على من يتهده أن يتحملة، أما إذا شاب العيب فعل الموظف وفقد فعله شرطاً من شروط تبريره فإن الفعل يصبح غير مشروع والخطر الناجم عنه يكون غير مشروع أو غير محقق، وتجاوز بالتالي بحسب الأصل مقاومته بالعنف.

ومع ذلك فقد قررت المادة ٢٤٨ عقوبات أنه "لا يبيح حق الدفاع الشرعي مقاومة أحد مأموري الضبط أثناء قيامه بأمر بناء على واجبات وظيفته مع حسن النية ولو تخطى هذا المأمور حدود وظيفته إلا إذا خيف أن ينشأ عن أفعاله موت أو جروح بالغة وكان لهذا الخوف سبب معقول".

وبهذا النص ميز المشرع طائفة محددة من طوائف الموظفين هي طائفة مأموري الضبط الإداري والقضائي<sup>(٢)</sup>، دون غيرهم من الموظفين وجعل فعلهم الصادر أثناء قيامهم بأمر بناء على واجبات الوظيفة مباحاً وبالتالي مشروعاً ولا تجوز مقاومته بالعنف ولو تخطى المأمور حدود وظيفته. وهذا من شأنه أن يجعل الخطر على الرغم من ذلك مشروعاً وبالتالي يتوجب على من يتهده هذا الخطر أن يتحملة ولا يجوز له مقاومته بالعنف.

#### ولكن ذلك مقيد بقيدين:

أولهما حسن نية الموظف: فإذا كان يعلم بوجه خاص عدم مشروعية الفعل على الرغم من دخوله في واجبات وظيفته، جاز لمن يتهده الخطر أن يقاومه بالعنف غاية الأمر أنه يلزم بإثبات سوء نية المأمور إلى جواز شروط الدفاع المشروع لكي يكون عنفه مبرراً، لأن الأصل هو حسن نية المأمور.

أما القيد الثاني فهو ألا يكون الخطر الذي يتهدد المدافع - فضلاً عن كونه غير مشروع- يندرج بضرر جسيم: لا يمكن إصلاحه (كالموت أو الجراح البالغة)، إذ يجوز لمثله في هذه الحالة برغم حسن نية الموظف أن يقاوم هذا الخطر بالعنف وهو أمر تفرضه العدالة وتوجيه مقتضيات الحفاظ على كرامة الإنسان، طالما كان لهذا التخوف سبب معقول.

(١) بشرط أن يكون مأمور الضبط حسن النية. وأن لا يُخاف أن ينشأ عن أفعاله موت أو جروح بالغة وكان لهذا الخوف سبب معقول. فهنا يجوز الدفاع عن النفس. المادة ٢٤٨ عقوبات

(٢) وجدير بالذكر أن رجال الشرطة بمختلف درجاتهم من أعضاء الضبط الإداري بينما بعضهم فقط من أعضاء الضبط القضائي بالإضافة إلى عدد آخر من الموظفين محدد بنص القانون.

وهذا معناه أن فعل مأمور الضبط يظل على أصله غير مشروع والخطر الناجم عنه غير محق أو غير مشروع وتجاوز مقاومته بالعنف، إذا كان هذا الفعل لا يدخل أصلاً في واجبات وظيفته أي في اختصاصه كما هو محدد في القانون واللائحة، أو كان الموظف نفسه سيء النية يعلم بوجه خاص بعدم مشروعية الفعل الصادر منه، لأنه من شروط تلك الإباحة حسن نية الموظف أي جهله بالعيب الذي شاب فعله، أو كان قد خيف من تركه ينفذ فعله أن ينشأ عنه الموت أو جراح بالغة وكان لهذا التخوف سبب معقول. هذا بطبيعة الحال إذا اكتملت بقية شرائط الدفاع المشروع.

#### • الخطر الوهمي (أو الظني) أو الغلط في الإباحة:

يعتبر الخطر وهمياً إذا اعتقد الفاعل على غير الحقيقة أنه معرض لخطر وقوع جريمة عليه أو على ماله، أو على نفس الغير أو ماله، فأقدم على أفعال الدفاع ثم يتبين أن الخطر لم يكن سوى وهم منه، كمن يسير في ليلة حالكة الظلام، فيرى شخصاً مقبلاً من بعيد، ويبيده شئ ظن أنه سلاح يوجه ضده، فيبادر بإطلاق الرصاص من مسدسه تجاه هذا الشخص فيرديه قتيلاً، ثم يتضح بعد ذلك أن ما كان بيد هذا الشخص هي عصا لا ضرر منها. فما هو حكم هذا النوع من الخطر؟.

العبرة عند فقهاء القانون في الخطر الوهمي بما يستقر في روع المدافع من اعتقاد بأن هناك اعتداءً جدياً وحقيقياً موجاً إليه<sup>(١)</sup>، إذا كان لاعتقاده هذا أسباب معقولة<sup>(٢)</sup>. وقد عبرت المادة ٢٤٩ وما بعدها من قانون العقوبات المصري عن هذا المعيار بقولهما "فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة". وعبرت محكمة النقض المصرية عن هذا المعيار بقولها: "متى كانت الظروف تلقي في روع المدافع أن هناك اعتداءً جدياً وحقيقياً موجهاً إليه<sup>(٣)</sup>. ومن هذا يتضح أن المعيار مختلط: شخصي، قوامه اعتقاد المدافع، وموضوعي قوامه كون هذا الاعتقاد مبنياً على أسباب معقولة<sup>(٤)</sup>. وعلى ذلك فإذا كان هناك خطر وهمي مبني على أسباب معقولة فإن حالة الدفاع الشرعي تكون متوفرة (م ٢٤٩، ٢٥٠ ع)

(١) نقض ٢٥ ديسمبر ١٩٤٤، مجموعة القواعد القانونية، ج٦، ص ٥٧٢، قاعدة ٤٣٧.  
(٢) إلى هذا يتجه الرأي السائد في الفقه المصري، والمعمول به في قضاء النقض. انظر على سبيل المثال حكمها الصادر في ٤ أكتوبر ١٩٧٦م مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٢٧، ص ٦٩٨، رقم ١٥٧ حيث تشير إلى معيار "أن يكون الاعتقاد أو التصور مبنياً على أسباب معقولة".  
(٣) نقض ٢٥ ديسمبر ١٩٤٤، سالف الذكر، وأنظر لذات المحكمة ٩ إبريل ١٩٥١، س ٢، ص ٩٢٠، رقم ٣٤٠، نقض ١٩ نوفمبر ١٩٥٥، س ٦، ص ١٣٥١، رقم ٣٩٦.  
(٤) د/ عبد الفتاح الصيفي، مرجع سابق، ص ٣٩٧.

وبذلك يعتبر الخطر الوهمي غلطا في الإباحة ينتفي به الركن المعنوي للجريمة (القصد الجنائي) وإذا كان هذا الخطر مبنياً على أسباب معقولة تبرره، ترتب على ذلك انتفاء الخطأ غير العمدي أيضاً؛ وبالتالي لا يكون هناك محل للمسائلة الجنائية. وعلى ذلك فإن الخطر الوهمي ينتج أثره في مجال انعدام الركن المعنوي للجريمة، وليس ركن عدم المشروعية<sup>(١)</sup>.

#### • موقف الفقهاء الإسلامي من الخطر الوهمي :

والفقهاء الإسلامي كذلك يسوي بين الخطر الوهمي والخطر الحقيقي في الحكم ويستخدم مصطلحي الوهم والظن. ومعياره شخصي مستمد من ظن الفاعل على خلاف في تحديد درجة الظن.

فقد قال الإمام الشافعي "إذا الرجل أقبل بالسيف أو بغيره من السلاح إلى الرجل، فإنما له ضربة على ما يقع في نفسه: فإن وقع في نفسه أنه يضربه وإن لم يبدأه المقبل إليه بالضرب، فليضربه. وإن لم يقع في نفسه ذلك لم يكن له ضربه"<sup>(٢)</sup>. ويقول الشيرازي في ذات المعنى قوله: "عند غلبة ظن صياله، أي فلا يشترط لجواز الدفع تلبس الصائل بصياله حقيقة. ولا يكفي لجواز دفعه توهمه، بل ولا الشك فيه أو ظناً ضعيفاً على ما أفهمه قوله "غلبة ظنه"، لأن معناها "الظن القوي"<sup>(٣)</sup>. ويشترط البعض غلبة الظن<sup>(٤)</sup>، ويؤسسه الحنابلة على "ظن" المدافع<sup>(٥)</sup>، وتأسيس الدفاع الوهمي على معيار شخصي مستمد من ظن الفاعل أو غلبة ظنه، يتسق مع كون الشرع يتعامل مع النفس البشرية قبل تعامله مع سلوكها الظاهري.

وعلى ذلك. فيمكن القول بأن أساس إباحة الدفاع ضد الخطر الوهمي في الفقه الإسلامي هو انتفاء انصراف الإرادة إلى العدوان. وما دام المعيار شخصي فهو يختلف من مدافع لآخر، كما أنه يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع<sup>(٦)</sup>.

(١) د/ سامح السيد جاد، مرجع سابق، ص ١٧٤.

(٢) الإمام الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج٦، ص ٢٧.

(٣) نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج٨، ص ٢٣.

(٤) أحمد بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، حاشية الشرواني، مصر، المطبعة الميمنية، ١٤٣١هـ، ج٩، ص ١٨٦.

(٥) منصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المسمى دقائق أولي النهى، طبعة عالم الكتب، بيروت (د.ت) ج٣، ص ٢٧٩.

(٦) د/ عبد الفتاح الصيفي، مرجع سابق، ص ٣٩٦.



### • الدفاع الشرعي عن الغير:

لا يلزم أن يكون خطر الاعتداء متوجهاً نحو المدافع نفسه بل أن حالة الدفاع الشرعي تقوم ولو كان خطر الاعتداء موجهاً نحو غيره لأن القانون يبيح لكل شخص أن يدافع عن حقوق غيره<sup>(١)</sup> (وهو نوع من أنواع الترخيص القانوني بالمساعدة) سواء أكانت تربطه بهذا الغير صلة أم لم تكن بينهما أية صلة وسواء أكان هذا الغير شخصاً طبيعياً أم معنوياً. وسواء أكان الخطر المهدد به حقيقياً أو موهوماً مادام هذا الوهم قد تأسس في ذهن المدافع على أسباب معقولة من شأن الرجل العادي أن يقع فيها لو وجد في ذات ظروفه<sup>(٢)</sup>.

**وكذلك يجوز الدفاع الشرعي عن الغير في الفقه الإسلامي؛ فيصح أن يكون الاعتداء واقعاً على نفس الموصول عليه أو عرضه أو ماله، كما يصح أن يكون واقعاً على نفس الغير أو عرضه أو ماله، ويصح أن يكون واقعاً على نفس الصائل أو ماله، كمن حاول أن يقتل نفسه أو يقطع طرفه أو يتلف ماله<sup>(٣)</sup>.**

### ثانياً: أن يكون الخطر حالاً أو وشيك الوقوع:

يشترط كذلك لتوافر حالة الدفاع الشرعي، أن يكون الخطر حالاً أو وشيك الوقوع، ويكون الخطر حالاً أو وشيك الوقوع إذا كان الخطر قد تحول فعلاً إلى عدوان بدأ - كضرب المدافع - ولما ينتهي بعد الاستمرار في ضربه إذ تظل حالة الدفاع الشرعي قائمة طالما كانت حالة العدوان مستمرة، أما إذا كانت تلك الحالة قد بدأت وانتهت كما لو كان المعتدي قد ضرب المجني عليه وكف عن ضربه وسار لحال سبيله<sup>(٤)</sup> أو جمع المسروقات وخرج من باب المنزل دون متابعة موصولة<sup>(٥)</sup> أو أضرم النار في المنزل وغادر المكان<sup>(٦)</sup>. فإن حالة الدفاع الشرعي تكون قد انتهت بانتهاج حالة الاعتداء، وأي عنف يتخذ من جانب المجني عليه أو غيره على الجاني يكون انتقاماً لا دفاعاً.

(١) نقض ١٩٧٦/٢/٨ أحكام النقض، س٢٧، ص١٧١، نقض ١٩٧٦/١/٤ أحكام النقض، س٢٧، ص٦٩٨.

(٢) فالعبرة في تقدير قيام حالة الدفاع الشرعي بما يراه المدافع طالما كان تقديره مقبولاً. د/ محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص٣٢١، وأنظر نقض ١٩٧٦/٥/١٠ أحكام النقض، س٢٧، ص٤٨٢.

(٣) أسنى المطالب ج٤ ص١٦٧.

(٤) نقض ١٩٧٧/١٢/١٨، أحكام النقض، س٢٨، ق٢١٤، ص١٠٥٩، نقض ١٩٨٢/٣/٢٦ أحكام النقض، س٢٣، ق١٠٤، ص٤٦٩.

(٥) أو كان قد فر متخلياً عن المسروقات. نقض ١٩٣٠/١٢/٤، مجموعة القواعد القانونية، ج٢، ق١١٨، ص١٣٥، نقض ١٩٥١/٣/٦ أحكام النقض، س٢، ق٢٧١، ص٧١٧.

(٦) نقض ١٩٤١/٣/٣، مجموعة القواعد القانونية، ج٥، ق٢٣١، ص٤١١.

كما أن ثبوت التدبير للجريمة، أو الاتفاق عليها أو التحايل لارتكابها ينفى موجب الدفاع باعتباره حقاً لرد عدوان حال<sup>(١)</sup>.

وكذلك إذا كان الاعتداء الذي ينذر به الخطر لم يبدأ بعد لكنه على وشك أن يبدأ، وهو ما يتحقق في الأحوال التي يبدأ فيها المعتدي باتخاذ الأفعال التي تجعل وقوع الاعتداء وفقاً للمجرى العادي للأمر وشيكاً، كمن يتشاجر مع آخر ثم ينطلق نحو سيارته ويستخرج منها مسدساً ويبدأ في عملية حشوه بالرصاص.

أما إذا كان الخطر مستقبلياً أي منذراً باعتداء في المستقبل فإن حالة الدفاع الشرعي لا تقوم، لأن هذا الحق كما يقرر المشرع المصري ليس له وجود متى كان من الممكن الركون في الوقت المناسب إلى الاحتماء برجال السلطة العامة. (م ٢٤٧ عقوبات مصري).

من هذا يتضح أن معنى حلول الخطر إنما يدور في فلك الغاية من الدفاع وهو دفع الخطر بالحيلولة دون تحوله إلى عدوان أو دون استمرار هذا العدوان، ويكون العدوان قد انتهى إذا كان الجاني قد أوقف نشاطه الإجرامي إما لبلوغ غايته (كما لو أراد قتل آخر فقتله فعلاً، أو سرقة آخر وخلصت له حيازة المسروقات فعلاً).

وإما لسبب اختياري أو إجباري ولو لم يكن قد أدرك غايته الإجرامية بعد كما لو صوب طلقة نحو المجني عليه فلم تصبه ورجع اختياراً عن إطلاق أخرى أو قبض عليه قبل إطلاقها<sup>(٢)</sup>. أو أطلق سراح الشخص الذي كان يحبسه<sup>(٣)</sup>.

### ثالثاً: أن يكون الخطر مهدداً للنفس أو المال:

ويشترط أيضاً لحق الدفاع الشرعي أن يكون الخطر مهدداً للنفس أو المال، فكل فعل تقوم به جريمة من جرائم النفس تجوز مقاومته بالعنف مهما كان نوع الجريمة ومهما كانت جسامتها.

(١) نقض ١٩٧٨/١٢/١٠ أحكام النقض، س ٢٩، ص ٩٠١، نقض ١٩٧٨/٢/٦ أحكام النقض، س ٢٩، ص ١٣٦.

(٢) يلاحظ أنه بالنسبة للسرقة من المساكن، تظل حالة العدوان مستمرة طالما لم يتمكن السارق من الخروج بالمسروقات من المنزل دون متابعة موصولة. وفي هذا تقول تعليقات الحاقية على المادة ٢٤٥ عقوبات لو سرق سارق مثلاً ثم عمد إلى الفرار بعد استيلائه على الأشياء المسروقة. فمقبول أن تدخل الاحتياطات التي تتخذ لمنعه من الفرار بما سرق في عداد الأفعال المقصودة من عبارة "دفع سرقة" أما إذا هرب السارق فعلاً فلا يكون هناك حق مطلقاً في استعمال القوة لاسترجاع الأشياء المسروقة التي توجد تحت يده، بل يجب أن يقبض عليه ويحاكم.

(٣) د/ محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص ٣٢٣.

ويقصد بجرائم النفس جميع أنواعها سواء أكان الاعتداء الناجم عنها واقعاً على الحياة كالقتل أم على السلامة البدنية كالضرب والجرح أم على العرض كالإغتصاب والفعل المنافي للحشمة أم على الشرف كالسب والقذف. ولكنه ينبغي توافر بقية شروط الدفاع الشرعي، فالدفاع الشرعي في جرائم القذف والسب يتطلب أن يكون الدفاع بقصد منع وقوعها أو منع الاسترسال فيها، كما أن الدفاع عنها ينبغي أن يكون لازماً ومتناسباً مع فعل الاعتداء، فإذا كان الفاعل قد أفرغ نشاطه الإجرامي المشكل للجريمة فنطق بما نطق به وانتهى فإن ما يصدر من عنف نحوه بعد ذلك لا يكون دفاعاً، وإنما انتقاماً<sup>(١)</sup>.

أما جرائم المال فتتعلق بحق الملك، فقد حدد المشرع المصري بالمادة ٢/٢٤٦ عقوبات جرائم الأموال التي تجوز مقاومتها بالدفاع الشرعي بتقريرها أن "حق الدفاع الشرعي عن المال يبيح استعمال القوة لرد أي فعل يعتبر جريمة من الجرائم المنصوص عليها في الأبواب الثاني والثامن والثالث عشر والرابع عشر من هذا الكتاب وفي الفقرة ٤ من المادة ٣٧٩". وهذه تشمل:

أولاً: جرائم الحريق العمد (المواد ٢٥٢ وما بعدها).

ثانياً: جرائم السرقة والاختصاص (المواد ٣١١ وما بعدها).

ثالثاً: جرائم التخريب والتعيب والإتلاف (م ٣٥٤ وما بعدها).

رابعاً: جرائم انتهاك حرمة ملك الغير<sup>(٢)</sup> (المادة ٣٦٩ وما بعدها).

خامساً: من دخل في أرض مهية للزراعة أو مبدور فيها زرع أو محصول، أو مر فيها بمفرده أو ببهائمه أو دوابه المعدة للجر أو الحمل أو الركوب، أو ترك هذه البهائم أو الدواب تمر فيها أو ترعى فيها بغير حق. وهي جنحة عقوبتها الغرامة التي لا تتجاوز خمسة وعشرين جنيهاً<sup>(٣)</sup>.

وهذه الجرائم واردة على سبيل الحصر فلا يجوز القياس عليها<sup>(٤)</sup>.

(١) المرجع السابق، ص ٣٢٧.

(٢) نقض ١٩٦٣/٤/٩ أحكام النقض س ١٤، ق ٦٥، ص ٣٢٢.

(٣) د/ محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص ٣٢٨.

(٤) ولهذا قضي بأنه إذا حاول شخص حل بقرة المتهم من الساقية ليتمكن من إدارتها لري أطيانه فاعتدى المتهم عليه لرده عن ذلك فإنه لا يعد في حالة دفاع شرعي عن حقه في إدارة الساقية إتماماً لري أرضه. نقض ١٩٣٩/١١/٢٧ القواعد القانونية، ج ٥، ق ١٢، ص ١٨.

كما قضي بأنه إذا حاول المجني عليه تغيير مجرى مياه لمنع المتهم من ري أرضه فإن هذا الأخير لا يعد في حالة دفاع شرعي إذا ما اعتدى على المجني عليه لمنع من ذلك إذ ليس النزاع على الري مما تصح المدافعة عنه قانوناً باستعمال القوة. نقض ١٩٦/٥/١٤ أحكام النقض، س ٧، ق ٢٠٠، ص ٧١٢، وانظر نقض ١٩٧٦/١٢/٢٧ أحكام النقض س ٢٧، ق ٢٢٤، ص ٩٩٥.

**والشريعة الإسلامية تشترط للدفاع الشرعي أيضاً: أن يكون الخطر الموجب للدفاع الشرعي خطراً غير مشروع جنائياً، وتجزئ الدفاع ضد كل فعل يندرج بوقوع عدوان على نفس المدافع أو عرضه أو ماله، أو على نفس الغير أو عرضه أو ماله<sup>(١)</sup>. فالدفاع عن النفس وعن نفس الغير جائز، والدفاع عن العرض واجب، وكذلك الشأن بالنسبة للدفاع عن عرض الغير، وإن كان بعض الفقهاء يفيد الدفاع عن العرض بعدم الخشية على النفس<sup>(٢)</sup>. وفي مجال الدفاع عن العرض يقول البعض<sup>(٣)</sup>: أما المدافعة عن الحريم فواجبة بلا خلاف، فمن وجد رجلاً يزني بامرأة فقتله فلا شيء عليه... إلخ. ويوضح البعض المسألة قائلاً: "فمن رأى مع امرأته أو ابنته أو أخته أو نحوهن رجلاً يزني بها أو نحوه، وجب عليه قتله إن لم يندفع بدونه، لأنه اجتمع فيه حق الله وهو منعه من الفاحشة، وحق نفسه بالمنع عن أهله، فلا يسعه إضاعة هذه الحقوق".**

ويروي عن عمر أنه كان يوماً يتغذى إذ جاءه رجل يعدو وفي يده سيف ملطخ بالدم ووراءه قوم يعدون خلفه، فجاء حتى جلس مع عمر فجاء الآخرون فقالوا: يا أمير المؤمنين، إن هذا قتل صاحبنا، فقال له عمر: ما يقولون؟ قال: يا أمير المؤمنين إني ضربت فخذي امرأتي، فإن كان بينهما أحد فقد قتلتها، فقال عمر: ما يقول؟ قالوا: يا أمير المؤمنين إنه ضرب بالسيف فوق في وسط فخذي المرأة، فأخذ عمر سيفه فهزه ثم دفعه إليه وقال: إن عادوا فعد<sup>(٤)</sup>.

ومن قبيل الدفاع عن عرض الغير ما روي عن الزبير إنه كان قد تخلف عن الجيش ومعه جارية له، فأتاه رجلان فقالا: أعطنا شيئاً، فألقى إليهما طعاماً كان معه، فقالا: خل عن الجارية فضربهما بسيفه فقطعهما بضربة واحدة<sup>(٥)</sup>.

٣ - والدفاع عن المال جائز، لقوله ﷺ: "من قتل دون دمه فهو شهيد ومن قتل دون ماله فهو شهيد ومن قتل دون أهله فهو شهيد"<sup>(٦)</sup>.

(١) د/ عبد الفتاح الصيفي، مرجع سابق، ص ٤٠١، وما بعدها.

(٢) يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين المكتب الإسلامي للطباعة والنشر عمان بدون تاريخ، ج ١٠، ص ١٨٨ وما بعدها.

(٣) ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ج ٨، ص ٣٣٢.

(٤) المرجع السابق، نفس الموضوع.

(٥) كما يروي البيهقي إن عمر قال عن راود جارية عن نفسها فرمته بفهر فقتلته: ذاك قتيل الله، والله لا يودي أبداً؛ البيهقي، السنن الكبرى، الهند، مجلس دائرة المعارف العثمانية، ١٣٥٤هـ، ج ٨، ص ٣٣٧، د/ عبد الفتاح الصيفي، مرجع سابق، ص ٤٠٣.

(٦) انظر سنن الترمذي ج ٤ ص ٣٠ حديث رقم ١٤٢١ وفي نفس المعنى انظر سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٨٦١ حديث رقم ٢٥٨١، الهيثمي، مجمع الزوائد ج ٦ ص ٢٤٤.

والإجماع قائم على أن عدوان الصائل على المال يبيح الدفع، ولكن الخلاف يدور حول ما إذا كان الدفع هنا واجباً، أم جائزاً، أم إنه غير جائز. فالحنفية وابن حزم يذهبون إلى الوجوب<sup>(١)</sup>. والشافعية والحنابلة يذهبون إلى الجواز<sup>(٢)</sup>، وإن كان هناك من نقل عن الإمام أحمد قوله: أرى دفعه إليه (أي أن يدفع المعتدي عليه المال إلى الصائل) ولا يأتي على نفسه ولو أمكنه دفعه لأن النفس لا عوض لها<sup>(٣)</sup>.



## المطلب الثاني

### شروط رد الاعتداء (الدفاع)

يُشترط في فعل الدفاع الذي يلجأ إليه المعتدي عليه لرد الاعتداء الواقع عليه: أن يكون فعل الدفاع لازماً لرد الاعتداء، وأن يكون متناسباً مع جسامته الخطر<sup>(٤)</sup>.

### الشرط الأول: لزوم الدفاع:

إذا كان القانون يعطي للمعتدي عليه حق الدفاع ضد المعتدي فلا بد أن يكون هذا الدفاع لازماً لرد اعتداء الجاني، فإذا انتفى شرط لزوم الدفاع لرد الاعتداء فلا يكون للشخص حق الدفاع الشرعي، ولزوم الدفاع يقتضي توافر أمرين:

**الأمر الأول:** ألا تكون هناك طريقة أخرى لتجنب الخطر الذي وقع عليه كالاختباء بالسلطة العامة، فإذا كان في وسع المعتدي عليه لدفع الخطر المحقق به الركون إلى السلطة العامة فإنه لا يجوز له دفع الخطر بنفسه، وهذا ما تضمنته المادة ٢٤٧ع، بقولها: "وليس لهذا الحق وجود متى كان من الممكن الركون في الوقت المناسب إلى الاختباء برجال السلطة العمومية"، وعلى ذلك فلا يكون هناك لزوم لرد الاعتداء إذا أمكن الالتجاء إلى السلطة العامة في الوقت المناسب أما إذا لم يستطع المجني عليه الالتجاء إلى السلطة العامة كان له حق الدفاع، ويكون شرط لزوم رد الاعتداء متوافراً.

(١) "أبو بكر" أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن طبعة ١٣٤٧هـ مصورة على الطبعة الأولى لمطبعة الأوقاف الإسلامية في دار الخلافة العلية، ج ٤، ص ٤٨، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلي، طبعة دار التراث، مصر بدون تاريخ، ج ١١، ص ٣٠٩.  
(٢) النووي، روضة الطالبين، ج ١٠، ص ١٨٦ وما بعدها، مغني المحتاج، ج ٤، ص ١٩٥.  
(٣) د/ عبد الفتاح الصيفي، مرجع سابق، ص ٤٠٣.  
(٤) د/ سامح السيد جاد، مرجع سابق، ص ١٨٣، وما بعدها.

كما يعد هذا الشرط متوافقاً أيضاً إذا لجأ المعتدي عليه إلى السلطات العامة ولكنها لم تستطع التدخل في الوقت المناسب والذي بدأ فيه المعتدي باعتدائه، ففي هذه الحالة يكون المعتدي عليه حق الدفاع ويكون شرط لزوم رد الاعتداء قد توافر<sup>(١)</sup>.

**والفقه الإسلامي تحدث عن شرط لزوم الدفاع:** فلم يجز الدفاع إلا إذا كان الموصول عليه لا يلحقه الغوث<sup>(٢)</sup>. فقد جاء في الأم للإمام الشافعي: "وإن أرادته وهو في طريقه وبينهما نهر أو خندق أو جدار أو ما لا يصل معه إليه، لم يكن له ضربه.. وإذا كان المراد في جبل أو حصن أو خندق فأرادته رجل لا يصل إليه، لم يكن له ضربه"<sup>(٣)</sup>. ومفاد هذا أنه إذا استطاع المراد من الاعتداء، أي المعتدي عليه، الاحتماء بما يزود عنه العدوان، لم يكن له أن يدافع. وبهذا يحكم الفقه الإسلامي نطاق اللزوم، فيشترط فيه أن لا يلحق الغوث الموصول، وأن لا يكون مكان الموصول محصناً من الاعتداء عليه<sup>(٤)</sup>.

#### • حكم من يستطيع الهرب من الاعتداء:

يثار عادة التساؤل عما إذا كان في وسع المعتدي عليه الهرب، ولكنه فضل عدم اللجوء إلى الهرب ومواجهة المعتدي بالدفاع اللازم، هل يعتبر في حالة دفاع شرعي أم لا؟ لا شك أن الهروب من الأمور التي تهدر كرامة الإنسان وتحط من قدره في وسط المجتمع الذي يعيش فيه، ولذلك فإنه يكون من حق هذا الشخص اللجوء إلى الدفاع الشرعي، بيد أنه إذا كان هذا هو الأصل العام إلا أنه يكون في بعض الحالات هروب المعتدي عليه من المعتدي لا يشينه ولا يهدر كرامته ولا يقلل من قيمته ولذلك فلا يكون له حق اللجوء إلى الدفاع الشرعي، مثال ذلك حالة تأديب الأب لأبنته فإنه لا يشين الابن أن يهرب من أمام والده، وكذلك إذا كان المعتدي مجنوناً أو صغيراً غير مميز فإن هروب المعتدي عليه في هذه الحالات لا يعد وصمة في جبينه<sup>(٥)</sup>.

- (١) د/ مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ص ١٩٨، ١٩٩، وأنظر نقض ١٩٤٩/٤/٤ مجموعة القواعد، ج٧، رقم ٨٦١، ص ٨٢٤.
- (٢) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج٧، ص ٩٢.
- (٣) الأم، للإمام الشافعي، مرجع سابق، ج٦، ص ٢٧.
- (٤) د/ عبد الفتاح الصيفي، مرجع سابق، ص ٤١١.
- (٥) د/ السعيد مصطفى السعيد، مرجع سابق، ص ٢٢٢، د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٢١٥، د/ سامح السيد جاد، مرجع سابق، ص ١٨٤، انظر نقض ١٩٥٢/١٠/١، مجموعة أحكام النقض، س ٤، رقم ١، ص ١.

**وفي الفقه الإسلامي<sup>(١)</sup>:** بعض الفقهاء يوجب الهرب على الموصول عليه إذا لم تلحقه من هروبه هذا مضرة<sup>(٢)</sup>، لهذا يحرم عليه الثبات أو المقاتلة<sup>(٣)</sup>. وتتقي المضرة إذا كان الهرب غير مشين<sup>(٤)</sup> ووجد الموصول عليه ملجأ، لأنه مأمور بتخليص نفسه بالأهون. فالأهون<sup>(٥)</sup>. وبعض الفقهاء يفرق بين ما إذا كان الصائل مسلماً، فيوجب على المسلم الهرب إن أمكنه هذا، أو كان الصائل مرتدّاً أو حربياً، فلا يجب الهرب، بل يحرم الهرب<sup>(٦)</sup>. وهناك من الفقهاء الحنابلة يرون أن الفرار لا يلزم الموصول عليه لأنه دفع عن نفسه، فلم يلزمه، كالدفع بالقتال<sup>(٧)</sup>.

**الأمر الثاني:** أن يكون الدفاع موجهاً لمصدر الخطر، وهذا أمر بديهي فلا يجوز أن يلجأ المعتدي عليه لدفع الخطر الواقع عليه بتوجيه هذا الدفاع إلى غير مصدر الخطر، لأنه لو لم يكن الدفاع موجهاً لمصدر الخطر فإن المعتدي عليه لا يكون في نطاق الدفاع الشرعي وإنما يعد فعله جريمة في حق الشخص الآخر.

ولذلك قضى بأن صاحب الأرض التي نزلت فيها مواشي مملوكة للغير لترعى لا يكون في حالة دفاع شرعي إذا ترك المواشي ترعى واعتدى على صاحبها بالضرب<sup>(٨)</sup> وذلك لأن مصدر الخطر إنما هو المواشي ولذلك كان يتعين عليه توجيه دافعه نحوها، وذلك ما لم يكن زمام هذه المواشي بيد صاحبها وأنه هو الذي أنزلها إلى أرض الغير، ففي هذه الحالة يكون لصاحب هذه الأرض توجيه دفاعه نحو صاحب المواشي، أو توجيهه نحو المواشي على أساس أنها أدوات أو وسائل استخدامها المعتدي، ولذا يحق للمعتدي عليه دفعها بالقدر اللازم لرد الاعتداء<sup>(٩)</sup>.

- (١) د/ عبد الفتاح الصيفي، مرجع سابق، ص ٤١١.
- (٢) إبراهيم بن علي "ابن فرحون"، تبصرة الحكام في أصل الأفضية ومناهج الأحكام، طبعة مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة ١٩٨٦م، ج١، ص ٣٥٧، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج٤، ص ٣٥٧.
- (٣) أحمد بن أحمد القليوبي، حاشية قليوبي على شرح المنهاج، لجلال الدين المحلي، طبعة عيسى الحلبي، مصر، ١٩٥٦م، ج٤، ص ٢٠٦ - ٢٠٨.
- (٤) أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، مطبوع على هامش حاشيتي الشرواني والعبادي طبعة المطبعة الميمنية بمصر ١٣١٥هـ، ج٤، ص ١٦٧.
- (٥) أسنى المطالب، ج٤، ص ١١٧، حيث يرتب البعض القصاص جزاء لمن يستطيع الهرب ومع هذا يثبت للمقاتلة، ويكفي البعض بالدية.
- (٦) نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج ٨، ص ٢٨.
- (٧) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج ٨، ص ٣٢١ والرواية الأخرى: يلزمه الهرب، لأنه أمكنه الدفع عن نفسه من غير ضرر يلحق غيره فلزمه كالأكل في المخصصة.
- (٨) نقض ١٩٢٨/١٢/٢٧، مجموعة القواعد، ج١، ص ٧٦، ص ٩٧.
- (٩) د/ سامح السيد جاد، مرجع سابق، ص ١٨٥.

### الشرط الثاني: تناسب الدفاع مع جسامة الخطر:

يلزم لتوافر الدفاع بالإضافة إلى ضرورة لزومه لرد الاعتداء أن يكون هناك تناسب بين الدفاع وبين جسامة الخطر الذي يتعرض له المعتدي عليه، ويكفي أن يكون هذا التناسب ظاهرياً على الأقل<sup>(١)</sup>، فلا يشترط التناسب الحقيقي في الوسائل المستخدمة لرد الاعتداء مع الوسائل التي وقع بها الاعتداء.

ولذلك قضت محكمة النقض<sup>(٢)</sup> بأنه لا يمكن اعتبار شخص يحمل بندقية معدة لإطلاق النار في خطر داهم إذا ما أبدى آخر يحمل مجرد عصا الرغبة في تعقبه، كما لا يمكن اعتبار أن هذا الخطر ليس في الاستطاعة أن يدفع بشيء سوى القتل بالنار، ولا سيما إذا كان حامل البندقية بين قومه وذويه.

### • استخدام الوسائل الآلية في الدفاع الشرعي:

يدخل في نطاق شرط التناسب بين رد الاعتداء وجسامة الخطر الذي يتعرض له المعتدي عليه ما إذا كان صاحب الحق قد لجأ لاستخدام وسائل آلية أو ميكانيكية تعمل تلقائياً فتصيب بالأذى من يحاول الاعتداء على حقه، كمن يضع في خزائنه آلة تطلق النيران على من يحاول فتحها، أو من يدرب كلباً على مهاجمة من يدخل مسكنه، فهذه الوسائل إذا أصابت الغير بالضرر نتيجة تهديد حق صاحبها بالخطر فإن الضرر الناتج منها يكون مناسباً مع الخطر الذي وقع على المعتدي عليه، أما إذا انتفى هذا التناسب فإن المعتدي عليه يكون مسئولاً، كمن يضع هذه الوسائل الميكانيكية التي تطلق النار آلياً على من يقترب من عشة فراخ، وذلك لأنه لا يكون هناك تناسب، لأنه لا يمكن القول بأن يفقد الإنسان حياته نتيجة لسرقته فرخه، فالقتل للدفاع عن النفس أو المال لا يجوز إلا في حالات محددة سوف نبينها فيما بعد.

وعلى ذلك فإن التناسب يتوافر إذا كانت الوسيلة التي استعملها المعتدي عليه في ظروف استعمالها هي أنسب الوسائل لرد الاعتداء أو كانت هي الوسيلة الوحيدة التي تيسرت له وأن ما نتج عن استعمالها كان متناسباً مع رد الاعتداء الذي وقع عليه<sup>(٣)</sup>، وهذا ما أكدته محكمة النقض<sup>(٤)</sup>، حيث ذهبت إلى القول بأن: "التمائل ليس شرطاً من شروط الدفاع الشرعي، بل إن للمدافع أن يدافع عن نفسه بالوسيلة التي يراها لازمة لدفع الاعتداء

(١) د/ السعيد مصطفى، مرجع سابق، ص ٢٢٠.

(٢) نقض ١٩٢٨/١٢/٢٠، مجموعة القواعد، ج١، رقم ٧٠، ص ٨٩.

(٣) د/ محمود مصطفى، مرجع سابق، ص ٢٣٣.

(٤) نقض ١٩٥١/٥/٦، مجموعة أحكام النقض، س٢، رقم ٢٧٤، ص ٧٢٤.



من تلك الوسيلة التي تختلف تبعاً لاختلاف الظروف، ومتى كان الأمر كذلك وكان من الواضح أن الطاعن وابن عمته هوجماً وضرب ابن عمته ضرباً كان من المحتمل أن تتشأ عنه جراح بالغة فلا شك أن الطاعن، كان له أن يدافع عن ابن عمته بما يرد هذا الاعتداء بالوسيلة التي تيسر له استعمالها، ولو كان ذلك باستعمال السلاح الناري".

**والفقه الإسلامي قد عالج هذه الصورة من صور الدفاع الشرعي:** بمناسبة الاحتياط لمنع الاعتداء بنصب الشراك والفخاخ والحفر والحبال، فذهب جمهور الفقهاء إلى جواز نصب الحبال والشراك والفخاخ وراء الأبواب أو الأسوار أو الممرات بقصد قتل المعتدين أو جرهم ولا ضمان على من نصبها لتوافر العدوان لدى الداخل بغير إذن<sup>(١)</sup>.

ويفرق المالكية<sup>(٢)</sup> بين ما إذا كان القصد من الحفر حول الزرع ليحميه من إغارة دواب الناس فيه فتنسده، وفي هذا الفرض لا ضمان على صاحب الزرع إذا وقع بعض تلك الدواب في ذلك الحفير فماتت، حتى ولو لم يتقدم الحافر إلى أصحاب الدواب بالإنذار، وبين ما إذا كان القصد من جعل الحبال في الدار أن يتلف بها سارقاً، فعلى صاحب الدار ضمانه<sup>(٣)</sup>.

ومن قبيل هذه الوسائل الآلية الحديثة في الدفاع أيضاً: وضع أسلاك كهربائية صاعقة، ووضع أسلحة نارية آلية الانطلاق، وإحاطة المباني بأسلاك شائكة والأسوار بكسر من الزجاج المدبب، وتدريب الكلاب على مهاجمة المعتدين. ولا يختلف حكمها عما سبق أن انتهى إليه الفقه الإسلامي منذ أكثر من ألف سنة<sup>(٤)</sup>.

#### • معيار التناسب:

والمعيار الذي يقاس به ما إذا كان رد الاعتداء متناسباً مع جسامة الخطر الذي يتعرض له المعتدي عليه هو معيار موضوعي، وهو معيار الشخص المعتاد في نفس

(١) محمد أمين ابن عابدين حاشية، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، طبعة مصطفى الحلبي ١٩٦٦، ج ٥، ٥٢٤؛ المغني لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٩، ص ٥٧١؛ تحفة المحتاج للهيثمي، ج ٤، ص ٥٠. وانظر في هذا الموضوع، د/محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٩٥ وما بعدها.

(٢) مواهب الجليل، للحطاب، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢٤٣، د/يوسف قاسم، نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، رسالة دكتوراه، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧٩م، ص ١٨٤.

(٣) د/يوسف قاسم، المرجع السابق، ذات الموضوع.

(٤) د/عبد الفتاح الصيفي، مرجع سابق، ص ٤٠٨.

ظروف المدافع مع مراعاة الجانب الشخصي للمدافع من حيث القوة البدنية وكبر السن أو صغره، ومن حيث كونه ذكراً أو أنثى، ومن حيث الظروف التي وقع فيها من حيث الزمان والمكان وما أحاط بها من ملابسات<sup>(١)</sup>.

وتقدير توافر التناسب بين الدفاع وجسامة الخطر من الأمور الموضوعية التي تستقل محكمة الموضوع بالفصل فيها، ويكفي لتوافره أن يكون تقدير المدافع لفعل الاعتداء مبنياً على أسباب معقولة من شأنها أن تبرر ما وقع منه، ومن حق قاضي الموضوع أن يراقب هذا التقدير ليبري ما إذا كان مقبولاً تسوغه البداهة بالنظر إلى ظروف الحادث وعناصره المختلفة<sup>(٢)</sup>.

**والفقه الإسلامي قد راعى مسألة التناسب بما يتلاءم مع القوة الجسدية للمعتدي،** وزمان الاعتداء حيث فرق بين وقوعه ليلاً ووقوعه نهاراً، ومكان الاعتداء حيث فرق بين من يعتدي عليه في مصر من الأمصار ومن يعتدي عليه في صحراء. وخلاصة القول: إن الدفع في الفقه الإسلامي يكون "بالأخف فالأخف"، وذلك باعتبار غلبة ظن المصول عليه، أو مجرد ظنه<sup>(٣)</sup>.

وينفق رأي الفقيه الفرنسي جارسون مع تخريج الفقيه الحطاب لرأي الإمام مالك، حيث يفرق جارسون بين ما إذا كان القصد من استخدام الوسائل الآلية أسر حيوان أو قتله فإذا بها تقتل وتجرح من دخل خلسة للسرقة، فلا جريمة لانتهاء القصد الجنائي، مباشراً كان هذا القصد أم احتمالياً، وبين ما إذا استخدمت هذه الآلات في مكان مأهول بالسكان، ففي هذا إساءة لاستعمال الحق في الدفاع الشرعي تخرج الاستعمال عن نطاق الحق فيسأل صاحبه لأن القانون لا يسمح بإحداث عاهة مستديمة لطفل أو بقتله لمجرد محاولته سرقة بضع تفاحات من بستان.

- (١) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٢١٨، د/ سامح السيد جاد، مرجع سابق، ص ١٨٦. وأنظر نقض ١٩٦٣/٤/٩، مجموعة أحكام النقض، س ١٤، رقم ٦٥، ص ٣٢٢، نقض ١٩٥٨/٤/٧، مجموعة أحكام النقض، س ٩، رقم ١٠٧، ص ٣٩٨.
- (٢) د/ عبد الفتاح الصفي، مرجع سابق، ص ٤١١، وأنظر نقض ٢٢ يناير ١٩٦٨، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٩، ص ٨٦، رقم ١٥.
- (٣) نهاية المحتاج للرملي، مرجع سابق، ج ٨، ص ٢٧، كشف القناع للبهوتي، ج ٤، ص ٩٢، المحلى لابن حزم، ج ١١، ص ١٣.

ويحيل الفقيه الفرنسي جارو إلى القواعد العامة، فيخلص إلى إباحة استخدام هذه الوسائل إذا كانت لا تعمل إلا عند وقوع الاعتداء وكان ما تحدثه من ضرر للغير متناسباً مع الاعتداء<sup>(١)</sup>.

والى هذا اتجهت إحدى المحاكم في بلجيكا، بصدد صاحب غابة لجأ إلى تسويرها وإحكام إغلاقه لبابها وتعليقه لافتة تحظر دخول الغابة وتحذر من ذلك، ووضع مدفعاً يطلق قذائفه آلياً على كل من يحاول الدخول، مما أدى إلى إصابة شخص بجروح. وفي هذه القضية اعتبرت المحكمة ما صدر عن صاحب الغابة دفاعاً شرعياً، وحملت من حاول الدخول وحده تبعاً ما حدث له<sup>(٢)</sup> وربما يثار التساؤل في هذه القضية حول مدى تناسب الضرر مع الإصابة، فإن توافر هذا التناسب فاستخدام المدفع مشروع، وإلا فهو تجاوز لاستعمال الحق في الدفاع يسأل عنه صاحبه وفقاً لحكم التجاوز في الدفاع.

واتجهت إلى هذا كذلك إحدى المحاكم الفرنسية في قضية تحصل في أن صاحب بحيرة صغيرة بها بعض الأسماك النادرة وضع داخلها جهازاً يطلق الرصاص على من يعتدي عليها، فحاول شخص السرقة ليلاً فأنفجر به الجهاز وحطم ساقه اليمنى<sup>(٣)</sup>. ومن المسلم في الفقه العربي أن الدفاع الآلي جائز إذا توافر شرطاً المعاصرة للاعتداء والتناسب بين الضرر والاعتداء<sup>(٤)</sup>.



- 
- (١) د/ عبد الفتاح الصيفي، مرجع سابق، ص ٤٠٨.  
(٢) مشار إليه لدى د/ محمود مصطفى، مرجع سابق، ص ١٥٩.  
(٣) مشار إليه لدى د/ عبد الفتاح الصيفي، مرجع سابق، ص ٤٠٩.  
(٤) د/ عبد الفتاح الصيفي، مرجع سابق، ص ٤٠٩، د/ عبد الوهاب حومد، الوسيط في شرح القانون الجزائي الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٧م، ص ٢٤٣.

### المبحث الثالث

#### القيود الواردة على حق الدفاع الشرعي

إذا توافرت شروط الدفاع الشرعي السابق بيانها كان فعل الشخص مباحاً ولكن المشرع لم يجعل هذا الأصل العام مطلقاً بل قيده بقيدين بحيث يعتبر فعل الشخص غير مشروع وبالتالي يكون جريمة رغم توافر شروط الدفاع الشرعي، وهاتان الحالتان هما<sup>(١)</sup>:

أ - حظر مقاومة مأموري الضبط.

ب - حظر القتل العمد إلا في حالات محددة على سبيل الحصر.  
وسوف نتناول كل قيد منهما في فرع مستقل.

#### المطلب الأول

##### حظر مقاومة مأموري الضبط

نصت المادة ٢٥٨ ع على أنه: " لا يبيح حق الدفاع الشرعي مقاومة أحد مأموري الضبط أثناء قيامه بأمر بناء على واجبات وظيفته مع حسن النية ولو تخطى هذا المأمور حدود وظيفته إلا إذا خيف أن ينشأ عن أفعاله موت أو جراح بالغة وكان لهذا التخوف سبب معقول".

فأمور الضبط الذي يزاول عمله وفقاً للمادة ٦٣ ع، لا يجوز الدفاع الشرعي في مواجهته لأنه يؤدي واجبه وذلك إذا لم يتجاوز حدود اختصاصه، أما إذا خرج عن حدود اختصاصه فإنه وفقاً للقواعد العامة يجوز إباحة الدفاع ضد أعماله إذا كانت تتضمن جريمة من الجرائم التي يجوز فيها الدفاع الشرعي ولكن المشرع خرج عن هذا الأصل العام ومنع مقاومة مأمور الضبط في حالة خروجه عن حدود اختصاصه وذلك إذا كان حسن النية ولم يكن هناك ثمة خوف من حدوث موت أو جروح بالغة من جراء تصرفه<sup>(٢)</sup>.

**الحكمة من هذا القيد:** إن الحكمة من هذا القيد ترجع إلى أن مأموري الضبط يمثلون هيئة الحكومة وأن أعمالهم تتسم بالسرعة، وإباحة الدفاع ضدهم يمس بهيبة الحكومة ويعطل أعمالها التي تقتضي السرعة.

وقبل الحديث عن شروط حسن النية، وعدم وجود خوف من حدوث موت أو جراح بالغة، وهي الشروط اللازم توافرها للقيد السابق يلزم بيان المقصود بمأموري الضبط.

(١) د/ سامح السيد جاد، مرجع سابق، ص ١٨٧، وما بعدها.

(٢) د/ أحمد حسني، مرجع سابق، ص ٢١٦.

**المقصود بمأموري الضبط:** يقصد بمأموري الضبط طائفة من الموظفين العموميين في الدولة يقومون بوظيفة الضبطية القضائية والإدارية لتنفيذ أوامر الدولة بالقوة<sup>(١)</sup> مثل: رجال النيابة العامة، ورجال الشرطة، ورجال الجيش عند الاستعانة بهم، وكذلك الموظفين الذين يضيفي المشرع عليهم صفة الضبطية، أما بقية الموظفين العموميين من غير رجال الضبطية فلا قيد على جواز الدفاع في مواجهة الأفعال غير المشروعة التي تقع منهم.  
**شروط القيد<sup>(٢)</sup>:**

يشترط لعدم إباحة الدفاع الشرعي ضد مأموري الضبط عند تجاوزهم لأعمالهم أن يكون ذلك بحسن نية، وألا يخشى من ذلك حدوث موت أو جروح بالغة.  
**أولاً: حسن النية:**

ويقصد بهذا الشرط أن يعتقد مأمور الضبط أنه يأتي عملاً مشروعاً وأنه يدخل في نطاق اختصاصه، كأن يلقي أحد رجال الشرطة القبض على شخص بناء على أمر بالقبض باطل، أو أن يلقي القبض على شخص غير المطلوب القبض عليه لكونه شبيهاً بالشخص المطلوب القبض عليه، ففي الحالات السابقة لا يجوز للمقبوض عليه مقاومة مأمور الضبط.

ولكن إذا كان مأمور الضبط سيء النية، أي علم أن فعله غير مشروع، فإن الدفاع الشرعي يكون جائزاً في مواجهته، مثل، قيام مأمور الضبط بتعذيب متهم لحمله على الاعتراف فإنه يجوز للمتهم حق الدفاع الشرعي في مواجهته بالقدر اللازم أراد ذلك الاعتداء، وكذلك لجوئه إلى القبض على شخص لمجرد أن بينه وبين هذا الشخص عداوة، فإنه يجوز لهذا الشخص مقاومة مأمور الضبط بالقدر اللازم لرد الاعتداء.

وإثبات سوء نية مأمور الضبط تقع على عاتق الشخص المعتدى عليه الذي قاوم مأمور الضبط، وذلك لأن الأصل في مأمور الضبط هو حسن النية، وعلى من يدعي عكس ذلك عبء الإثبات<sup>(٣)</sup>، إلا إذا كان عمل مأموري الضبط ظاهر المخالفة للقانون كما لو لجأ إلى تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف ولجوئه إلى ارتكاب جرائم هناك العرض أو الفعل المخل بالحياء، والفصل في مدى توافر حسن نية المأمور أو سوتها يرجع إلى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع<sup>(٤)</sup>.

(١) د/ السعيد مصطفى السعيد، مرجع سابق، ص ٢٢٤.

(٢) د/ سامح السيد جاد، مرجع سابق، ص ١٨٨، وما بعدها.

(٣) د/ السعيد مصطفى السعيد، مرجع سابق، ص ٢٢٦.

(٤) نقض ١٦/٤/١٩٣١، مجموعة القواعد، ج٣، رقم ٢٣٥، ص ٢٨٧.

### ثانياً: ألا يخشى من عمل مأمور الضبط حدوث الموت أو جراح بالغة:

يشترط لعدم اللجوء للدفاع في مواجهة مأمور الضبط الذي جاوز بحسن نية حدود حقه ألا يتخوف أن ينشأ عن ذلك موت للمعتدي عليه أو أن تحدث له جروح بالغة، أما إذا كان فعله يتخوف منه حدوث الموت أو الجراح البالغة، فإنه يجوز للمعتدي عليه أن يلجأ إلى الدفاع الشرعي في مواجهة مأمور الضبط، ومعنى ذلك أنه لا يشترط أن يترتب على فعل مأمور الضبط الوفاة أو الجراح البالغة فعلاً ويقصد بالجروح البالغة العاهة المستديمة، والجروح الجسيمة، وإنما يكفي أن يخشى من فعل المأمور حدوث ذلك، في ضوء الظروف التي أتى فيها المأمور أعماله بحيث يتخوف المجني عليه من حدوثها بناء على أسباب معقولة تستفاد من تلك الظروف التي وجد فيها هذا المجني عليه، والمعيار أيضاً في هذه الحالة هو معيار الشخص العادي في نفس ظروف المجني عليه، وهو ما أكدته المادة ٢٤٨ع، "... إلا إذا خيف أن ينشأ عن أفعاله موت أو جروح بالغة وكان لهذا الخوف سبب معقول". وهو ما أكدته أيضاً محكمة النقض<sup>(١)</sup> في حكم لها حيث قضت بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد أثبت أن الضابط وقد أجرى تفتيش المطعون ضدها الثانية بالإمساك بيدها اليسرى وجذبها عنوة من صدرها إذ كانت تخفي فيه المخدر محدثاً بجسمها العديد من الإصابات، يكون قد جاوز حدود وظيفته مما يجعل المطعون ضدها الثانية في حالة تبيح لها مقاومته استعمالاً لحق الدفاع الشرعي عن النفس، وانتهى من ذلك إلى القضاء بتبرئتها من جريمة التعدي على الضابط، فإن الطعن على الحكم بالخطأ في تطبيق القانون يكون على غير أساس<sup>(٢)</sup>.

وتقدير معقولة الأسباب التي يبني عليها التخوف من الموت أو الجراح البالغة متروك لتقدير محكمة الموضوع في ضوء الظروف والملابسات التي أحاطت بالمعتدي عليه، أما إذا لم يكن للتخوف سبب معقول كان فعل المدافع خاضعاً للتجريم حتى ولو كان متناسباً مع رد اعتداء مأمور الضبط، حيث لا يعد المعتدي عليه في هذه الحالة في نطاق الدفاع الشرعي.

ولا شك أن إباحة المشرع للمعتدي عليه الدفاع في حالة التخوف راجعة إلى أنه قد وازن بين مصلحتين هما، مصلحة الحكومة في الحفاظ على هيبتها وعدم تعطيل أعمالها، ومصلحة الأفراد في الحفاظ على حقهم في الحياة أو في سلامة الجسم ورجح مصلحة

(١) نقض ١١/١٦/١٩٦٤، مجموعة أحكام النقض، س١٥، رقم ١٣٢، ص ٦٦٨.

(٢) د/ سامح السيد جاد، مرجع سابق، ص ١٩٠.

الأفراد على مصلحة الحكومة، وذلك لأن الضرر الذي يترتب عليه التضحية بمصلحة الأفراد لا يمكن إصلاحه<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني

#### حظر القتل إلا في حالات محددة

لقد حظر القانون أن يلجأ المعتدي عليه إلى قتل المعتدي لرد الاعتداء الواقع عليه إلا في حالات محددة على سبيل الحصر، وذلك نظراً لخطورة النتيجة المترتبة على القتل، بيد أنه إذا كان المشرع قد أجاز اللجوء في رد الاعتداء إلى قتل المعتدي، إلا أن ذلك لا يكون إلا إذا لم توجد أي وسيلة أخرى سوى القتل. أما إذا كانت هناك وسيلة أخرى لرد الاعتداء في الحالات التي يجيز القانون فيها الدفاع بالقتل فإنه يجب اللجوء إليها وعدم اللجوء إلى القتل وإلا كان المعتدي عليه متجاوزاً لحقه في الدفاع مما يستتبع مسئوليته الجنائية، ف جرائم العرض مثلاً وهي من الجرائم التي يجوز للمعتدي عليه اللجوء فيها لقتل المعتدي لا يجوز اللجوء إلى القتل إلا إذا لم تكن هناك وسيلة أخرى، أما إذا كانت هناك وسيلة أخرى فإنه يجب اللجوء إليها كأن يمكن دفع الاعتداء بالضرب أو باستعمال القوة العضلية للمعتدي عليه إذا كان المعتدي ضعيف البنية والمعتدي عليه ذات بنية قوية، فإذا لجأ للقتل كان التناسب بين الاعتداء ورد الخطر منتفياً، ومن ثم يعد المعتدي عليه متجاوزاً لحقه في الدفاع، ويقع تحت طائلة العقاب<sup>(٢)</sup>.

وقد حدد المشرع المصري الحالات التي يجوز فيها الدفاع عن النفس أو المال بالقتل في المواد ٢٤٩ع، ٢٥٠ع.

#### أولاً: الأحوال التي يجوز فيها القتل دفاعاً عن النفس:

لقد حددت المادة ٢٤٩ ع الأحوال التي يباح فيها للمعتدي عليه أن يلجأ إلى رد هذا الاعتداء عن طريق قتل المعتدي وهي:

- ١ - فعل يتخوف منه الموت أو جراح بالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة وتقدير معقولة الأسباب يرجع فيه إلى محكمة الموضوع التي تتمتع بسلطة تقديرية في ذلك، ويقصد بالجراح البالغة الجراح الجسيمة التي يترتب عليها فقد عضو أو تعطيل منفعته، أما الجروح البسيطة فلا تجيز الدفاع بالقتل.

(١) د/ السعيد مصطفى السعيد، مرجع سابق، ص ٢٢٧.

(٢) د/ سامح السيد جاد، مرجع سابق، ص ١٩١.

٢ - إثبات امرأة كرهاً أو هتك عرض إنسان بالقوة (م ٢٦٧، ٢٩٨ ع).

٣ - اختطاف إنسان (م ٢٨٣، ٢٨٨، ٢٩٠ ع).

فنظراً لأن الجرائم السالفة على درجة كبيرة من الخطورة لأنها تتعلق بحق الإنسان في حياته أو في سلامة جسمه، أو في عرضه، أو في حريته، فإن القتل يكون متناسباً مع جسامة الخطر.

**ثانياً: الأحوال التي يجوز فيها القتل دفاعاً عن المال:**

حددت المادة ٢٥٠ ع الأحوال التي يجوز فيها للمعتدى عليه اللجوء إلى قتل المعتدي للدفاع عن ماله وهي:

١ - جرائم الحريق العمد (م ٢٥٢ إلى ٢٥٧ ع).

٢ - سرقة من السرقات المعدودة من الجنايات (م ٣١٣ إلى ٣١٦ مكرر ثانياً ع).

٣ - الدخول ليلاً في مكان مسكون أو أحد ملحقاته.

فقد جعل المشرع الدخول في مكان مسكون أو أحد ملحقاته جريمة يجيز اللجوء إلى القتل وقد قصد المشرع من ذلك أن دخول الجاني ليلاً للمكان المسكون يكون له أثره في نفسية المدافع، وذلك بصرف النظر عن نية الداخل حتى ولو كان دخوله ما كان يقصد ارتكاب جريمة، وذلك بشرط أن يثبت أن الظروف التي وجد فيها المدافع كانت تبرر أن الداخل كان قصده ارتكاب جريمة، أما إذا لم توجد أسباب معقولة يستند إليها في لجوئه إلى القتل فإنه يكون قد تجاوز حقه في الدفاع مما يستلزم مؤاخذه عن جريمة غير عمدية، وعلى ذلك فإنه يشترط لتوافر هذه الحالة من الحالات التي يجوز فيها القتل دفاعاً عن المال ما يلي:

أ - أن يكون الدخول في مكان مسكون أو أحد ملحقاته: فيشترط أن يكون المكان مسكوناً فعلاً وليس معداً للسكنى، ولكن لا يشترط وجود سكانه فيه وقت دخوله حيث يجوز الدفاع بواسطة الحارس أو الجيران وتشمل ملحقات المنزل الحديقة والجراح وغرف الغسيل والحظائر، فالمشرع قد سوى بين السرقة من المكان المسكون وملحقاته.

ولكن لا يشمل النص السرقة من المستشفيات والفنادق وقد يرجع السبب في عدم شمول النص لها، أنه يسكنها عدد كبير من الأفراد يتيح لهم التعاون في رد الاعتداء دون اللجوء إلى قتل المعتدي<sup>(١)</sup>.

(١) د/ محمود مصطفى، مرجع سابق، ص ٢٣٧، ٢٣٨، د/ سامح السيد جاد، مرجع سابق، ص ١٩٣.



ب - أن يكون دخول هذه الأماكن ليلاً: والليلة تعرفه محكمة النقض بالفترة ما بين غروب الشمس وشروقها<sup>(١)</sup>.

والحكمة في التشديد وإباحة القتل في السرقة ليلاً من الأماكن المسكونة وملحقاتها أن فترة الليل يسود فيها الهدوء ويركن فيها الناس إلى الراحة وأن هذا الهدوء يشجع المعتدين على ارتكاب جرائمهم ببسر وسهولة وينطبق النص سواء أكان الجاني قد دخل هذه الأماكن فعلاً أم كان في سبيل دخولها كأن يكون متسلقاً للجدار<sup>(٢)</sup>.

٤ - فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جروح بالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة.

وهي نفس الحالة المنصوص عليها في المادة ٢٤٩ ع التي تجيز القتل دفاعاً عن النفس. بيد أن الفرق بين الحالتين يرجع إلى أن القتل يباح في المادة ٢٤٩ ع للدفاع عن النفس أما في حالة المادة ٢٥٠ ع التي نحن بصددتها فهي تبيح القتل دفاعاً عن النفس والمال معاً، لأنه في غالب الحالات يقترن الاعتداء على المال بأفعال يخشى منها حدوث الموت أو حدوث جراح بالغة، مثال ذلك أن يفاجئ صاحب حقل لصاً يحمل سلاحاً وقت ارتكابه للسرقة، فالسرقة جنحة لا تبرر ردها بالقتل، ولكن خشية استعمال الجاني للسلاح الذي يحمله وقت السرقة تبيح لصاحب الحقل الدفاع باللجوء إلى القتل<sup>(٣)</sup>، فالقتل في الحالة الأولى هو للدفاع عن النفس مباشرة، أما اللجوء إلى القتل في الحالة الثانية فهو للدفاع عن النفس بطريق غير مباشر، وفي الواقع أنه لم يكن هناك داع للنص على هذه الحالة في المادة ٢٥٠ ع، لأنه سواء أكان الخطر هدد النفس بطريق مباشر أو هددتها بطريق غير مباشر فهو في كلتا الحالتين هدد النفس، وبذلك كان يكفي نص المادة ٢٤٩ ع لأنه يشمل الحالة المنصوص عليها في المادة ٢٥٠ ع<sup>(٤)</sup>.

(١) نقض ١٩٤٧/١١/٤، مجموعة القواعد، ج٧، رقم ٤٠٧، ص ٢٩١، نقض ١٩٥٠/١٠/٣٠، مجموعة أحكام النقض، س١، رقم ٩، ص ٢٧٧.

(٢) أنظر نقض ١٩٣٠/١١/٢٧، مجموعة القواعد، ج٢، رقم ١١٢، ص ١٣٢.

(٣) د/ محمود مصطفى، مرجع سابق، ص ٢٣٨، ٢٣٩، د/ سامح السيد جاد، مرجع سابق، ص ١٩٤.

(٤) د/ السعيد مصطفى السعيد، مرجع سابق، ص ٢٣١، د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٢٢٧.

## المبحث الرابع تجاوز حدود الدفاع الشرعي وآثاره

تقسيم :

سوف أتناول كلا من تجاوز حدود الدفاع الشرعي وآثاره في مطلبين كالتالي:

### المطلب الأول

#### تجاوز حدود الدفاع الشرعي

تحدث المشرع المصري عن تجاوز حدود الدفاع الشرعي في المادة ٢٥١ عقوبات، فنص على أنه: "لا يعفي من العقاب بالكلية من تعدي بنية سليمة حدود حق الدفاع الشرعي أثناء استعماله إياه دون أن يكون قاصداً إحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع، ومع ذلك يجوز للقاضي إذا كان الفعل جنائية أن يعده معنوراً إذا رأى لذلك محلاً وأن يحكم عليه بالحبس بدلاً من العقوبة المقررة في القانون". ويستفاد من ذلك أنه إذا تجاوز المدافع حدود التناسب بنية سليمة، جاز للقاضي أن يخفف عقوبته. وتتوافر سلامة النية لدى المدافع إذا اعتقد أن القانون يخوله ارتكاب ما ارتكبه، وإن ما ارتكب هو السبيل الوحيد والملائم لدرء الخطر<sup>(١)</sup>. ويتمثل تخفيف العقوبة في قانون العقوبات المصري في جواز الحكم على المدافع في هذه الحالة بالحبس بدلاً من العقوبة الأشد المقررة للجنائية. فإذا كان الفعل المرتكب جنحة، فليس هناك مبرر لاستخدام القاضي للعذر المقرر في المادة ٢٥١ع لان عقوبة الجنحة حدها الأدنى حبس ٢٤ ساعة والغرامة التي يصل حدها الأدنى إلى جنيه واحد.

فإذا ثبت للقاضي عدم وجود خطأ من المدافع عند تجاوزه لحدود الدفاع، فإن مسؤوليته تنتفي على أساس انتفاء الركن المعنوي لديه<sup>(٢)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن مسألة تجاوز حدود الدفاع الشرعي لا يكون لها محل إلا إذا كانت شروط الدفاع الشرعي - شروط الاعتداء وشروط الدفاع- متوافرة، فإن حدث خلل في شرط التناسب الواجب في رد الاعتداء. فإذا تخلفت شروط الدفاع الشرعي فلا تنور

(١) نقض أول يونيو ١٩٤٢، مجموعة القواعد القانونية، ج٥، ق ٤١٥، ص ٦٧٠

(٢) د/ سامح السيد جاد، مرجع سابق، ص ١٩٤.

مسألة تجاوز حدود الدفاع. كأن يكون فعل الاعتداء لا يكون جريمة، أو أن الخطر غير حال، أو كان بالإمكان اللجوء إلى السلطة العامة.

والمسألة متروك تقديرها لقاضي الموضوع سواء في القانون الوضعي أو في الفقه الجنائي الإسلامي لانتفاء عنصر العدوان لدى المدافع، ولتوافر حسن النية لديه<sup>(١)</sup>. أما إذا كان التجاوز بسوء نية، فالدفاع يتحول في هذه الحالة إلى "انتقام"، فيسأل صاحبه عنه مسؤولية عادية. سواء في القانون أو في الشريعة الإسلامية.

**وتطبيقاً لذلك: جاء في الفقه الإسلامي:** "إذا أشهر رجل على رجل سلاحاً فضربه الشاهر وانصرف، ثم إن المضروب - وهو المشهور عليه - ضرب الضارب (وهو الشاهر) فقتله، كان عليه القصاص، لأن الشاهر لما انصرف بعد الضرب عاد معصوماً كما كان، وجلّ دمه كان باعتبار شهره السلاح، فإذا انصرف، فلا حاجة إلى قتله لاندفاع شره، فعادت عصمته، فإن قتله بعد ذلك فقد قتل شخصاً معصوماً ظلماً، فيجب القصاص"<sup>(٢)</sup>. "وإن ضربه يقصد الدفاع فقطع يمينه، فولي (أي الصائل) مدبراً، فضربه (أي الموصول عليه)، فقطع رجله، فقطع الرجل مضمون عليه بالقصاص أو الدية، لأنه في حال لا يجوز له ضربه، وقطع اليد غير مضمونة"<sup>(٣)</sup>.

ومن جهة أخرى، فإذا تجاوز الموصول عليه حدود الدفاع بسوء نية، وأصبح بذلك "معتدياً"، فإن من حق الصائل في هذه الحالة أن يدافع عن نفسه، لأن هذا الدفاع عن الاعتداء.

وما سلف لا يعدو أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة في الدفاع الشرعي عامة، وما تعلق منها بشرط التناسب بين العدوان وردّه بصفة خاصة<sup>(٤)</sup>.

(١) د/ عبد الفتاح الصيفي، مرجع سابق، ص ٤١٨.  
(٢) عثمان بن علي الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق للنسفي، المطبعة الكبرى، بولاق مصر ١٣١٥هـ، ج٥، ص ١١١.  
(٣) المغني، لابن قدامة، مرجع سابق، ج٨، ص ٣٣٠.  
(٤) د/ عبد الفتاح الصيفي، مرجع سابق، ص ٤١٩.

## المطلب الثاني

### آثار الدفاع الشرعي

متى توافرت شروط الدفاع الشرعي الخاصة بالاعتداء والدفاع، ولم يكن هناك تجاوز في حالة الدفاع، فإنه يترتب على ذلك إباحة الفعل الذي ارتكبه المدافع عن نفسه أو عن غيره، وينزع عنه صفة اللامشروعية الجنائية، فيصبح مشروعاً استثناءً. ولهذا فلا تترتب عليه أي مسؤولية قانونية.

ويستفيد من هذه الإباحة كل من ساهم مع هذا الشخص، سواء بصفته فاعلاً أصلياً أو مجرد شريك، وذلك لأن أسباب الإباحة موضوعية، تتعلق بذات الفعل. وعلى ذلك فمن يعطي المعتدى عليه آليات لصد الخطر الواقع عليه من المعتدي يستفيد من الإباحة، ومن يُلقن هذا الشخص تعليمات يستفيد بها في كيفية درء الخطر ففعله مباح كذلك.

وتجدر الإشارة إلى أنه متى كان المدافع في نطاق حدود حقه في الدفاع الشرعي، فإن ما يصدر عنه من أضرار تصيب الغير نتيجة فعل الدفاع تكون مباحة. فالخطأ في شخص المعتدي، والخطأ في توجيه الفعل نحو مصدر الخطر، لا يترتب عليهما أي مسؤولية متى كان المعتدى عليه (المدافع) قد احتاط الاحتياط الكافي، ولم يحدث منه إهمال أو رعونة أو عدم احتياط.

فالشخص الذي يطلق عياراً نارياً من مسدسه على شخص آخر في الظلام، معتقداً أنه هو المعتدي الذي بادره بإطلاق النار عليه، ثم يتضح أنه شخص آخر غير من أطلق النار عليه، تصادف مروره في تلك اللحظة، بينما المعتدي الحقيقي فد أطلق النار وهرب، فإنه لا يسأل متى ثبت أنه لم يقع من جانبه أي إهمال أو عدم احتياط. وكذلك الأمر بالنسبة للمدافع الذي يصوب سلاحه نحو المعتدي ولكنه لعدم الدقة في التصويب يصيب شخصاً آخر، فإنه أيضاً لا يسأل طالما لم يقع منه إهمال أو عدم احتياط.

فإذ كان هناك إهمال أو عدم احتياط من المدافع في الحالتين السابقتين - حالة الخطأ في الشخص أو الخطأ في التوجيه أو التصويب - فإنه يسأل عن فعله مسؤولية غير عمدية<sup>(١)</sup>.

وقد يقع من المدافع اعتداء على حق الغير، كمن يجد نفسه في خطر، فيأخذ بندقية أو عصا شخص آخر منتزعاً إياها منه، ويستخدمها في رد الاعتداء. ففي هذه الحالة ليس

(١) د/ سامح السيد جاد، مرجع سابق، ص ١٩٠.

أمام المدافع - للدفاع عن جريمة الاعتداء على حق الغير - إلا أن يحتج بحالة الضرورة إذا توافرت شروطها. ومنها: أن يكون الخطر كان محققاً بالنفس، وكان على درجة جسيمة؛ فحينئذ لا يسأل جنائياً<sup>(١)</sup>.

وبالنسبة للفقهاء الإسلامي<sup>(٢)</sup>: فقد أجمع الفقهاء على أن الصائل يهدر دمه إذا أقيمت البينة على صياله (اعتدائه)<sup>(٣)</sup>. ولا قود على قاتل اللص إذا دخل دار رجل فعلم به صاحب الدار وعلم أنه لا يقدر أن يأخذه بيده، سواء دخل مكابرة أو غير مكابرة وهو يريد أن يسرق ماله<sup>(٤)</sup>. ولا على القاتل لمن يزني بزوجة القاتل<sup>(٥)</sup>. أما عن الدية وقد انتفى القود أو القصاص، فقد اختلف الفقهاء بشأنها: فذهب جمهورهم إلى عدم الضمان. وقال الحنفية بوجوبها<sup>(٦)</sup>.

#### • سلطة المحكمة في تقدير توافر حالة الدفاع الشرعي:

للمحكمة سلطة تقديرية في تقدير مدى توافر الدفاع من عدمه لأنه مسألة موضوعية، وهي تستنتج توافر حالة الدفاع الشرعي أو انتفائها من وقائع الدعوى المعروضة عليها، ولا تكون هناك ثمة رقابة عليها من محكمة النقض، إلا إذا كان استنتاجها لا يتفق مع المنطق، ففي هذه الحالة تتدخل محكمة النقض لتصحيح الاستنتاج الخاطيء.

(١) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٢٢٩.

(٢) د/ عبد الفتاح الصيفي، مرجع سابق، ص ٤٢٠.

(٣) الأم للإمام الشافعي، مرجع سابق، ج٦، ص٢٨، المغني لابن قدامة، مرجع سابق، ص ٣٣٠.

(٤) الفتاوى الهندية، لجماعة من علماء الهند، طبعة دار إحياء التراث العربي للنشر والتوزيع، بيروت طبعة الثالثة، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م

، ج٢، ص١٧٥.

(٥) تبصرة الحكام لابن فرحون، مرجع سابق، ج٢، ص١٨٥.

(٦) الشيخ/ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، طبعة معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ١٩٧١، ص ٢٢٩ وما بعدها؛ الشيخ/ محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي "العقوبة" طبعة دار الفكر العربي، ١٩٧٠، القاهرة، ص ٧٩ وما بعدها، د/ محمد سيد عبد التواب، مرجع سابق، ص ٣١٩ ما بعدها.

وطالما أن تقدير حالة الدفاع الشرعي مسألة موضوعية، فإنه لا يجوز الدفع بتوافره أمام محكمة النقض لأول مرة، فيجب أن يدفع به المتهم أمام محكمة الموضوع، إلا إذا كانت وقائع الدعوى ناطقة بتوافره وعلى ذلك فإن محكمة الموضوع ليست ملزمة بالبحث في توافر حالة الدفاع الشرعي، إذا لم يتمسك المتهم بحقه في الدفاع، إلا إذا كانت وقائع الدعوى ناطقة بتوافره، فإن على المحكمة أن تعترف بتوافره، حتى ولو لم يتمسك المتهم به<sup>(١)</sup>.



(١) د/ السعيد مصطفى السعيد، مرجع سابق، ص ٢٣٥، د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٢٣٤، د/ سامح السيد جاد، مرجع سابق، ص ١٩٢، د/ عبد الفتاح الصيفي، مرجع سابق، ص ٤٢٠.

## الخاتمة

في ختام هذا البحث أشكر الله سبحانه وتعالى جزيل الشكر وخالصه على أن وفقني ويسر لي إتمام هذا البحث.

ولقد تناولت في هذا البحث دراسة الموضوعات المتعلقة بأسباب الإباحة في القانون الجنائي المصري والفقهاء الإسلامي.

وتبين لي من خلال الدراسة مدى أهمية هذا الموضوع، وحجم المشكلات التي نثار بشأنه، ومدى الحاجة إلى حسم هذه المشكلات، على نحو يتميز بالدقة والوضوح. وتبين لي أيضاً أن الفقهاء الإسلامي قد تناول أسباب الإباحة بكل صورها، والشروط الخاصة بكل صورة منها، والآثار المترتبة عليها، قبل أن يتعرض لها القانون الجنائي المصري بزمان بعيد؛ فالأصل في الشريعة الإسلامية أن الأفعال المحرمة محظورة على الكافة بصفة عامة، لكن الشارع رأى استثناءً من هذا الأصل أن يبيح بعض الأفعال المحرمة لمن توفرت فيهم صفات خاصة؛ لأن ظروف الأفراد أو ظروف الجماعة تقتضي هذه الإباحة. وأخير اتضح لي أن هناك اتفاقاً في الجملة بين القانون الجنائي المصري والفقهاء الإسلامي في مسائل البحث. ويمكن إجمال أهم نتائج البحث وتوصياته في النقاط التالية :

### أولاً: نتائج البحث:

- أن أسباب الإباحة ظروف موضوعية لصيقة بماديات الجريمة، تمثل قيوداً على نصوص التجريم، ويترتب عليها انتفاء الركن الشرعي للجريمة؛ إذ أنها تدخل على الفعل غير المشروع، فتنزع عنه الصفة غير المشروعة التي علق به، وتجعله فعلاً مشروعاً في الظروف التي ارتكب فيها.
- أن أسباب الإباحة تعد من وسائل تحقيق العدالة، وحددها القانون الجنائي المصري والفقهاء الإسلامي في استعمال الحق، واستعمال السلطة، ورضاء المجني عليه، والدفاع الشرعي. وهي واردة على سبيل الحصر؛ فلا يجوز للقاضي أن يقضي بإباحة فعل بناء على سبب آخر غيرها.
- أن أسباب الإباحة استثناء على الإباحة الأصلية؛ ذلك أن الأصل في الأفعال هو الإباحة، والتجريم استثناء على هذا الأصل، وتأتي أسباب الإباحة كاستثناء على هذا التجريم لترد الفعل إلى أصله من المشروعية بعد أن كان مجرماً، وترفع المسؤولية الجنائية والمدنية معاً

- أن أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية تنتج أثرها بمجرد توافرها بشروطها وقيودها سواء علم مرتكب الفعل بهذه الإباحة أو جهلها. كما يمتد أثرها ويستفيد منها كل من ساهم فيها بصفته فاعلاً أو شريكاً. إلا أن هذا الأصل ليس مطلقاً، فهناك بعض أسباب الإباحة تعتمد على عناصر شخصية، فتأديب الأب لابنه يفترض نية الأب التي تتجه لإصلاح هذا الابن وتهذيب سلوكه، والأعمال الطبية إنما تفترض أن باعث الطبيب في مباشرتها إنما هو شفاء المريض.
- أن المشرع حدد لكل سبب إباحة شروط وضوابط معينة ينبغي توافرها وعدم التجاوز فيها لكي ينتج أثره، ولذا فيتعين على القاضي التأكد من صواب التمسك بهذه الأسباب، حتى لا يفتح المجال واسعاً أمام المتذرعين بها للحصول على الإعفاء من العقوبة أو التخفيف منها.
- أن الغلط في الإباحة يعني أن يعتقد الجاني خطأ بوجود سبب الإباحة، رغم عدم توافره في الحقيقة، كمن يعتقد خطأً أو يتوهم بأن هناك خطر حال، أو على وشك الوقوع، موجه إليه فيعتدي على من يتوهم أنه مصدر الخطر، معتقداً أنه بذلك يكون في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله. وهو ينفي المسؤولية الجنائية العمدية، وذلك لأن الغلط (الخطأ) قد أهدر القصد الجنائي، وبالتالي لا يمكن معاقبة الجاني عن جريمة عمدية، ولكن تجوز معاقبته عن جريمة غير عمدية إذا كان القانون يسمح بذلك.
- أن الجهل بالإباحة يعني أن يُقدم الجاني على ارتكاب الفعل، معتقداً أن هذا الفعل محل للتجريم، في حين أن القانون يقرر له سبب إباحة. فهنا يستفيد الجاني بالإباحة رغم هذا الجهل. لأن الإباحة ذات طبيعة موضوعية تتعلق بذات الفعل وليس لها علاقة بشخصية الجاني.
- أن تجاوز حدود الإباحة يعني خروج الجاني عن الحدود المقررة للإباحة، وبالتالي يكون متجاوزاً لها ويصبح فعله غير مشروع، ويخضع للعقاب، فإذا كان تجاوزه لحدود الإباحة عمدياً؛ فإنه يسأل عن جريمة عمدية. كمن يتجاوز حقه في تأديب ابنه ويضربه ضرباً شديداً ترتبت عليه الوفاة. وإذا كان خروج الجاني عن حدود الإباحة نتيجة خطأ غير عمدي، فإنه يعاقب على فعله بوصف جريمة غير عمدية إذا كان القانون يعاقب على هذا الفعل بوصف الجريمة غير العمدية. أما إذا كان تجاوز حدود الإباحة ليس ثمرة أي خطأ فإن الجاني لا يسأل، كما لو كانت هناك قوة قاهرة أو إكراه معنوي.



- أنه يتفق كل من أسباب الإباحة وموانع المسؤولية وموانع العقاب من حيث النتيجة، وهي عدم عقاب المتهم فيهم جميعاً، إلا أن بينهم أوجه خلاف تتمثل في: أن أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية تتعلق بالفعل فتزيل عنه الصفة غير المشروعة، أما موانع المسؤولية وموانع العقاب فهما ذات طبيعة شخصية، متعلقة بشخصية الفاعل، وهذه الظروف تعد للركن المعنوي للجريمة ولكنها لا تزيل عن الفعل الصفة غير المشروعة فالفاعل يظل كما هو مكوناً لجريمة. ولذا فالشريك في فعل تعلق به سبب إباحة يستفيد من هذه الإباحة ولا يعاقب. أما الشريك في فعل ارتكبه شخص توافر في حقه مانع مسئولية أو مانع عقاب فإنه يعاقب، لأن موانع المسؤولية شخصية وقاصرة على من توافرت في حقه دون غيره من الشركاء. كما إن توافر سبب من أسباب الإباحة يمنع من المطالبة بالتعويض المدني ويحول دون توقيع أي تدبير احترازي، أما موانع المسؤولية وموانع العقاب فإنهما لا يمنعان من طلب التعويض المدني من الفاعل، ولا يحول أي منهما دون توقيع تدبير احترازي على الجاني.
- يُقصد بإباحة استعمال الحق: الحالات التي ينتفي فيها عدم مشروعية الفعل لكونه قد وقع استعمالاً لحق يقرره الشرع أو القانون، سواء كان استعمال الحق لتحقيق مصلحة خاصة أو عامة. ويشترط لذلك: وجود هذا الحق شرعاً وقانوناً، وقصر الإباحة على صاحب الحق أو المفوض فيه، ولزوم الفعل وتناسبه لاستعمال الحق \_ فحق تأديب الزوجة أو الصغير تقرره الشريعة الإسلامية وتحصر وسائله وتجعل أشدها في الجسامة الضرب الخفيف الذي لا يكسر عظماً ولا يدمي جسداً، لذلك لا يبيح حق التأديب ما جاوز هذه الوسائل \_ وحسن النية: أي أن يكون الفعل قد ارتكب بنية سليمة. ويتضمن استعمال الحق: حق التأديب، وحق ممارسة الأعمال الطبية وحق ممارسة الألعاب الرياضية.
- أن المشرع المصري لم ينص على الحق في التأديب، ولكن هذا الحق ثابت بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية للزوج على زوجته وللوالد والأستاذ أو لمن في حكمهما على الولد أو القاصر، كما يمنح العرف العام للمخدوم هذا الحق على خادمه. ويبيح هذا الحق أفعال الضرب الخفيف؛ لتقويم سلوك الخاضع لهذا الحق والتزامه الطريق السوي حتى يكون عضواً نافعاً لنفسه وأسرته ومجتمعه. ونأمل من المشرع المصري النص على هذا الحق في القانون الجنائي حي لا يكون مثار للخلاف.
- يلزم أن يسبق حق التأديب للزوجة بالضرب، الوعظ ثم الهجر وأن يلتزم من له حق التأديب بالحدود الموضوعية لهذا الحق على نحو ما يبيحه الشرع والعرف العام

- أن الأساس التشريعي - وفقاً للرأي الراجح لدى فقهاء القانون الجنائي ومذهب الإمام مالك - لإباحة الأعمال الطبية والجراحية التي يجريها الأطباء على أجسام المرضى يكمن في الرخصة المخولة لهم قانوناً بمزاولة مهنة الطب وفقاً للشروط والإجراءات المنصوص عليها في القوانين المنظمة لمزاولة مهنة الطب والجراحة. التي تخول للأطباء والجراحين الحق في التعرض لأجسام المرضى: كفحص جسم المريض، الذي قد يمتد إلى عوراته ووصف الأدوية، وإعطاء بعض المواد المخدرة، وإجراء الجراحة، ونزع أجزاء من دمه أو أنسجته لإجراء التحاليل، وهذه الأفعال تشكل - إذا قام بها الشخص العادي - جرائم مما ينص عليه قانون العقوبات كالضرب والجرح وإعطاء المواد الضارة .
- يشترط لإباحة العمل الطبي في القانون الجنائي والفقهاء الإسلامي أن يكون من أجره مرخصاً له بذلك، وأن يكون قد حصل على رضا المريض أو من يمثله، وأن يكون الفعل قد أجرى بقصد العلاج، ومراعاة الأصول العلمية لممارسة العمل الطبي. غير أن رضا المريض بالعلاج ليس لازماً في حالة انتشار الأوبئة، وحالة الضرورة إذا كان المريض مهدداً بخطر جسيم حال على حياته، وكان غير قادر على التعبير عن إرادته وليس هناك من يمثله.
- أن مشروعية الألعاب الرياضية المختلفة ترجع إلى العرف السائد في المجتمع وإلى القانون الذي ينظم أحياناً بعض الألعاب الرياضية، وترجع العلة وراء مشروعية ممارسة الألعاب الرياضية لما لها من أثر في تربية الشباب جسدياً ورفع الكفاءة العامة لأبدانهم وصحتهم النفسية، على نحو يفوق ما قد ينجم عنها من إصابات أو مساس بأجساد اللاعبين.
- يشترط لإباحة العنف وما قد يترتب على ممارسة الألعاب الرياضية من أضرار: أن يكون "العنف" قد وقع في أثناء ممارسة الألعاب الرياضية، التي يعترف بها العرف الرياضي ويضع لها قواعد وأصول يلتزم بها المتبارون أو اللاعبون. يستوي في ذلك أن يقع هذا العنف في مباراة نظامية أو في تدريبات الاستعداد لها أو التمرينات على اللعبة، وأن يلتزم المتبارون أو اللاعبون بقواعد اللعبة وأصولها المرعية، وحسن نية اللاعب المتباري، أي وقوع العنف منه بقصد ممارسة اللعبة. فإذا وقع العنف في غير هذه الحالات تتحقق المسؤولية الجنائية عمدية أو غير عمدية على حسب ما تكشف عنه الوقائع والظروف.

- يُقصد باستعمال السلطة أو أداء الواجب: إباحة الأفعال التي يقوم بها الموظفون العموميون من تنفيذ نصوص الشرع والقانون وأوامر الرؤساء الإداريين واجبة الطاعة ولو كانت تشكل بحسب الأصل جرائم؛ فالقانون والشريعة الإسلامية، يضعان واجبات على عاتق السلطات العامة وتلزمها بأدائها لصالح الجماعة. فإذا أدى الموظف واجبه فلا يسأل عنه جنائياً، طالما أدى عمله طبقاً للحدود المرسومة لهذا العمل. أما إذا تعدى هذه الحدود فهو مسئول جنائياً عن عمله إذا كان يعلم أن لا حق له فيه، أما إذا حسنت نيته فأتي العمل وهو يعتقد أن من واجبه إتيانه فلا مسئولية عليه من الناحية الجنائية. خاصة أن أداء الواجب لا يتقيد بشرط السلامة لأنه لا بد للمكلف من إتيانه وإلا يعد آثماً ويعاقب على تركه. ولذلك لو قتل الجندي المكلف بحراسة الحدود شخصاً مخالفاً كما لو رفض الوقوف للتحقق من شخصيته، فلا يسأل لأنه يؤدي واجبه. وتستهدف الإباحة هنا توفير الطمأنينة والاستقلال للموظف العام كي يؤدي واجبه وهو في مأمن من أية مسئولية طالما كان حسن النية في أدائه.
- يشترط لإباحة استعمال السلطة أو أداء الواجب أن يكون العمل مشروعاً، وأن يكون تنفيذاً لما أمرت به الشريعة والقانون، أو تنفيذاً لأمر رئيس وجبت طاعته، وأن يكون الموظف حسن النية.
- أن رضاء المجني عليه يكون عنصر في بعض أسباب الإباحة، كممارسة الأعمال الطبية لاسيما العلاجات الجراحية؛ حيث تستمد إباحتها من ترخيص القانون، لكن هذا الترخيص لا ينتج أثره إلا إذا أضيف إليه رضاء المريض أو من يمثله قانوناً. فالرضاء هنا لا يكفي بمفرده لتوافر سبب الإباحة وإنما هو شرط بجانب شروط أخرى يتعين توافرها لقيام هذا السبب، أي أنه يساهم في بيان سبب الإباحة.
- أنه لا أثر للرضاء إذا كان المجني عليه هو الدولة، فلا يجوز لممثلي الدولة النزول عن حق الدولة والرضاء بالاعتداء عليه. كما في الجرائم الواقعة على أمن الدولة الخارجي أو الداخلي، وجرائم التزيف والتزوير والرشوة والاختلاس. كما ينعلم تأثير الرضاء على الجرائم التي تنال من حقوق الأفراد، كالاعتداء على الحياة وسلامة الجسم. فلا يجوز للأفراد النزول عنها والرضاء بالاعتداء عليها لما في ذلك من إهدار لمصلحة اجتماعية على جانب كبير من الأهمية.
- أن رضاء المجني عليه يكون سبب إباحة خاص ببعض الجرائم، وهي الجرائم التي تنال بالاعتداء حقوقاً يجوز التصرف فيها ونقلها إلى الغير. كجرائم الهدم أو التخريب أو

- الإتلاف في ملك الغير وجرائم التعدي على المزروعات والحيوانات وآلات الزراعة. وذلك عندما تكون هذه الجرائم برضاء صاحب الحق. فهذا يعد تنازلاً منه عن حقه المالي.
- ويُشترط لكي ينتج الرضاء آثاره في هذه الحالة: أن يكون الرضاء صادراً عن إرادة معتبرة قانوناً، أي إرادة مميزة ومختارة، وأن يكون الرضاء معاصراً للفعل المكون للجريمة، فلا قيمة لتوافر الرضاء قبل هذا الوقت أو بعده.
  - الدفاع الشرعي هو: رد اعتداء غير مشروع سواء وقع الاعتداء على الشخص نفسه أو ماله أو نفس أو مال غيره. وهو مجرد أفعال المدافع من صفتها الإجرامية فتصبح أفعالاً مباحة ويعبر فقهاء الشريعة عن الدفاع الشرعي بدفع الصائل ويسمى عندهم المعتدي بالصائل والمعتدى عليه بالموصول عليه. والحكمة من إباحته ترجيح حق أولى بالرعاية تحقيقاً للصالح العام؛ فحق المعتدي عليه أهم عند المجتمع من حق المعتدي.
  - يشترط لإباحة الدفاع الشرعي: أن يكون خطر الاعتداء غير مشروع، وأن يكون حالاً أو وشيك الوقوع، وأن يكون مهدداً للنفس أو المال. ويشترط في فعل الدفاع: أن يكون بالقوة اللازمة لدفعه. وأن لا يمكن دفع الاعتداء بطريق آخر
  - أن الدفاع الشرعي يفترض إما أن اعتداءً إجرامياً على وشك الوقوع وهذا معناه أن اعتداء لم يقع بعد وإن كان سيقع. وإما أن اعتداءً إجرامياً بدأ وقوعه ولكنه لم ينته بعد. ذلك أن الدفاع الشرعي مقدر في جميع الأحوال لدفع الاعتداء الإجرامي بالحيلولة دون وقوعه أو دون استمراره. أما إذا كان العدوان قد تحقق فعلاً أي بدأ وانتهى فإن حالة الدفاع الشرعي تكون هي الأخرى قد بدأت وانتهت وأي اعتداء يقع يكون في حقيقة أمره "انتقاماً" لا "دفاعاً". كما أن حالة الدفاع الشرعي لا تقوم إذا كان الخطر أو الاعتداء مستقبلياً؛ لأن هذا الحق ليس له وجود متى كان من الممكن الاحتماء في الوقت المناسب برجال السلطة العامة.
  - أنه يجوز الدفاع الشرعي ضد غير المسئول جنائياً كالمجنون والطفل لأن فعل هؤلاء جميعاً يعتبر غير مشروع ويشكل جريمة وإن توافر في جانبهم مانع من موانع المسؤولية الجنائية. كما يجوز الدفاع الشرعي ضد من يتوافر في حقه أو يستفيد من عذر قانوني مخفف للعقاب، كعذر الزوج الذي يفاجئ زوجته متلبسة بالزنا فيقتلها في الحال هي ومن يزني بها (م ٢٣٧ عقوبات) إذ يكون للزوجة وشريكها مقاومة عدوان الزوج بالعنف باعتبار أنه سلوك إجرامي في مادته برغم العذر المخفف. وكذلك يجوز الدفاع الشرعي ضد الأشخاص الذين يتمتعون بحصانة دبلوماسية، لأن الأفعال التي يرتكبونها تظل

- على حالتها من عدم المشروعية، وكل ما هنالك أنهم لا يخضعون لولاية قضاء الدولة التي يعملون بها، وإنما يخضعون لقضاء دولتهم.
- أنه إذا كان الخطر مشروعاً بأن كان مصدره سبباً من أسباب الإباحة (الدفاع الشرعي أو أداء الواجب أو استعمال الحق) فلا يجوز بالتالي لمن يهدده هذا الخطر أو لغيره أن يستعمل العنف لدفعه على أساس الدفاع الشرعي، لأن الخطر المشروع يتوجب على من يتعرض له أن يتحمل ولا يجوز له أن يتخلص منه بالعنف فإن فعل كان فعله جريمة.
- أن حق الدفاع الشرعي لا يبيح مقاومة أحد مأموري الضبط أثناء قيامه بأمر بناء على واجبات وظيفته مع حسن النية ولو تخطى هذا المأمور حدود وظيفته إلا إذا خيف أن ينشأ عن أفعاله موت أو جروح بالغة وكان لهذا الخوف سبب معقول.
- يجوز الدفاع الشرعي باستخدام وسائل آلية أو ميكانيكية تعمل تلقائياً فتصيب بالأذى من يحاول الاعتداء على حقه، كمن يضع في خزانته آلة تطلق النيران على من يحاول فتحها، أو وضع أسلاك كهربائية صاعقة أو من يدرج كلباً على مهاجمة من يدخل مسكنه.
- أن المعيار الذي يقاس به ما إذا كان رد الاعتداء متناسباً مع جسامة الخطر الذي يتعرض له المعتدي عليه هو معيار موضوعي، وهو معيار الشخص المعتاد في نفس ظروف المدافع مع مراعاة الجانب الشخصي للمدافع من حيث القوة البدنية وكبر السن أو صغره، ومن حيث كونه ذكراً أو أنثى، ومن حيث الظروف التي وقع فيها من حيث الزمان والمكان وما أحاط بها من ملابس، وتقدير توافر التناسب بين الدفاع وجسامة الخطر من الأمور الموضوعية التي تستقل محكمة الموضوع بالفصل فيها، ويكفي لتوافره أن يكون تقدير المدافع لفعل الاعتداء مبنياً على أسباب معقولة من شأنها أن تبرر ما وقع منه
- يقيد حق الدفاع الشرعي بقيدتين: حظر مقاومة مأموري الضبط، أثناء قيامه بواجبات وظيفته، ولو تخطى حدود وظيفته. بشرط أن يكون حسن النية، وألا يتخوف أن ينشأ عن ذلك موت للمعتدي عليه أو أن تحدث له جروح بالغة. كما يحظر القتل دفاعاً عن النفس أو المال إلا في حالات محددة على سبيل الحصر نص عليها القانون: منها فعل يتخوف منه الموت أو جراح بالغة، وإتيان امرأة كرهاً أو هتك عرض إنسان بالقوة، واختطاف إنسان، وجرائم الحريق العمد، وسرقة من السرقات المعودة من الجنايات، والدخول ليلاً في مكان مسكون أو أحد ملحقاته.

- أن تجاوز حدود الدفاع الشرعي لا يكون لها محل إلا إذا كانت شروط الدفاع الشرعي - شروط الاعتداء وشروط الدفاع- متوافرة، وأنه لا يعفي من العقاب بالكلية من تجاوز بنية سليمة حدود الدفاع الشرعي دون أن يكون قاصداً إحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع، ومع ذلك يجوز للقاضي إذا كان الفعل جنائياً أن يعده معذوراً إذا رأي لذلك محلاً وأن يحكم عليه بالحبس بدلاً من العقوبة المقررة في القانون. أما إذا كان التجاوز بسوء نية، فالدفاع يتحول في هذه الحالة إلى "انتقام"، فيسأل صاحبه عنه مسؤولية عادية.
- أنه متى توافرت شروط الدفاع الشرعي الخاصة بالاعتداء والدفاع، ولم يكن هناك تجاوز في حالة الدفاع، فإنه يترتب على ذلك إباحة الفعل الذي ارتكبه المدافع عن نفسه أو عن غيره، ويصبح مشروعاً استثناءً. ولا تترتب عليه أي مسؤولية قانونية.
- أنه متى كان المدافع في نطاق حدود حقه في الدفاع الشرعي، فإن ما يصدر عنه من أضرار تصيب الغير نتيجة فعل الدفاع تكون مباحة. فالخطأ في شخص المعتدي، والخطأ في توجيه الفعل نحو مصدر الخطر، لا يترتب عليهما أي مسؤولية متى كان المعتدى عليه (المدافع) قد احتاط الاحتياط الكافي، ولم يحدث منه إهمال أو رعونة أو عدم احتياط.
- أن تقدير حالة الدفاع الشرعي مسألة موضوعية، ويجب أن يدفع به المتهم أمام محكمة الموضوع، وهي ليست ملزمة بالبحث في توافر حالة الدفاع الشرعي، إذا لم يدفع المتهم به، ولا يجوز له الدفع بتوافره أمام محكمة النقض لأول مرة، ولمحكمة الموضوع سلطة تقديرية في تقدير مدى توافر الدفاع من عدمه، وهي تستنتج توافر حالة الدفاع الشرعي أو انتفائها من وقائع الدعوى المعروضة عليها، ولا تكون هناك ثمة رقابة عليها من محكمة النقض.

### ثانياً: التوصيات:

- أوصي المشرع المصري أن يضع تعريفاً لأسباب الإباحة حتى تتضح ماهيته، ولا يكون مثاراً للخلاف بين الفقهاء.
- أوصي المشرع المصري أن ينص على الحق في التأديب، سواءً للأبناء أو للزوجة أو للتلميذ، في نصوص القانون الجنائي، مع بيان حدود هذا الحق وشروطه والآثار المترتبة عليه، حي لا يكون مثاراً للخلاف.

- أوصي المشرع بإزالة عبارة "فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جروح بالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة" من نص المادة ٢٥٠ عقوبات، التي تبيح القتل دفاعاً عن النفس والمال معاً، اكتفاءً بوردها في المادة ٢٤٩ عقوبات التي تجيز القتل دفاعاً عن النفس؛ فالقتل في المادة ٢٤٩ عقوبات هو للدفاع عن النفس مباشرة، أما في المادة ٢٥٠ عقوبات فهو للدفاع عن النفس بطريق غير مباشر أي عند الاعتداء على المال، فالجاني في كلتا الحالتين هدد النفس، وبذلك كان يكفي نص المادة ٢٤٩ ع لأنه يشمل الحالة المنصوص عليها في المادة ٢٥٠ عقوبات.

وأخيراً وليس آخراً، وبعد أن من الله سبحانه وتعالى - عليّ بإنجاز هذا البحث، فإنني لا أدعي إلمامي بكافة جوانب الموضوع، أو أنني قد أصبت الحقيقة في كل رأي أو اقتراح عرضته، ولا يمكنني الادعاء بأنني قد أعطيت الموضوع كامل حقه، فإن كنت قد وفقت فذلك فضل من الله ونعمة، وأشكر الله على ذلك، وإن جازني الصواب فأدعو الله الرحمة والمغفرة وسأكون شاكراً، بل ومديناً، لكل من يشرفني بالتنبيه أو تدارك القصور، فعسى أن أوفق لتداركه، فكل فكر يقبل الجدل والنقاش مهما كانت وجهته ومنطقيته. وأخيراً أسأل الله العليّ القدير أن يوفقنا لما يحبه ويرضاه، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه، أفضل الصلاة وأتم التسليم.

تم بحمد الله وتوفيقه

الباحث

## فهرس لأهم مراجع البحث

### أولاً: القرآن الكريم

#### ثانياً : مراجع الحديث وعلومه:

- أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، الهند، طبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، ١٣٥٤هـ.
- "الإمام" أحمد بن حنبل الشيباني، المسند، طبعة دار الحديث طبعة أولى سنة ١٤١٦هـ.
- أحمد بن علي محمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري. طبعة دار الريان بدون تاريخ، ط السلفية.
- سليمان بن الأشعث السجستاني(أبو داود)، سنن أبي داود. طبعة مصطفى الحلبي ١٩٥٢م .
- علي بن أبي بكر الهيثمي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، طبعة مكتبة القدسي، مصر بدون تاريخ.
- "الإمام" محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، مطبوع مع شرحه فتح الباري، طبعة دار الريان، بدون تاريخ.
- محمد بن عيسى الترمذي، الجامع الصحيح (سنن الترمذي) طبعة مصطفى الحلبي، مصر، وطبعة دار إحياء التراث العربي ، بيروت، بدون تاريخ.
- محمد بن يزيد القزويني (ابن ماجه)، سنن ابن ماجه، دار إحياء الكتب العربية، مصر، وطبعة دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ.
- "الإمام" مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت.

#### ثالثاً : مراجع اللغة والمصطلحات:

- علي بن محمد الجرجاني، التعريفات الجرجانية، المطبعة الخيرية الطبعة الأولى، بدون تاريخ.
- مجمع البحوث الإسلامية، المعجم الوسيط، مطبعة مصر، ١٩٦١م.
- محمد بن مكرم الأنصاري "ابن منظور" لسان العرب، طبعة بولاق بدون تاريخ.

#### رابعاً : مراجع الفقه الإسلامي:

- إبراهيم بن علي الشهير بابن فرحون، تبصرة الحكام في أصل الأفضية ومناهج الأحكام، طبعة مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة ١٩٨٦م.
- إبراهيم بن محمد المشهور بابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب الإمام أبي حنيفة، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٦٨م.
- إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي "أبو إسحاق" المعروف بالشاطبي المالكي، المواقفات، الجزء الأول، طبعة المطبعة السلفية، سنة ١٣٤١ هجرية.
- أحمد بن أحمد القليوبي، حاشية قليوبي على شرح المنهاج، لجلال الدين المحلي، طبعة عيسى الحلبي، مصر، ١٩٥٦م.



- أحمد بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، حاشية الشرواني، مصر، المطبعة الميمنية، ١٤٣١٥هـ.
- أحمد بن محمد الدردير العدوي، الشرح الكبير لمختصر خليل بن اسحاق، مطبوع بهامش حاشية الدسوقي عليه، طبعة محمد علي صبيح سنة ١٩٣٤م.
- أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، مطبوع على هامش حاشيتي الشرواني والعبادي طبعة المطبعة الميمنية بمصر ١٣١٥ هـ .
- زكريا بن محمد الأنصاري، أسنى المطالب شرح روضة الطالب، المطبعة الميمنية، مصر ١٣١٣هـ.
- عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، طبعة مطبعة بولاق ١٣٠٦ هـ.
- عبد القادر عوده، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مكتبة دار التراث، بدون تاريخ.
- عبد الله بن أحمد ابن قدامه، المغني مطبوع مع الشرح الكبير مطبعة المنار مصر طاسنة ١٣٤٨هـ.
- عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للنسفي، المطبعة الكبرى، بولاق مصر ١٣١٥هـ.
- علاء الدين أبي بكر ابن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مطبعة الجمالية ط ١٩١٠م.
- الشيخ/علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، طبعة معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ١٩٧١م.
- علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي "أبو الحسن" الأمدي، الإحكام لأصول الأحكام، طبعة دار الكتب ، مصر ،دون تاريخ.
- "الإمام" علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، طبعة دار التراث، مصر بدون تاريخ.
- الفتاوى الهندية، لجماعة من علماء الهند، طبعة دار إحياء التراث العربي للنشر والتوزيع، بيروت طبعة ثالثة، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.
- الشيخ/محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي "العقوبة" طبعة دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٠م.
- محمد أمين ابن عابدين حاشية، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، طبعة مصطفى الحلبي ١٩٦٦م.
- محمد بن أحمد الشرييني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، طبعة مصطفى الحلبي، مصر، سنة ١٩٥٨م.
- محمد بن أحمد بن حمزه الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، طبعة مصطفى الحلبي، مصر ط ١٣٥٧هـ.
- "الإمام" محمد بن إدريس الشافعي، الأم، المطبعة الأميرية، مصر، طبعة أولى، سنة ١٣٢٤هـ.

- محمد بن عبد الله بن علي الخرشبي، شرح الخرشبي على مختصر خليل، المطبعة الأميرية، ١٣١٧هـ.
- محمد بن عبد الواحد السيواسي، المعروف بابن الهمام، شرح فتح القدير، المطبعة الأميرية، مصر، الطبعة الأولى، ١٣١٦هـ.
- "الإمام" محمد بن محمد الغزالي "أبو حامد"، المستصفى في أصول الفقه، المطبعة الأميرية، مصر ١٣٢٢هـ.
- محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي الشهير بالحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، طبعة مكتبة النجاح، ليبيا، بدون تاريخ.
- محمد بن يوسف العبدري الشهير بالمواق، التاج والإكليل، شرح مختصر خليل، مطبوع بهامش مواهب الجليل للحطاب، طبعة مكتبة النجاح، ليبيا، بدون تاريخ.
- محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، القاهرة، المطبعة الأميرية، ١٣١٩هـ.
- منصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المسمى دقائق أولي النهى، طبعة عالم الكتب، بيروت بدون تاريخ.
- موسى الحجاوي المقدسي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، المطبعة المصرية، الطبعة الأولى، بدون تاريخ.
- "الإمام" يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين المكتب الإسلامي للطباعة والنشر عمان بدون تاريخ.

#### خامساً : المراجع القانونية:

- د/ أحمد حسني أحمد طه، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الجزء الأول، الجريمة، دون ناشر ودون تاريخ.
- د/ أحمد شوقي أبو خطوه، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة، سنة ١٩٨٩م.
- د/ احمد صفوت، شرح القانون الجنائي القسم العام، طبعة ١٩٢٨م.
- د/ احمد فتحي سرور، شرح قانون العقوبات، الجزء الأول، القسم العام، طبعة دار النهضة العربية، ١٩٨١م.
- د/ أسامة عبد الله فايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، طبعة دار النهضة، سنة ١٩٨٧م.
- د/ أسامة عطية محمد، شرح القواعد العامة للقانون الجنائي، نشر مكتبة الرشد ناشرون، ، الطبعة الأولى ٢٠١٥م.
- د/ أكرم نشأت إبراهيم، الأحكام العامة في قانون العقوبات العراقي، سنة ١٩٦٢م.
- د/ حسن صادق المرصفاوي، المسؤولية المهنية والقانونية للتوليد، بحث مقدم لمؤتمر المسؤولية الطبية، جامعة قار يونس، بني غازي، ليبيا ١٩٧٨م.

- د/ حسن محمد ربيع، شرح قانون العقوبات المصري، القسم العام، الكتاب الأول، طبعة أولى، سنة ١٩٩٦م.
- د/ حمدي رجب عطيه "المسئولية الجنائية للطبيب في التشريع الليبي" بحث منشور بمجلة مصر المعاصرة، مصر، مجلد ٩٣، عدد ٤٦٥، ٤٦٦، ٢٠٠٢م.
- د/ رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، طبعة منشأة دار المعارف، الإسكندرية ١٩٩٥م.
- د/ سامح السيد جاد، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والعقوبة والتدبير الاحترازية، طبعة دار الوزان ١٩٨٧م.
- د/ سامي جميل الفياض الكبيسي، رفع المسئولية الجنائية في أسباب الإباحة، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، ٢٠٠٥م.
- د/ السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، طبعة سنة ١٩٥٢م.
- د/ عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، طبعة الكويت ١٩٦٥م.
- د/ عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، طبعة ١٩٨٣م.
- د/ فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٨م.
- د/ فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٢م.
- د/ مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، طبعة جامعة القاهرة، بدون تاريخ.
- د/ محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم العام، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٣م.
- د/ محمد سامي الشوا، الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ١٩٩٣م.
- د/ محمد عبد العزيز المراغي، مسئولية الأطباء، مجلة الأزهر، المجلد ٢٠، سنة ١٣٦٨ هـ.
- د/ محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات القسم العام، النظرية العامة للجريمة، مطبعة أبناء وهبه حسان القاهرة ١٩٩٤م.
- د/ محمد هشام أبو الفتوح، شرح القسم العام من قانون العقوبات، دار النهضة العربية، ١٩٩٠م.
- د/ محمود أحمد طه، شرح قانون لعقوبات، القسم العام، الطبعة الثانية، بدون تاريخ.
- د/ محمود عبد ربه القبلاوي "المسئولية الجنائية للطبيب في القانون المصري" بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، ٢٠٠٠م مجلد ٩، عدد ١٧.
- د/ محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات، مطبعة جامعة القاهرة، طبعة ١٩٦٩م.
- مسئولية الأطباء والجراحين الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٤٨، السنة ١٨، العدد ٢.
- د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، طبعة دار النهضة العربية، الطبعة الخامسة ١٩٨٢م.

- د/ منصور مصطفى منصور، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشريعة بالكويت، السنة الخامسة، العدد الثاني، سنة ١٩٨١م.
- د/ نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الكتاب الأول، ١٩٩٨م.
- د/ وديع فرج، مسئولية الأطباء والجراحين المدنية، بمجلة القانون والاقتصاد السنة ١٢ عددان ٤، ٥.

#### سادساً: الرسائل العلمية:

- د/ عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب إباحة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة سنة ١٩٦٨م.
- د/ محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة ١٩٥١م.
- د/ مها صبيح صادق، استعمال الحق سبباً من أسباب الإباحة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة النهدين، ١٩٩٩م .
- د/ يوسف قاسم، نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، رسالة دكتوراه، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧٩م.

#### سابعاً : المجموعات والدوريات:

- مجموعة أحكام محكمة النقض الصادرة في المواد الجنائية
- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض

