Al-rafidain of Law (ARL)

www.alaw.mosuljournals.com

Legitimacy of defending the law

Talal Abed Hussein[1]
College of Law/ University of Mosul
drtalal@uomosul.edu.iq

Muhammad Ezzat Fadel[2]
College of Law/ University of Mosul
meher2007_55@uomosul.edu.iq

Article information

Article history
Received 4 March, 2024
Revisit 16 April, 2024
Accepted 30 April, 2024
Available Online 1 June, 2024

Keywords:
- Legal defense
- automatic defense
- self-defense
- reasons for justification

Correspondence:
Talal Abd Hussein
drtalal_2007@yahoo.com

Abstract

Automated self-defense involves the use of mechanisms that activate automatically when a protected area faces a threat. These mechanisms may safeguard both the physical premises and the individuals within them. Concerns arise regarding the potential for these machines to exceed the principle of proportionality in response to danger. Jurisprudence has varied in its interpretation of this concept. While the majority of Islamic jurisprudence has generally permitted such means, viewing them as analogous to repelling a human attacker, legal jurisprudence has been divided. Some view automated defense as an extension of legitimate defense, akin to an inherent natural right, while others scrutinize the operation of machines during times of danger, interpreting the notion of immediate danger broadly. Certain countries' judicial systems have settled this matter, with some considering automated defense as an exercise of property rights, aligning with the views of contemporary jurists. Notably, the Iraqi judiciary has categorized acts of automated defense as unintentional errors, as they fail to meet the conditions for legitimate defense. The research underscores the necessity of clear legal texts to specify the circumstances in which automated defense may be criminalized to uphold legal security.

Doi: 10.33899/arlj.2024.147449.1316
© Authors, 2024, College of Law, University of Mosul This is an open access articl under the CC BY 4.0 license (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0).

مشروعية الدفاع الآلي في القانون الجنائي

طلال عبد حسين
كلية الحقوق/ جامعة الموصل

محمد عزّت فاضل
كلية الحقوق/ جامعة الموصل

معلومات البحث
تاريخ البحث
الاستلام ٤ آذار، ٢٠٢٤
التعديلات ١٦ نيسان ٢٠٢٤
القبول ٣٠ نيسان ٢٠٢٤
الكلمات المفتاحية
- دفاع شرعي
- الدفاع الالي
- الدفاع عن النفس
- الدفاع الذاتي عن النفس

المستخلص

يشير الدفاع الآلي إلى استخدام وسائل تعمل بشكل تلقائي عند تعرض المكان الموضوع لحمايته إلى خطر. الأمر الذي يخشى منه تجاوز الآلة لقاعدة التناسب مع الخطر، وكان للفقه رؤيته العلمية من ذلك إذ أباح جمهور الفقه الاسلامي تلك الوسائل لكونها لا تختلف شيئاً عن رد الصائل, بينما انقسم الفقه القانوني منهم من أيّد الدفاع الآلي امتداداً للدفاع الشرعي بوصفه حقاً طبيعي أزلي، وينظر إلى عمل الآلة وقت الخطر مع تفسر الخطر الحال تفسيراً واسعاً مما استقر عليه القضاء في كل من بلجيكا وفرنسا، ومنهم من قال إن الدفاع الآلي يمثل استعمالاً للملكية وما يتفرع عنها من حقوق على حسب رأي أغلب الفقهاء المعاصرين.

بينما استقر القضاء العراقي على عدّ فعل الدفاع الآلي جريمة جنائية من نوع الخطأ غير العمدي بالنظر إلى تخلف شروط الدفاع الشرعي، ويخلص البحث إلى ضرورة معالجة الدفاع الآلي في نصوص واضحة تحدد شقّ التكليف أي الأحوال التي يجرم فيها حماية للأمن القانوني.

المقدمة

أولا– التعريف بالموضوع

ترتبط الوسائل الدفاعية التي يلجأ اليها الانسان في مواجهة الاخطار بحقوق اساسية مستقرة في القانون الطبيعي كحق الحياة وحق الملكية والتي تنبع عن كرامة الانسان ذاته . ولعل ذلك كثيراً ما يلازم الدفاع الشرعي بمعناه التقليدي الذي يفترض وجود خطر حال يتعرض له الفرد في حياته او ماله فيندفع الى استخدام الوسائل الدفاعية اللازمة لصد الخطر وما يقتضي ذلك من ضرورة التناسب بين فعل الدفاع وفعل الخطر, ولكن حينما يصار الى استخدام تلك الوسائل قبل تحقق الخطر وامام الغير ذي الشخصية غير المحددة وقت عمل الآلة بشكل تلقائي فان ذلك يثير التساؤل حول مدى قانونية تلك الوسائل الايجابية الدفاعية وذلك امام الخشية من تجاوز الآلة لحالة التناسب القانوني مع فعل الخطر.

ثانيا– أهمية الموضوع

تكمن أهمية الموضوع في بحث الدفاع الآلي بوصفه من الموضوعات المتجددة في القانون الجنائي ولاسيما ان الوسائل الآلية هي متنوعة كثيرة وتجد بعض تطبيقاتها في اطار الجرائم الالكترونية التي يلجأ فيها الفرد الى تنصيب برامج خبيثة في الموقع الالكتروني من اجل صد التعرض غير القانوني، وكذلك تكمن أهمية البحث في تحليل وجه المشروعية في الدفاع الآلي حينما يخلو القانون من معالجة احكامه على نحو واضح, وحينما تتعدد الرؤى الفكرية حيال ذلك على مستوى الفقه والقضاء.

ثالثا– اشكالية البحث

يهـدف البحث الى ايجاد التكييف القانوني الملائم للدفاع الآلي من خلال بحث فكرته عما اذا كان يشكل استعمالاً لحق او امتداداً للدفاع الشرعي الاصلي او يشكل جريمة جنائية والوقوف على ضرورة اتباع الوسائل الآلية امام الجرائم التي تهدد مصالح الافراد الخاصة والعامة.

رابعا– تساؤلات البحث

هناك العديد من التساؤلات التي يثيرها البحث اهمها :

- ما رأي الفقه الاسلامي من الدفاع الآلي؟
- ما الحجج القانونية التي تبناها الفقه الوضعي في تأييد الدفاع الآلي او انكاره؟
- ماهي رؤية القضاء العراقي من ذلك ؟
- وانسجاماً مع الإشكالية فان الضرورة الجنائية تقضي بوجود علاقة وثيقة ما بين حداثة الوسائل الآلية وبين مصالح الأفراد, وان إيجاد حماية قانونية ملائمة لهم امام تعدد الوسائل الجرمية وتنوعها يفرض النظر في مشروعية الدفاع الآلي.

خامسا– منهجية البحث

تم دراسة الموضوع على وفق المنهج الاستنباطي الفكري لرؤى الفقه والقضاء وتحليلها، وبيان الرأي فيما نجده ملائما للوقوف على تكييف الدفاع الآلي ومن ثم الارتقاء بالقانون العراقي بوصفه نطاق بحثنا القانوني.

سادسا– هيكلية البحث

تنقسم هيكلية البحث الى مبحثين تناول الأول مفهوم الدفاع الآلي, بينما درس الثاني الدفاع الآلي بين استعمال الحق والتجريم, ومن ثم نكشف عن أهم النتائج والتوصيات في ختام البحث.

المبحث الاول

مفهوم الدفاع الآلي

حينما يستخدم الانسان وسائل ايجابية وقائية لحماية ماله او نفسه قبل تحقق الخطر الفعلي فان ذلك يثير الجدل حول قانونية الدفاع الآلي امام عدم وجود نصوص مباشرة لاحتوائه وامام تنوع وسائله المعاصرة وتعددها, وكان للفقه والقضاء موقفه من ذلك بغية تكييف اللجوء اليه من الناحية الجنائية. وفيما يأتي سندرس تعريف الدفاع الآلي وتأصيله الشرعي كمطلب اول, والدفاع الآلي امتداد للدفاع الشرعي كمطلب ثاني وعلى وفق ما يأتي:

المطلب الأول

تعريف الدفاع الآلي وتأصيله الشرعي

يصطلح الفقه الجنائي تسميات عديدة للدفاع الآلي، فمنهم من اطلق عليه بـ(الدفاع الإيجابي) باعتبار الآلة دائماً تقوم بفعل لرد الخطر[١]. وهنالك من اطلق عليه بـ(الدفاع التلقائي الشرعي أو الدفاع شبه شرعي)[٢]. كما اطلق عليه (الدفاع الاوتوماتيكي) للدلالة على تلقائية عمل الآلة[٣]. وتعد وسائل الدفاع الآلي كثيرة ومتنوعة في حقيقة الأمر, بل تختلف باختلاف الزمان والمكان مثال ذلك مد الأسلاك الكهربائية في مداخل المنزل بحيث يصعق بالكهرباء كل من يدخل, ونصب الأفخاخ والانطلاق الذاتي للأسلحة النارية واستخدام الكلاب الشرسة للحراسة داخل الدار أو البستان.

لم تنص مختلف التشريعات الجنائية على حالة الدفاع الآلي مما ادى الى اختلاف الفقهاء حول ذاتية هذا النمط من الدفاع, ومع ذلك يمكن أن نستنبط من الفقه الجنائي محاولات لتعريفه، فذهب رأي الى تعريفه بأنه (مجموعة من التدابير الاحترازية أو الاحتياطية التي يقوم بها المالك لصون حقه ضد الاخطار المستقبلية) [٤].

ويلاحظ على هذا التعريف أنه يسند الدفاع الآلي إلى فكرة استعمال الحق، وينطوي على اطلاق يد المالك بالمحافظة على ماله بصرف النظر عن ماهيته التدبير ومشروعيتها وكيفية استخدامها.

---

(١) د. فخري عبد الرزاق صلبي الحديثي، شرح قانون العقوبات القسم العام, (مطبعة الزمان, بغداد | ١٩٩٢)، ص١٥٠.

(٢) د. ضياء الدين مهدي الصالحي، حق الدفاع الشرعي في القانونين العراقي والألماني، مجلة القضاء،(نقابة المحامين العراقية)، ع٢٣| ١٩٨٧، ص١١٢.

(٣) د. ماهر عبد شويش, الاحكام العامة في قانون العقوبات القسم العام, (دار الحكمة للطباعة والنشر , الموصل| ١٩٩٠) ص ٣٥٣.

(٤) د. فخري عبد الرزاق صلبي الحديثي، مصدر سابق، ص١٥٠.

في حين ذهب رأي آخر إلى تعريف الدفاع الآلي بأنه (استخدام وسائل دفاعية تعمل ذاتياً عند تعرض المكان الموضوع لحمايته إلى خطر أو اعتداء)[١]. ويلاحظ على التعريف المذكور بأنه أكثر دقة من التعريف الذي سبقه من حيث تحديدهُ لوقت عمل الآلة وهو وقت تحقق الخطر. وكثيراً ما يفترض الدفاع الآلي الدفاع عن مصالح الفرد نفسه اي من الناحية المنطقية لا يتصور معه الدفاع عن الغير لكون اعداد مكان الآلة يكون ضمن حيازته وليس حيازة الغير.

ارتبط استخدام الدفاع الآلي عبر التأريخ باستخدام الحيوان للحراسة وهو أمر يعود إلى ما قبل الإسلام إذ روى القاسم بن علفحة عن عبد الله (رضي الله عنه) أنه قال: أول من استخدم الكلب للحراسة هو سيدنا نوح (عليه السلام) وذلك أنه قال: يا رب امرتني أن اصنع الفلك وأنا في صناعته أصنع أياماً فيجيئون في الليل فيفسدون كل ما عملتُ فمتى يلتئم لي ما امرتني به فقد طال عليّ امري؟ فأوحى الله إليه: يا نوح اتخذ كلباً يحرسك، فاتخذ نوح (عليه السلام) كلباً وكان يعمل بالنهار وينام بالليل، فإذا جاءه قومه ليفسدوا بالليل عمله نبحهم الكلب فينتبه نوح (عليه السلام) فيأخذ الحرارة ويثبت لهم فيهربون فالتأم لهُ ما أراد[٢]. يتضح من ذلك أن فكرة الدفاع الآلي قائمة منذ العصور القديمة التي ترجع إلى ما قبل الإسلام، وينقسم الدفاع الشرعي في الشريعة الاسلامية إلى نوعين: النوع الأول الدفاع الشرعي الخاص (رد الصائل) المقرر لكل فرد في رد الاعتداء عنه, والنوع الثاني بالدفاع الشرعي العام الذي يعني قاعدة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر التي تقوم على التكليف والايمان والقدرة والعدالة والإذن[٣].

(١) د. أكرم نشأت إبراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن, ط١, (مطبعة الفتيان, بغداد|١٩٨٨) ص١٥٨.

(٢) كمال الدين *الدميري*، حياة الحيوان، ج٢٩، (دار التحرير للطبع والنشر، القاهرة| ب.ت) ص٥٣٢- ٥٣٣.

(٣) د. حسين الشيخ محمد طه، الدفاع الشرعي بين الشريعة الإسلامية والقانون، (مجلة القانون المقارن, جمعية القانون العراقي المقارن| ٢٠٠٦) ص١٠٨-١١١.

اختلف الفقهاء المسلمين فيما بينهم على ما يعرف حالياً بالدفاع الآلي ولا سيما أنه يتعارض مع شرط الخطر الحال الذي يقتضي أن يكون هنالك تزامن بين الدفاع وحلول الخطر.

ومن أبرز وسائل الدفاع الآلي السائدة آنذاك في البلاد الإسلامية هو استخدام الكلب للحراسة والزرع والمواشي، إذا أجاز رسولنا الكريم محمد(ﷺ) اقتناء الكلب للصيد والزرع والماشية حيث هنالك منفعة منه فإن لم يكن الكلب مخصصاً لتلك الأغراض فإنه محرم لقوله عليه الصلاة والسلام: من اتخذ كلباً إلا كلب صيد أو زرع أو ماشية انتقص من أجره كل يوم قيراط)[١]. وعموماً بحث الفقه الإسلامي مسألة قيام صاحب الدار أو المزرعة ينصب الاشراك والفخاخ وراء الأبواب فتؤدي هذه الوسائل إلى إصابة المعتدي بغير المكان المخصص اصلاً فذهب اتجاه يمثله الحنابلة والحنفية والشافعية إلى عدم مسؤولية صاحب الدار أو المزرعة لأن الفعل يعد من قبيل الدفاع الشرعي ولأن الداخل قتل نفسه بتعديه ودخوله المكان أو المسكن دون وجه حق سيما وأن حرمة المسكن مصونة في الإسلام، أما الاتجاه الثاني والذي مثلهُ المالكية فإنه يرى أن صاحب الدار أو المزرعة يتحمل المسؤولية إذا قصد بتعديه هلاك الداخلين أو اصابتهم أما إذا كان الغرض من الوسائل الآلية سد حاجة من حاجات السكن أو المزرعة فلا مسؤولية على صاحب الدار أو المزرعة[٢]. لكن جمهور الفقه الاسلامي ذهب الى جواز نصب الشراك والافخاخ وراء الابواب والاسوار من اجل قتل المعتدي او جرحه لدرء الاعتداء " وهي تعد جزء من الدفاع الشرعي حيث انه من المستحيل على الافراد البقاء مرابطين امام املاكهم لحمايتها من العدوان الذي يتخذ اشكال حديثة ومتجددة[٣].

(١) محمد علي محمد الشويكاني، نيل الاوطار من أحاديث سيد الاخيار شرح مفتي الاخيار، (المطبعة المنيرية| ب.ت) ص٢.

(٢) المصدر نفسه، ص١٠٤-١٠٥.

(٣) د.محمد نعيم فرحات, استخدام الاجهزة الالية في الدفاع عن النفس والمال, (المجلة العربية للدراسة الامنية , المركز العربي للدراسات الامنية والتدريب بالرياض, ع ٥, ديسمبر|١٩٨٧) ص ١٠٦-١٠٧.

والحيوان الذي يمكن استخدامه في الدفاع الشرعي يفترض ان يكون من صنف الحيوانات ذات النفع ولا ضرر منها [١]. وفي هذا الصدد يقول الامام الغزالي بأن من كان لهُ كلب عقور على باب داره يؤذي الناس فيجب منعهُ [٢].

وعليه فان الدفاع الآلي يعني (استخدام وسائل دفاعية تعمل ذاتياً عند تعرض المكان الموضوع لحمايته إلى خطر أو اعتداء), وقد أيد جمهور الفقه الاسلامي هكذا صورة من صور الدفاع بالنظر الى ضرورته في صون الحقوق الاساسية .

المطلب الثاني

الدفاع الآلي امتداد للدفاع الشرعي

ناقش الفقه ذاتية دفاع الفرد عن نفسه وماله والذي عدّونه حقاً طبيعياً أزلياً يرتبط بحق الإنسان في الوجود والبقاء وهذا ما التزمتهُ الكنيسة في أوربا[٣]. وأن القول بأنه حق مكتسب فيعني أن القانون يخول الفرد ذلك ومن ثم فيمكن للقانون سحبهُ منه. وعلى هذا الاساس ارتبط الدفاع بفكرة العقد الاجتماعي ، فالدولة إن لم تستطيع حفظ الأمن والاستقرار بموجب العقد المبرم بينها وبين الافراد فعندئذٍ كان بإمكان الافراد الدفاع عن انفسهم[٤]. والبعض هنا يرى بأن حق الإنسان في حماية نفسه وماله هو الأصل وأن حق

(١) ويلاحظ أن الحيوان في الشريعة الإسلامية يقسم إلى أربعة أصناف من حيث الحل والحرام، الاول ما فيه نفع ولا ضرر منه فلا يجوز قتله, والثاني ما فيه ضرر بلا نفع فيجب قتله, والثالث ما فيه نفع وضرر فلا يندب قتله ولا يكره, والرابع مالا نفع فيه ولا ضرر فلا يحرم قتله ولا يندب للمزيد راجع محمد بن ادريس عبد الله الشافعي، اختلاف الحديث، الفقه الشافعي– كفاية الاخيار–، ط١، مؤسسة الكتاب للنشر، بيروت، ١٩٨٥، ص٦٤١.

(٢) كمال الدين الدميري، المصدر السابق، ص٥٣٣.

(٣) عبد العزيز رمضان علي، الدفاع الوقائي في القانون الدولي العام، رسالة ماجستير, (كلية القانون، جامعة الموصل| ٢٠٠٤) ص١٩.

(٤) قاسم حسن بدن، الدفاع الشرعي في القانون العراقي دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير , (كلية القانون, جامعة بغداد | ١٩٨٣) ص٣٨.

الدولة في العقاب هو ثانوياً يكمل حق الإنسان عند عدم كفايته[١]. بينما عدّ البعض الاخر من الفقه الدفاع الشرعي رخصة قانونية او تفويض بممارسة السلطة بدلاً عن رجال الأمن[٢].

اقام رأي في الفقه الدفاع على فكرة الإكراه الأدبي، فالخطر الداهم للشخص يعدم حريته فيندفع نحو الجريمة، ويؤخذ على ذلك أن المدافع اثناء رد الاعتداء قد يكون في حالة نفسية هادئة والخطر الداهم قد لا يكون جسيماً ومع ذلك جائز الدفاع الشرعي[٣]. كما ان هذا الرأي ينفي اساس الدفاع الآلي الذي لا يربط استعماله بإرادة قائمة وقت النتيجة أي وقت تحقق الخطر.

ذهب الفقه في بعض طروحاته في إجازة الدفاع الآلي إلى عدّه صورة من صور الدفاع الشرعي ويشترط فيه ما يشترط في الاخير من شروط قانونية, فاشتراط عمل الآلة وقت الخطر وأن يكون متناسباً مع حالة الخطر، أما إذا عملت الآلة قبل الخطر أو كانت لا تتناسب مع الخطر فإن المدافع يكون مسؤولاً عن فعله الجرمي[٤]. وأيد ذلك جانب من الفقه الألماني في محاولة منه لتبرير الوسائل الآلية المستخدمة لصد الخطر إلى تفسير الخطر الحال تفسيراً واسعاً حتى يكاد يتسع ليشمل الخطر غير متحقق، وفي ذلك يشاطر هذا الرأي جانب من القضاء الألماني حتى أصبح يطلق عليه بالدفاع الشرعي التلقائي أو الدفاع

(١) د. حسين الشيخ محمد طه، مصدر سابق، ص٨١.

(٢) قاسم حسن بدن، مصدر سابق، ص٣٩؛ د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم العام ,(دار المطبوعات الجامعية , ب.ت)ص٢٤٤.

(٣) د. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات , ج١, (دار النهضة العربية القاهرة| ١٩٨١) ص٣٤٣.

(٤) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات– القسم العام، ط٤، (دار النهضة العربية، بيروت| ١٩٧٧) ص٢١٣؛ د. علي عبد القادر قهوجي، قانون العقوبات– القسم العام، (الدار الجامعية للطباعة والنشر،|١٩٨٨) ص١٤٥؛ قاسم حسن بدن، المصدر السابق، ص١١٦–١١٧.

الشبه شرعي[١]. ويلاحظ ان هذا الاتجاه أنما يعتمد في تقديم أساس الدفاع الآلي على التوسع في تفسير الخطر الحال, وهذا لا يصح لأن القاضي الجنائي مقيداً في تفسير النص بالغرض الذي جاء المشرع به، والتفسير لا يمكن أن يكون واسعاً لأن من شأن ذلك الإخلال بمبدأ مشروعية الجرائم والعقوبات، كما لا اجتهاد في مورد النص بعد أن ينص القانون على الخطر الحال كشرط لقيام الدفاع الشرعي والذي يعني أن يكون الخطر قد وقع فعلاً أو على وشك الوقوع وبذلك فإن الخطر الحال لا يمكن أن يتسع ليشتمل على الخطر المستقبل.

وهناك رأي في الفقه يقول أنه لا يمكن وضع حل مسبق لمشكلة التناسب لأن الامر يتوقف على ظروف الدفاع والخطر والتي يجب على أساسها تحديد مقدار الواجب توافره من الاثنين[٢]. في تقديرنا أنه لا يمكن في الدفاع الآلي أن يكون هنالك تناسب مع الخطر لأن هذا التناسب لا يحصل إلا إذا واجه المدافع الخطر حقيقته فعندها يستطيع اختيار الوسيلة الأنسب من صد الخطر.

وذهب نقاد هذا الاتجاه الى ان الدفاع الآلي لا يعد وسيلة من وسائل الدفاع الشرعي ومن ثم فهو تصرف غير مشروع وذلك لأن فعل الدفاع ينبغي أن يتزامن مع الخطر لحظة حلوله فلا ينبغي أن يتحول الدفاع الشرعي إلى إجراء احتياطي او احترازي لصد الخطر قبل تحققهُ ومن ثم فإن فعل الدفاع لا يتم إلا إذا وقع الخطر فعلاً أو كان على وشك الوقوع، فلا يجوز الرد الدفاعي قبله ولا بعده، كما يتعارض الدفاع الآلي مع فكرة الخطر الحقيقة كشرط لقيام الدفاع الشرعي[٣].

ومن حيث المصلحة قدم الفقه الجنائي تفسيرات عديدة منها ان الهيئة الاجتماعية ليست لها أية مصلحة في إنزال العقاب على المدافع الذي لم يقم إلا برد الاعتداء عن مصلحة

(١) د. ضياء الدين مهدي الصالحي، مصدر سابق، ص١١٢.
(٢) د. احمد فتحي سرور، مصدر سابق، ص٣٥٨.
(٣) د. ضياء الدين مهدي الصالحي، مصدر سابق، ص٩٠؛ د. حسين الشيخ محمد طه، مصدر سابق، ص٨٩.

تجاه الغير ومن ثم فلا يشكل تصرفه خطراً على المجتمع[١]. وعبر عن ذلك الفيلسوف هيغل في أن الاعتداء هو نقض الحق والدفاع نقض النقض وهو بالتالي احقاق الحق [٢]. وان فكرة مجاراة الشر بالشر بدافع العدالة المطلقة هو عبارة عن مقاصة بين شر الاعتداء وشر الدفاع أي أنه قصاص معجل للاعتداء[٣]. فأساس الدفاع الشرعي يرجع إلى فكرة تعارض المصالح وحماية المصلحة الاجدر بالرعاية فالمعتدي باعتدائه يكون قد ضحى بحقه ومن ثم فإن هذا الاتجاه يصلح لأن يفسر حق الدفاع عن المال والنفس ليس في حق المدافع فحسب وإنما في حق الغير أيضاً[٤]. ويجد الباحث ان تلك التفسيرات من الممكن تصورها في الدفاع الآلي ايضاً ولكن المشكلة تبقى في تعيين مصدر المشروعية في ذلك.

ذهب القضاء المقارن في بعض الدول الى ربط الدفاع الآلي بالدفاع الشرعي من حيث المشروعية ففي بلجيكا اجازت محكمة لييت في قرارها المؤرخ ١٩٢٤/١١/٢١ الوسائل الآلية في دفع الخطر وفق أوضاع معينة أشار إليها الحكم بقوله ((لا ينكر على المالك حقه في المحافظة على أمواله بكل الوسائل المشروعة شريطة عدم المساس بحقوق الغير، وبناءً عليه إذا لجأ صاحب غابة أو بستان إلى تسويرها وأحكم إغلاق بابها، وعلق كتابات تحظر دخول الغابة وتحذر من خطر ذلك فإن صاحب الغابة لا يكون مسؤولاً متى ما أصيب الغير بإطلاق المقذوف من الآلة))[٥].

وفي فرنسا استقر القضاء على ربط الدفاع الآلي بحق المالك او الحائز في الدفاع الشرعي باستخدام الاجهزة الآلية باعتباره ينشأ صحيحاً في حالة توقع الخطر من شخص معين او غير معين ما دام قد ثبت ان سلوك الدفاع كان متلازماً مع الخطر الحال او وشيك

(١) د. فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي، مصدر سابق، ص١٤٥.
(٢) د. كامل سعيد، الأحكام العامة للجريمة في قانون العقوبات، ط١، ب.م,١٩٨١، ص١١١.
(٣) قاسم حسن بدن، مصدر سابق، ص٣٤.
(٤) المصدر نفسه، ص٤٢، ٤٣؛ د. فخري عبد الرزاق صلبي الحديثي، مصدر سابق، ص١٤٦.
(٥) قاسم حسن بدن، مصدر سابق، ص١١٦.

الوقوع مما اكدت عليه محكمة تولوز في فرنسا واستقر عليه قضاء محكمة النقض الفرنسي[١]. كما أن محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في ١٩٠٢/٣/٢٥ كانت سباقة في إجازة الدفاع الآلي وعلى النحو المذكور في حكم المحكمة البلجيكية[٢]. وفي موضع اخر اكد القضاء الفرنسي على مشروعية الوسائل الدفاعية شائعة الاستعمال وارتباطها بحق الملكية, ولا يسأل واضعها عن اية اصابات تلحق بالغير ولو كان سيء النية ومن دون البحث في اتخاذه للاحتياط الكافي من عدمه" لأنه من غير المعتاد دخول المكان المسكون بالتسور وطالما كان الدفاع لازماً لرد الاعتداء في لحظة التسور مما قضت به محكمة ديجون في فرنسا عندما رفضت طلب المضرور بالتعويض استناداً الى ان المالك لا ينسب اليه خطأ, كما ذهب القضاء في اتجاهاته الى ان سقوط المجني عليه في حفرة داخل موقع عمل لبناء عقار كان محظور على الجمهور الدخول فيه انما يعد خطأ منسوباً الى المجني عليه نفسه ومساوياً لحلة القوة القاهرة ولا مسؤولية على المالك حارس الشيء [٣].

في تقديرنا أنه من غير السليم ربط الدفاع الآلي بالدفاع الشرعي لان اشتراط المشرع الخطر الحال لقيام الدفاع الشرعي يقتضي حصول تزامن لفعل الدفاع مع فعل الاعتداء وهذا ما لا يتحقق في الدفاع الآلي لعدم وجود خطر حقيقي حال عند استعمال الوسائل الآلية أما ما يقال بأن الخطر الحال متحقق وقت عمل الآلة فيلاحظ أن هذه الآلة قد لا تعمل ضد المعتدين وإنما تعمل لمن هم غير ذلك, كما إن فعل الدفاع الآلي عادةً لا يتناسب والخطر الواقع ويؤدي إلى نتائج جسيمة. كما إن الدفاع الآلي يخالف شرط التدرج في صد الخطر ذلك الشرط الذي يقتضي من المدافع استخدام وسيلة لا تعد جريمة لرد الخطر وإذا لم تنفع في صده، عليه اختيار وسيلة خفيفة ثم الملائمة مع الخطر. وتفترض أصول الدفاع الشرعي أن تكون لدى الفاعل نية الدفاع لصد الخطر وذلك يتوجه فعلهُ إلى مصدر العدوان, كما لا يمكن الاحتجاج بالدفاع الآلي في حالة الدخول ليلاً في محل سكون أو

(١) د.محمد نعيم فرحات, مصدر سابق, ص ١١٠.
(٢) د. اكرم نشأت إبراهيم، مصدر سابق، ص١٥٨.
(٣) د.محمد نعيم فرحات, مصدر سابق, ص ١١١-١١٣.

أحد ملحقاتهُ لأن الحالة الأخيرة تفترض– على حسب المادة (٤٤) من قانون العقوبات العراقي النافذ رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل– لكي يستخدم المدافع القتل دفاعاً عن المال أن تتحقق لديه أسباب معقولة بجهله لشخص الداخل ونيتهُ.

مما تقدم ان الدفاع الآلي يعني استخدام وسائل دفاعية تعمل ذاتياً عند تعرض المكان الموضوع لحمايته إلى خطر أو اعتداء مما ايده جمهور الفقه الاسلامي بوصفه جزء من الدفاع الشرعي. وكذلك جانب من الفقه الوضعي الذي نظر الى عمل الآلة وقت الخطر.

المبحث الثاني

الدفاع الآلي بين استعمال الحق والتجريم

ذهبت العديد من اتجاهات الفقه والقضاء إلى التعامل مع الدفاع الآلي على انه صورة من صور استعمال حق الملكية, بينما انكر في احوال معينة وتم التعامل معه على انه جريمة, ويرجع ذلك الى الاختلاف حول مشروعية هذا النمط من الدفاع ولتوضيح ذلك سنقسم الموضوع إلى مطلبين الاول يدرس الدفاع الآلي واستعمال الحق, والثاني يتناول الدفاع الآلي جريمة جنائية وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول

الدفاع الآلي واستعمال الحق

تعامل جانب كبير من الفقه الجنائي مع الدفاع الآلي على انه يمثل استعمالاً لحق الملكية وذهبوا الى انه يحق للمالك استخدام الوسائل المختلفة لرد الخطر، لكن يلاحظ في هذا الاتجاه أن مؤيديه اختلفوا في بيان الأساس الذي نقوم عليه مشروعية لهذا الدفاع فظهرت بذلك أراء فقهية عديدة تناولت بحث ذلك الأساس ويمكن اجمال تلك الآراء على وفق الآتي:–

١- ذهب رأي إلى تأسيس مشروعية الدفاع الآلي على فكرة حق المالك في اتخاذ التدابير الاحترازية (الاحتياطية) لصد الخطر المستقبل[١]. ويلاحظ على هذا الرأي أنه استخدم عبارة (التدابير الاحترازية أو الاحتياطية) فهذه التعابير في واقع الحال لا تقوم على أساس قانوني فلا يمكن مثلاً عدها جزء من حالة الدفاع، لكن قد تكون اقرب إلى فكرة استعمال الحق كسبب للإباحة لأن الدفاع الشرعي يتطلب الخطر الحال، ومن ثم ففكرة استعمال الحق اكثر تبريراً للدفاع الآلي [٢]. وذلك باعتبار أن المالك يستخدم حق الملكية ذلك الحق الذي يخول صاحبه سلطة التصرف والاستعمال والاستغلال، فعلى هذا الأساس يتصرف المالك في استخدام الوسائل الآلية لصد الخطر المستقبلي [٣].

أيد الفقه المصري هذه الرؤية الذي أكد على ان عدم الاعتداد بالخطر المستقبلي في تحقق الدفاع الشرعي لا يمنع من اتخاذ كافة الاجراءات الاحتياطية ضد الاخطار المستقبلية كوضع فخ او شراك, وذهب البعض الى ان القول بعدم احقية الفرد للجوء الى الوسائل الآلية انما يسمح للمعتدين بارتكاب كل السرقات الا اذا كان الحظ السيء يقودهم الى التلبس بالجرم مما اكده الفقيه Bouzat [٤].

ويجد هذا الاتجاه في ان الفعل يبقى في اطار العمل المباح إذ لا مسؤولية على المالك الذي لا يتوفر لديه ابتداء نية اجرامية للأضرار بالأخرين كذلك الذي يضع زجاج محطم او بعض الحديد المدبب في اعلى السور, حيث يعد فعله من الوسائل الدفاعية شائعة الاستعمال وترتبط بحق الملكية, ولا يسأل واضعها عن اية اصابات تلحق بالغير ولو كان سيء النية ومن دون البحث في اتخاذه للاحتياط الكافي من عدمه لأنه من غير المعتاد دخول المكان

(١) د. فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي، المصدر السابق، ص١٥٠. مع العلم ان المادة (٤١) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ قد نصت على استعمال الحق كسبب للإباحة حينما نصت على انه (لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون ويعتبر استعمالاً للحق..).

(٢) د. عوض محمد، قانون العقوبات القسم العام, (دار المطبوعات الجامعية, الاسكندرية, ب.ت) ص١٥٢.

(٣) د. ماهر عبد شويش، مصدر سابق، ص٣٣٧-٣٣٨.

(٤) د.محمد نعيم فرحات, مصدر سابق, ص١٠٦- ١٠٧.

المسكون بالتسور طالما كان الدفاع لازماً لرد الاعتداء في لحظة التسور, وذهب رأي الى ابعد من ذلك للقول بان من حق المالك اتخاذ اية تدابير لحماية ملكه بوصفه حقاً طبيعياً بصرف النظر عن اتخاذه الاحتياط من عدمه[١] .

ويلاحظ على ذلك أن استعمال الحق كسبب للإباحة لا يمكن إلا إذا التزم صاحبه بحدود الحق وتصرف بحسن نية أي أن يستهدف في ممارسة حقهُ ذات الغاية التي رسمها المشرع ولا يجوز لهُ الخروج عنها وإلا عدّ متعسفاً في استعمال الحق[٢]. ومن ثم فالدفاع الآلي في تقديرنا يؤدي إلى هذه النتيجة.

٢- ذهب رأي آخر في بيان مشروعية الدفاع الآلي إلى القول بأن للمالك الحق في أن يتخذ جميع الوسائل والتدابير الملائمة لحماية ملكهُ من الخطر ويرى في نفس الوقت أن العبرة في قياس مشروعية الدفاع الآلي ليس بوقت وصنع الآلة وإنما بوقت عمل الآلة والذي هو وقت وقوع الخطر[٣]. ويتبين من ذلك أن هذا الاتجاه يسند مشروعية الدفاع الاوتوماتيكي إلى أساسين هما استعمال الحق وحق الدفاع الشرعي، ويلاحظ على هذا الرأي أنهُ لو كان يستند إلى حق الدفاع الشرعي فإنهُ في الدفاع الآلي لا يوجد هنالك تزامن بين الدفاع والخطر ولا يوجد هنالك خطر حقيقي يتعرض لهُ المعتدى عليه كما لا يتحقق عادةً التناسب ولا التدرج في الدفاع، وأما استناد هذا الرأي على فكرة استعمال الحق فنرى بأنها فكرة غير مجدية أيضاً للأسباب المذكورة انفاً في الفقرة السابقة.

٣- ذهب رأي يؤيده الفقه الألماني وجانب في الفقه العراقي الى أن حالة الدفاع الآلي ترتبط بحالة الضرورة المنصوص عليها في المادة (٣٤) من القانون الجنائي الألماني لسنة ١٨٧٢ المعدل والمادة (٦٣) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ[٤]. في تقديرنا أن هذا الرأي يرد عليه عدة مآخذ فحالة الضرورة هي مانع

(١) د.محمد نعيم فرحات, مصدر سابق, ص ١٠٩, ١١١-١١٣.
(٢) د. ماهر عبد شويش، المصدر السابق، ص٣٣٧-٣٣٨.
(٣) المصدر نفسه، ص٣٥٣.
(٤) د. ضياء الدين مهدي الصالحي, مصدر سابق, ص ١١٢.

للمسؤولية الشخصية يصيب الارادة, بينما وقت عمل الآلة ليس للفاعل ارادة إذ تتطلب أن يكون من ارتكب الجريمة قد ألجأته إليها الضرورة الممثلة بخطر حال لا يمكن ردعهُ إلا بجريمة أقل جسامة منه، ويترتب على ذلك أنه لا يمكن إقران الدفاع الآلي بحالة الضرورة لأن الوسائل الآلية أو الاوتوماتيكية التي استخدمها الشخص كانت معدة مسبقاً قبل الخطر، كما أن حالة الضرورة تتطلب وجود خطر حال لقيامها شأنها في ذلك شأن الدفاع الشرعي، كما يتطلب المشرع لقيام الضرورة وجود تناسب بين الجريمة المرتكبة والخطر الداهم وهذا التناسب لا يمكن أن يتحقق في الدفاع الآلي.

٤- ذهب رأي في مشروعية الدفاع الآلي الى التمييز بين الوسائل الآلية المشروعة والوسائل الآلية غير مشروعة فيرى أن هنالك وسائل يتناسب أثرها مع الخطر الواقع بحيث لا تعمل إلا ضد المعتدين فتكون بطبيعتها مشروعة مثال ذلك أن يثبت المالك قطعة من الزجاج على سور بيته بحيث تحدث الأذى والجرح لمن يدخل وكذلك نصب الفخ لضبط من يحاول فتح خزانة نقود، فهذه الوسائل لا يكون المالك أو صاحب الخزانة مسؤولاً جزائياً عن فعله متى ما عملت هذه الوسائل، ويرى أيضاً هذا الاتجاه في نفس الوقت أن هنالك وسائل آلية يسري اثرها على غير المعتدين أو لا تحقق التناسب مع الخطر الواقع فتكون بطبيعتها غير مشروعة لأنها تلحق الضرر والأذى بدون وجه حق مثال ذلك نصب فخ بباب الدار أو تسليط تيار كهربائي، فهذه الوسائل بلا شك قد تلحق الضرر بالمارة من عمال الكهرباء أو الصحة أو النظافة وغيرهم، وعليه يسأل المالك، من يستعين بهذه الوسائل جنائياً متى يثبت انها قد عملت على غير المعتدين[١].

ويبدو هذا الاتجاه في ظاهرة اقرب للعدالة من الاتجاهين السابقين وذلك بتمييزه بين الوسائل الآلية المشروعة وتلك غير مشروعة، ومع ذلك يؤخذ عليه بصعوبة وضع معيار دقيق للتمييز بين هذين النوعين من الوسائل الآلية مما يخلق صعوبة في التطبيق.

(١) د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات- القسم العام، ط١٠،(مطبعة جامعة القاهرة،|١٩٨٣) ص١٦٨.

٥. ذهب رأي اخر الى القول بان من يدخل في ملك غيره من دون ترخيص يعد مرتكباً لخطأ آثم فضلاً عن احداثه لضرر معنوي على الاقل تجاه صاحب الحيازة, مما قال به الدكتور محمد نعيم فرحات الذي ميز بين حالة قيام المالك بوضع تحذير للغير من دخول المكان فعندئذٍ يعد الدخول خرقاً لحق الملكية وهو حق مشروع له, وبين حالة عدم قيام المالك بوضع التحذير مما يدل على تسامحه امام الغير وعندها ليس من حق المالك الدفع بحق الملكية وان فعله يعد تجاوز لحدود حقه, وفي حالة تعرض الغير للضرر فانه مسؤول عن عدم اتخاذه الحيطة والحذر, اي ان حيازة الاجهزة الخطرة يلزم مالكها بالإعلان عن وجودها لينتبه لها كل من يطرق المكان بخلاف المالك الذي يضع تحذيراً, ثم حدد الدكتور محمد فرحات حالة التجاوز لحدود الدفاع الآلي تتحقق في احدى الصورتين هما:

أ- عند ثبوت عدم قدرة المالك على التحكم في استخدام الجهاز الآلي بحيث من الممكن ان يصاب حسني النية بالأذى مع انهم غير معتدين .

ب- عند عدم تناسب الآلة التي اعدها المالك بصورة نسبية او مطلقة مع الاعتداء كأن يحمي ثمار الحديقة من خلال ربط سلك كهربائي [١].

٦. ركز رأي اخر على الباعث من وراء الدخول الى المكان فان كان تحقيق غرض غير مشروع كالسرقة والقتل فان الفاعل سيكون مسول عن فعله ان صادفه جهاز خطر وليس له الرجوع الى الملك باي صورة, والعكس صحيح ان كان الشخص عابر سبيل او موطن قد تطوع لإطفاء حريق بالمكان او جاء للقبض على اخر[٢].

(١) د.محمد نعيم فرحات, استخدام الاجهزة الالية في الدفاع عن النفس والمال,(المجلة العربية للدراسة الامنية , المركز العربي للدراسات الامنية والتدريب بالرياض, ع ٥, ديسمبر|١٩٨٧) ص ١٠٧-١٠٨, ١١٤.

(٢) المصدر نفسه, ص ١٠٩.

في تقديرنا ان غايات الفاعل في الدفاع الآلي قد تتعدد وتصل إلى حد توافر نية الاعتداء على الاخرين, مما يصعب التثبت منه وقد يخرج عن حدود استعمال الحق . مع ملاحظة ان هناك صور معينة للدفاع الالي لا تثير اشكالية تجاه الغير حسن النية" لان الفعل لا يقع بشكل عفوي كما في الدفاع الالكتروني من خلال تثبيت برامج خبيثة (فايروسية) لصد التعرض غير المشروع نحو المواقع والشبكات المعلوماتية, فالأخير يتطلب المرور بمراحل عديدة للوصول الى غاياته ولا يمكن ان يقوم بها شخص حسن النية, مما يجعل استخدام وسائل تقنية لصد الخطر الواقع على الكيان المعنوي للأجهزة المستخدمة في الشبكات أمر ممكن ومشروع لدرء الخطر[١].

المطلب الثاني

الدفاع الآلي جريمة جنائية

على الرغم من اختلاف الفقه الجنائي حول اباحة الدفاع الآلي على انه امتداد للدفاع الشرعي او لاستعمال الحق الا ان القضاء العراقي قد تعامل معه على نحو متباين, فتارةً ان الفعل هو حق دفاع شرعي, وتارةً اخرى انه جريمة جنائية بالنظر لعدم تحقق شروط الاباحة .

ففي واقعة قتل عرضت على محكمة جنايات البصرة عام ١٩٨٥ مفادها أن المتهم عند عودته إلى الدار عثر في حديقته على شخص مطروح فارق الحياة صعقاً بالتيار الكهربائي من السلك الذي وضعه المتهم على جدار الدار من الداخل لحمايته من السرقات، ويعد نظر المحكمة المذكورة على وقائع وظروف القضية، نجدها قد كيفت تصرف المتهم بحالة الدفاع الشرعي إذ جاء في حكم محكمة جنايات البصرة (بأن المتهم غير مسؤول

(١) د.محمد عزت فاضل, رند موفق احسان, المسؤولية الجزائية لشركات الاتصالات والمعلوماتية –دراسة مقارنة, بحث ضمن كتاب (الوجيز في المعلوماتية القانونية دراسات في القانون الجنائي), (دار السنهوري للطباعة والنشر, بيروت|٢٠٢٢) ص ٣١٥–٣١٧.

جنائياً عن قتل المجني عليه لاستعماله حق الدفاع الشرعي عن عائلته واطفاله استناداً لأحكام المواد (٤٢ ، ع٤ ف٢، ٣) من قانون العقوبات)[١].

ثم بعد ذلك صادقت محكمة التمييز العراقية بقرارها المرقم (٦١)/جنايات في ١٩٨٥/٩/٢ على حكم محكمة جنايات البصرة معللة حكمها ((بأن من المتفق عليه فقاً وقضاءً بأنه ليس من الضروري أن ينتظر الشخص المهدد بارتكاب جريمة، وقوع هذه الجريمة وعند ذلك يحق لهُ استعمال القوة، وإنما يكفي أن ثبت المتهم أن الظروف تشير إلى أن الجريمة ستقع، وهو في ذلك محق في أن يقي نفسه وأمواله منها))[٢].

نستنتج من هذا الحكم أن محكمة التمييز قد اعتمدت في المصادقة على أمرين:-

أولهما حق المالك في اتخاذ التدابير الاحترازية التي تحول من دون تحقق الخطر المستقبلي.

ثانيهما أن يثبت أن للمتهم أسباب معقولة باحتمال وقوع جريمة تهدد النفس والمال.

وبلا شك فإن حكم المحكمة المذكور يتعارض مع فكرة الخطر الحال كشرط لقيام الدفاع الشرعي الذي مقتضاه أن يكون الخطر قد وقع فعلاً أو لم يقع ولكنه سيقع وفق المجرى العادي للأمور وعليه فإن فعل الدفاع لا بد من تزامنه مع الخطر ولا يمكن صدوره قبل أو بعد حلول الخطر، كما يلاحظ على حكم محكمة التمييز المذكور في مسبباته يقرب الدفاع الآلي إلى فكرة استعمال الحق كسبب للإباحة أكثر منه من فكرة الدفاع الشرعي، على الرغم من أن محكمة جنايات البصرة قد عدت مد الأسلاك الكهربائية وصعق من يتعدى الدخول في الدار جزء من حالة الدفاع الشرعي عن العائلة والأطفال.

وفي حكم آخر تراجعت محكمة التمييز عن قرارها بتصحيح الحكم تمييزياً، بعد أن طعن المدعي بالحق الشخصي بقرارها، فقضت المحكمة المذكورة، بعد التصحيح، بقرارها المرقم ١٧٨ في ١٩٨٦/٥/١٣ بإدانة المتهم بجريمة القتل الخطأ وقت المادة (٤١١) عقوبات على اعتبار أن وقائع القضية جاءت خالية من شروط الدفاع الشرعي وقررت بذلك نقض

(١) د. اكرم نشأت إبراهيم، مصدر سابق، ص١٥٨.

(٢) مشار إليه في: د. فخري عبد الرزاق صلبي الحديثي، المصدر السابق، ص١٥٠؛ د. ضياء الدين مهدي الصالحي، مصدر سابق، ص٩٠.

كافة القرارات الصادرة في الدعوى وإعادة أوراق القضية إلى محكمة الموضوع للحكم على المتهم وفق المادة (٤١١)[١].

ويلاحظ على قرار محكمة التمييز بعد التصحيح أنه جاء خالياً من تعليل علمي واضح ولكنها راعت في قرار التصحيح القواعد العامة من المسؤولية الجنائية في عدّ المتهم – بالنظر لعدم تحقق القصد الجنائي لديه– مرتبكاً لجريمة القتل الخطأ.

وفي قرار آخر لمحكمة التمييز العراقية ذات الرقم ١٢٤٤/جنايات أولى/٨٥–٨٦ في ١٩٨٦/٥/٢٥ سارت فيه على نفس الاتجاه الذي جاء في القضية السابقة، إذ جاء في قرارها المذكور ((وجد أن محكمة جنايات الكرادة، في قرار المؤرخ بـ (٢٤–١٢–١٩٨٥) في الدعوى المرقم ٥٢٤/ج/٥، قد راعت عند إصدارها، تطبيق القانون بشكل سليم لأنه لم يثبت أن المتهم (ن)، في مده للسلك الكهربائي وربطه على السياج الحديدي الفاصل بين معمل الثلج العائد له وشاطئ نهر دجلة، قد قصد قتل المجني عليه أو غيره، فيصبح بذلك تكيف الجريمة بأنها قتل خطأ))[٢].

وبذلك يكون القضاء العراقي ممثلاً بمحكمة التمييز قد استقر على اعتبار الدفاع الآلي لصد الخطر لا يعد دفاعاً شرعياً وإنما جريمة قائمة فتكون عمدية أن تحقق القصد الجنائي لدى الفاعل وجريمة خطأ أن لم يثبت تحقق القصد الجنائي لدى الفاعل. هذا ولا يتصور تحقق القصد الجنائي في حالة استعمال الاجهزة الآلية بسبب القيام بعمل لحدث غير مؤكد وغير محدد من حيث الوقت وشخصية المجني عليه اي لا يتوفر القصد وقت النتيجة ولا يمكن افتراض النية, ولكن من الممكن تصور القصد الاحتمالي[٣].

وفي ألمانيا أن جانباً من القضاء الجنائي لم يقر بتحقق الدفاع الشرعي في الوسائل الآلية وذلك حينما يقوم المانع بحماية شجرة الخوخ، باستعمال جهاز كهربائي بحيث يؤدي إلى صعق السارق بالتيار الكهربائي فيؤدي إلى موته وهذا ما بينته محكمة استئناف بروان

(١) مشار إليه في: د. أكرم نشأت إبراهيم، مصدر سابق، ص١٥٩.
(٢) مشار إليه: د. ضياء الدين مهدي الصالحي، مصدر سابق، ص٩٢–٩٣.
(٣) د.محمد نعيم فرحات, مصدر سابق, ص ١١١–١١٣.

سفايك المنشور في مجلة المانية عام ١٩٤٧[١]. وبلا شك أن المحكمة الألمانية المذكورة كانت موفقة بحكمها بعدم تحقق الدفاع الشرعي في القضية. وذلك لانتفاء الخطر الحال أولاً وانتفاء التناسب الذي يعد شرطاً اساسياً لقيام الدفاع الشرعي، في حين ذهب اتجاه آخر في القضاء الألماني في بعض تطبيقاته الحديثة إلى توسيع حدود الخطر الحال من حيث اقراره لحالات جديدة اسماها ((بالدفاع الشرعي الوقائي أو الدفاع شبه شرعي)) مثال ذلك تسجيل اشرطة سرية لمنع وقوع حالات أكراه وابتزاز, وقد استند هذا الجانب في توسيع مفهوم الخطر الحال إلى فكرة القياس على نص المادة (٣٢) في قانون العقوبات الالماني لسنة ١٨٧٢ المعدل النافذ[٢]. ويؤخذ على هذا الاتجاه أنه لا يمكن قياس الخطر غير المحقق على الخطر الحال لعدم تماثل العلة بين الاثنين.

مما تقدم لا بد من أن تكون الوسائل المستخدمة في الدفاع مشروعة قانوناً لا تضر بالغير، وأن يقوم المالك او الحائز باتخاذ إجراءات احتياطية تكفل عدم تعرض الغير للخطر كتعليق إعلانات تنبه بوجود اسلاك كهربائية، وذلك استعمالاً للحق وغاياته المرجوة ولا سيما ان صيغة المادة (٤١) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ قد جاءت بصيغة غير محددة لاستعمال الحق كسبب للإباحة, ولا يعد الدفاع الآلي وسيلة من وسائل الدفاع الشرعي لأن فعل الدفاع ينبغي أن يتزامن مع الخطر لحظة حلوله فلا ينبغي أن يتحول الدفاع الشرعي إلى إجراء احتياطي او احترازي لصد الخطر قبل تحققهُ ومن ثم فإن فعل الدفاع لا يتم إلا إذا وقع الخطر فعلاً أو كان على وشك الوقوع.

(١) مشار إليه في : د. ضياء الدين مهدي الصالحي، مصدر سابق، ص٨٧.
(٢) د. ضياء الدين مهدي الصالحي، مصدر سابق، ص ٩٣, ١١٢.

الخاتمة

مما تقدم بعد دراسة موضوع مشروعية الدفاع الآلي في القانون الجنائي يظهر للباحث مجموعة من النتائج والمقترحات هي :

اولاً : النتائج:

١. يعني الدفاع الآلي استخدام وسائل دفاعية تعمل ذاتياً عند تعرض المكان الموضوع لحمايته إلى خطر أو اعتداء.

٢. يميل جمهور الفقه الاسلامي يؤيده كل من الحنابلة والحنفية والشافعية الى عدّ جزء من الدفاع الشرعي بضمنها اباحة استخدام الكلب للحراسة والزرع والمواشي, وانه من المستحيل على الافراد البقاء مرابطين امام املاكهم لحمايتها من العدوان.

٣. ربط جانب من الفقه الجنائي الوضعي الدفاع الآلي بالدفاع الشرعي كحق طبيعي أزلي يرتبط بحق الإنسان في الوجود والبقاء ونظر الى عمل الآلة وقت الخطر شريطة التناسب مع حالة الخطر, بل بعضها فسر الخطر الحال تفسيراً واسعاً من اجل اضفاء المشروعية على الدفاع الآلي, مما استقر عليه القضاء في كل من بلجيكا وفرنسا.

٤. ان الدفاع الآلي يمثل استعمالاً للملكية وما يتفرع عنه من حقوق على حسب رأي اغلب الفقهاء المعاصرين وان اختلفوا في تبرير ذلك فمنهم من قال بحق المالك في اتخاذ التدابير الاحترازية لصد الخطر المستقبل ومنهم من استند الى الملكية والدفاع الشرعي معاً ومنهم من ميز بين الوسائل المشروعة والوسائل غير مشروعة, ومنهم من ميز بين حالة قيام المالك بوضع تحذير للغير من عدمه. ومنهم من قال بمسؤولية الفاعل عند عدم قدرته على التحكم في استخدام الجهاز الآلي وكذلك عند عدم تناسب الآلة.

٥. استقر القضاء العراقي على عدّ فعل الدفاع الآلي جريمة جنائية من نوع الخطأ غير العمدي بالنظر لانتفاء شروط الدفاع الشرعي, كما استقر القضاء الالماني على تجريم الدفاع الآلي وعدم تصنيفه ضمن الدفاع الشرعي.

ثانياً: التوصيات

١. نوصي المشرع العراقي بإباحة الدفاع الآلي لكونه مصلحة متفرعة عن استعمال الحق في الملكية وما يقتضيه من حق المالك او الحائز في اتخاذ إجراءات احتياطية شريطة وجود حسن النية لدى الفاعل كأن يضع علامات تحذيرية وان تكون الوسائل الدفاعية مألوفة شائعة الاستعمال.

٢. من الافضل النص على تنظيم الدفاع الآلي في نصوص جنائية واضحة تحدد شق التكليف والاحوال التي يجرم فيها حماية للأمن القانوني، وتحقيقا لليقين القانوني وامكانية الوصول المعنوي وصلا لمرحلة التوقع المشروع في السياق التشريعي المعتاد للمشرع العراقي.

٣. نقترح تعديل نص المادة (٤٥) من قانون العقوبات العراقي بان تكون المادة هي الفقرة الاولى ويتم اضافة الفقرة التالية اليها لتكون الفقرة الثانية:

٤. (يجوز استعمال حق الدفاع الشرعي بوسائل آلية او الكترونية اذا اتخذ المعتدى عليه الاجراءات الاحتياطية اللازمة والعلامات والاشارات التحذيرية بشكل لا يدع مجالا للشك بحسن نيته في الدفاع المشروع عن نفسه وفق مقتضى الحال).

٥. تحديد الوسائل الالية وطبيعتها ونطاق استخدامها في الدفاع عن النفس وعن المال ، من خلال تحديد الجوانب الفنية والتقنية وشروط استخدامها في بيئة الحدث عند استعمال حق الدفاع الشرعي.

The Authors declare That there is no conflict of interest

References

First: books

1. Sorour, A. The Mediator in the Penal Code, (Part 1, Dar Al-Nahda Al-Arabiyya, Cairo|1981).

2. Ibrahim. A, General Rules in Comparative Penal Code, (1st edition, Al-Fyan Press, Baghdad |1988).

3. Qahwaji. A, Penal Code - General Section, (University Press and Publishing House|1988).

4. Muhammad. A, Penal Code, General Section, (University Press House, Alexandria, B.T).

5. Al- Damiri. K, Life of the Animal, (vol. 29, Dar al-Tahrir for Printing and Publishing, Cairo, P.T).

6. Saeed. K, General Provisions of Crime in the Penal Code, (1st edition, B.M.| 1981).

7. Al-Hadithi. F, Explanation of the Penal Code, General Section, (Al-Zaman Press, Baghdad| 1992).

8. Hosni. M, Explanation of the Penal Code - General Section, (4th edition, Dar Al-Nahda Al-Arabiyya, Beirut| 1977).

9. Abd. M, General Provisions in the Penal Code, General Section, (Dar Al-Hikma for Printing and Publishing, Mosul| 1990).

10.Fadel. M & Ihsan. R, criminal liability of telecommunications and information technology companies - a comparative study, research within the book (Al-Wajeez in Legal Informatics Studies in Criminal Law), (Dar Al-Sanhouri for Printing and Publishing, Beirut| 2022).

11.Al-Shuwaikani. M, nil alawtar from the Hadiths of Sayyid Al-Akhyar, Explanation of Mufti Al-Akhyar, (Al-Muniriya Press, P.T).

12 Abu Amer. M, Penal Code, General Section, (University Press House, B.T).

13.Al-Shafi'i. M, Differences in Hadith, Shafi'i jurisprudence - Kifayat Al-Akhyar -, (1st edition, Al-Kitab Publishing House, Beirut| 1985).

14.Mustafa. M, Explanation of the Penal Code - General Section, (10th edition, Cairo University Press| 1983).

Second: University theses:

1. Ali. A, Preventive Defense in Public International Law, Master's Thesis (College of Law, University of Mosul| 2004).

2. Badan. Q, Legal Defense in Iraqi Law, A Comparative Study, Master's Thesis,(College of Law, University of Baghdad|1983).

Third: Journals

1. Taha. H, Sharia Defense between Islami| (Legal comparative journal, Legal comparative association, Baghdad|)2006.

2. Al-Salhi. D, The Right to Legal Defense in Iraqi and German Law, (Judicial Journal, Iraqi Bar Association, No. 23 |1987).

3. Farhat. M, The Use of Automated Devices in Self-Defense and Money, (Arab Journal for Security Studies, Arab Center for Security Studies and Training in Riyadh, No. 5, December |1987).

Fourth: Laws

1. Iraqi Penal Code No. 111 of 1969, as amended