الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد بوضياف . المسيلة

كلية: الحقوق والعلوم السياسية **ميدان:** الحقوق والعلوم السياسية

قسم: الحقوق **تخصص:قانون جنائي**

جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي

بعنوان

ضوابط الدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري

إعداد الطلبة:

- بحيرة نصر الدين
- شايب الذراع عيسى

إشراف الأستاذ:

أ. د. دحية عبد اللطيف

لجنة المناقشة:

اللقب والاسم	الرتبة	الصفة
د. مهدي رضا	جامعة محمد بوضياف المسيلة	رئيسا
أ.د.دحية عبد اللطيف	جامعة محمد بوضياف المسيلة	مشرفا و مقررا
د. مقروف محمد	جامعة محمد بوضياف المسيلة	ممتحنا

السنة الجامعية: 2022/2021

بسم الله الرحمن الرحيم

ملحق بالقرار رقم ....1082.... المؤرخ في ..... 2020 ديسمبر 27

الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف - المسيلة -

نموذج التصريح الشرفي

الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لانجاز بحث

انا الممضي أسفله،

السيد(ة) نشايبي الذراع منير الصفة: طالب، أستاذ باحث ..... طالب

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 103805119 والصادرة بتاريخ 2017/03/12

المسجل(ة) بكلية / معهد الحقوق قسم قانون جنائي

والمكلف(ة) بانجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه).

عنوانه ضوابط الدفاع الشرعي في قانون التشريع الجزائري

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في انجاز البحث المذكور أعلاه .

التاريخ: 2022/06/20

توقيع المعني (ة)

* ملحق بالقرار رقم ....1082.... المؤرخ في ..... 2020 ديسمبر 27

الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

موسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف - المسيلة -

نموذج التصريح الشرفي

الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لانجاز بحث

انا الممضي أسفله،

السيد(ة) بجيرة نصر الدين الصفة: طالب، أستاذ، باحث طالب

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 529 والصادرة بتاريخ 2016/05/09

المسجل(ة) بكلية / معهد الحقوق قسم قانون جنائي

والمكلف(ة) بإنجاز اعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، اطروحة دكتوراه).

عنوانها ضوابط الدفاع الشرعي في قانون التشريع الجزائري

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في انجاز البحث المذكور أعلاه .

التاريخ: 22/06/2022

توقيع المعني (ة)

شكر وتقدير

قال الله تعال:{ لئن شكرتم لأزيدنكم}

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {من لم يشكر الناس لم يشكر الله}

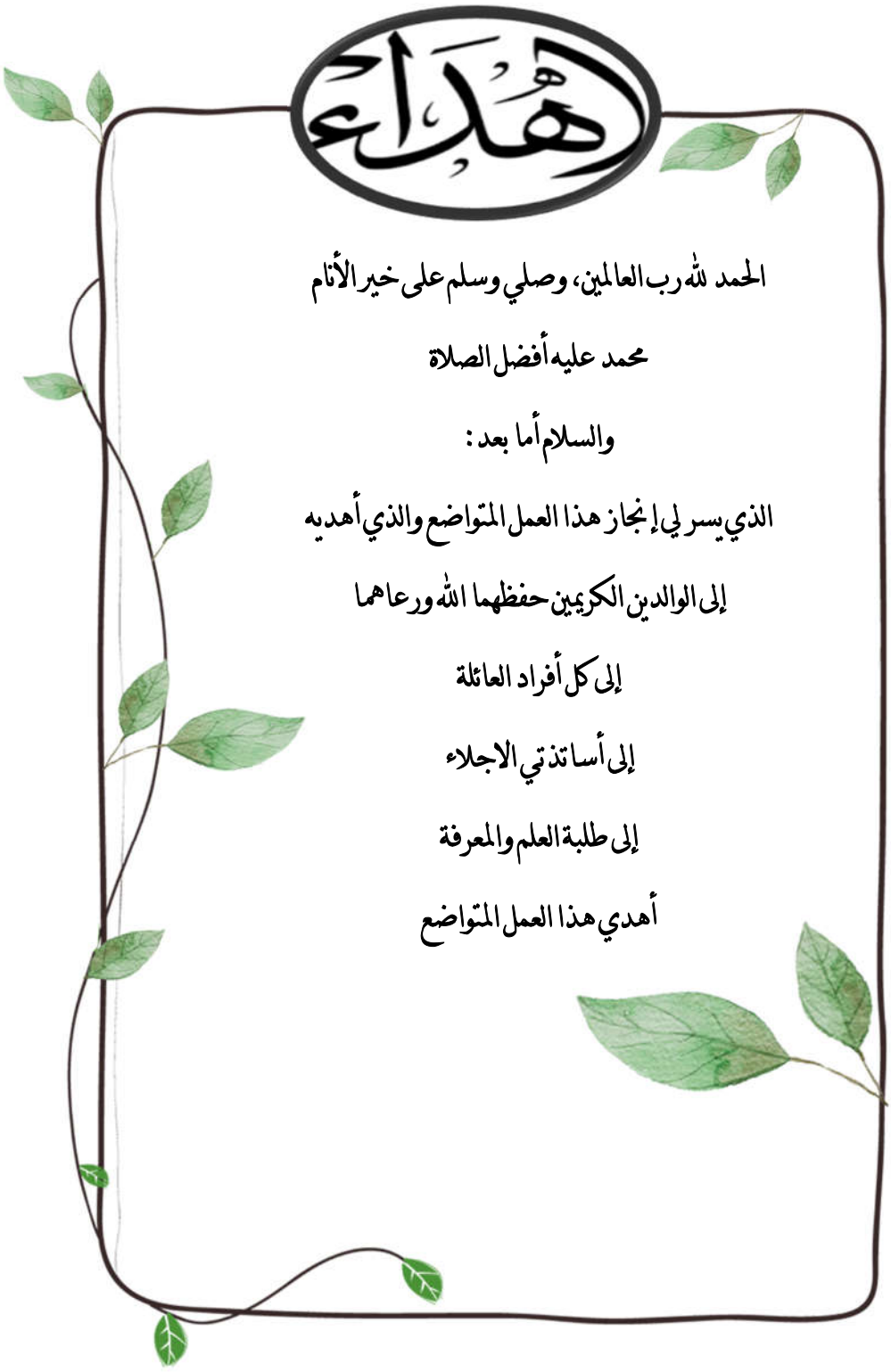
الحمد لله والشكر لله الذي وفقنا بتوفيقه وأعاننا بعونه إلى حسن التوكل عليه لإنجاز هذا العمل فنسأله عز وجل أن يتقبله منا ويجعله لنا في ميزان حسناتنا، ويجد في نفوس المطالعين عليه راحة واطمئنان أمين"

وبعد:

كما نثني شكرنا لكل من ساهم في هذا العمل:

الأستاذ المشرف الذي تحمل معنا أعباء العمل صبرا واخلاصا أ، د: دحية عبد اللطيف

***إلى كل من ساعدنا في إتمام هذا العمل .**



إهداء

الحمد لله رب العالمين، وصلي وسلم على خير الأنام

محمد عليه أفضل الصلاة

والسلام أما بعد:

الذي يسر لي إنجاز هذا العمل المتواضع والذي أهديه

إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله ورعاهما

إلى كل أفراد العائلة

إلى أساتذتي الاجلاء

إلى طلبة العلم والمعرفة

أهدي هذا العمل المتواضع

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات

وبهذه المناسبة

أهدى هذا العمل المتواضع

الى الوالدين الكريمين ابي وامي حفظهم الله

الى كل أفراد عائلتي

الى كل الأساتذة الذين قدموا لي يدى المساعدة

أهدى هذا العمل .

مقدمة

مقدمة:

إن الانســـان خلق وجبل على فطرة أن يكون اجتماعيا ولا يمكن للفرد العيش بمفرده وإنما يجب أن يتعايش مع جماعة وهذه الجماعة تكون المجتمع، ولأن عيش الفرد مع غيره يؤدي إلى تضـارب المصـالح واختلافها كان لابد من وجود صـراع كون سـلوكيات وعقليات الأفراد تختلف من فرد لآخر وتتغير وهذا قديم قدم وجود البشرية منذ أول نزاع ظهر على وجه الأرض بين بني آدم، وســـيبقى إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، قال الله تعالى:" ولا يزالون مختلفين إلا من رحم ربك". بل إن من النفوس طيبة خيرة ومنها الشريرة الأمارة بالسوء، بالإضافة إلى غريزة حب التملك التي توجد بنفوس البشر والتي تدفع بالكثير للحصول على ما يرغب به بكل الطرق حتى وإن كلف الامر الاعتداء على ممتلكات الغير والاعتداء على حق غيرها بغير مسوغ وهي تسير وراء هذه الغريزة، ولهذا ينشأ لدى الفرد المعتدى عليه وعلى حقه وممتلكاته أن يدافع على نفسه وعلى ماله، فمن هنا كان الدفاع الشـرعي موضـوعا حيا متجددا بدأ مع بداية البشـرية ويتطور بتطورها.

والانسان هنا بفطرته يسعى لحماية حقوقه من الضياع أو التعدي عليها وذلك من خلال بذل كل المجهودات والوسائل بغرض صون كل ما يملك من نفس أو مال أو عرض، وقد يكون هذا بطرق شـــرعية قانونية إذا خضـــع هذا الشـــخص لشـــروط الدفاع، أو بطرق غير قانونية كرد الاعتداء والانتقام بصورة غير شرعية على إنسان آخر.

وبما أن المجتمع هو الإطار الذي يجب أن يعيش فيه الانســـان، فإن من حقه ومن واجبه مواجهة الأفعال الغير مشروعة التي تهدد كيانه وتمس بحسن سير مؤسساته، وقد كان سائدا في مختلف القوانين والتشريعات أن الجرائم تهدد أمن واستقرار المجتمعات البشرية وتمس بمصـالح الناس أينما ارتكبت وكيفما وقعت فهي تعد بذلك أفعال مجرمة قانونا لأنها تحمل في طياتها معنى الاعتداء على حق يحميه القانون.

أما إذا تجردت هذه الأفعال من معنى الاعتداء كانت أفعال مباحة ومشـــروعة، كحق الدفاع الشـرعي الذي يعتبر حق من الحقوق التي شـرعها المشـرع الجزائري وجعل ممارسـته بعيدة كل البعد عن الجريم، ولكن قانونا وشرعا لا يجوز للشـخص أن ينتصـف لنفسـه بنفسـه، فوجب رفع شـكوى إلى السـلطات المعنية لإنصـاف الفرد فهي المخول لها قانونا بحماية الأفراد والمحافظة

على ممتلكاتهم لكيلا يعم الفساد وانتشرت الفوضى وتزعزع الاستقرار، وعلى ذلك تكون ممارسة الدفاع الشرعي حق يحدده القانون.

أهمية البحث:

لقد تم تناول موضوع الدفاع الشرعي في العديد من المناسبات والبحوث والدراسات غير أن دراستنا هنا تناولت موضوع ضوابط الدفاع الشرعي فتكمن أهمية هذا البحث في كونه ركز وساهم في تبيان ظوابط الدفاع الشرعي متطرقا إلى إباحة الدفاع الشرعي واستنباط شروط الدفاع الشرعي من خلال نصوص القوانين في قانون العقوبات الجزائري وكذلك تحديد مسؤولية التجاوز انطلاقا من الظوابط والشروط والقواعد العامة للدفاع الشرعي.

وإن كان الدفاع الشرعي من المواضيع التي عولجت من قبل فإننا سوف نحاول من خلال هذه الدراسة البسيطة بيان كيفية معالجة المشرع الجزائري لضوابط الدفاع الشرعي من خلال تحديد مفهومه وأساسه وضوابطه وبيان شروطه الجوهرية الواجب توفرها في فعل العدوان من جهة وفي فعل الدفاع من جهة أخرى، ومن حيث تجاوز حدوده وإثباته وإبرازه الآثار القانونية المترتبة عنه.

أهداف الدراسة:

لقد رأينا أن موضوع ضوابط الدفاع الشرعي له أهمية بالغة فيما سبق بالإضافة إلى أنه هناك أهداف نصبو إليها من خلال دراستنا لهذا الموضوع من بين هذه الأهداف نجد:

1- توجيه و تحسيس الأشخاص بالشروط العامة و الأحكام القانونية لقيام حالة الدفاع الشرعي، سواء كان دفاعا عن النفس أو المال أو العرض أو نفس و مال الغير.

2- التوضيح و الإشارة إلى الحالات الممتازة التي يقوم عليها الدفاع الشرعي، و تبيان الفرق بينها و بين الحالات العادية.

3-التعريف بحدود و شـــروط قيام حالات الدفاع الشـــرعي و أثاره و تحديد موقف المشـــرع الجظائري من كل هذه المسائل.

4- كما ســنحاول إزالة اللبس و الغموض الذي يعتري هذا الموضــوع، كونه يمثل ميدانا مهما لكل من القاضي و المتقاضي على حد سواء.

أسباب اختيار الموضوع:

1-كثرة الجرائم والاعتداءات التي نراها اليوم بمجتمعنا كالاعتداءات على الموال والأنفس يفتح الباب أمام كل طامع للاعتداء بحجة أنه كان في حالة دفاع شرعي .

2- استخراج قواعد تظبط سلوك المدافع في حالة الدفاع الشرعي.

3- أن المشرع الجزائري لم يتوسع في هذا الموضوع بل اكتفى بالمادتين 39 الفقرة 2 و المادة 40 كما أن الشــراح لم يتعرضــوا بالشــرح التام لهاتين المادتين فأردت أن أســتخرج القواعد و الضوابط انطلاقا من النصوص التشريعية والاجتهادات القضائية وما كتبته الشراح والمختصون.

4- تحديد مســـؤولية المتجاوز انطلاقا من القواعد العامة للقانون باعتبار أن التجاوز حدود الدفاع الشرعي لم يتعرض لها الشرع أيضا.

5-إثراء المنظومة القانونية في باب الدفاع الشرعي.

إشكالية الدراسة:

ماهي ضوابط الدفاع الشرعي في ظل قانون العقوبات الجزائري؟

منهج الدراسة:

باعتبار ماذكرت عن دراســتي لهذا الموضــوع فالمنهج الذي ســأعتمده هو المنهج الوصــفي التحليلي الذي يتناسب مع طبيعة الدراسة.

تقسيمات الدراسة :

قسمت هذه الدراسة إلى فصلين:

الفصـــل الأول تناولنا به ماهية الإباحة و الدفاع الشـرعي في قانون العقوبات الجزائري من خلال تبيان ماهية الإباحة في المبحث الأول وقسمنا هذا المبحث إلى مطلبين تطرقنا في الأول إلى تعريف الاباحة وفي المطلب الثاني إلى الإباحة عند فقهاء القانون محددين موقف المشـــرع الجزائري من ذلك.

أما المبحث الثاني فقد خصصناه إلى الدفاع الشرعي و ماهيته في قانون العقوبات الجزائري من خلال مطلبين، خصـصـنا الأول إلى تعريف الدفاع الشـرعي أما بالمطلب الثاني فقد تناولنا تمييز الدفاع الشرعي و حالة الضرورة عن بعض المصطلحات الأخرى.

أما المبحث الثالث فقد تعرضـنا فيه إلى مصـدر الدفاع الشـرعي وأسـاسـه مقسـمين هذا المبحث إلى مطلبين أولهما خصـصـناه لمصـدر الدفاع الشـرعي و الثاني خصـصـناه لأسـاس الدفاع الشرعي.

أما الفصـل الثاني فقد كان بعنوان ضـوابط الإعتداء في قانون العقوبات الجزائري، وهذا من خلال مبحثين، خصـصـنا المبحث الأول لبيان وتعريف الاعتداء وصـوره مقسـمين هذا الأخير إلى مطلبين متناولين في المطلب الأول مفهوم الاغتداء وصـــوره حيث قســمنا هذا المطلب إلى فرعين الفرع الأول تناول عناصر الاعتداء بينما الفرع الثاني تناول صور الاعتداء، أما المطلب الثاني فقد تعرضنا تطبيقات عدم مشروعية الدفاع الشرعي.

وكان من الواجب في المبحث الثاني التعرض لشـروط وضـــوابط الدفاع الشـــرعي من خلال مطلبين، المطلب الأول يتناول شروط الاعتداء والدفاع الشرعي وقسمنا هذا الأخير إلى فرعين، الفرع الأول بعنوان شروط الاعتداء والفرع الثاني بعنوان ضوابط الدفاع الشرعي، بينما بالمطلب الثاني تناولنا تجاوز حالة الدفاع الشـرعي مقسـمين إياه إلى فرعين أيضـا، الفرع الول تطرقنا فيه إلى تعريف وحكم التجاوز والفرع الثاني تناولنا فيه عناصر وأنواع التجاوز

الفصل الأول

ماهية الإباحة والدفاع الشرعي
في قانون العقوبات الجزائري

الفصل الأول: ماهية الإباحة والدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري.

تمهيد:

يعد الدفاع الشرعي سبب من أسباب الإباحة أي أنه يسبغ على الفعل المجرم الذي أقدم عليه الشخص الصفة الشرعية ، ويخرجه من نطاق التجريم ؛ ويتضح لنا من سياق هذا القول بأن نصوص مواد التجريم ليست مطلقة بل يرد عليها قيود تضيق من نطاقها ، والمشرع يهدف من وضعه هذه النصوص حماية مصالح إجتماعية معينة على جانب من الأهمية فينص على تجريم تلك الأفعال ، لكنه قد يقدر أن المصلحة التي تعود على المجتمع في عدم العقاب تفوق المصلحة التي تعود عليه في حالة العقاب عليها في ظروف معينة ، فيقرر إعتبارها مشروعة في مثل هذه الظروف على الرغم من خضوعها لنصوص التجريم؛ وأساس تبرير فعل الإباحة وعلته عند الفقهاء الإسلاميين لا يختلف عما ورد في السياق السابق

المبحث الأول: الإباحة في قانون العقوبات الجزائري

وقد تطرق المشرع الجزائري إلى حالة الدفاع الشرعي و الاباحة شأنه في ذلك شأن جميع التشريعات في العالم الحديث، وما سبقته من تشريعات قديمة، وحق الدفاع الشرعي يعتبر ضمن الحقوق العامة للإنسان التي تكفلها الشرائع والقوانين لما تحققه من غاية إجتماعية، وإذا كان حق الدفاع الشرعي له هذه المكانة فيتعين البحث في هذا الفصل أولا: في ماهية الإباحة وماهية الدفاع الشرعي والشروط الواجب توافرها فيه ومن ثم الأثر الذي يحدثه هذا الحق في حالة توافره من عدمه.

المطلب الأول: تعريف الإباحة

1-الإباحة لغة:

جاء في لسان العرب " البوح ظهور الشيء، وباح بالشيء ظهر، وباح به بوحا، وباح ما كتمت به صاحبه وباح بسره أظهره، ورجل بؤوح بما في صدره، وفي الحديث "إلا أن يكون كفرا بواحا أي جهارا"[1] وأباحه سرا أبثه إياه فلم يكتمه، يقال باح الشيء وأباحه إذ جهر به وبوح الشمس معرفة، مؤنث سميت بذلك لظهورها وقيل بوح بباء بنقطتين.[2]

وأبحتك الشيء يعني أحللته لك

2- المطلب الثاني: الإباحة عند فقهاء القانون

2-1- ماهية الإباحة والعلة من تقريرها:

يقصد بالإباحة رفع صفة التجريم عن الفعل وصيرورته فعلا مباحا ومشروعا إذ ترتكب في ظروف تنتفي فيها العلة من تجريمه بحسب طبائع الأشياء، كما في رضاء المجني عليه في الأحوال والحدود التي يجوز له فيها التصرف في الحق الذي يحميه القانون جنائيا، أو

---

[1]- البخري- كتاب القتن-باب قول النبي سترون بعدي أمورا تنكرونها - رقم: 6647- الجامع الصحيح المختصر- دار ابن كثير اليمامة -1407 -1987-ط3 -تحقيق د.مصطفى ديب البغا- ج 3ص2588.

[2] -ابن منظور لسان العرب- دار صادر-بيروت لبنان -2199/1412- ج2-ص123.

بمقتضى نص تشريعي يقرر إباحة الفعل كما في الدفاع الشرعي، واستعمال السلطة، أو ضوء مبادئ النظام القانوني في مجمله كما في استعمال السلطة.[1]

2-2- الأساس الذي تقوم عليه أسباب التبرير أو الإباحة:

يهدف قانون العقوبات في أحكامه ونصوصه إلى حماية المصالح الجوهرية للأفراد والمجتمعات والمحافظة على حياة الناس وحقوقهم من الشر والعدوان، وإرساء قواعد الاستقرار والأمن والطمأنينة وتحقيق العدالة، فغرض الشارع من وضع هذه النصوص هو منع الاعتداء على حياة الأفراد وعلى أعراضهم وأموالهم، والمحافظة على مصالحهم وحقوقهم.

إن حماية المصالح المعتبرة ودفع العدوان وشره واستعمال الحق دون الإساءة من الأسس التي تقوم عليها أسباب التبرير أو الإباحة.[2]

فالأساس الذي تقوم عليه أسباب التبرير أو الاباحة هو انتقاء علة التجريم على الفعل الذي ارتكب فلم تعد الجريمة قائمة، وكذلك إذ تبين للشارع أن الفعل المرتكب هو اعتداء على حق معين من أجل المحافظة على حق آخر أكثر جدارة بالصيانة من الحق الأول، فالشرع هنا يقرر إباحة الفعل، ومثال ذلك القتل في الدفاع الشرعي، فدفع الفرد للاعتداء الخطير المحقق الذي هم المعتدي عليه في تنفيذه للمحافظة على حقه في الحياة ، أهم و أجدر من المعتدي في حياته، و بذلك فإن المشرع قد أباح الفعل الذي يرتكب استعمالا لحق في الدفاع الشرعي ، فمصلحة المدافع أولى بالرعاية من مصلحة المعتدى عليه في الحياة.

2-3- الآثار القانونية للإباحة:

يترتب على توافر أحد أسباب الاباحة اعتبار الفعل الذي يشكل بحسب الأصل جريمة فعلا مباحا ويمكن أيجاز الآثار المترتبة عن ذلك فيما يلي:

1-مشروعية الفعل وبالتالي انتفاء المسؤولية الجزائية لفاعله بما يحول دون توقيع أي جزاء جنائي سواء في صورة عقوبة أو في صورة تدبير احترازي، وهنا تختلف أسباب الإباحة عن

[1] -محمود نجيب حسني، قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، ط05، ج02، ص 160.

[2]-د محمد علي عباد الحلبي، شرح قانون العقوبات-مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان الأردن، 1997، ص 159.

حالة عدم التجريم للفعل أصـــلا، إذ قد لا يحول ذلك دون توقيع أحد التدابير الاحترازية كما في التدابير التي توقع على الأحداث المنحرفين.[1]

2-امتناع مســـاءلة الشـــخص مرتكب بالفعل لا بطريق الدعوة العمومية، ولا حتى بطريق الدعوة المدنية، فسبب الاباحة يمنع من قيام المسؤولية الجزائية والمسؤولية المدنية، فلا يجوز مطالبة الشخص بتعويض مدني عن الأضرار الناشئة عن جريمة المشمول بسبب الإباحة إذ لا يمكن مسائلة شخص عن فعل يبيحه القانون وقد يمر به.

3-امتداد أثر الاباحة كقاعدة عامة إلى كل شـخص سـاهم في الجريمة المشـمولة بسـبب الإباحة، فيصـــبح الفعل مشـــروعا بالنســـبة له، ويعد هذا الأثر القانوني نتيجة للطبيعة الموضـوعية أو العينية لأسـباب الإباحة، إذ هي تنصـب على الفعل ذاته ولا تتعلق بشـخص بفاعله، فهي إذن سبب عيني لا شخص لإباحة الفعل وامتناع المسؤولية.

غي أنه يجب التفرقة بين نوعين من أسباب الإباحة: ما يسمى بالإباحة المطلقة، وما يسمى بأسباب الإباحة النسبية، فأسباب الإباحة المطلقة كالدفاع الشرعي يستفيد منها كل من ساهم في الفعل سواء بوصفه فاعله أو شريكا، أما أسباب الإباحة النسبية وهي تلك التي لا يعترف بها إلا لمن تتوافر فيه صـفة معينة يحتل مركزا معينا كاسـتعمال السـلطة بالنسـبة للموظف ومباشـرة العمل الطبي بالنسـبة للطبيب، فإنه يفرق بشـأن مدى الاسـتفادة بها بين الفاعل والشريك، فلا يستفيد كفاعل من سبب الإباحة النسبي إلا من تقررت الإباحة لصـالحه دون غيره من الفاعلين.

وكلا التقسـيمين محدودة القيمة رمن الناحية العلمية، ومن الفقهاء من يرتب آثارا قانونية على التقسـيم الثاني فيرى أن الأسـباب المطلقة تنتج أثرها على الفاعل الذي قامت الصـفة المعتبرة وكذلك الشـركاء، أما الفاعلون الآخرون الذين تعوزهم تلك الصـفة فلا يسـتفيدون من السـبب المبيح.

[1] – دكتور محمد عوض ، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار الجامعة الحديثة للنشر الإسكندرية، مصر، 2000، ص 87، دكتور سليمان عبد المنعم ، النظرية العامة للعقوبة ص367.

2-4- التمييز بين أسباب الإباحة وغيرها من الموانع القانونية الأخرى:

قبل الخوض في تفصيل أسباب الإباحة يحسن بنا إبراز ما هنالك من الفوارق بينها وبين ما قد يختلط بها ويتشابه معها من نظم قانونية أخرى، فأسباب الإباحة تختلف عن موانع المسؤولية الجزائية، وموانع العقاب، وموانع المحاكمة على الرغم مما يجمع بين النزم الأربعة من عدم خضوع الفاعل للعقوبة في نهاية المطاف.[1]

2-5- أسباب الاباحة وموانع المسؤولية الجزائية:

تتميز أسباب الإباحة عن موانع المسؤولية الجزائية من حيث الطبيعة، والآثار المترتبة، فمن حيث طبيعة كل منهما يمكن القول إن أسباب الإباحة ذات الطبيعة موضوعية عينية تلتصق بالفعل ذاته، بينما لموانع المسؤولية، فهذه الأخيرة تتعلق بشخص الفاعل سواء من حيث انتفاء الوعي أو التمييز لديه من ناحية، أو انتفاء الإرادة أو حرية الاختيار من ناحية أخرى، فينتفي الوعي لدى الشخص وتمتنع بالتالي مسؤوليته الجزائية في حالات صغر السن لأقل من ثلاثة عشر سنة، والجنون، والغيبوبة الناشئة عن فقدان الشعور الاضطراري.[2]

كما تنتفي إرادة الشخص في حالتي الإكراه والضرورة، ولا شك أن الوعي والإرادة عنصران متعلقان بشخص الفاعل ولا صلة لهما بالفعل في جوانبه المادية، لهذا يتوافر سبب الإباحة لدى الفاعل على الرغم من تمتعه بكامل الوعي والإرادة، كالأب الذي يستخدم حقه في تأديب ابنه، والطبيب الذي يمس بسلامة جسم المريض أثناء إجراء جراحة له.[3]

وثمة آثار قانونية تترتب على التفرقة بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية، ويمكن إيجازها في أربعة:

أولها: أن أسباب الإباحة تعني رفع صفة الجريمة عن الفعل كلية على نحو يعود فيه لأصله من المشروعية، بينما يقتصر أثر موانع المسؤولية على عدم مسائلة الفاعل جنائيا، وبالتالي

[1] -نفس المرجع السابق، محمد عوض ص 380.

[2] -محمد السيد عبد التواب، الدفاع الشرعي، ص32.

[3] -سليمان عبد المنعم، النظرية العامة للعقوبة، ص 368.

عدم خضوعه للعقوبة المقررة، لكن الفعل يبقى جريمة ويظل محتفظا بصفته الغير مشروعة، ويترتب على ذلك أن من توافر لديه سبب للإباحة لا يخضع لأي جزاء جنائي سواء كان عقوبة أم تدبيرا احترازيا، ولكن الممتنع مسؤوليته يعفي من الخضوع للعقوبة فقط ويظل ممكنا تطبيق أحد التدابير الاحترازية ضده.

ثانيا: أن أسباب الإباحة تحول دون مسائلة يعفي من الفاعل على أي نحو كان سواء كانت هذه المسؤولية جنائية أو مدنية، فمتى عاد الفعل المشمول بالإباحة فعلا مشروعا من جديد فلا وجه لرفع دعوى جنائية هدفها الإلزام بتعويض الضرر الناشئ عن الفعل، أما موانع المسؤولية فأثرها قاصر على امتناع رفع الدعوى الجزائية ضد الفاعل كالمجنون والصغير السن والمضطر والمكره، لكن يظل جائزا رفع الدعوى المدنية بالتعويض ضد أي من هؤلاء لأن ما صدر عنهم من فعل لازال يعتبر جريمة.

ثالثها: أن أسباب الإباحة بالنظر لطبيعتها الموضوعية أو العينة تفيد كما أشرنا لكل من ساهم في الفعل المشمول بها كأصل عام، بينما تقتصر الاستفادة من موانع المسؤولية ذات الطبيعة الشخصية على من توافرت في حقه فقط دون سواه ممن ساهم في الفعل، فيجوز ملاحقة من حرض أو ساعد المجنون أو الصغير على ارتكاب الجريمة، وليس له أن يستفيد من مانع المسؤولية.

رابعهما: أنه يجوز اللجوء إلى الدفاع الشرعي ضد فعل مشمول بدوره بأحد أسباب الإباحة، وعلى العكس من ذلك يحق التذرع بالدفاع الشرعي إذا كان العدوان واقعا من شخص توافرت لديه فقط أحد موانع المسؤولية الجزائية، وبالتالي يمتنع الدفاع الشرعي ضد رجل الضبط الذي يقوم بالقبض على شخص أو تفتيش منزله بمقتضى أمر صادر عن سلطة مختصة، كما يمتنع الدفاع الشرعي ضد فعل اجرامي صادر عن مجنون، أو شخص تقل سنه عن ثلاثة عشر سنة.[1]

[1] –عبد الحميد الشواربي، الدفاع الشرعي في ضوء الفقه و القضاء ،مطبعة الأطلس بالقاهرة، دط، 1991، ص369.

2-7- أسباب الإباحة وموانع العقاب:

موانع العقاب هي أسـباب تحول دون معاقبة الفاعل الذي يبقى فعله رغم ذلك معتبرا جريمة، كما يظل هذا الفاعل مسـؤولا حاليا في حقيقة الأمر بالنظر لكونه متمتعا بالوعي والإرادة، وبهذا تتميز موانع العقاب عن أسباب الاباحة من ناحية، وعن موانع المسؤولية الجزائية من جهة أخرى، والعلة في تقرير موانع العقاب هي ما يراه المشـرع من أن المصـلحة في عدم توقيع العقوبة تفوق أحيانا المصلحة من وراء توقيعها.[1]

ويمكن أن تختلف أسباب الإباحة من موانع العقاب فيما يلي:[2]

1-أسـباب التبرير تقوم وقت ارتكاب المظهر المادي للجريمة، أما موانع العقاب فتطرأ بعد اكتمال عناصر المسؤولية الجزائية.

2-أن أسباب الإباحة هي عبارة عن وقائع خاصة نص عليها الشارع حصرا وصرح بأنها إذ رافقت الفعل أزالت عنه الصـفة الإجرامية، وأصـبح فعلا مباحا لا تترتب على مرتكبه أي مسؤولية جزائية أو مدنية، أما موانع العقاب فهي أسباب تعرض لمرتكب الفعل فتجعل إرادته غير معتبرة قانونا، وتفترض توافر كل أركان الجريمة.

3-أسباب الإباحة هي أسباب مادية موضوعية وتلتصق بالفعل نفسه وليس بالفاعل وتسقط عنه الصفة الإجرامية ويصبح الفعل مشروعا، أما موانع العقاب فهي بالعكس من ذلك تتعلق بالفاعل بصورة شخصية وليس بالفعل، وتجعله غير أهل للمسؤولية الجزائية، بحيث ينتفي الركن المعنوي للجريمة.

2-7- حصر أسباب الإباحة وبيان مصدرها:

تنحصر أسباب الإباحة بوجه عام في ثلاثة أسباب، هي استعمال الحق وممارسة الرخصة وأداء واجب، وفي حدود هذا المعنى يمكن القول بأن أسـباب الإباحة واردة على سـبيل

[1] سليمان عبد المنعم، النظرية العامة للعقوبة، ص370.

[2] -د، محمد علي عياد الحلبي، شرح قانون العقوبات، ص161.

الحصـر، أما الصـور التي تتمثل فيها هذه الأسـباب من الناحية الواقعية فتسـتعصـي على الحصر لأنها تتعدد بقدر ما تتعدد الحقوق والرخص والواجبات.

وقد ينص قانون العقوبات على بعض أسـباب الإباحة لكنه لا يسـتغرقها، بل إنه فيما ينص عليه قلما يستحدث السبب المبيح، وإنما هو في الغالب يردد حكما مستقرا في فرع آخر من فروع القانون أو يسـتلهم روح النظام القانوني في الدولة، حتى أنه يمكن القول بوجه عام بأن أسباب الإباحة في صـورها المحددة تجد مصـدرها المباشـر في فروع القانون الأخرى، وعلة ذلك أن النظام القانوني وإن تعددت فروعه فهو كل متكامل لا تتنافر أجزاؤه ولا تتناقض أحكامه ، فلا يمكن لمشـــرع واحد أن يبيح أو يأمر بالفعل الواحد ثم يعاقب عليه في الوقت ذاته، لأن ذلك تكليف بمحال والعاقل لا يقدم عليه، وهذا يؤدي إلى وجوب تســـليم بأن ما يبيحه أو يأمر به فرع من فروع القانون فهو قيد على نص التجريم أو بتعبير آخر فهو سـبب يبيح الفعل في الحدود وبالشروط التي يعنيها هذا الفرع.[1]

2-8- تجاوز حدود الإباحة:

يقصـــد بتجاوز حدود الإباحة الخروج عن الشـــروط التي قررها القانون، ليكون لســـبب الإباحة أثره وتخلف أحد هذه الشـروط يجعل الفعل خاضـعا لنصـوص التجريم وتترتب عليه المسؤولية الجزائية إذا توافرت سائر أركانها.[2]

لكن طبيعة هذه المســـائلة تختلف بحســـب الموقف النفســـي للفاعل من منظور الركن المعنوي، فإذا كان خروجه عمديا في تجاوزه لحدود سـبب الإباحة اعتبر مسـؤولا عن جريمة عمدية، كمن يضـــرب ابنه ضـــربا متجاوزا حدود التأديب المقرر، متجردا من نية التأديب فيفضـى هذا إلى موت الابن، أما إذا كان خروج الشخص عن حدود الإباحة ثمرة لإهمال أو الخطأ غير العمدي فإنه يعتبر مســـؤولا عن جريمة غير عمدية، فإذا كان خروجه أخيرا لا

[1] –عوض محمد ، قانون العقوبات، القسم العام، ص90.

[2] –محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، ص53.

يكون عمدا أو إهمالا، فإنه يعفى الفاعل من المسؤولية العمدية وغير العمدية على حد سواء، والتجاوز هنا يرقى إلى الحد الغلط.[1]

2-9- الجهل بالإباحة:

قد يتوافر سبب الإباحة بكل الشروط التي يتطلبها القانون ولكن مرتكب الفعل يعتقد أن السبب غير متوفر وأن فعله غير مشروع.

وأساس الجهل بالإباحة يرجع إما بالغلط في القانون ومثال ذلك الشخص الذي يقبض على المتلبس بالجريمة أن يجهل أن قانون الإجراءات الجزائية يبيح القبض في أحوال التلبس بالجناية أو جنحة في الحبس الاحتياطي، واما غلط في الواقع كمن يقبض على شخص متلبس بالحريمة وهي يجهل قيام حالة التلبس.[2]

ولما كانت أسباب الإباحة تتسم بالطبيعة الموضوعية فإنه يترتب على ذلك نتيجة هامة مؤداها عدم الاعتداد بالعوامل الشخصية ومن ثم فإنه إذا توافرت أسباب الإباحة بالشروط التي يتطلبها القانون فجهل الفاعل بوجودها لا يحول دون إعمال أثرها واستفادته منها، ويستثنى من هذه القاعدة قيام بعض أسباب الإباحة على عناصر شخصية يجب توافرها وقد يكون العلم أحد هذه العناصر.[3]

2-10- الغلط في التبرير:

وهو الصورة المقابلة للجهل بها فيقصد به أن الفاعل قد وقع في غلط بشأن أحد العناصر الواقعية للإباحة على نحو يجعله يعتقد بتوافر الإباحة بينما في الواقع تنتف هذه الإباحة.[4]

أحيانا يتعرض الشخص لموقف يتخيل فيه أنه في حالة دفاع شرعي ويندفع لرد الإعتداء فيتسبب في إيذاء أو قتل شخص ما، فإذا لم تتحقق الشروط اللازمة لأسباب الإباحة كما

---

[1] -سليمان عبد المنعم، النظرية العامة للعقوبة، ص275.

[2] -محمد السيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، ص48.

[3] -محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، ص32.

[4] -سليمان عبد المنعم، النظرية العامة للعقوبة، ص 371.

وردت في نص القانون أعتبر الفعل غير مشروع، إلا أنه يقوم بحالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله ، فالفعل هنا غير مشروع و لكن أنتفى عنه القصد الإجرامي، فإذا كان اعتقاد الفاعل أنه في حالة دفاع شرعي قائما على أسباب معقولة و مبنيا على التثبت والتحري فإنه ينفي عنه الخطأ ولا تقوم مسؤولية الفاعل من أجل هذا الفعل ولا يكون عدم قيام المسؤولية راجعا إلى كزن الفعل مشروعا وإنما هي تخلف الركن المعنوي للجريمة. [1]

والأصل أن الغلط في الإباحة ينفي قيام الإباحة ويحول دون زعم الاستفادة بها، ويرد على هذا لأصل استثناء مؤداه الإعتراف بالغلط في الإباحة واستفادة الشخص منها رغم ما وقع فيه من غلط، كما يستفاد هذا الإستثناء ما أجازته التشريعات من الاعتداد بالخطر الوهمي كأساس لقيام حالة الدفاع الشرعي.[2]

3- الإباحة عند فقهاء الشريعة.

1-3- الإباحة عند الفقهاء:

لم يختلف الفقهاء في تعريفه للمباح عن غيرهم من الأصوليين، فسلك أغلبهم نفس تعريف الأصوليين للمباح فجاءت تعريفاتهم قريبة منها، فقد عرف العيني المباح بقوله: "وهذا التعريف قد راعى التعريف اللغوي.

ومن الفقهاء المحدثين فقد عرفها مصطفى الزرقا بقوله:" الإذن باستهلاك الشيء أو استعماله وهي لا تجعله مملوكا بل دون التمليك، والإذن قد يكون من الشارع، وقد يكون من الأفراد رقبة العين، أو باستهلاك منفعة العين كمن يدعو صديقه لركوب سيارته.

[1] -محمد علي عباد الحلبي-ص158.

[2] -سليمان عبد المنعم- النظرية العامة للعقوبات- ص374.

المبحث الثاني: الدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائر:

تمهيد:

يعبر قانون العقوبات عن رد الاعتداء بالدفاع الشـــرعي المادة 39، وهي ترجمة للاصطلاح الفرنسي Légitime défense، ويستعمل الفقهاء مصطلح دفع الصائل وسوف نتناول في هذا المبحث تعريف الدفاع الشـــرعي وتمييزه عن غيره من المصـــطلحات التي تشابهه وهذا على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف الدفاع الشرعي

تستعمل بعض التشريعات اصطلاح الدفاع الشرعي، بينما يعبر فقهاء الشريعة باصطلاح دفع الصائل وكلا الاصطلاحين له مدلول في اللغة، إلا أن الملاحظ هو أن فقهاء الشريعة اكتفوا بالمدلول اللغوي لدفع الصائل لوضوح دلالته، فجاءت تعريفاتهم من المعنى اللغوي مع وضع بعض الشروط المخصوصة، كما حاول بعض الفقهاء المعاصرين وضع تعريفات للدفاع الشرعي، وأما الفقهاء القانون فقد قالوا تعريفات كثيرة حاولوا من خلالها الوصول إلى تعريف جامع للدفاع الشرعي.[1]

1-تعريف الدفاع الشرعي:

لغة:

وهو دفع الصائل وهو المعنى المستعمل عند الفقهاء من مضاف ومضاف إليه، لذا يجب تعريف كل كلمة على حدة. فالصائل من صال: يصول على قرنه صولا وصيالا وصولانا وصالا ومصالة: سطا

قال: ولم يخشوا مصالته عليهم وتحت الرغوة اللبن الصريح.

[1] -د، محمد سيد عبد التواب6الدفاع الشرعيفي الفقه ال"إسلامي- علم الكتب القاهرة-ط01، 1998، ص57.

والصـئول من الرجال الذي يضـرب الناس ويتطاول عليهم، قال الأزهري الأصـل فيه ترك الهمزة و: كأنه همز لانضمام الواو إليه.

والمصـــاولة: المواثبة وكذلك الصـــيال والصـــيالة، والفحلان يتصـــاولان أي يتواثبان، وفي الحديث إن هذين الحيين من الأوس والخزرج كانا يتصاولان مع رسول الله تصاول الفحلين.[1]

وأما معنى المضـاف فهو الدفع ويقصـد الإزالة بقوة دفعه يدفعه دفعا ودفاعا ودافعه ودفعه فالدفع وتدافع، وتدافعوا الشـيء: دفعه كل واحد منهم صـاحبه، وتدافع القوم أي دفع بعضـهم بعضا".

كما يقال دفع القول إذ رده بحجة والقول، ويسـتعمل هذا المعنى في قانون المرافعات فيما يعرف بنظرية الدفوع، كما يقال إن المتهم دفع بأنه كان يستعمل حقه في الدفاع الشرعي، أو تمسك بحالة الدفاع الشرعي أو استعمل حقه في التأديب ومن ثم فإنه رد الجريمة المنسوبة إليه بإثبات سبب الإباحة أي ينفي عدم مشروعيتها.

2- اصطلاحا:

تكلم فقهاء الشـــريعة عن أحكام دفع الصـــائل، غير أن الملاحظ أنهم لم يتطرقوا إلى التعريف الاصـطلاحي للصـيال، ومرد ذلك أنهم اكتفوا بوضـوح المعنى اللغوي، واتجهوا إلى تناول أحكام دفع الصائل، وسوف نعرض مجموعة من التعاريف منها:

" الصـــيال هو الاســـتطالة والوثوب على الغير، والملاحظ أن هذا التعريف لغوي بحت، وهناك من الفقهاء من قيد الاستطالة والوثوب بأنها مخصوصة في المعنى فقال" الصيال لغة هو الاستطالة والوثوب وشرعا استطالة مخصوصة، ومعنى هذا الكلام أنه ليس كل استطالة تعد صـيالا وإنما المعنى اللغوي هو مقيد بأركان وشـروط، فاسـتطالة حيوان على آخر لا تعد صـيالا عند الفقهاء واستطالة دولة على أخرى ولا تخضـع لأحكام الصـيال، لأن الصـيال عند الفقهاء هو اعتداء على نفس الإنسان أو ماله أو عرضه.

[1]-الحديث روي بلفظ: عن كعب بن مالك قال إن مما نصـنع الله لنبيه أن هذين الحيين من الأنصـار الأوس و الخزرج كان يتصـاولان في الإسـلام كتصاول الفحلين لا يصنع الأوس شيئا إلا قالت الخزرج والله لا تذهبون به أبدا فضلا علينا .

وهذه التعاريف هي للصـــيال لا لدفع الصـــائل، ويمكن القول إن هذا كاف للدلالة على المعنى المراد، ولأن المقصـــود من التعريف هو بيان حكم دفع الصـــائل، وأما كلمة دفع فلا تحتاج إلى إيضاح لوضوح معناها لغة.[1]

ومما يخذ من هذا التعريف أنه اقتصـر في تعريفه على الدفاع الشـرعي عن النفس والمال دون ذكر العرض رغم أن العرض مقدم من المال، إلا أن يكون قد أدرج الدفاع عن العرض مع النفس على عادة بعض الفقهاء الذين يرون أن الجرائم الواقعة على الشـــرف أنها جرائم واقعة على النفس، كما أن التعريف تطرق إلى حكم الدفاع الشرعي وهو خارج عن التعريف.[2]

فالدفاع الشرعي عامة هو حق عام يعطي لصاحبه حق استعمال القوة اللازمة لدفع اعتداء غير مشروع على النفس أو المال بفعل يعد جريمة، فهو يقرره المشرع لكل إنسان في مواجهة الكافة ومن ثم لا يجوز لأي إنسان أن يحول دون استعماله.

وذلك رغم أن المبدأ العام في القانون لا يجيز للشـخص أن ينتصـف لنفسـه بنفسـه فإذا ما وقع عليه اعتداء وجب عليه رفع الأمر إلى السلطات المختصـة لإنصـافه، ولكن هل يستقيم هذا المبدأ لو أن الشخص تعرض لخطر مصدره فعل على وشك الوقوع في ظروف لا تسمح له بمراجعة السلطات المختصة في الوقت المناسب، فهل يترك الأمر حتى تتحقق الجريمة أم يرد الاعتداء على نفسه وماله؟

الإجابة على هذا الســؤال تقول إنه منطقي في مثل هذه الظروف أن يرد الاعتداء قبل أن تتحقق الجريمة، حفاظا على نفسـه وصـونا لأمواله وهو ما أيده القانون بنصـه:" **لا جريمة إذا كان الفعل قد دعت إليه الضرورة لحالة الدفاع المشروع عن النفس أو الغير أو عن المال المملوك للشخص أو الغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء**".

فالدفاع الشــرعي إذن هو الحق في اســتعمال القوة اللازمة الذي يقرره القانون لمصــلحة المدافع لرد الاعتداء الحال عليه أو على نفس الغير أو مال الغير. وعلى ذلك تكون ممارسة

[1]– د، يوسف قاسم، نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الجزائي الإسلامي و القانون الجزائي الوضعي، ص"، د ط، 203/1423.

[2]–د، أحمد فتحي بهنسي، المسؤولية الجزائية في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مكتبة دار التراث، القاهرة، ج1، ص 473.

الدفاع الشــرعي ممارســة لحق يقرره القانون، وهو حق عام في مواجهة الناس كافة لا يجوز رده ولا حتى مقاومته.[1]

ومنه نســتخلص أن إذا أن الدفاع الشــرعي يبيح أفعال المدافع وذلك باعتباره لا يتضــمن معنى العدوان، في حين أن فعل المعتدي يظل وبالرغم مما نالـه على يد المدافع عملا عدوانيا، وبالتالي فإنه يبقى مســـؤولا عن جريمته، أما الدفاع الشـــرعي في القانون الجنائي الجزائري فهو استعمال القوة اللازمة لصد خطر الاعتداء الغير مشروع، وقد اعتبره المشرع سببا من أسباب الإباحة و ذلك من المادتين 39و 40 من قانون العقوبات الجزائري، واللتان اقتبســهما من قانون العقوبات الفرنســي بمعنى أن القانون يقرر الحق في صــد العدوان متى كان غير مشــروع يصــرف النظر عن حق المعتدى عليه غير أن هذه الإباحة لا تتقرر إلا بتوافر شروط معينة و ذلك كي لا تباح الجريمة كوسيلة لمواجهة الجريمة.

وقد نصــت المادة 40 من ق ع ج على الحالات الممتازة للدفاع الشــرعي غير أنه تجدر الإشارة إلى أن مفهوم الدفاع الشرعي في قانون الجزائري مستمد أصلا من المفهوم الفرنسي.

[1] –أحمد فتحب بهنسي– نفس المرجع السابق–ص474.

المطلب الثاني: تمييز الدفاع الشرعي عن غيره من المصطلحات

يعتبر البعض أن الدفاع الشرعي من موانع المسؤولية حيث يستندون في رأيهم إلى فكرة الإكراه المعنوي على إن الإعتداء الواقع على شخص يسبب له حالة من الإضطراب والإنفعال وإذا دافع فإنما يكون عاملاً بالميل الغريزي الذي يدفعه إلى المحافظة على نفسه.

كما يرى البعض الآخر أن الدفاع الشرعي تفويضاً قانونياً بإستعمال السلطة بوصفه مما يقوم به رجل الأمن لمنع وقوع الجرائم أي إن الشخص الذي يقوم بالدفاع يقوم مقام رجل الأمن حيث لا يستطع الإستعانة به لدفع هذا الإعتداء.

ومن خلال مايلي سنحاول تمييز الدفاع الشرعي عن غيره من المصطلحات.

1-الدفاع الشرعي وحالة الضرورة:

الضرورة عند الفقهاء هي الخوف من الهلاك على النفس أو المال سواء أكان هذا الخوف علما أي امرا متيقنا أو ظنا يراد به الظن الراجح وهو المبني على أسباب معقولة، وبعضهم يدرج الدفاع الشرعي كتطبيق من تطبيقات القاعدة الفقهية الضرورات تبيح المحظورات، فقد جاء في بعض الكتب الفقهية الضروريات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها عنها ومن ثم جاز أكل الميتة عند المخمصة وإساغة اللقمة بالخمر والتلفظ بكلمة الكفر للإكراه وكذا اتلاف المال وأخذ مال الممتنع من أداء الدين بغير إذنه ودفع الصائل ولو أدى إلى قتله.[1]

وعند فقهاء القانون فحالة الضرورة هي حالة الشخص الذي يتهدد غيره خطر والذي-مع احتفاظه بحرية الاختيار-يضطر إلى ارتكاب جريمة تصيب شخصا آخر لا علاقة له بسبب الخطر، إما بحياته أو بماله ودون أن تكون له القدرة على منعه بطريقة أخرى والغالب في حالة الضرورة أن الخطر فيها ليس ثمرة عمل إنسان وإنما وليد قوة طبيعية.[2]

---

[1]- الأشباه و النظائر عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403، ط01، ص84.

[2]-د، محمد صبحي نجم قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، مكتبة دار الثقافة و النشر، عمان الأردن، ط1، الإصدار 04، 2000،ص 267.

فحالة الضرورة هي حالة أعم من حالة الدفاع الشرعي، حتى قال بعض الفقهاء إن الدفاع الشرعي نوع من الضرورة.

وترجع دقة التعريف بينهما إلى التشابه الشديد في حقيقتهما، ففي كل منهما يتجه السلوك الإجرامي إلى دفع الخطر الغير مشروع وكل منهما يعد سببا يبيح ارتكاب الجريمة، وتفترق حالة الضرورة عن حالة الدفاع الشرعي وإن كانت حالة الضرورة أعمم وأشمل، ويدخل في شمولها تعليل الدفاع الشرعي، ومع ذلك فهناك فوارق منها:

- ✓ إن مثير الواقعة في حالة الدفاع الشرعي هو المعتدي بالذات، وإن كان اعتدائه هو الذي يخول للمعتدي عليه حق ممارسته رد الاعتداء بمقدار ما يدفع الخطر عنه، بينما نجد في حالة الضرورة أن الخطر يرجع غالبا إلى الظروف الطبيعية.
- ✓ من ناحية محل الخطر وموضوعه:

بعض القوانين سوت بين الخطر في حالة الضرورة، وبين موضوع الخطر في حالة الدفاع الشرعي، فكلاهما استهدفا حماية النفس أو المال سواء كان نفس المعتدي عليه أو ماله، أو إن الخطر اقتضى جريمة الضرورة لحماية نفس الغير أو ماله، والبعض الآخر اعتبر حالة الضرورة لا تكون إلا في حالة وجود خطر محيق في نفس الغير أو نفس المرتكب جريمة الضرورة.

-أما من ناحية حرية الاختيار فالتشابه قائم بين حالة الدفاع المشروع وحالة الضرورة، ففي الحالتين هناك فرصة لمحاكمة والتفكير يتسنى من خلالها على الرغم من قصرها اتخاذ موقف الردع، أو دفع الخطر عنه.

ويترتب على ذلك أن الجريمة التي تدعو لضرورة إلى ارتكابها تقع على بريء، وأما في حالة الدفاع الشرعي فلا تقع إلا على من صدر منه الاعتداء.

والخلاصة أن أهم فارق بين الدفاع الشرعي وحالة الضرورة هو مصدر الخطر فهو حالة لدفاع فعل غير مشوع، وفي حالة الضرورة قوة طبيعية في الغالب فالجريمة التي تقع على شخص بريء في حالة الضرورة وتقع على شخص معتد في حالة الدفاع الشرعي.[1]

[1] -نفس المرجع السابق-محمد صبحي -قانون العقوبات-ص270.

2- الدفاع الشرعي والإكراه:

الّإكراه عند الفقهاء هو حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضــاه ولا يختار مباشــرته ما لو خلي بنفســه، فيكون معدما للرضــا للاختيار، والاختيار هو ترجيح فعل الشــيء والرغبة به، وهو قسمان: قسم بعدم الرضا ويفسد الاختيار وهو ما خيف فيه من تلف نفس ويسمى إكراها ملجئ، والثاني يعدم الرضــا ولا يفســد الاختيار، وهو ما لا يخاف فيه التلف عادة كالحبس والضرب الذي لا يخشى منه التلف ويسمى إكراها غير ملجئ.[1]

والإكراه عند الفقهاء القانون هو حمل الغير على إتيان ما يعد جريمة، سواءا تمثل ذلك في صورة فعل أو امتناع، وهو نوعان مادي ومعنوي، فالمادي يقع غالبا على جسم الغير ويعطل دائما إرادته، فلا يمكن أن تنسب الجريمة على المتهم لأنه يقوم بها كأنه آلة مسخرة بواسطتها فيكون معدوم الإرادة.[2]

وأما الإكراه المعنوي ضــغط على الإرادة يدفعها إلى ارتكاب الجريمة، ويتحقق بتهديد الفاعل بخطر جسيم لا سبيل إلى دفعه بوسيلة أخرى، فيقدم على ارتكاب الجريمة ليدفع عن نفسه خطر هذا الضغط أو التهديد.[3]

وعليه فالإكراه المعنوي لا يعدم إرادة المكره وإنما يجردها من الاختيار، وبالنظر إلى كلا التعريفين يمكن القول إن الإكراه يصــح أن يكون ماديا، ويصــح أن يكون معنويا، فالإكراه المادي هو ما كان فيه التهديد واقعا، وأما الإكراه المعنوي ما كان فيه التهديد منتظر الوقوع، وعليه فتقسم الإكراه عند الفريقين سواء.

وما يمكن تمييزه فإن هناك فرقا بين الدفاع الشرعي والإكراه، فإن الذي يدفع الشخص إلى ارتكاب الجريمة في الدفاع الشــرعي غير الذي يدفعه إلى ارتكاب الجريمة في الإكراه، فالأول الباعث الأول بالنســبة إليه إنما هو دفع الخطر الحال، أما الثاني فهو الخوف من أن ينفذ

---

[1]–د، عبد الســلام التنوخي، موانع المســؤولية الجزائية، منشــرات المنظمة العربية للتربية و الثقافة و العلوم ، معهد البحوث و الدراســات، 1971، ص224.

[2]–محمد عوض شرح قانون العقوبات ، القسم العام، دار الجامعة الحديثة للنشر الإسكندرية، مصر، 2000،ص524.

[3]–محمد صبحي نجم، قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، ص262.

المكره ما هدد به المكره، كما أن الإكراه عند الفقهاء لا يبيح بعض الأفعال المحرمة بل يرفع العقوبة عنها.

3- الدفاع الشرعي وسقوط القصاص:

يعتبر البعض أن الدفاع الشرعي من أسباب سقوط القصاص، على أساس أن القتل دفاعا عن النفس هو من قبيل القصـــاص المتقدم، لأن لو ترك المدافع مهاجمة المعتدي حتى قتله لقتل هذا به قصاصا.

وقد ذكر الإمام أبو زهرة بعد أن ساق كلام الإمام الجصاص: في جواز القتل دفاعا عن النفس «أن دفع القاتل عن نفسه يشبه القصاص وله أثر القصاص من منع المعتدين أن يقتلوا النفس البريئة بغير حق، وقد اعتبروه-أي القتل-دفاعا عن النفس لأن الصـــائل كان حريصا على أن يقتل العادل، فكان حقا عليه أن يعامله بالمثل دفاعا عن نفسه وهو المحق والمقتول مبطل".[1]

والحقيقة أن الدفاع الشرعي لا يمكن أن يدرج من أسباب سقوط القصاص لأن أثره أعمق في الواقع حيث لا تنشأ معه ابتداء فكرة العدوان الموجب للقصاص حتى يصبح الحديث عن سقوطه فالدفاع هو نقيض العدوان ومن ثم فلا محل هناك لبحث الواقعة من زاوية المسؤولية الجزائية وما تنتهي إليه من وجوب القصاص عند ثبوت كل شروطهما المادية والمعنوية.[2]

[1]-محمد أبو زهرة، العقوبة في الإسلام، ص433.

[2]-د، محمد سيد عبد التواب ، المرجع نفسه، ص06.

المبحث الثالث: مصدر الدفاع الشرعي وأساسه

إن مصدر وأساس الدفاع الشرعي يأتي من فكرة الموازنة بين المصالح المتعارضة وإيثار مصلحة أولى بالإعتبار تحقيقاً للمصلحة العامة وهي هدف كل نظام قانوني. والمصلحة هي الحق التي يحميها القانون فإذا وقع تعارض بين مصلحتين وكان الإبقاء على إحداهما يستلزم إهدار الأخرى فالمصلحة تقتضي التضحية بأقلهما أهمية، وبذلك فإن حق المعتدي تقل قيمته بمجرد الإعتداء ويجب أن يهمل أمام حق المعتدى عليه المهدد.

المطلب الأول: مصدر الدفاع الشرعي

هو عبارة عن حالة يرفع فيها المشـرع يده من تجريم تلك الأفعال التي تدخل في صـميم ردة الفعل الإنسـانية في الدفاع عن النفس وإن ردة الفعل هذه ليس فقط إنسـانية وإنما هي كونية ممن أن توجه حتى للحجر أو الحيوان فتكون لهما ردة فعل، وهذه ردة الفعل حاول المشرع أن يقننها حتى لا تخرج عن إطارها الفطري ولا تحسب إنتقاماً، وهنا سنتطرق لمصدر الدغاع الشرعي.

الفرع الأول: مصدر الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي

ونقد يقولنا المصدر أي النصوص سواء كانت نصوصا شرعية من كتاب الله عز وجل، أو قانونية، فالفقهاء متفقون على أن النصـوص التشـريعية في الدفاع الشـرعي قد وردت في أكثر من موضـع، وهو اتفاق عام مبدئي، إلا أنهم اختلفوا في التفاصـيل وفي فهم هذه النصوص.

1- القرءان الكريم:

قوله تعالى:" فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم واتقوا الله واعلموا أن الله مع المتقين".[1]

[1]-سورة البقرة الآية 194.

قال القرطبي: "الاعتداء هو التجاوز، قال الله تعالى "ومن يتعد حدود الله "أي تجاوزها" قال ابن العباس: نزل هذا قبل أن يقوى الإسلام فأمر من أوذي من المسلمين أن يجازي بمثل ما أوذي به أو يصبر أو يعفو، ثم نسخ ذلك بقوله وقاتلوا المشركين كافة وقيل نسخ ذلك بتصييره إلى السلطان ولا يحل لأحد أن يقتص من أحد إلا بإذن السلطان".[1]

وهذه الآية ليست خاصة فهي تعني رد العدوان الموجه إلى الفرد أو الموجه على الجماعة ودل على هذا العموم قول الإمام القرطبي: قوله تعالى: فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم" عموم متفق عليه.[2]

قوله تعالى " الذين إذا أصابهم البغي هم ينتصرون وجزاء سيئة سيئة مثلها فمن عفي وأصلح فأجره على الله إنه لا يحب الظالمين ولمن انتصر بعد ظلمه أولئك ما عليهم من سبيل".[3]

قال الامام القرطبي في تفسير هذه الآية: قيل هو عام في بغي كل باغ من كافر وغيره أي إذا نالهم ظلم الظالم لم يستسلموا لظلمه".[4]

قال الإمام الطاهر بن عاشور: "ومعنى" بعد الظلمة" التنبيه أن هذا الانتصار بعد أن تحقق أنهم ظلموا وأما حال المسلمين مع بعضهم البعض فليس من غرض الآية فلو أن أحدا ساوره أحد ببادئ عمل من البغى فهو مرخص له أن يدافعه عن إيصال بغيه إليه قبل أن يتمكن منه ولا يهمله حتى يوقع به عسى ألا يتداركه فاعله من بعد، وذلك يرجع إلى قاعدة أن ما قارب الشيء يعطي حكم حصوله، أي مع غلبة ظنه بسبب ظهور بوادره، وهو ما قاله الفقهاء: يجوز دفع الصائل بما أمكن.

---

[1]–الإمام القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي ، بيروت، ج02، ص360.

[2]–الإمام القرطبي، المرجع نفسه، ج2،ص356.

[3]–سورة الشورى، الآيات 39–40–41.

[4]–الإمام القرطبي، المرجع نفسه،ج02، ص360.

ففي هذه الآية الكريمة يمتدح الله عز وجل الذين انتصروا على من اعتدى عليهم، بعد أن ذكر صفات المؤمنين من مهمات الفضائل، وليس بين هذه الآية والآيات التي تدعو إلى العفو والصفح أي تعارض.

2- السنة النبوية:

لقد وردت أحاديث نبوية كثيرة أكدت مشروعية الدفاع الشرعي ضد المعتدين عموما، وتبين كيفية رد اعتدائهم ومنزلة المدافعين وحقوقهم ومنها:

عن سعيد بن زيد قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "من قتل دون دية فهو شهيد ومن قتل دون دمه فهو شهيد ومن قتل دون أهله فهو شهيد".[1]

عن أبي هريرة قال: جاء رجل فقال الرسول عليه الصلاة والسلام يريد أخذ مالي، قال فلا تعطه مالك، قال أرأيت إن قاتلني قال قاتله، أرأيت إن قتلني قال: فأنت شهيد، قال أرأيت ان قتلته، قال هو في النار".[2]

عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من قتل دون ماله فهو شهيد".[3]

هذه أحاديث تقرر مشروعية الدفاع عن نفس أو مال أو عرض الإنسان.

عن سهل بن سعد الأنصاري أن رجلا اطلع في جحر في باب رسول الله صلى الله عليه وسلم ومع رسول الله صلى الله عليه وسلم مدرى يرجل به رأسه فقال له رسول الله عليه

---

[1] حديث رواه أبو داوود، باب قتال اللصوص، رقم 4772 دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ج02،ص246

[2]–رواه مسلم ، كتاب الإيمان ، باب الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره بغير حق كان القاصد مهدر الدم في حقه و إن قتل كان في النار ، رقم 140، ج01،ص124.

[3]– رواه البخاري، كتاب مظالم ، باب من قتل دون ماله، رقم 2300، ج2، ص878.محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، الجامع الصحيح، المختصر، دار ابن كثير، اليمامة، بيروت 1987،1407، ط3، تحقيق د مصطفى ديب البغا.

الصـــلاة والســـلام: لو أعلم أنك تنتظر طعنت به في عينك إنما جعل الله الإذن من أجل البصر."[1]

قال الامام النووي: «وفي هذا الحديث جواز رمي المتطلع بشـيء خفيف فلو رماه بخفيف ففقأها فلا ضمان إذا كان قد نظر في بيت ليس فيه امرأة محرم والله أعلم".[2]

الفرع الثاني: مصدر الدفاع الشرعي في قانون العقوبات:

أما القوانين الوضعية، فبعضها يضع الدفاع الشرعي ضمن جرائم القتل والجرح والضرب، على اعتبار أن الدفاع الشـــرعي لا يكون إلا في الجرائم العمدية التي تقع على النفس أو المال، وأما المشـرع الجزائري فقد اقتبس المادتين 327، 328 من قانون العقوبات الفرنســي في المادتين 42،40، من قانون العقوبات الجزائري.

وتنص المادة 327 من قانون العقوبات الفرنسي على أن القتل والجرح والضرب لا تعتبر جرائم إذا كانت قد دفعت إليها ضرورة حالة الدفاع الشرعي عن النفس، وأفردت المادة 328 نصـا خاصـا لحالتين من حالات الدفاع الشـرعي وهي الحالات التي يطلق عليها المشـرع الفرنسي حالات الممتازة للدفاع الشرعي.

وأمام ضيق النصين فقد توسع الفقه والقضاء في تفسيرها حتى أصبح المستقر عليه حاليا العمل على أن الدفاع الشرعي يشمل الدفاع عن النفس وعن المال.[3]

ولقد أخذ المشـرع الجزائري النصـوص القديمة وأضـاف إليها ما اسـتقر عليه العمل في فرنسا وصاغ كل ذلك في المادتين 39 فقرة 2،40 من قانون العقوبات كما يلي:

---

[1] – متفق عليه رواه البخاري ، كتاب الاستئذان ، باب الاستئذان من أجل البصر رقم 5772، مسلم ، كتاب الآداب ، تحريم النظر في بيت غيره 2156، ص1189.

[2]– الامام النووي، صحيح مسلم بشرح النووي ، دار الفكر، 1983، ج14،ص 136.

[3] –د رضا فرج ، شرح قانون العقوبات، الشركة الوطنية للتوزيع و النشر، ص 153.

المادة 39: الفقرة 2" لا جريمة إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس وعن الغير أو عن المال مملوك للشخص أ للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء".

القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الأشخاص أو سلامة جسمه أو لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان أو المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منها أثناء الليل.

الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي الجرائم والسرقات أو النهب بقوة.[1]

المطلب الثاني: أساس الدفاع الشرعي

القاعدة العامة أنه لا يجوز للشخص أن ينتصف لنفسه بنفسه فإذا ما وقع الإعتداء وجب رفعه إلى السلطات المعنية لإنصافه، ولكن هذا المبدأ لا يتفق مع الدفاع الشرعي، ومن المنطقي أن يرد الاعتداء قبل أن تتحقق الجريمة، حفظا لنفسه وماله وعرضه.

الفرع الأول: أساس الدفاع الشرعي لدى فقهاء الشريعة:

1-الإكراه أساس الدفاع الشرعي:

يرى فريق من الفقهاء أن أساس دفع الصائل هو الإكراه فقد جاء في شرح العناية على الهداية: "أشبه المكره، أي أن المكره لما أصبح مسلوب الاختيار من جهة المكره، أضيف التلف إلى المكره فكذلك المصول عليه".[2]

غير أن هذه النظرية منتقدة من عدة نواحي:

1-الإكراه يكون إلا في حالة الخطر الجسيم بينما يجوز دفع كل صائل بما يناسبه.

[1]- الامر رقم 66-156، المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات.

[2]- شرح العناية على الهداية، الإمام أكمل الدين محمدي محمود البابرتي، المطبعة الأميرية ، ط1، 1418هجري، ص 269.

2-القول إن فعل الصـائل يفقد المصـول عليه حرية الاختيار قول لا يمكن التسـليم به لأن الرأي الغالب في الفقه الإسـلامي مراعاة التناسـب فيدفع الصـائل بالأخف وهذا فيه معنى إمكانية الاختيار في الوسائل.

3-القول إن المصول عليه فقد حرية الاختيار يجعل الرد على الصيال المشروع جائر، وهذا أمر غير مسـلم به، فضـرب الزوج زوجته أو الأب إبنه في حدود مالهما من حق التأديب لا يجوز الرد عليه باعتباره عملا مباحا.

2-التعزيز أساس الدفاع الشرعي:

ذهب فريق آخر من العلماء إلى القول أن أسـاس دفع الصـائل هو كونه تعزيزا فقد جاء في مجمع الأنهر " ويكون التعزيز بالقتل، كمن وجد رجلا مع امرأة لا تحل له إن كان لا يعلم أن يترجم بصياح وضرب بما دون الصياح".[1]

غير أننا لا نسلم لهذا التعزيز هي عقوبات غير مقدرة لجرائم لم يرد فيها حد ولا قصاص، من ظرف القاضـي، وإذ قلنا إن الدفاع الشـرعي هو تعزيز جاز لنا القول إنه للحصـول عليه برد الاعتداء ولو بعد أيام من الاعتداء وانتهاء الجريمة فهو انتقام لا دفاع شـرعي، لأنه من شروط دفاع الصائل رد الاعتداء في الحال.[2]

3-إزالة الضرر أساس الدفاع الشرعي:

وهناك إتجاه آخر في الفقه الإسـلامي يرى أن الدفاع الشـرعي يقوم على مبدأ وهو إزالة الضرر لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال " لا ضرر ولا ضرار".[3]

واختلف العلماء في معنى الضرر والضرار فقالوا:

---

[1]- مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ، عبد الله عبدالرحمان بن الشيخ المعروف بدامادا أفندي، ص609.

[2]-محمد سعيد عبد التواب، نفس المرجع ص116.

[3]- رواه مالك في الموطأ، كتلب الأقضـية، باب القضـاء في المرفق، ج02، ص 745، وأخرجه الحاكم في المستدرك، وقال: صـحيح الاسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه، المستدرك على الصحيح 02 ص66، جامع العلوم والحكم، ابن رجب ص412.

1-إن الضرر الاسم والضرار هو الفعل ومعنى لا ضرر: لا يدخل على أحد الضرر ان لم يدخله على نفسه، ومعنى لا ضرار: لا يضار أحد بأحد.

2-أن الضـــرر هو الذي لك فيه منفعة وعلى جارك مضـــرة، والضـــرار هو ما ليس لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة.[1]

وعليه فتكون أفعال الدفاع عن المعتدى عليه إزالة للضـرر الواقع عليه فلا يجد وسـيلة إلا ارتكاب الجريمة ليدفع بها هذا العدوان.

والقول إن الدفاع الشرعي يستند إلى هذه النظرية قول غير قوي لأن المقصود الدفاع ليس إزالة الضـــرر وإنما الحيلولة دون وقوع الضـــرر، لأن الفقهاء لا يجيزون الدفاع بعد انتهاء العدوان.

4-الضرر أساس للدفاع الشرعي:

ذهبت بعض الفقهاء من كتب في القواعد الفقهية إلى اعتبار أن الدفاع الشرعي تطبيق من تطبيقات قاعدة الضـــرورات تبيح المحظورات وفي هذا يقول ابن نجيم " تتعلق بها (قاعدة الضـــرر يزال) قواعد الأولى الضـــرورات تبيح المحظورات ومن ثم جاز أكل الميتة عند المخمصـــة واســـاغة اللقمة بالخمر والتلفظ بكلمة الكفر للإكراه وكذا إتلاف المال وأخذ مال الممتنع من أداء الدين بغير إذنه ودفع الصائل ولو أدى إلى قتله.[2]

والقول إن الضرورة أساس للدفاع الشرعي قد لا نسلم به أيضا ولا تصلح الضرورة كأساس للدفاع الشرعي، إن كان من الممكن التسليم أنهما يتفقان في الجوهر، فقتل النفس حرام وأكل الميتة حرام، إلا أن وجه التحريم في قتل النفس ولو معتدية فإنه حق لهذه النفس وحق الناس مقدم وفي ذلك يقول ابن قدامة "أكل الحي نفســـه عن غير تفويت نفس غيره، وهنا في إحياء نفسه فوات نفس غيره، فلم يجب عليه".[3]

---

[1]- ابن عبد البر، التمهيد، ج20، ص158.

[2] ابن نجيم ، الأشباه و النظائر، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض ، ط02، 1997، ج2، ص87.

[3]- محمد أبو زهرة، العقوبة ، دار الفكر ، دط، ص 456.

وهذا الأساس هو الذي أدى بالفقهاء إلى قول بأن الضرورة تعتبر أساسا للدفاع الشرعي، رغم أنهما يختلفان في مصدر الخطر، فالخطر في الدفاع الشرعي يرجع غالبا إلى المعتدي أساسا بينما يرجع في حالة الضرورة إلى ظروف طبيعية.

5-الموازنة بين المصالح كأساس للدفاع الشرعي:

ذهب البعض إلى اعتبار المصلحة أساسا للدفاع الشرعي، والمصلحة كما يعرفها الإمام أبو حامد الغزالي:" فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة ولسنا نعني به ذلك، فإن جلب منفعة ودفع مضرة مصالح الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم لكننا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشارع ومقصود الشرع في الخلق خمسة، وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوت حفظ هذه الأصول فهو مفسدة.[1]

والملاحظ أن رعاية المصلحة مجردة لا تعد في حد ذاتها دليلا مستقلا عن النص حتى نعدها قسيما له، وانما هي معنى كلي مستفاد من خلال تتبع جزئيات الأحكام التي وردت بها النصوص أساسا، ومادام الكلي مفتقرا في وجوده إلى تحقق جزئياته، فإن المصلحة لا وجود لها إلا بدليل شرعي هو النص نفسه، وفي أقل تقدير ينبغي ألا تعارض المصلحة النصوص الثابتة حتى يمكن اعتبارها.[2]

6- قسم الشاطبي المصلحة إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: الضرورية فمعناها أنها لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهارج وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين.

---

[1]-أبو حامد الغزالي، المستصفى عن علم الأصول تحقيق ، د محمد سليمان الأشقر، مؤسسة الرسالة ، ط01، 1997/1417، بيروت لبنان ج01، ص 416.

[2]- محمد سعيد رمضان البوطي ، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط06، 2000/1421، ص185.

القسم الثاني: الحاجيات فمعناها أنها مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشـــقة اللاحقة يفوت المطلوب فإذا لم تراع دخل على المكلفين على الجملة الحرج والمشقة ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح العامة.

القســم الثالث: التحســينات فمعناها الأخذ بما يليق من محاســن العادات، وتجنب الأحوال المدنسة التي تأنفها العقول الراجحات، ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق.

أما الامام العز بن عبد السلام فقد وضع قواعد للترجيح:" فإذا تساوت المصالح مع تعذر الجمع تخيرنا في التقدم والتأخير للتنازع بين المســاوين، كما إذا رأينا صــائلا يصــول على نفسين فإننا نتخير، أما إذا اجتمعت مفسدتان، ثم واصل الكلام عن درأ المفسدة فيقول: «فإن أمكن درؤها درأنا الأرذل فالأرذل".

وفي هذا المعنى يقول ابن تيمية أن الموازنة بين المصــالح والمفاسـد هي أيضــا نوع من أنواع إزالة الضرر ولا شك أن حالة الدفاع يظهر فيها تنازع مصلحتين بصورة جلية مصلحة المدافع ومصلحة المعتدي.[1]

الفرع الثاني: أساس النظرية عند فقهاء القانون

الدفاع الشرعي نطام يضرب بجذوره في أعماق التاريخ وقد عرفته كل الشعوب في مختلف مراحلها لأنه قانون الفطرة، فليس من الســائع إلزام إنســان على تحمل عدوان غيره إذ تعذر عليه اللجوء في الوقت المناسب إلى السلطة العامة وكان قادرا على رد العدوان بنفسه ولهذا نقول إن الشرع لم يقرر مبدأ الدفاع الشرعي بل أقره، أي استبقاه وضبط أحكامه وعلى الرغم من الدفاع الشرعي من البديهيات إلا أن الرأي العام مع ذلك غير متفق على أساسه، وهناك نظريات متعددة ترجع إلى اتجاهين:

[1]– الإمام الشاطبي ، الموافقات في أصول الشريعة، ص 221–222.

1- الاتجاه الموضوعي:

ويكون أساس الدفاع الشرعي بالنظر إلى ذات الفعل الذي يرتكب في موقف الدفاع، وفي إطار هذا الاتجاه قيل بعدة نظريات.

أ-نظري الحق الطبيعي:

وهي فكرة قديمة تعتبر الدفاع الشرعي مشتقا من الحق الطبيعي ووفقا لهذه النظرية يكون لكل إنسان أن يحمي حياته بنفسه وله أن يستعمل السلاح إذا اقتضى الأمر.

ويعيب هذه النظرية أنها لا تقدم أساسا مرضيا للدفاع عن المال، إذ لا يعتبر حقا طبيعيا كحق الحياة، فالإنسان يولد عريانا ويكتسب اكتسابا.[1]

ب- نظرية إبطال البغي:

ذهب هيجل إلى أن الواقع يؤيد دور القانون لبأن الاعتداء هو نفي للقانون، والدفاع هو نفي لهذا النفي فهو إذن تطبيق للقانون، وابطال لما ينطوي عليه هذا الاعتداء من بغي، فهو جزاء قانوني للاعتداء ومن هنا كانت إباحته، وهذا الرأي يعيبه القصور، فلو كان صحيحا أن الدفاع الشرعي يؤدي هذه الوظيفة والمدافع يجري على المعتدي حكم القانون، ومعنى ذلك لا يعاقب المعتدي من بعد على فعله، وإلا اقضي الأمر إلى عقابه مرتين من أجل فعل واحد، وهذا غير مسلم به، بل إن الدفاع الشرعي مهما كانت جسامته لا يحول دون عقاب المعتدي وفقا لأحكام قانونية.[2]

ج-نظرية التحلل من العقد الاجتماعي:

في القرن الثامن عشر ازدهرت نظرية العقد الاجتماعي واعتبرت أساسا للحقوق ومنها نظرية الدفاع الشرعي، ووفقا لهذه النظرية أنه تنفيذا للعقد الاجتماعي لا يكون للإنسان أن

[1]-محمد السيد عبد التواب، الدفاع الشرعي، ص124.

[2]-محمد السيد عبد التواب ، الدفاع الشرعي ص 134.

يدرأ عن نفسه بنفسه، غير أن الأفراد عند تنازلهم عن حق الدولة قد احتفظوا برخصة الدفاع بأنفسهم في حالة الخطر الوشيك الوقوع.

وقد ظلت هذه النظرية مسلما بها عند الألمان حتى بداية القرن التاسع عشر إلا أنها انهارت بانهيار نظريات العقد الاجتماعي باعتبار أنها فكرة خيالية لا تتفق مع المنطق.

ويرى أصحاب هذه النظرية أن الدفاع العام إنما نشأ أصلا ليحل محل الدفاع الخاص، وعندما يتعذر على المجتمع إغاثة الفرد فلا سبيل إلا أن يدافع عن نفسه، إذ لا معنى لدفاع مجتمع عاجز عن التدخل، غير أنه يؤخذ على هذه النظرية أنها تخلط بين وجود الدفاع وحق العقاب كما أنها لا تقدم أساسا للدفاع عن المال، كما أن الاخذ بهذه النظرية يؤدي إلى القول بأنه إذا كان دفاع المجتمع غير ذي أثر، فإن الفرد يسترد حقه في الدفاع بينما يفقد المجتمع هذا الحق وهو أمر مرفوض.[1]

هـ-نظرية التفويض لعجز السلطة:

ويذهب أصحاب هذه النظرية إلى أساس الدفاع الشرعي هو عجز السلطة وهي صاحبة الحق في الدفاع عن التدخل لحماية الأفراد، ومن ثم لزم أن تمنح الأفراد حقهم في حماية أنفسهم بأنفسهم وحماية الآخرين.[2]

وعليه فإنه يحل الفرد مخل السلطة العامة في حفظ النظام و ذلك بإجازة من القانون، فالدفاع في نظر هؤلاء ليس إلا وظيفة يجوز للدولة أن تفوض الأفراد في القيام بها، إلا أن هذه النظرية وإن كانت تعكس بعض الجوانب الطبيعة القانونية للدفاع الشرعي خاصة وأن التشرع يتطلب لأحكام الدفاع ألا يمكن الالتجاء إلى السلطة العامة، إلا أنه غير كاف لتبرير الإباحة ففكرة التفويض هي محل نظر، فالمعتدى عليه أن يباشر نفس السلطات المسموح للدولة ، وهذا لا يتحقق في الدفاع الشرعي حيث يرتكب المدافع أفعالا غير مسموح بها

[1]– محمد عوض، شرح قانون العقوبات ، القسم العام دار الجامعة الحديثة للنشر الإسكندرية، مصر2000، ص127.

[2]–محمد عوض شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، ص127.

لرجال السلطة العامة، وضد أفعال ليست بالضرورة تشكل جريمة، كما أن دور السلطة هو إيقاع العقاب والمعتدي عليه مطالب برد الاعتداء بإيقاع العقاب.[1]

و-نظرية تنازع الحقوق والمصالح الاجتماعية:

يرى أصحاب هذه النظرية أن أساس الدفاع الشرعي هو التنازع بين الحقوق، بحيث أن الضرر الذي يصيب حق الحياة هو ضرر أكيد، وعندما يتنازع حق الحياة مع حق الملكية فإن حق الحياة هو الذي يتمتع بالأفضلية منحا أكيدا لأن الضرر الذي يمس حق الملكية لا يعدو أن يكون ظاهريا.

والواقع أن النصيحة في سبيل الحق مسألة تختلف باختلاف الظروف والملابسات، وليس صحيحا أن حق الحياة هو أسمى الحقوق، فإن حق الوطن بالدفاع عنه مقدم على حق الحياة، فلا يجوز للجندي أن يفر من المعركة حفاظا على حياته.

فالدفاع الشرعي يعتبر مشروعا ولا يتعارض مع الحماية الجزائية للمصالح ويرجع ذلك إلى مصلحة المدافع في حماية حقوقه تكون أولى باعتبار من مصلحة المعتدي وعلى ذلك، فإن كان أصاب حقا للمعتدي أنه صان حقين أحدهما خاص بالمعتدي، والآخر بالمجتمع، وهذا الحق الأخير هو جوهري وصيانته واجبة.[2]

2- نظريات الاتجاه في أساس الدفاع الشرعي:

وقيل في هذا الاتجاه بنظريتين:

أ-نظرية الاكراه الأدبي:

يقول أصحاب هذه النظرية إن عدم العقاب يستند إلى تخلف الركن المعنوي للجريمة، فإذا أراد المدافع عن نفسه تكون خاضعة لظروف ناشئة عن الإعتداء مما يجعلها غير معتبرة قانون لإقامة الركن المعنوي ولا يمكن التسليم بهذه النظرية، لأنها لا تستقيم مع شروط

[1]-مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، دار الفكر العربي، 1979 ص232.

[2]- محمد عوض، قانون العقوبات القسم العام، ص 127، مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات القسم العام ص205.

الدفاع الشرعي فالمشرع يطلب من المدافع المناسبة من الدفاع والاعتداء مما يعني أن إرادة المعتدى عليه تكون حرة وواعية لفعل الدفاع ورغم ذلك فلا عقاب عليه، كما أن القول بهذه النظرية ينفي حالات الدفاع عن الغير وماله.[1]

ب-نظرية مقاومة الشر بالشر:

ومن الفقهاء من يرى أن الدفاع الشرعي هو مقابلة الشر بالشر، والعدالة تقتضي شرعية هذه الأفعال، باعتبارها مقاصة بين شر الإعتداء وشر أفعال الدفاع.

غير أن ما يؤخذ على هذه النظرية، أنها تجعل الدفاع عقابا للمعتدي وهذا غير صحيح، بالإضافة إلى القول إن فعل الدفاع شر يقتضي القول إنه شر مثله، وبالتالي فهو جريمة مثله.[2]

ومن خلال هذه النظريات التي استعرضناها فقد رأينا أن غالبها منتقد، إلا أن النظرية الأنسب لأساس الدفاع الشرعي هي أن المصلحة أساس الدفاع الشرعي التي قال بها فقهاء الشريعة قديما، وأخذ بها الكثير من الفقهاء القانون المعاصر وهي آخر ما توصل إليه شرائح القوانين الوضعية.

[1]-مأمون محمد سلامة، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ص204.

[2]- محمد عوض، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ص 126.

الفصل الثاني

ضوابط الاعتداء في قانون العقوبات الجزائري

الفصل الثاني: ضوابط الاعتداء في قانون العقوبات الجزائري

يقوم الدفاع الشرعي على أساسين هما الإعتداء والدفاع ويشترط لتوافر الإعتداء وقوع فعل يهدد بخطر غير مشروع وحال يهدد بإرتكاب جريمة ضد النفس أو بعض جرائم الإعتداء على المال التي يحددها القانون، فلا يقوم حق الدفاع الشرعي من دون إعتداء يهدد حقاً يحميه القانون كما إنه المقدمة اللازمة للدفاع ولولاه ما سمي الدفاع دفاعاً فهو فعل يفضي إلى هذه النتيجة.

المبحث الأول: عدم مشروعية فعل الاعتداء

يعتبر الإعتداء ركن جوهري في الدفاع الشـــرعي وإن كان ظلماً بمعناه العام فهو مجاوزة للحد بمعنى معين وللإعتداء عناصر سنتطرق لبيانها مع الخلافات الفقهية إتجاهها.

المطلب الأول: مفهوم الاعتداء وصوره

لا يقوم حق الدفاع الشـــرعي من دون اعتداء يهدد حقا يحميه القانون، كما أنه المقدمة اللازمة للدفاع، ولولاه ما سمي الدفاع دفاعا فهو فعل يقضي إلى هذه النتيجة.

1- مفهوم الاعتداء:

وتعريف الاعتداء لغة هو الظلم ومجاوزة الحد، وأما الإعتداء كركن جوهري في الدفاع الشرعي وإن كان ظلما بمعناه العام فهو مجاوزة للحد بمعنى معين.[1]

الفرع الأول: عناصر الاعتداء

1-العنصر المادي:

ويقصـد به النشـاط الذي يصـدره المعتدي وبشـكل خطرا على حقه تحميه الشـريعة أو القانون، فقد يكون الاعتداء مســـتمرا فيجب الدفاع لإنهاء اســـتمراره فيجب الدفاع لإنهاء استمراره وقد يكون النشاط شروعا في ارتكاب الجريمة، ففي الشريعة الإسلامية لا تحصر النشـاط الذي يكون عنصـرا ماديا للاعتداء فكل نشـاط حرمته الشـريعة يعتبر عنصـرا ماديا سـواء هدد النفس أو المال وسـواء كان موجها للمعتدى عليه أو لغيره فالمقصـود بالعنصـر المادي هو ارتكاب الركن المادي لجريمة من الجرائم كأن يبدأ السارق في أخذ العينة الأشياء الخفية أو يوشـك أن يبدأ في ذلك ، و هنا يكون للمعتدي عليه أن يدفع الاعتداء ولا يشـترط أن يكون الاعتداء بسيطا.

[1]-الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب ط1، 2001، ص419.

وأما الاعتداء عند الفقهاء القانون فيعبرون عنه بلفظ الاعتداء الذي يعد جريمة إلا أن الأخذ بهذا التعبير يؤدي بنا إلى قول إن الدفاع لا يقوم إلا بعد وقوع الاعتداء قبل وقوعه فإذا كان الدفاع بعد الاعتداء كان هذا العمل انتقاما غير مشروع.

2- العنصر المعنوي:

ويقصد به القصد الجزائي وهو تعمد إتيان الفعل أو تركه مع العلم أن الشارع يجرم الفعل أو يوجبه،[1] وهذا في الجرائم العمدية وقد يتكون العنصر المعنوي من مجرد الخطأ وهو وقوع الشيء على غير إرادة الفاعل وإنما يقع من غير إرادته وبخلاف قصده، ففقهاء الشريعة اختلفوا في العنصر المعنوي فأوجب الحنفية عدا أبو يوسف الضمان لأن القتل أبيح للضرورة وذهب أبو يوسف إلى أنه لا ضمان في قتل المجنون أو الصبي أما المالكية والشافعية والحنابلة فذهبوا إلى عدم الاشتراط أهلية الصائل سواءا كان صبيا أو مجنونا أو مكرها أما إذا كان الصائل مسؤولا جنائيا ولكنه لم يقصد الاعتداء وإنما قصد اللعب والمزاح فذهب الحنفية والحنابلة والشافعية إلى عدم توافر العنصر المعنوي للاعتداء.[2]

أما عند الفقهاء القانون فبعضهم يشترطون أن يتوفر لدى المعتدي الركن المعنوي والأهلية لتحمل المسؤولية الجزائية، وهذا العنصر قد يتوافر بالقصد كاتجاه إرادة المعتدي إلى ارهاق الروح في القتل أو اتجاه أرادته إلى انتزاع الحيازة بقصد التملك في السرقة، وقد يتوفر هذا العنصر من مجرد الخطأ فيجوز استعمال القوة ضد من يقود السيارة بحالة خطرة يخشى معها أن تسبب في قتل أو إصابة أحد المارة، ووفقا لهذا الرأي لا يجوز الدفاع أمام من شاب إرادته عيب من عيوب الأهلية كالإكراه، ومن لم تكتمل أهليته كالصغير وهذا الرأي موافق مع ما ذهب إليه الحنفية.

بينما يرى جانب آخر من الفقه المصري أنه يكفي لتوافر الاعتداء غير المشروع في المعنى اللازم لقيام الحق في الدفاع الشرعي، أن يهدد فعل المعتدي حقا يحميه القانون

---

[1]- عبد القادر عودة التشريع الجزائي الإسلامي، ج1، ص409.

[2]- محمد السيد عبد التواب الدفاع الشرعي، ص153.

الجزائي، حتى ولو توافر للمعتدي ظرف من الظروف التي ترفع عنه المسؤولية الجزائية أو عذر من الأعذار القانونية المخففة، ففعل المجنون والمكره أو من يتمتع بعذر قانوني يهدد باعتداء على حق يحميه القانون، ويجيز من ثم الدفاع الشرعي.[1]

ولعل الرأي الراجح هو الرأي الثاني فضلا على أنه يتفق ونصوص قانون العقوبات الجزائري الذي تجنب في المادة 39 وصف الاعتداء بأنه جريمة واكتفى بوصفه اعتداء يهدد النفس أو المال ولا شك أن فعل المجنون أو المكره هو اعتداء ويدخل ضمن نطاق المادة 39 مثله مثل أي اعتداء صادر عن أي شخص مسؤول جنائيا وكلا هما يشكل خطرا على الاعتداء يجيز الدفاع الشرعي.

الفرع الثاني: صور الاعتداء

للاعتداء صور كثيرة ومنها:

- الاعتداء الإيجابي والاعتداء السلبي.
- الاعتداء الحقيقي والاعتداء الصوري.
- الاعتداء العمدي والاعتداء الغير عمدي.

1-الاعتداء الإيجابي والاعتداء السلبي:

الغالب في الاعتداء أن يكون إيجابيا بمعنى القيام بفعل حرمته الشريعة كالسرقة أو الزنا أو الضرب، وقد يكون الاعتداء أيضا بطريق الترك، ويرى المالكية والشافعية والحنابلة أن الجريمة تقع بطريق الترك ويستحق فاعلها العقوبة إذا وقعت على هذا النحو، فمن حبس إنسانا ومنعه عن الطعام أو الشراب أو الدفء في الليالي الباردة حتى مات جوعا أو عطشا أو بردا فهو قاتل عمدا، لأنه قصد بالمنع قتله فمن منع طعام أو شراب عنّ أحد قاصدا قتله بلا تأول حتى مات فإنه يقتص منه لأنه متعمد قاصد القتل ومثله الأم تمنع الطعام عن الرضيع قاصدة قتله".[2]

---

[1]- عادل قورة ، محاضرات في قانون العقوبات، القسم العام، ص 88.

[2]-د صادق عبد الرحمن الغرباني، مدونة الفقه المالكي و أدلته، مسسة الريان، بيروت لبنان، ط 1، 2002، ج04، ص 476.

وأما فقهاء القانون فاختلفوا بين من يرى وجوب الدفاع الشـــرعي فقط في حالة الفعل الإيجابي، وبهذا النظر أخذت بعض المحاكم المصرية ففصلت بأنه يشترط لقيام حالة الدفاع الشرعي أن يكون قد وقع فعل إيجابي يخشى منه المتهم وقوع الجريمة، وأنه يكون المتهم قد اعتقد على الأقل وجود خطر حال على نفسه أو حالة أو نفس غيره أو ماله.

ويرى فريق آخر أنه يجوز الدفاع الشرعي في حالة الاعتداء السلبي إذ يستوي في ذلك السلوك أن يكون إيجابيا أو سلبيا، طالما أنه يصدق عليه وصف اعتداء ، فالأم التي تمتنع عن إرضاع طفلها مما يخشى معه وفاته أو إصابته بضرر يباح فعل الدفاع ضدها لحملها على إرضاعه، وصاحب الكلب الذي يمتنع عن ربطه لمنع أذاه عن أحد الأشخاص يجوز إكراهه على ذلك، وصاحب القطار الذي يمتنع عن إيقافه في الوقت المناسب لوجود خطر في الطريق يحتمل أن يؤدي إلى حادث أو إصابة الركاب فالخطر في هذه الحالة ليس ناتجا عن فعل القيادة وإنما عن فعل الامتناع.[1]

وعليه فالرأي الراجح عند الكثير من فقهاء القانون يتفق مع ما ذهب إليه فقهاء الشـــريعة في التسوية في جواز الدفاع عن الفعل الإيجابي أو السلبي.

2-الاعتداء الحقيق والاعتداء الوهمي:

الأصـل في الخطر غير المشـروع أن يكون الخطر حقيقيا، فقد يعتقد شـخص أنه مهدد بخطر حال فيقوم الدفاع الشـــرعي، ثم يتبين أن هذا الخطر لم يكن له وجود إلا في مخيلته، فهل يجوز له الاحتجاج بالدفاع الشرعي لإباحة فعله؟ ومثال ذلك أن يبصر شخص شخصا آخر يمشي نحوه في الظلام وبيده شيء يحسبه سلاحا موجها إليه فيعالجه بإطلاق الرصاص عليه فيقتله ثم يتبين له أن هذا الشخص هو صديقه كان يمازحه وأن ما يعمله لم يكن سوى مسدس فارغ من الرصاص فهل يعتد بالخطر الوهمي للاحتجاج بالدفاع الشرعي.[2]

[1]– محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر ج04، ص 242.

[2]– محمد صبحي ، قانون العقوبات القسم العام، ط01، الإصدار 04، 2000، ص148.

وفقهاء الشـريعة لم يقتصـر كلامهم على الخطر الحقيقي بل تكلموا أيضـا عن الاعتداء التصوري أو الوهمي، ففي المذهب الشافعي لا يقتصر الدفاع على مواجهة الاعتداء الحقيقي وإنما يمكن لشخص أن يرد ما تصوره اعتداء، فقد جاء في الأم:" قال الشافعي إذا أقبل الرجل بالسيف أو غيره من السلاح إلى الرجل فإنما له ضربه على ما يقع في نفسه، فإن وقع في نقسه أنه يضربه.

وإن لم يبدأه المقبل إليه بالضرب فيضربه وإن لم يقع في نفسه ذلك لم يكن له ضربه.[1]

إن معيار التمييز بين الخطر الوهمي والخطر الحقيقي هو معيار موضـوعي شـأنه في ذلك شأن أسباب التبرير ويقتضي المعيار الموضوعي توافر أسباب التبرير حتى تنتج آثارها، فإذا اشـترط في الخطر أن يكون حالا وحقيقيا فمعنى ذلك وجود الخطر حقيقة، وليس في مخيلة معينة، وهذه الوظيفة لا تؤذي إلا إذا وجد الاعتداء في الواقع وليس في اعتقاد المعتدي عليه، لذا لا يجوز الدفاع الشرعي ضد الخطر الوهمي عند أنصار هذا المذهب.

وذهب فريق آخر وهي وجهة نظر المشـرع الفرنسـي والمصـري إلى حق الدفاع الشـرعي ضـد الخطر التصـوري اسـتنادا إلى نص المادة 249 من قانون العقوبات المصـري حيث تنص على أن "حق الدفاع الشـــرعي عن النفس لا يجوز أن يبيح القتل العمد إلا إذا كان مقصـــودا به دفع. فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة إذا كان لهذا الخوف أسباب معقولة".

فلفظ التخوف حالة نفســـية يمكن أن تبنى على الحقيقة كما يمكن أن تبنى على الوهم، وقد سـاير القضـاء المصـري بقيام حالة الدفاع الشـرعي عندما يكون الخطر وهميا القضـاء السـوري حيث نصـت محكمة النقض السـورية" من غير اللازم قانونا لتوافر شـروط الدفاع الشـــرعي أن يأتي المجني عليه جانيا فعلا ماديا بلي يكفي أن تكون الظروف والملابســـات التي وجد فيها الجاني تبرر الأسباب المعقولة.[2]

[1]– الإمام الشافعي، الأم، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط01، 1993، ج06، ص48.

[2]– محمد صبحي نجم، قانون العقوبات، القسم العام، ص149.

ولم يعالج المشـــرع الجزائري هذا الافتراض مما يجعلنا نعود إلى الفقه لتحديد مســـؤولية الشخص الواهم.

إذا كان الاعتقاد لوجود خطر حقيقي يستند إلى أسباب معقولة أي أن هذا الاعتقاد يمكن أن يقع فيه الشخص المعتاد فليس هناك وجه لمساءلة من قام بالدفاع عن نفسه لأن الظروف الموضـــوعية المحيطة به تؤكد وجود خطر وشـــيك الوقوع تجعله يعتقد بأنه كان عرضـــة للاعتداء، أما إذا كان الاعتقاد بوجود الخطر لا يستند إلى أسباب معقولة أي أن المعتاد لا يقع في مثل هذا الغلط ففي هذه الحالة يسأل من قام بالدفاع مسؤولية جنائية غير عمدية، إذ أن الغلط ينفي القصد الإجرامي ولكن يبقى الخطأ غير العمدي متوافر.[1]

وعليه فالرأي الراجح من حيث الاعتداء بالخطر التصـــوري، إذ كان مبنيا على أســـباب معقولة في الفقه الوضعي ويميل إليه القضاء الفرنسي والغربي، وهو ما سبق أنه قرر الفقه الشافعي والحنبلي عندما اعتمدوا بغلبة الظن، حيث جاء في حواشي الشرواني" فلا يشترط لجواز الدفع التلبس الصائل بصياله حقيقية ولا يكفي لجواز دفعه توهمه ولا الشك فيه أو ظنه ظنا ضعيفا أقله غلبة الظن معناه الظن القوي، وهو نفسه ما يردد الشراح والقضاء والنصوص من اشتراط كون الاعتقاد مبنيا على أسباب معقولة.[2]

3-الاعتداء العمدي والاعتداء غير العمدي:

الاعتداء قد يكون عمديا وقد يكون غير عمدي، فالأول يتوفر فيه القصد الجنائي والثاني لا يتوفر فيه، فمثال الثاني أن يخطئ طبيب فيملأ المحقن الذي ســـيحقن به المريض أمامه مادة ســـامة بدلا من الدواء فيمكن للمريض الذي لاحظ هذا الخطأ أن يمنعه بالقوة دفاعا عن نفس المريض ضد هذا الاعتداء غير العمدي من الطبيب.

ويعرف الفقه نوعين من الخطأ: متولد وغير متولد.

---

[1]- محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام ص213، د عبد الله سليمان، قانون العقوبات ص 133.

[2]- حواشي الشرواني و ابن عباد على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، دار صادر،دط، ج9، ص181.

3-1- الخطأ المتولد:

وهو ما يتولد من فعل مباح أو فعل أتاه الفاعل وهو يعتقد أنه مباح، والخطأ المتولد إما يكون مباشرا كمن يرمي طائرا فيصيب شخصا وكمن يرمي جنديا في صفوف الأعداء أو عليه لباسهم معتقدا أنه من العدو ثم يتبين أنه من جنود الوطن، وأما أن يكون بالتسبب كمن يحفر بئرا في الطريق العام بإذن من ولي الأمر ولا يتخذ الاحتياطات لمنع المارة من السقوط فيها.

3-2- الخطأ الغير متولد:

وهو إما يكون خطأ مباشرا فيقع عن المخطئ مباشرة دون واسطة، كما لو تقلب نائم على صغير بجواره فقتله، وأما أن يكون خطأ بالتسبب وهو ما تسبب فيه المخطئ دون أن يقع فيه مباشرة، كما لو حفر شخص بئرا في الطريق العام دون إذن ولي الأمر فوقع فيها أحد المارة.

ويصطلح الفقهاء على الخطأ المتولد المباشر لفظ الخطأ ويسميه بعضهم الخطأ المحض، أما الخطأ المباشر الغير متولد والخطأ بالتسبب متولدا وغير متولد فيسمونه اصطلاحا ما جرى مجرى الخطأ.[1]

وأما التشريعات الوضعية فتحيز دفع كل خطر يعتبر جريمة والخطر قد يكون عمديا وقد يكون غير عمدي وعليه فنقول بجواز الدفاع عند الاعتداء غير العمدي.

ولتصوير الدفاع ضد الاعتداء غير العمدي تسوق الأمثلة الآتية:

أ-انطلاق قائد سيارة بسرعة فائقة تهدد حياة الركاب والمارة بخطر وفي هذه الحالة يجوز منعه من القيادة أو إبعاده قسرا عنها دفاعا عن حق الناس المهدد بالخطر.

[1]- عبد القادر عودة، التشريع الجزائري الإسلامي، ج1، ص435.

ب-إذا أخطأ الطبيب فملأ المحقن الذي سيحقن به المريض الذي يجلس أمامه بمادة سامة بدلا من المصل المخصص له، فإنه يمكن للمريض الذي يلاحظ الخطأ أن يمنع الحقن وللغير أيضا دفاعا عن النفس المريض ضد هذا الاعتداء غير العمدي.[1]

[1]- محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي ، ص166.

المطلب الثاني: تطبيقات عدم مشروعية الدفاع الشرعي

يعتبر الفعل غير مشروع إذا اعتبرته النصوص القانونية والشريعة محرما او يحدث ضرار يمس بالغير، ويثير شرد عدم مشروعيته تطبيقات عدة أهمها:

- فعل غير المسؤول.
- هجوم حيوان.
- الفعل المباح.
- فعل معذور.
- اعتداء مأمور الضبط
- اعتداء ذوي الحصانة الدبلوماسية.

1- فعل غير المسؤول:

والمقصـــود به من توفر فيه عارض عن عوارض الأهلية كصـــغر الســـن أو الجنون أو الإكراه، فهل يشـترط في المعتدي أن يكون أهلا لتحمل المسـؤولية حتى يقوم الدفاع الشـرعي ضجة أم يكفي مجرد احتمال وقوع الضرر منه بغض النظر عن أي اعتبار آخر.[1]

أما عند فقهاء القانون فإن حالة الدفاع الشـرعي تتوافر في مواجهة المعتدي حتى ولو توافر بحقه مانع من موانع المســؤولية الجزائية كصـــغر الســـن أو الجنون أو العاهة في العقل أو السـكر غير الاختياري فتوافر إحداها لا يحول دون الاحتجاج بالدفاع الشـرعي، ولو أنه غير مسـؤول جنائيا، ذلك إن موانع المسـؤولية الجزائية لا تنفي عن الفعل صـفته الإجرامية فيبقى الفعل جريمة، فقط ينحصر أثرها في إعفاء الجاني من العقاب أو اتخاذ تدبير وقائي بشأنه.

وبناءا على هذا الرأي يجوز لمن تعرض لاعتداء من صـــبي أو مجنون أن يدفع الخطر عن نفســـه دفاعا شـــرعيا، كما يجوز الدفاع ضـــد من كان في حالة إكراه معنوي أو حالة الضرورة.

[1]-ابن فرحون، تبصرة الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان،ط1، 1995، ج2، ص 256.

2- هجوم حيوان:

إذا كان هجوم الحيوان دون تحريض من أحد فإن هذا الهجوم يصـــلح لقيام حالة من الضرورة متى توافرت باقي شروطها بأن كان خطر الاعتداء جسيما على النفس أما في غير هذه الحالة فإنه يصــح رد هجوم الحيوان متى كان هناك مقتضــى، ذلك أن المادة 442 من قانون العقوبات الجزائري تقضـي بمعاقبة كل من قتل دون مقتضـى دوابا للجر أو الركوب أو الحمل أو كباشـــا ذات قرون أو خرفانا أو ماعز أو اية دواب أخرى أو كلابا للحراســـة أو اســـماكا موجودة في البرك أو الأحواض أو الخزانات ، و كل من قتل دون مقتضـــى حيوانا مسـتأنسـا في مكان يملكه أو يسـتأجره أو يزرعه مالك الحيوان المقتول" و عل يكون الهجوم حيوان على شـخص للاعتداء عليه يعد مقتضـى لقتله فلا جريمة في ذلك إسـنادا إلى المادة المشار إليها.

3- الفعل المباح:

شـــرط في الاعتداء أن يكون غير مشـــروع فإذا كان الفعل مباحا فلا قيام لحالة الدفاع الشـرعي، فكل ما أوجبته الشـريعة أو أجازته لا يعتبر اعتداء يبرر الدفاع وإن كان فيه أذى للغير

وعند فقهاء القانون فإن الفعل إذا كان مباحا فالخطر ناشـئ عنه يعتبر مباحا، ولا يجوز لمن يهدده هذا الخطر أن يحتج بأنه كان في حالة دفاع شرعي، و أسباب الاباحة : إذا كان أمر أذن به القانون، الدفاع الشـرعي، حالة الضـرورة، و رضـا المجني عليه، فمن تعرض لأفعال ضـرب ارتكبها أبوه في حدود حق التأديب لا يعتبر في حالة دفاع شـرعي عن النفس إن قاوم هذه الأفعال، ومن يتعرض لفعل صـادر من موظف عام في حدود ما أقره القانون لا يعتد باســـتعمال حق الدفاع إذا قاومه كذلك يتعرض لأمر بالقبض أو التفتيش و كذلك عن من صدر منه اعتداء على شخص آخر و استعمل هذا الأخير حقه في الدفاع الشرعي.[1]

[1] -عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات، ص87.

4- المعذور:

من المعلوم أن العذر القانوني على خلاف سبب الإباحة لا ينفي عن الفعل صفته غير لمشروعة كل ما في الامر أنه يتقرر لتخفيف جسامة العقاب عليه، والأعذار القانونية نوعان أعذار محففة للعقاب وأعذار معفية من العقاب.

وقد نصت المادة 279 " يستفيد مرتكب القتل والجرح والضرب من الأعذار إذا ارتكبها أحد الزوجين على الآخر أو على شريكه في اللحظة التي يفاجئه فيها في حالة التلبس بالزنا"، وعليه يترتب على ذلك جواز الدفاع ولو كان المعتدي يستفيد من عذر قانوني ومعنى أن يستفيد المعتدي من عذر قانوني فمعنى أن فعله غير مشروع وأن القانون يعاقبه وإن كان يلتمس له سببا للتخفيف، فالزوج إذا فاجأ زوجته متلبسة بالزنا فحاول قتلها في الحال هي ومن يزني كان فعله غير مشروع و كان معاقبا من أجله، ونتيجة لذلك كان للزوجة وشريكها الاحتجاج بالدفاع الشرعي إذا قاوما الزوج.[1]

5-اعتداء ضباط الشرطة القضائية:

تضع التشريعات قيودا على الأفراد لمواجهتهم لاعتداء الشرطة القضائية، فإذا قام رجال الشرطة القضائية بأعمالهم وهو يمثلون السلطان، فلا يجوز الدفاع ضدهم لأن أعمالهم تعتبر مشروعة، أما إذا خرج عن حدود المقررة خروجا واضحا فإنه يكون مسؤولا، ومن ثم جاز دفعه.

ومن ذلك أن يقبض موظف الشرطة القضائية على شخص بمقتضى أمر باطل معتقدا بصحته أو أن يقوم التفتيش منزل شخص معتقدا أنه منزل المتهم الصادر بشأنه تفتيش قانوني

المشرع الجزائري لم يتحدث عن هذا الاعتراض فقانون العقوبات المصري نصت المادة 248 على أنه " لا يبيح الدفاع الشرعي مقاومة أحد مأموري الضبط حدود وظيفته إلا إذا

[1] -د رضا فرج ، شرح قانون العقوبات،ط1، ص162.

خيف أن ينشأ على أفعاله موت أو جروح بالغة الخطورة وكان هذا لخوف سبب معقول، فهذا النص يعتبر عمل مأمور الضبط القضائي مشروعا طالما كان العمل في حدود القانون وهو ما يفترض أن يكون العمل من اختصاص مأمور الضبط القضائي وكان هناك تجاوز في الاختصاص، فإذا كان العمل الذي أتاه مأمور الضبط غير متجاوز فهو عمل مشروع، ويدخل ضمن أداء الواجب أما إذا كان هناك تجاوز فاعتبارات المصلحة العامة تقتضي اعتباره مشروعة بحي يحضر على الافراد الاحتجاج بالدفاع الشرعي واستعمال القوة اللازمة لعرقلة عمل ضباط الشرطة القضائية.[1]

[1] –د نظام المحالي، قانون العقوبات ، القسم العام، ص221.

المبحث الثاني: شروط حالة الدفاع الشرعي:

يتطلب لقيام حالة الدفاع الشرعي توافر عدة شروط، وهذه الشروط منها ما هو متعلق بفعل الإعتداء الذي يبرر الدفاع، ومنها ما هو متعلق بالمعتدى عليه دفعاً للتعدي.[1]

المطلب الأول: شروط الدفاع الشرعي

إذن لكي يصبح الإعتداء على الغير مبرراً يجب أن تتوافر فيه عناصر محددة كما ذكرناها وكذلك يجب أن تتوفر فيه شروط محددة وهي أن يكون دفعاً لإعتداء خطر يهدد النفس أو المال أو يكون الإعتداء حال وعلى وشك الوقوع وأن يكون هذا الإعتداء غير مشروع.

الفرع الأول: شروط الاعتداء والدفاع الشرعي

1-شروط الاعتداء:

1-1- وجود اعتداء غير مشروع:

لكي يكون هناك حق دفاع يجب أن يكون هناك إعتداء أو خطر إعتداء بفعل يعد جريمة فإذا كان الإعتداء لا يعد جريمة فلا يقوم حق الدفاع وبناء على ذلك فالدفاع ضد من يزاول حقه في الدفاع الشرعي غير معاقب عليه، إلا إذا كان من يزاول حقه في فعل الدفاع قد تخطى حدود الدفاع الشرعي فإن فعله يعتبر إعتداء مما يعد جريمة طبقاً لقواعد القانون عامة، وعلى ذلك يجوز الدفاع ضده والإعتداء يعد جريمة ولو كان الفاعل غير معاقب لعارض من عوارض الأهلية الجنائية أو لانتفاء القصد الجنائي لغلط في الوقائع لأن موانع المسؤولية لا تمحو صفة الجريمة عن الفعل وإن كانت تمنع المسؤولية عنه فيجوز الدفاع ضد عمل الحدث والمجنون ومن هو في واقع الغلط، كذلك يجوز الدفاع الشرعي ضد من يتمتع بعذر من الأعذار القانونية ذلك أن وجود العذر القانوني لا يمنع من كون الفعل غير مشروع وعلى ذلك فإن الزوج الذي

[1] – الشواربي (د. عبد الحميد) –المرجع السابق –ص 41

يفاجأ زوجته وشريكها في حالة الزنا فيحاول قتلهما في الحال فإن للزوجة والشريك أن يدفعا عدوان الزوج باستعمال حق الدفاع الشرعي. [21]

واشتراط عدم مشروعية الخطر يفيد انتفاء الدفاع الشرعي ضد الخطر المشروع فلا يتصور الدفاع الشرعي ضد خطر يقره القانون أو يأمر به فالدفاع لا يجوز إلا ضد خطر يهدد بارتكاب جريمة وبالتالي فإن هذه الصفة تنتفي بالنسبة للخطر المشروع ويترتب على ذلك أن الدفاع الشرعي لا يجوز ضد من يرتكب فعلاً في حالة دفاع عن النفس أو المال المباح قانوناً كذلك لا يجوز الدفاع ضد الفعل المرتكب إستعمالاً لحق من الحقوق أو الغلط في الإباحة فإنه لا ينفي عن الفعل المرتكب الصفة غير المشروعة وبالتالي يتحقق الشرط الذي نحن بصدده ويجوز الدفاع الشرعي ضده ويستوي بعد ذلك أن يكون الغلط في الإباحة يعفي صاحبه من المسؤولية كلية أو لا يعفه.[3]

والدفاع الشرعي جائز ضد الإعتداء الوهمي أي الذي لا أصل له في الواقع، وحقيقة الأمر بأنه متى ما كانت الظروف والملابسات تلقي في روع المدافع أن هناك إعتداءاً جدياً وحقيقياً موجهاً إليه، فإن حالة الدفاع الشرعي تكون قائمة، ولا يشترط أن يكون الإعتداء حقيقياً في ذاته بل يكفي أن يبدو كذلك في إعتقاد المدافع وتصوره؛ وعليه فإن الأعمال التحضيرية لجريمة ما لا تبيح الدفاع الشرعي وذلك لأنها لا تعد جريمة بحد ذاتها. [4]

وينتهي الحق في الدفاع بزوال الإعتداء فعلاً لأن الغرض من الدفاع هو منع المعتدي وليس القصاص أو الإنتقام فإذا ثبت أن المتهم إرتكب جريمته بعد إنقطاع الإعتداء فلا يكون في حالة دفاع شرعي ذلك أن الدفاع الشرعي يهدف إلى الحيلولة دون إتمام مخالفة القانون، ويقتضي ذلك أن يكون الخطر لا زال قائماً يحدق بالغير، بحيث إذا كان الإعتداء قد انتهاء

---

[1] – المستشار هرجه (مصطفى مجدي) – موسوعة هرجه الجنائية –ص 564 – 565

[2] – تم إلغاء المادة (252) المتعلقة بالعذر القانوني؛ في سنة 2001م، والتي تبيح للزوج قتل زوجته وعشيقها في حالة مفاجئتهما معاً

[3] – سلامة (د. مأمون محمد) –قانون العقوبات القسم العام–ص 226

[4] – قهوجي (د. علي عبد القادر) –شرح قانون العقوبات القسم العام دراسة مقارنة –ص 218

فلا يكون للدفاع شرعي وجود، وتحديد الوقت الذي يعد الإعتداء فيه منتهياً وبالتالي يقف فيه حق الدفاع يختلف باختلاف الجرائم وظروف ارتكابها.[1]

1-2- أن يكون الإعتداء يهدد بارتكاب جريمة ضد النفس أو المال:

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

والمقصود بجرائم الإعتداء على النفس جرائم الإعتداء على النفس التي تقع على الأشخاص وهي في القانون متنوعة فقد تنال بالاعتداء الحق في الحياة (القتل) أو سلامة الجسم (كالضرب) أو الحق في الحرية أو الحق في صيانة العرض أو الشرف والاعتبار[2]، إلا أن هناك رأي ذهب إلى أنه لا يجوز استعمال حق الدفاع الشرعي في جرائم الماسة بالشرف والاعتبار (والتي تعرف بجرائم إهانة الكرامة لدى المشرع العماني) لأنه ليس فيها مظهر من مظاهر القوة المادية وهذا الرأي متأثر بالوضع السائد في فرنسا؛ لكن هذا الرأي لا يمكن الأخذ به، لأن الراجح جواز الدفاع الشرعي ضد هذه الجرائم مثل تمزيق المكتوب الذي يحوي عبارات القدح أو الذم قبل إذاعتها، أو وضع اليد على فم المعتدي لمنعه من الاسترسال في عبارات القدح أو الذم[3]؛ أما جرائم الإعتداء على المال، فهي الجرائم التي تنال من ما يملكه الشخص أو ما يستنفع به.

وقد تطرق المشرع الجزائري في المادة أنفة الذكر إلى حالتين من الحالات التي تُعد من قبيل الدفاع الشرعي وهي:

---

[1] – الشواربي (د. عبد الحميد) – المرجع السابق –ص 49

[2] – المستشار هرجه (مصطفى مجدي) – المرجع السابق –ص569

[3] – قهوجي (د. علي عبد القادر) – المرجع السابق –ص236

1- فعل من يدافع عن نفسه أو عن ماله أوعن نفس الغير أو أمواله تجاه من يقدم، باستعمال العنف، على السرقة أو النهب.

2- الفعل المقترف عند دفع شخص دخل أو حاول الدخول ليلاً إلى منزل آهل أو ملحقاته الملاصقة بتسلق السياجات أو الجدران أو المداخل أو ثقبها أو كسرها أو تمزيقها أو باستعمال مفاتيح مقلدة أو أدوات خاصة.

فيشترط لإعمال هذه المادة في الحالة الأولى بأن يكون فعل المعتدي مهدداً بارتكاب جريمة السرقة أو النهب فقط، وأن يكون قد استعان بالعنف لتنفيذ الجريمة.

أما في الحالة الثانية فيشترط لتوافرها:

أولاً: دخول المعتدي منزلاً مسكوناً أو أحد ملحقاته أو محاولته ذلك، ويجب أن يكون الدخول بدون رضاء صاحب المنزل، لأنه لو كان الدخول برضاه لانتفت الجريمة وكان الدخول مباحاً بحسب الأصل، ويقصد بالمنزل المسكون المكان الذي يقيم فيه الإنسان بالفعل وان كان لا يشترط وجوده وقت دخول المعتدي، فلا يكفي أن يكون المكان معداً للسكنى ولم يسكنه أحد، ويقصد بملحقات المنزل المسكون الأماكن الملاصقة به والمخصصة لمنافعه والتي لا تكون مسكونة أو معدة لذلك مثل الحديقة أو الكراج أو المخزن، ولا يشترط دخول هذه الأماكن فعلاً بل تكفي محاولة الدخول،

ثانياً: أن يكون الدخول أو محاولة الدخول ليلاً وهي الفترة التي تمتد من غروب الشمس إلى الشروق، فلا يتوافر هذا الشرط إذا تم الفعل نهاراً ولا يتحقق بالتالي الدفاع المشروع وإن كان المدافع في هذه الحالة يستفيد من العذر المخفف كما سنبين لاحقاً.

ثالثاً: أن يكون الدخول أو محاولة الدخول عن طريق استخدام وسائل غير مألوفة نص المشرع إلى بعضها مثل (التسلق أو الكسر أو الثقب...الخ) وعلى ذلك لا يتوافر هذا الشرط إذا تم الدخول بطريقة مألوفة[21].

---

[1] – مثل دخول السارق بستان عبر فجوة بعرض مترين في سياجه.

[2] – المرجع السابق–ص 252

ولكن القرينة التي أوردها المشرع في الحالتين ليست قاطعة أو مطلقة، إذ يجوز إثبات عكسها، فقد تطرقت ذات المادة في فقرتها الأخيرة إلى ما يشير لهذا القول، وسأشرح معنى الفقرة الأخيرة لاحقاً.

1-3- أن يكون الخطر حالاً:

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

أما الصورة الثانية فهي حين يكون الإعتداء قد بدا ولكنه لم ينته بعد فما زال بعض الخطر قائماً وهو خطر حال والدفاع جائز فيها وذلك عن الإعتداء اللاحق، أما إذا انتهى الإعتداء وتحقق كل الخطر انتفت صفة الحلول فلا يكون للدفاع الشرعي محل، وتحديد الوقت الذي يعد الإعتداء فيه منتهياً، وبالتالي يقف فيه حق الدفاع يختلف باختلاف الجرائم وظروف ارتكابها إلا أن الضابط في ذلك هو قوام إتمام الجاني للأفعال التي يريدها وتحقق النتيجة الإجرامية.[1]

- ومرد هذا الشرط هو القواعد العامة لقانون العقوبات.

[1] - خليل (د. عدلي) - المرجع السابق -ص822

الفرع الأول: ضوابط الدفاع الشرعي:

يشترط في فعل الدفاع شرطان وهما اللزوم والتناسب حيث سنوجزهما على النحو الآتي:

1- لزوم الدفاع لرد الإعتداء:

إذا كان المدافع يستطيع التخلص من الخطر الذي يهدد حقه عن طريق فعل لا يعد جريمة، فلا يباح له الإقدام على الفعل الذي تقوم به الجريمة، ذلك أن إتيان هذا الفعل ليس لازماً لدرء الخطر، إذ كان من ممكناً حماية الحق دون مساس بحق سواه[1]، وهذا الشرط يتطلب التثبت من أمرين وهما عدم إمكانية تجنب الخطر إلا بالدفاع وأن يكون الخطر موجها لمصدر الخطر؛ وعلى ذلك لا يتوافر الدفاع الشرعي إذا كان في الإمكان الالتجاء إلى السلطات العامة، إذ لو كان ذلك ممكناً فإن شرط اللزوم ينتفي باعتبار أن تكون هناك وسيلة أخرى لدرء الخطر عن طريق السلطات العامة المنوط بها منع وقوع الجرائم غير أن ذلك مشروط بإمكانية الالتجاء إلى السلطات العامة في الوقت المناسب، ويقصد بذلك إمكانية تدخل السلطات لمنع الإعتداء قبل وقوعه[2].

ولا محل لإباحة فعل الدفاع إلا إذا وجه إلى مصدر الخطر كي يكفل التخلص منه، أما إذا ترك المعتدى عليه مصدر الخطر يهدده ووجه إلى شخص أو شيء لا يصدر الخطر عنه، فلا محل لاحتجاجه بالدفاع الشرعي، لأن الفعل غير ذي جدوى في التخلص من الخطر، فهو غير لازم لذلك، فمن يهاجمه شخص لا يجوز له أن يوجه فعل دفاعه إلى غيره ومن يهاجمه كلب لا يجوز أن يترك الكلب ويطلق النار على مالكه[3].

2- لزوم الدفاع والهرب:

إذا كان المعتدي عليه فرصة في الهرب من الاعتداء فما حكم الهرب من الإعتداء وهل يتوجب عليه ذلك أم بحوزته الاحتفاظ بحق الدفاع الشرعي.

---

[1] – حسني (د.محمود نجيب) – المرجع السابق–ص 206

[2] – سلامة (د. مأمون محمد) –المرجع السابق–ص 226

[3] – حسني (د.محمود نجيب) – المرجع السابق–ص208

فيرى فقهاء القانون أن الهرب لا يعد بديلا عن الدفاع الشرعي زليس على المهدد أن يهرب لتفادي العدوان حتى ولو كان ذلك مستطاعا، لأن القانون لا يستطيع أن يطالب الإنسان بالهروب من خطر الاعتداء وعلى النحو الذي يضفي على صاحبه مظهر الجبن والضعف وهو أمر لا تقره الكرامة الإنسانية، فلا يعقل أن ينتفي الحق مقابل الإتيان بعمل يوصف اجتماعيا بالجبن.[1]

3- توجيه الدفاع إلى مصدر الخطر:

والقول بلزوم الدفاع يقتضي أن تكون فعال المدافع موجهة إلى المعتدي لرد الإعتداء سواء كان الإنسان مدافعا عن نفسه أو عن غيره فتتوجه أعمال الدفاع إلى مصدر الخطر، فشرط اللزوم أن يكون الدفاع موجها للمعتدي فإذا وجه إلى شخص آخر كان الدفاع غير مشروع، ولأن الدفاع يكون ضد شخص غير معصوم وإذا وجه إلى شخص آخر غير المعتدي كانت موجهة لمعصوم وهي من قبل العدوان.

فشراح القانون يقولون أنه لا محل لإباحة الفعل إذا وجه لغير مصدر الخطر، فمن يهاجمه شخص لا يجوز له أن يوجه فعل دفعه إلى غيره.[2]

ومع ذلك ليس ثمة ما يمنع فيما يبدو أن يتوجه الدفاع إلى مصدر آخر غير مصدر الخطر المباشر متكان لذلك صلة وثيقة به من ناحية، وأن يكون مؤثرا في دفع العدوان بوصفه الوسيلة الوحيدة الممكنة من ناحية ثانية، وأن تراعي شرط التناسب.

نتوصل في الأخير أن البحث في شرط اللزوم يتعلق بكيفية لدفاع اللازم لرد الإعتداء، فمتى كانت هناك طريقة أخرى غير الدفاع كان لمدافع غير ملزم بالدفاع ولا يعتبر العمل الذي قام به دفاعا شرعيا.[3]

---

[1] -نظام توفيق محالي- شرح قانون العقوبات ص250.

[22] -محمد صحبي نجم- قانون العقوبات-القسم العام-ص165.

[3] -محمد زكي-أ.د، سليمان عبد المنعم- القسم العام من قانون العقوبات -دار الجامعة الجديدة الإسكندرية -دط-2002-ص260.

4- تناسب الدفاع مع الإعتداء:

إذا نشأ حق الدفاع بأن كان هناك إعتداء حال أو على وشك الحلول يهدد النفس أو المال وكان استعمال القوة المادية لازماً أي هو الوسيلة الوحيدة لدرئه فيجب على المدافع أن يبذل قدراً من القوة لرد الإعتداء يكون متناسباً مع الإعتداء ولكن لا يشترط التكافؤ الحقيقي التام فقد تكون القوة المبذولة للرد أزيد من فعل الإعتداء ولكن هذه الزيادة معقولة في مثل الظروف التي كان فيها المدافع وبالنسبة لسنه وقوته وحالته الشخصية وعلى ذلك فهي متناسبة ومرجع تقدير ذلك كله إلى محكمة الموضوع، وعليه فإن التناسب لا يعني التطابق بين الإعتداء والقوة وإنما أن يكون هناك تناسباً بين الوسيلة التي كانت في متناول المعتدى عليه وبين الوسيلة التي استعملها بالفعل؛ فيوجد تناسب إذا ثبت أن الوسيلة المستعملة كانت في ظرف استعمالها أنسب الوسائل لرد الإعتداء أو كانت هي الوسيلة الوحيدة التي وجدت في متناول المهدد بالإعتداء فالضرر الذي ينتج عن استعمال هذه الوسيلة هو القدر المناسب لرد الإعتداء وتقدير التناسب على هذا النحو نسبي يتعلق بظروف كل واقعة فقد تعد الوسيلة مناسبة في بعض الظروف دون البعض الأخر[1].

[1] – المستشار هرجه (مصطفى مجدي) – المرجع السابق–ص572

الفرع الثاني: أثر وظوابط التمسك الدفاع الشرعي:

1- أثر الدفاع الشرعي:

1-1- إباحة فعل الدفاع:

متى توافرت الشروط المتطلبة قانوناً في فعل الإعتداء وفي الدفاع أحدث الدفاع الشرعي أثره القانوني في إباحة الفعل، فيعتبر الدفاع مشروعاً وتنتفي عنه الصفة الإجرامية بالرغم من مطابقته لنموذج إجرامي معين[1].

وبهذه الإباحة يصير الفعل مشروعاً فلا تقوم من أجله مسئولية ولا يوقع على مرتكبه عقاب، ويستفيد من الإباحة كل من يساهم في فعل الدفاع، سواء أكانت مساهمته أصلية أم تبعية[2].

ويعتبر مرتكب الدفاع الذي تخلفت لديه نية الدفاع في محيط الجريمة الظنية والتي لا قيمة لها قانوناً، ذلك أن المشروعية أو عدمها منوطة بالضرر الذي يصيب المصالح المحمية جنائياً، ولما كان الإعتداء يهدد الحماية الجنائية لمصلحة المعتدي فإن الفعل يعتبر مشروعا بغض النظر عن نية الدفاع لدى المدافع؛ وذهب البعض إلى أن الدفاع الشرعي يحدث أثره وتنتفي مسئولية المدافع طالما كان الفعل في حدود حق الدفاع حتى ولو أصاب غير المعتدي سواء أكان ذلك لغلط في الشخص أم كان لخطأ في إصابة الهدف.[3]

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

---

[1] – سلامة (د. مأمون محمد) –المرجع السابق–ص246

[2] – الشواربي (د. عبد الحميد) – المرجع السابق –ص 131

[3] – سلامة (د. مأمون محمد) – المرجع السابق–ص 246

أما في الحالة التي يكون المعتدى عليه قد تعمد إصابة حق الغير لضرورة إتيان فعل الدفاع ومثاله بأن يستولي شخص على طلقات نارية مملوكة لغيره كي يعبئ بها سلاحه، فحكم القانون في هذه الأفعال أن الدفاع الشرعي لا يبيحها، إذ أنها لم توجه إلى مصدر الخطر (المعتدي) وإنما وجهت إلى شخص لا شأن له بالخطر؛ ولكن يستطيع المدافع أن يحتج بحالة الضرورة.[1]

1-2- إثبات الدفاع الشرعي:

أثار الخلاف حول من يُحمل عبء إثبات الدفاع الشرعي وهل يقع على عاتق المتهم أم على عاتق سلطة الاتهام (الادعاء العام) ؛ فذهب رأي إلى أن هذا العبء يقع على عاتق الإدعاء العام بوصفه سلطة الإتهام في الدعوى الجنائية وأن عليه واجب إثبات توافر أركان الجريمة وعدم وجود سبب مبرر لها، كما أن المتهم يستفيد من قرينة البراءة فلا يتحمل عبء إثبات الجريمة أو نفيها؛ وهناك من قيد هذا العبء وقصره على الحالة التي يدعي فيها المتهم بتوافر حق الدفاع المشروع فيقع في هذه الحالة على عاتق الإدعاء العام إثبات انتفاء قيام هذا الحق، وألقى رأي أخر هذا العبء على القاضي الذي يجب عليه من تلقاء نفسه أن يتحرى عن توافر الدفاع المشروع ؛ إلا أنه يؤخذ على هذه الآراء السابقة أن منطقها يؤدي إلى القول بأن هناك قرينة تفيد بأن المتهم كان في حالة دفاع مشروع وعلى الإدعاء العام أو القاضي حسب الأحوال نفي هذه القرينة وإثبات عكسها وهذا الأمر مغالى فيه.[2]

لكننا نتفق مع الراجح لدى غالبية الفقهاء وهو أن واجب الإدعاء العام ينتهي عند حد إثبات الجريمة، بينما يقع على عاتق المتهم إثبات الوقائع التي تنفي وجود جريمة ومنها الدفاع الشرعي؛ لكن لا يشترط للتمسك به أن يدفع المتهم صراحة بالدفاع الشرعي بل يكفي استخدام أي عبارة تفيد التمسك بحالة الدفاع الشرعي[3].

---

[1] – حسني (د. محمود نجيب) –المرجع السابق–ص 220–221

[2] – قهوجي (د. علي عبد القادر) المرجع السابق –ص 253–254.

[3] – الشواربي (د. عبد الحميد) المرجع السابق–ص 131

2- ضوابط التمسك بالدفاع الشرعي:

الدفاع الشرعي هو دفاع موضوعي، لأنه يتطلب تحقيقاً لإثباته وتدخلاً في تصوير ظروفه وتقدير الأدلة المقدمة بصدده إثباتاً ونفياً.

فيلزم بأن يكون الدفع قد أثير على وجه ثابت، وأن يكون قد قدم قبل إقفال باب المرافعة أمام محكمة الموضوع وبالتالي لا يمكن أن يثار لأول مرة أمام محكمة القانون (العليا) ويتوجب على محكمة الموضوع أن تتعرض لهذا الدفع في أسباب حكمها إذا قدم المتهم دفعاً صريحاً بتوافر الدفاع الشرعي، أو إذا كانت الدعوى ترشح للقول بتوافر حالة الدفاع ولو لم يقدم المتهم دفعاً صريحاً بها، ولا يشترط بأن يكون التمسك بقيام حالة الدفاع الشرعي بلفظ صريح بل يكفي إثارته ضمناً، كذلك لا يشترط لقيام حالة الدفاع الشرعي اعتراف المدافع بالجريمة.[1]

ولمحكمة الموضوع عند بحث موضوع الدعوى التحقق من توافر شروط الدفاع الشرعي والتزام قيوده واستخلاص نتيجة ذلك بالقول بتوافره أو انتفائه، لذلك كان عليها البت فيه، لكنها ليست ملزمة بالبحث في حالة الدفاع الشرعي طالما لم يتمسك المتهم بها ولم تكن وقائع الدعوى كما أثبتتها المحكمة ناطقة بتوافرها مرشحة لقيامها، ويعني ذلك أنه لا يقبل من المهتم النعي على الحكم بأنه لم يتحدث عن حالة الدفاع ولم يفصل فيها. [2]

لكن سلطة محكمة الموضوع في القول بتوافر الدفاع الشرعي من عدمه ليست مطلقة بل تخضع لرقابة محكمة القانون، كالخطأ في تطبيق القانون أو القصور في التسبيب والحالة الثالثة هي أن تكون الوقائع تدل على قيام حالة الدفاع الشرعي فيتعين على محكمة الموضوع أن تعترف بها.[1]

---

[1] – راجع فيما ورد ذكره: الشواربي (د. عبد الحميد) – المرجع السابق – ص 134

[1] – حسني (د.محمود نجيب) – المرجع السابق – ص 222

المطلب الثاني:تجاوز حالة لدفاع الشرعي

تحدثنا فيما تقدم عن تعريف حالة الدفاع الشرعي ومن ثم ركني الدفاع الشرعي الواجب توافرها، وتكلمنا أيضا عن الشروط الواجب توافرها في كل ركن منهما، وخاصة فيما يجب على المعتدى عليه إلتزامه من ضوابط في حالة دفعه للإعتداء الواقع عليه، لأن ركن الإعتداء هو الموجد لركن الدفاع، وإذا انتهى الإعتداء إنتهت حالة الدفاع، فإذا أتى المعتدى عليه فعلاً بعد ذلك كان معتدياً وليس مدافعاً ويسأل عما قام به من أفعال بعد أن إنتهى الإعتداء، فالعبرة في تقدير قيام الدفاع الشرعي ومقتضياته هي ما يراه المدافع في الظروف المحيطة به، بشرط أن يكون تقديراً مبنياً على أسباب تبرره فإن قام المدافع بانتزاع السلاح من يد المعتدي وشل حركته فإن دفاعه ينتهي عند هذا الحد ولا يجوز له تجاوزه؛ وتعد الأفعال التالية لها أفعال جرميه عمدية يسأل عنها المدافع[1].

ولكن حالة الإعتداء قد تمتد وتطول إذا ما أخذ المتعدي مال المعتدى عليه وفر هارباً به، فللمعتدى عليه أن يتتبعه حتى يسترد منه ماله، وله في ذلك أن يستعمل القوة المناسبة لاسترداد هذا المال ولو وصلت إلى حد قتل المعتدي فله أن يقتله إذا لم تكن أمامه وسيلة لاسترداد ماله إلا هذه، وفي كل ذلك لا يعتبر إعتداء المعتدى عليه منتهياً لأن حالة الدفاع تكون ما زالت قائمة؛ أما إذا قام المعتدى عليه باستعمال قدر من القوة أكبر مما تقتضيه الضرورة لدفع الإعتداء الواقع عليه يكون في ذلك مسئولاً عن فعله الذي تعدى به مقدار الدفع المشروع ويعتبر الزائد عن هذا المقدار عدوانا غير مشروع يسأل عنه من الناحيتين الجنائية والمدنية لأنه بذلك يكون قد تجاوز حدود الدفاع الشرعي.[2]

---

[1] – طعن 24 يونيو سنة2003 مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية والمبادئ المستخلصة منها لعام 2003–رقم 110و111.

[2] – –محسن (د. عبد العزيز محمد) – الأعذار القانونية المخففة من العقاب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي–ص 115.

الفرع الأول:تعريف معنى التجاوز وحكم التجاوز

1- تعريف معنى التجاوز:

إتفق الفقهاء على أن تجاوز حدود الدفاع الشرعي هو إنتفاء التناسب بين جسامة فعل الدفاع والخطر الذي هدد المعتدى عليه، أي إستعمال قدر من القوة يزيد على ما كان كافياً لدرء الخطر، والتجاوز عن حدود الحق بهذا المعنى يستلزم سبق قيام حالة الدفاع بتوافر شروطها، وعلى ذلك فليس المقصود إنتفاء شرط من شروط الدفاع الشرعي[1].

فتخلف شرط من شروط فعل الإعتداء المستوجبة لقيام حالة الدفاع الشرعي ينفي وجود حق الدفاع الشرعي قانوناً، فإذا كان الخطر مشروعاً أو كان مستقبلاً فلا نكون بصدد حق الدفاع الشرعي وإنما في محيط التجريم، كذلك إذا لم يكن الدفاع لازماً ولم يكن موجهاً لمصدر الخطر، فإن سبب الإباحة لا يقوم قانوناً، أما شرط التناسب فهو يفترض توافر الشروط الأخرى مجتمعة والتي بها يثبت الحق قانوناً، وما شرط التناسب إلا الإطار الذي يجب أن يباشر الدفاع في نطاقه، وعليه إذا تخلف التناسب بين جسامة الخطر والدفاع كنا في نطاق التجاوز[2].

والشريعة الإسلامية لم تختلف عن القانون الوضعي في شيء فقد عرفت التجاوز بأنه: إستعمال المدافع قوة أكثر مما تقضي الضرورة لدفع الإعتداء.

2- حكم التجاوز:

2-1- حكم القواعد العامة:

إذا إنتفى التناسب فقد إنتفى شرط للدفاع الشرعي، فلا يكون للإباحة-طبقاً للقواعد العامة- محل، وبذلك يعد فعل الدفاع غير مشروع.

ولتحديد مسئولية المتجاوز يتعين التمييز بين حالات ثلاثة:

الأولى: إذا كان الخروج على حدود الدفاع الشرعي عمدياً أي كان المدافع مدركاً جسامة الخطر وفي وسعه رده بفعل متناسب معه ولكنه فضل اللجوء إلى قوة تزيد على ذلك، فهو

[1] – حسني (د.محمود نجيب) –المرجع السابق – ص 226، د. عدلي خليل – المرجع السابق – ص847

[2] – سلامة (د. مأمون محمد) – المرجع السابق–ص 248

مسئول مسئولية عمدية كاملة، ذلك لأنه تعمد عدم مراعاة مقدار التناسب بين فعله والخطر المحدق به (الإعتداء الحال).

والثانية: إذا كان خروجه على هذه الحدود ثمرة خطأ غير عمدي منه كأن يكون المدافع قد حدد جسامة الخطر أو جسامة فعل الدفاع على نحو غير صحيح في حين كان في وسعه التحديد الصحيح، فهو مسئول مسئولية غير عمدية. [1]

الثالثة: فهي ألا توجد محل لمسئولية المدافع إذا ثبت تجرد فعله من العمد والخطأ معاً، كما لو كان التجاوز وليد الاضطراب ودقة الموقف اللذين بلغا حدا أزال كل سيطرة لإرادته على فعله، وتعليل ذلك، إنتفاء الركن المعنوي للجريمة. [2]

2-2-حكم الشريعة الإسلامية:

فقهاء الإسلام متفقون على اختلاف مذاهبهم بجوهر مسألة تجاوز الدفاع الشرعي وفي ذلك يعلق الدكتور الشربيني بالقول:(لأن ذلك جوز للضرورة ولا ضرورة للأثقل مع إمكان تحصيل المقصود بالأسهل وفائدة الترتيب المذكور أنه متى خالف وعدل إلى رتبة مع إمكان الإكتفاء بما دونها ضمن)[3].

وعليه فإن الأصل في أفعال الدفاع أنها مباحة ولا عقاب عليها، ولكنها إذا تعدت الصائل (المعتدي) وأصابت غيره خطأ فالفعل الذي وقع على الغير لا يعتبر مباحاً إذا أمكن نسبة الخطأ والإهمال إلى المدافع فهو مسئول مسئولية غير عمدية وبالتالي تجب عليه الدية عما أقدم عليه.[4]

---

[1] – راجع في ذلك كلا من: حسني (د.محمود نجيب) – المرجع السابق – ص227، الشواربي (د. عبد الحميد) – المرجع السابق – ص 113

[2] – راجع في ذلك كلا من: حسني (د.محمود نجيب) – المرجع السابق – ص227، الشواربي (د. عبد الحميد) – المرجع السابق – ص 113

[3] – د. الحسيني (سليمان جاد) – العقوبة البدنية في الفقه الإسلامي – ص 54

[4] – راجع في ذلك عودة (عبد القادر) – المرجع السابق – ص 487

2-3- حكم القانون في التجاوز:

نص قانون الجزاالعقوبات الجزائري على أنه: يستفيد من العذر المخفف: (من كان عند ارتكابه الجريمة في سورة غضب شديد ناتج عن عمل غير محق وعلى جانب من الخطورة أتاه المجني عليه) تعد هذه الصورة التي تطرق إليها المشرع الجزائري من إحدى صور تجاوز حالة الدفاع الشرعي، ذلك أنه قام بهذا الفعل بسبب عمل غير محق آتاه المعتدي؛ وأود الإشارة إلى أن سبب اعتقادي بأن هذه الفقرة خاصة بإحدى حالات الدفاع الشرعي أو تجاوزها هي ذكر المشرع لعبارة "على جانب من الخطورة" لأن العمل الغير محق والخطر يمكن بأن يكون جريمة ومن الممكن بألا يكون كذلك؛ ومثال على الحالة الثانية هي فعل مأمور الضبط حينما يضطر لاستخدام القوة في بعض الحالات من أجل القيام بعمله، فمن الجائز حدوثه بأن يكون الخطر الناشئ عن فعله خطراً جسيماً يهدد النفس، فالأذى الذي يهدد به هذا الخطر غير قابل للإصلاح، وليس من المصلحة إهدار أهم حقوق الأفراد لمجرد ضمان مباشرة مأمور الضبط اختصاصه، والخطر الجسيم هو الخطر الذي يهدد بإزهاق النفس أو إحداث الجروح البالغة[1].

ويتضح بأن المشرع أدرج هذه الحالة ضمن الأعذار المخففة للعقاب(عذر قضائي) ولم يضمنها مع المادة التي تحدثت عن حالة الدفاع الشرعي وهذا يعني بأن المشرع قد رأى بأنه لكي يستفيد المدافع من تخفيف العقوبة حسب هذه المادة أن تكون الزيادة في فعل الدفاع حدثت نتيجة ثورة انفعال شديد، فلكي يستحق المدافع تخفيف العقوبة يتعين أن تكون الظروف التي أحاطت به وقت ارتكابه فعل الدفاع من شأنها أن تصيبه بثورة انفعال شديد تجعله يقدم على فعل الدفاع دون مراعاة ما يستوجب الوقوف عنده، فلا يتمكن من تحقيق التناسب المطلوب بين دفاعه والاعتداء الواقع عليه، وطالما أن التجاوز قد تم تحت سورة الغضب فإن المتجاوز يستحق أن توقع عليه عقوبة مخففة أي يستفيد من العذر المخفف في مثل هذه الظروف، وعليه فإن القاضي حر في أن ينزل إلى حدود التخفيف التي أجازته هذه المادة أو لا ينزل كما يتراءى له، وأما الفقه المصري فذهب جانب إلى أن الطبيعة القانونية للتجاوز هي أنها لا

[1]- حسني (د.محمود نجيب) -- المرجع السابق-ص214

تعدو إلا أن يكون عذراً قانونياً، أما الجانب الثاني فذهب إلى ما ذهب إليه المشرع الجزائري، وهناك الجانب الثالث الذي رأى أنها ذو طبيعة خاصة، وهي تجمع بين العذر القانوني والعذر القضائي يتفق مع الأول بأن المشرع قد خصه بالنص وقصره على حالة معينة هي تجاوز المدافع لحقه، ويتفق مع الثاني بأن التقدير اختياري يرجع للقاضي بحسب ظروف كل واحدة على حدة.[1][2]

ونص المشرع العماني كذلك في المادة (253) الفقرة الثالثة على أنه: (إذا وقع الفعل نهاراً لا يستفيد الفاعل إلا من العذر المخفف عملاً بالمادة (109) من هذا القانون) ويتضح من النص السابق على أن المشرع العماني تطرق لحالة تجاوز الدفاع الشرعي، في حالة ما إذا قام المدافع بالإقدام على قتل شخص دخل أو حاول الدخول لمنزله أو الملحقات الملاصقة لها خلال النهار.

ولم يعتبر المشرع بأن المدافع في الحدود القانونية لحالة الدفاع الشرعي بل عُد متجاوزاً لها، ذلك أنه كان في مقدوره بأن يرد الإعتداء الواقع عليه بفعل أخف من القتل، ذلك لأن الفعل قد وقع نهاراً وليس بالليل، وكان بمقدوره بأن يستبين بشكل أوضح غاية المعتدي في الدخول لمنزله، أو أنه يمكنه دفع الإعتداء بشكل أخف من القيام بفعل جسيم تجاه المعتدي، لذلك وجب معاقبته عن تعسفه في إستعمال الحق الذي كفله القانون له، وفي رأيي المتواضع بأن هذه المادة تعد من قبيل العذر القانوني المخفف للعقاب كون أن المشرع قد نص عليه صراحة وأوجب بأن المدافع يستحق تخفيف العقاب عن فعله الذي أقدم عليه، ويجب على قاضي الموضوع التقيد بهذا العذر في حالة توافره وثبوت تحققه.

---

[1] – راجع –حسني (د.محمود نجيب) – المرجع السابق – ص228

[2] – وذهبت محكمة النقض المصرية حديثاً على أن للقاضي الحق في أن يعتبر المتهم معذوراً أو غير معذور إلا أنه متى سلم بضرره فليس له الوصول إلى الحد الأقصى الوارد في النص الأصلي للعقوبة؛ الشواربي (د. عبد الحميد) –المرجع السابق –ص –116

2-4-موقف الفقه من معنى تجاوز حدود حق الدفاع الشرعي:

1- المقارنة بين أضرار الدفاع وأضرار الإعتداء:

يذهب جانب من الفقه أن تحقق معنى التجاوز أمر لا تجري فيه المقارنة بين الضرر الذي مُنع، والضرر الذي حدث منعاً له، وإنما يكون محل المقارنة فيه هو النظر بعين الاعتبار إلى الضرر الذي أحدثه المدافع في سبيل الدفاع، وما كان في وسعه أن يحدث من أضرار أخرى[1].

واشترط البعض منهم أن تكون القوة المادية المستخدمة دفاعاً عن النفس أو المال متناسبة في مداها على جسامة الإعتداء، فكلما زادت هذه الجسامة زادت القوة المادية اللازمة لدفعه والعكس بالعكس؛ فإذا أثبت أن المدافع كان بوسعه رد الإعتداء بضرر أخف من الذي تحقق بالفعل عُد إخلالاً بمبدأ التناسب بين الضررين مما يحقق معنى التجاوز لحدود حق الدفاع. [2]

2- المقابلة بين وسائل الدفاع ووسائل الإعتداء:

يذهب جانب أخر من الفقه إلى القول بأن معنى التجاوز لا يتحقق بالنظر إلى التناسب بين الإعتداء والدفاع مجرداً، وإنما توجه النظرة إلى التناسب بين الوسيلة التي كانت في متناول المعتدى عليه وبين الوسيلة التي استخدمها بالفعل؛ فينتفي الحديث عن التجاوز إذا ثبت أن الوسيلة المستعملة كانت في ظروف استعمالها أنسب الوسائل لرد الإعتداء أو كانت الوسيلة الوحيدة في متناول المدافع[1].

---

[1] – الشواربي (د. عبد الحميد) –ظروف الجريمة المخففة والمشددة للعقاب–ص 53

[1] – الشواربي (د. عبد الحميد) – المرجع السابق – ص114

الفرع الثاني: عناصر وأنواع التجاوز

1- عناصر التجاوز:

يقوم التجاوز قانوناً على عنصرين:

1-1- العنصر المادي:

ويتمثل في الإضرار بمصلحة المتعدي بقدر يفوق الخطر الذي يتهدد المعتدى عليه بفعل الإعتداء؛ ولذلك فالتجاوز هو خروج عن الحدود المقررة قانوناً لجسامة الدفاع، ومن أجل ذلك كان غير مشروع من الناحية الموضوعية[1]، وأود أن أذكر بان جعل الحساب أمراً فاصلاً في موضوع التجاوز غير مقبول، فلا يتصور تعداد عدد الضربات التي وجهها المدافع للمعتدي في سبيل رده للإعتداء الواقع عليه، فهي لا تحسب من ناحية الكم وإنما من ناحية المدى.[2]

1-2- العنصر النفسي:

يتمثل في حسن النية، فمقتضى النية السليمة في عذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي هو ألا يكون المدافع قد تعمد إحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع؛ أي أن يكون معتقداً أنه لا يزال في حدود الدفاع الشرعي وأن فعله لا يزال متناسباً مع القدر اللازم من القوة لدفع الإعتداء أو خطر الإعتداء، وهذه مسألة موضوعية لا تثير صعوبة عملية؛ ولا تقتضي هذه النية السليمة توافر قصد إزهاق روح المعتدي لدى المدافع، فهذا القصد كما لا ينفي بقيامه توافر حالة الدفاع الشرعي فإنه لا ينفي كذلك إمكان الإستفادة من عذر تجاوز حدود هذه الحالة، إذا كانت جريمة المعتدي لا تسمح بدفعها عن طريق القتال العمد، أما إذا كانت الجريمة الأخيرة من الجسامة بحيث تسمح بدفعها بالقتل العمد فإن الإباحة التامة تكون متوافرة.[3]

---

[1] – المرجع السابق –ص117

[2] – إنظر حكم محكمة النقض السودانية رقم م أ/م ك/1977/35 الصادر في 1977/3/16م.

[3] – الشواربي (د. عبد الحميد) – المرجع السابق – ص117

2- أنواع التجاوز الشرعي وحكم كل نوع منها:

وبالنظر إلى الباعث الذي يتولد لدى المدافع عند قيامه باستعمال حالة الدفاع الشرعي نجد بأن هناك نوعين من التجاوز: التجاوز بنية سليمة والتجاوز دون هذه النية، وقد عرف الفقه المدافع ذا النية السليمة بأنه من لا يقصد إحداث ضرر أشد مما يستلزمه الدفاع، وبتعبير أخر إعتقاد المدافع أن القانون يخوله ارتكاب ما ارتكبه، وأن فعله هو السبيل الوحيد والملائم لدرء الخطر[1].

فالقانون يقرر تخفيف عقوبة المدافع، أما إذا كان التجاوز عمداً أي بنية غير سليمة فالقانون يترك حكمه للقواعد العامة، أي أنه يسأل عن جريمة عمدية ويوقع عليه العقاب المقرر لها، وللقاضي أن يخفف عنه العقوبة إذا التمس له عذراً مخففاً، وهذا ما عبرت عنه الفقرة الأخيرة من المادة (253) جزاء عماني حينما ذكرت بأنه: (لا يعتبر المجرم في حالة الدفاع المشروع إذا لم يكن على إعتقاد بأن الإعتداء على الأشخاص أو الأموال كان غرض المعتدي المباشر أو بنتيجة ما يلقاه من المقاومة في تنفيذ مآربه) أي أنه إذا ثبت أن المدافع كان يعلم بغرض المعتدي أو مدى خطورة فعله فإنه لا يستفيد من القرينة التي تقررت لمصلحته ويخضع فعله للقواعد العامة أي ضرورة توافر شروط الدفاع وبصفة خاصة شرط التناسب بين فعله وفعل المعتدي فقد يكون المدافع استغل هذا الظرف لكي يتمكن من الإنتقام من المعتدي فهنا يكون قد بيت النية للتخلص من الأخير، ويمكن استخلاص النية من واقع الظروف التي أحاطت بالواقعة، وكمثال على ذلك إذا كان صاحب المنزل عالما بأن خادمته على علاقة مع أخر بينهما خلاف، وقام هذا الأخير بالدخول إلى المنزل من أجل التواصل مع الخادمة، فإن صاحب المنزل لا يمكنه التمسك بحالة الدفاع الشرعي في حالة إقدامه على قتل هذا الشخص عند دخوله لمنزله، ذلك أنه على علم بأن الشخص لم يكن قاصداً المساس بسلامة شخصه (صاحب المنزل) أو أهله ولم يكن في نيته الإعتداء على أمواله، بل تمكن استغلال هذا الظرف

[1] - خليل (د. عدلي) - المرجع السابق - ص848-849

لأجل تصفية حسابات أخرى، ولذلك إنتفى شرط شروط قيام حالة الدفاع الشرعي وهو المساس بشخص المدافع أو أمواله، وهذا ما كنت أود الإشارة إليه حينما ذكرت بأن القرينة التي تطرق إليها المشرع قرينة قابلة لإثبات العكس.[1]

وأود التطرق إلى حالتين:

أ- الحالة الأولى:

ما إذا كان الشخص المعتدي الأصلي يستطيع بأن يدفع بأنه كان في حالة دفاع شرعي تجاه المعتدى عليه إذا ما تجاوز حدود دفاعه الشرعي، فبالرجوع لحالة الدفاع الشرعي وأسباب تبريره وما يتطلبه من شروط، فيمكن القول بأنه إذا ما قام المعتدى عليه بتجاوز حدود دفاعه الشرعي، فإنه يكون للمعتدي حق الدفاع عن هذا التجاوز كون أن هذا الفعل يُعد من قبيل الإعتداء الغير مشروع وكذلك هو إعتداء حال ويهدد بارتكاب جريمة ضد نفس المعتدي لذلك يستفيد من حالة الدفاع الشرعي، وتقدير قيام هذه الحالة من عدمها ترجع لقاضي الموضوع وعلى المعتدي الأصلي عبء إثبات تجاوز المعتدى عليه لحالة الدفاع الشرعي.[2]

ب- الحالة الثانية:

فهي فيما إذا كان من المتصور بأن يقوم تجاوز في حدود الدفاع الشرعي إذا ما استخدم المدافع إحدى الوسائل التي تعمل تلقائياً، وأعتقد بأنه من المتصور أن يقوم التجاوز من الآلة، لكن من غير المتصور بأن يكون هناك رد للإعتداء من قبل المعتدي أي أنه لا يكون للمعتدي بأن يتمسك بالدفاع الشرعي تجاه تلك الآلة بحجة أنها قد جاوزت حدود ما لها من حق رد العدوان، وذلك فيما إذا قمنا بتطبيق شروط الدفاع الشرعي على تلك الحالة.

2-1- التفرقة بين التجاوز وسوء إستعمال حق الدفاع الشرعي:

[1] - الرجاء انظر الصفحة رقم 8

[2] - إنظر-عودة (د. عبد القادر) -المرجع السابق-ص 488

اختلف الفقهاء في شأن التفرقة بين تجاوز حدود الدفاع الشرعي وإساءة إستعمال الحق، فذهب البعض منهم إلى عدم التفرقة بينهما، في حين ذهب البعض الأخر إلى التفرقة بينهما، ونعرض لكل من الرأيين على النحو التالي:

أ- الرأي الأول:

ذهب بعض الفقهاء إلى القول بان كلاً من تجاوز حدود الدفاع الشرعي وإساءة إستعمال الحق مترادفان في المدلول، وبناء عليه فإنهم يعتبرون أن الرد إعتداء إذا أساء المدافع إستعمال حقه بأن تجاوز حد التناسب مثلاً، وعلى ذلك فإنه يعاقب في هذه الحالة.[1]

ب- الرأي الثاني:

وذهب البعض الأخر من الفقهاء إلى القول بخلاف ذلك، حيث فرقوا بينهما، واستندوا في ذلك إلى أن إساءة إستعمال الحق ما هو إلا خروج عن الغاية التي شُرع هذا الحق من أجلها، ويرى أصحاب هذا الرأي أن للإساءة صورتين:

- **الصورة الأولى:** أن توجه القوة إبتداءاً بقصد الإنتقام كما لو كانت فتاة ترعى قطيعاً من المعز وتركتها ترعى في أرض الغير، فنهض المعتدى على زرعه وضرب الفتاة.

- **الصورة الثانية:** فهي أن يستعمل المدافع القوة لرد الإعتداء، ولكنه يتجاوز حدود حقه بسوء نية، وهذه الصورة تختلط بحالة التجاوز، ولكن الذي يفرق بينها وبين حالة التجاوز أنها تتميز بسوء النية.[2]

وقد وجه الدكتور. داود سليمان العطار في رسالته المتعلقة بتجاوز الدفاع الشرعي، النقد إلى كلا الرأيين، فانتقد الرأي الأول على أساس أنه قد خلط بين تجاوز الدفاع الشرعي وبين إساءة إستعمال الحق هذا الحق بالرغم من وضوح التفرقة بين المدلولين، وانتهى إلى القول بأن التجاوز في الدفاع الشرعي ما هو إلا (خروج عن حدود الإباحة) بينما إساءة إستعمال حق الدفاع الشرعي ما هي إلا صورة من صور (الخروج عن علة الإباحة) وبناء على هذه التفرقة

---

[1] - محسن (د. عبد العزيز محمد) -المرجع السابق - ص123

[2]- المرجع السابق-ص 123

يكون التجاوز غير مشروع لذاته، في حين أن إساءة إستعمال الحق تعتبر عدم مشروعيته طارئة وليست لذاته؛ ثم يستطرد الدكتور موضحاً ما ذهب إليه من نقد بالقول بأن من يستعمل من القوة ما يزيد على ما يناسب الخطر حسب ظروف الدفاع يتجاوز حدود الدفاع، وهذه الزيادة غير مشروعة أساساً كونها وقعت خارج حدود الإباحة، أما من يدافع دفاعاً شرعياً متناسباً ولكن كان بإمكانه الهرب بأسلوب غير ضار ولا مشين، يكون قد أساء إستعمال حقه في الدفاع، لأنه بذلك يكون قد خرج من علة الإباحة وعارض القانون في أهدافه العامة.

وأما الرأي الثاني فيرى أنه وإن كان قد تميز عن الأول كونه فرق بين كل من التجاوز في حدود الدفاع الشرعي، وإساءة إستعمال الحق، حيث أعطى لإساءة إستعمال الحق مدلولاً مخالفاً لمدلوله الاصطلاحي الذي لا يستلزم الخروج عن حدود الحق، إلا أنه يرى أن أصحاب هذا الرأي قد وقعوا في تناقض، حيث يصفون ارتكاب الجريمة بعد زوال الحق بأنه إساءة لاستعماله.[1]

2-2- سلطة قاضي الموضوع في القول بالتجاوز ورقابة المحكمة العليا (القانون) عليه:

القول بتجاوز المدافع حدود الدفاع الشرعي من اختصاص قاضي الموضوع، إذ يتطلب بحثاً في وقائع الدعوى ومقارنة بين جسامة الخطر وجسامة فعل الدفاع؛ والقول بتوافر النية السليمة أو انتفائها هو كذلك من شأن قاضي الموضوع، وتحديد ما إذا كان المتجاوز ذو النية السليمة تنطبق عليه الفقرة الثالثة من المادة (253) أو المادة (2/110) أو أنه جدير بالعقوبة العادية لجريمته أيضاً من الأمور التي يختص بها قاضي الموضوع؛ ولا يقبل الجدال أمام المحكمة العليا فيما يدخل على النحو السابق في سلطة قاضي الموضوع.

[1] – المرجع السابق–ص 124–نقلاً عن العطار (د. داود سليمان) – تجاوز حالة الدفاع الشرعي في القانون المقارن– رسالة دكتوراه–ص 316 –317

ولكن للمحكمة العليا أن تراقب استنتاج قاضي الموضوع، فإذا كان ما استخلصه لا يتفق عقلاً وما أثبته من وقائع، فللمحكمة أن تصحح حكمه، وذلك من مبدأ الخطأ في تطبيق القانون[1]، وسبق أن تطرقت إلى الحديث عن هذه السلطة في هذا البحث.

2-3- بعض من تطبيقات محاكم النقض (العليا) بشأن تجاوز حالة الدفاع الشرعي:

- إن العبرة في تقدير قيام الدفاع الشرعي ومقتضياته هي ما يراه المدافع في الظروف المحيطة به، بشرط أن يكون مبنياً على أسباب تبرره فإن انتزاع السلاح من يد القتيل وشل حركته هو الحد الذي لا يجوز تجاوزه. (طعن رقم 110و111/ 2003م، جلسة 2003/6/24م، المحكمة العليا)[2].

- من الخطأ أن تعامل المحكمة المتهم على اعتبار أنه تجاوز حق الدفاع الشرعي بعد قولها بانتفاء هذا الحق لأن تجاوز حدود الحق لا يتصور مع انعدام هذا الحق. (طعن رقم 925 سنة 11 ق جلسة 1941/3/3، محكمة النقض المصرية)[3].

- إن الحد العام لحق الدفاع الشرعي لا يقاس بالتناسب في عدد الضربات أو نوع السلاح، بل مناط ذلك بزوال العدوان أو الخطر المراد دفعه. (نقض رقم م أ/م ك/1977/35 جلسة 1977/3/16م محكمة النقض السودانية)[4].

- إن حق الدفاع الشرعي قد قرر بالقانون لدفع كل إعتداء مهما كانت جسامته، وتناسب فعل الدفاع مع الإعتداء لا ينظر فيه إلا بعد ثبوت قيام حالة الدفاع الشرعي؛ وإن زاد فعل الدفاع عن فعل الإعتداء وكانت الزيادة غير مقبولة عُد المتهم متجاوزاً حق الدفاع وحق عليه

---

[1] – حسني (د.محمود نجيب) –مرجع سابق–ص230

[2] – طعن رقم 110و111 جلسة 24 يونيو سنة2003 (مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية والمبادئ المستخلصة منها لعام 2003) المحكمة العليا – سلطنة عمان.

[3] – الشواربي (د. عبد الحميد) – المرجع السابق –ص 121

[4] – شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت)؛ الموقع: www.sjprecedents.org/showcases

العقاب في الحدود المبين بالقانون. (طعن رقم 505 سنة 25ق جلسة 1955/12/5م، محكمة النقض المصرية)[1].

[1] – المستشار هرجه (مصطفى مجدي) – الرجع السابق – ص 587.

الخاتمة

خاتمة:

تضم هذه المذكرة كما يستدل من عنوانها ضوابط الدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري، دراسة متعددة الجوانب لهذا الموضوع

حيث تطرقنا في بدايتها لماهية الدفاع الشرعي من حيث تعريفه و تحديد طبيعته القانونية، وصولا إلى بيان أساس الدفاع الشرعي كما أشرنا إلى الحالات التي يندرج ضمنها الدفاع الشرعي.

وكذلك توصلنا إلى تحديد الإطار القانوني للدفاع الشرعي و الذي اكتشفنا فيه الشروط الجوهرية العامة للدفاع الشرعي و تجاوزات حدود الدفاع الشرعي و ما ينجر عنها من وجوب إثباته، و في الأخير تطرقنا إلى الآثار القانونية المترتبة عن توفر حالة الدفاع الشرعي و بالتالي و من خلال تطرقنا لكل هذه الجوانب من هذا الموضوع وصلنا إلى استخلاص عدة نتائج لعل أهمها:

– أن المشرع الجزائري اقتبس نص المادتين المتضمنتان الدفاع الشرعي المادة39 و المادة 40 من قانون العقوبات الفرنسي.

–كما توصلنا إلى أن المشرع الجزائري قد أعفى المتهم في الحالة الممتازةللدفاع الشرعي من عبئ الإثبات وجعله على عاتق النيابة العامة أما في غير هاته الحالات فعلى المتهم الطي يتمسك بحق الدفاع الشرعي إقامة الدليل على توفر شروطه.

1– إن حق الدفاع الشـرعي، حق أصـيل أقرته الشـرائع الدنيوية منذ قدم البشـرية ذلك أن الطبيعة الإنسانية تقوم على حاسة البقاء التي تنشأ لدى المدافع.

2– إذا ما ثبت قيام حالة الدفاع الشـــرعي فإن الشـــخص يعفى من المســـئولية الجزائية والمدنية كاملة.

3– لم يقم المشرع الجزائري بشرح حالة الدفاع الشرعي، وإنما أشار إلى حالتين تعدان من قبيل الدفاع الشرعي.

4- إن المشرع الجزائري لم ينحى لمنحى بعض التشريعات الأخرى، حيث أنه لم يحصر الحالات التي يجوز فيها الدفاع عن الإعتداء الواقع على المال.

5- لا تقوم حالة الدفاع الشـــرعي في حالة تخلف إحدى شـــروط فعل الإعتداء، ويكون مرتكبها مسئول عن فعله طبقاً للقواعد العامة.

6- يكون المدافع متجاوزا لحالة الدفاع الشـــرعي إذا ما تخلف أحد شـــرطي فعل الدفاع (التناسب على الأخص) وحينها يستحق بأن توقع عليه عقوبة مخففة ويكون مسئول مسئولية كاملة عن الشق المدني (التعويض).

7- لا تنشأ حالة تجاوز الدفاع الشرعي إلا بعد نشوء حق الدفاع بذاته.

8- لا يُعد الشخص متجاوزا لحدود الدفاع الشرعي، إذا ما أقدم على تجاوز فعله بسوء نية.

9- يتوجب على المســتفيد من حالة الدفاع الشـــرعي أو تجاوزه، إثبات تلك الحالة، أمام محكمة الموضوع، وعلى الأخيرة التحقق من توافرها والحكم كذلك بموجبها.

10- للمحكمة العليا سلطة الرقابة على محكمة الموضوع من حيث الإشراف على تطبيق القانون أو تأويله.

و خلاصة القول أن الدفاع الشرعي حق يترتب على ممارسته نزع الصفة الإجرامية عن الأفعال التي تتم من خلال هذه الممارسة، أو التي تشكل عادة جرائم معاقبا عليها قانونا فنزع الصفة الجرمية عن هذه الأفعال بحكم القانون يجعل فاعلها غير مسؤول عن ارتكابها لأنه في الواقع مارس حقا مشروعا.

التوصيات و الاقتراحات:

في حال تجاوز ضوابط و حدود الدفاع الشرعي سواءا كان عن طريق الخطأ في التقدير أو لم هناك خطأ ، فطالما كانت نية المدافع سيئة فإنه هنا يجب مسائلة المدافع المتجاوز في حدود تجاوزه.

قائمة

المراجع

قائمة المصادروالمراجع .....

الكتب:

1- القرءان الكريم.

2- أبي داوود سـنن، دار الفكر، محمد محي الدين عبد الحميد، السـنن، دار الإحياء التراث العربي، بيروت لبنان، دط، دت.

3-إبراهيم الشباسي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري ، القسم العام، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر،1987.

4-البخري، كتاب القتن، باب قول النبي سترون بعدي أمورا تنكرونها، رقم: 6647، الجامع الصحيح المختصر، دار ابن كثير اليمامة ،1987،1407، ط3 ، تحقيق د.مصطفى ديب البغا، ج 3.

5-ابن فرحون، تبصرة الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان،ط1، 1995.

6- ابن منظور لسان العرب، دار صادر، بيروت لبنان ،1992/1412، ج2.

7-ابن نجيم ، الأشباه و النظائر، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، ط02، 1997، ج2،

8-ابن عبد البر، التمهيد، ج20.

9-أبو حامد الغزالي، المستصفى عن علم الأصول تحقيق، د محمد سليمان الأشقر، مؤسسة الرسالة ، ط01، 1997/1417، بيروت لبنان ج01.

10-الحسيني (سليمان جاد) ، العقوبة البدنية في الفقه الإسلامي.

11-أحكام القرءان، دلار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1996.

12- أحمد فتحي بهنسي، المسؤولية الجزائية في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مكتبة دار التراث، القاهرة، ج1.

13-الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب ط1، 2001.

14-الأشباه و النظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403، ط01.

15-الشواربي (د. عبد الحميد)، ظروف الجريمة المخففة والمشددة للعقاب.

16-الإمام الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2004/1425.

17-الإمام القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي ، بيروت، ج02،دط، دت.
18-الامام النووي، صحيح مسلم بشرح النووي ، دار الفكر، 1983، ج14.
19-الإمام أكمل الدين محمدي محمود البابرتي، شرح العناية على الهداية، المطبعة الأميرية ، ط1، 1418هجري.
20-الإمام الشافعي، الأم، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط01، .1993.
21-خليل (د. عدلي)
22-حواشي الشرواني وابن عباد على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، دار صادر،دط، ج9
23-رضا فرج ، شرح قانون العقوبات، الشركة الوطنية للتوزيع والنشر،الجزائر،ط2، 1976.
24-سليمان عبد المنعم، النظرية العامة للعقوبة.
25- صادق عبد الرحمن الغرباني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مكتبة الريان، بيروت لبنان، ط 1، 2002، ج04،ط.1
26-عادل قورة ، محاضرات في قانون العقوبات، القسم العام،الطبعة الرابعة، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الجزائر،1994.
27-عبد القادر عودة، التشريع الجزائري الإسلامي، ج.1
28-عبد الحميد الشواربي، الدفاع الشرعي في ضوء الفقه والقضاء ،مطبعة الأطلس بالقاهرة، دط، 1991.
29-عبد السلام التنوخي، موانع المسؤولية الجزائية، منشرات المنظمة العربية للتربية و الثقافة و العلوم ، معهد البحوث والدراسات، 1971.
30- المستشار هرجه (مصطفى مجدي)، موسوعة هرجه الجنائية.
31- الحسيني (سليمان جاد) ، العقوبة البدنية في الفقه الإسلامي.
32- مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، دار الفكر العربي، 1979.
33-محسن (د. عبد العزيز محمد)، الأعذار القانونية المخففة من العقاب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
34- مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، عبد الله عبدالرحمان بن الشيخ المعروف بدامادا أفندي.

35- محمد سعيد رمضان البوطي ، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط06، 2000/1421.

36- محمد علي عباد الحلبي، شرح قانون العقوبات-مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان الأردن، 1997.

37- محمود نجيب حسني، قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، ط05، ج02.

38- محمد عوض ، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار الجامعة الحديثة للنشر الإسكندرية، مصر، 2000، ص 87، دكتور سليمان عبد المنعم ، النظرية العامة للعقوبة.

39- محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي- عالم الكتب القاهرة-ط01، 1983.

40- محمد صبحي نجم قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، مكتبة دار الثقافة والنشر، عمان الأردن، ط1، الإصدار 04، 2000.

41-محمد أبو زهرة، العقوبة في الإسلام، دار الفكر ، دط، دت.

42-محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر ج04

43-محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام ص213، د عبد الله سليمان، قانون العقوبات

44-نظام توفيق المحالي، قانون العقوبات ، القسم العام،مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن، ط1، 1998.

45-يوسف قاسم، نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الجزائي الإسلامي والقانون الجزائي الوضعي، د ط،2003/1423.

المذكرات:

1- الزهرة دحماني نظرية الدفاع الشرعي و تطبيقاته في القانون الجنائي، الجزائر، 187.

2- فرحات بركاني، الدفاع الشرعي، رسالة ماجيستار، جامعة الجزائر،1998.

المجلات المقالات العلمية:

شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت)؛ الموقع: www.sjprecedents.org/showcases

القوانين:

1-أمر رقم 156/66 مؤرخ في 08 يونيو1966، يتضمن قانون العقوبات الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 49، الصادر بتاريخ 11 جوان1966، معدل ومتمم.

2- أمر رقم 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر1975، يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر1975، المعدل والمتمم.

3- مرسوم تنفيذي رقم 97-04 المؤرخ في 24 شعبان عام 1417هـ الموافق لـ 04 يناير1997 الذي يحدد شروط ممارسة عمل الدفاع المشروع في إطار منظم.

4- قرار المحكمة العليا رقم27369، الصادر بتاريخ 1984/05/29، مجلة المحكمة العليا، العدد4، 1989.

5- قرار المحكمة العليا رقم 92202، الصادر بتاريخ 1980/01/29، المجلة القضائية، العدد02، 1980.

الفهرس

فهرس الموضوعات

الفهرس	الصفحة
شكر وتقدير	
إهداء	
مقدمة عامة	أ
الفصل الاول : ماهية الإباحة و الدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري	
المبحث الأول: الاباحة عند فقهاء القانون	06
المطلب الأول: تعريف الاباحة	06
المطلب الثاني: الاباحة عند فقهاء القانون	06
المبحث الثاني: الدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري	15
المطلب الأول: تعريف الدفاع الشرعي	15
المطلب الثاني: تمييز الدفاع الشرعي وحالة الضرورة	18
المبحث الثالث: مصدر الدفاع الشرعي وأساسه	22
المطلب الأول: مصدر الدفاع الشرعي	22
المطلب الثاني: أساس الدفاع الشرعي	25
ملخص الفصل الأول	
الفصل الثاني : ضوابط الاعتداء في قانون العقوبات الجزائري	
تمهيد:	
المبحث الأول: ضوابط الاعتداء في قانون العقوبات الجزائري	29
المطلب الأول: مفهوم الاعتداء و صوره	29
الفرع الأول: عناصر الاعتداء	29
الفرع الثاني: صور الاعتداء	31
المطلب الثاني: تطبيقات عدم مشروعية الدفاع الشرعي	36
المبحث الثاني: شروط حالة الدفاع الشرعي	39
المطلب الأول : شروط الدفاع الشرعي	39
الفرع الأول: شروط الاعتداء و الدفاع	39
الفرع الثاني: أثر و ظوابط التمسك بالدفاع	45
المطلب الثاني: تجاوز حالة الدفاع	48
الفرع الأول: تعريف و حكم التجاوز	49

الفرع الثاني: عناصر و أنواع التجاوز	55
ملخص الفصل الثاني	
خاتمة	-
قائمة المراجع	-
فهرس المحتويات	-

ملخص:

لمعالجة إشكالية البحث " ماهي ضوابط الدفاع الشرعي في ظل قانون العقوبات الجزائري تطرقنا إلى الإجابة عليها من خلال فصلين:

نتناول في الفصل الأول ماهية الدفاع الشرعي من خلال تبيان مفهومه في المبحث الأول ومن أجل الوصول إلى ذلك قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين تناولنا في الأول تعريف الإباحة عند فقهاء القانون والشريعة وماهيتها والعلة من تقريرها، أما في المبحث الثاني قد خصصناه لعرض ماهية الدفاع الشرعي حيث تناولنا تعريف هذا الأخير في المطلب الأول وبعدها انتقلنا إلى المطلب الثاني أين تناولنا تمييز الدفاع الشرعي وحالة الضرورة واضفنا المبحث الثالث الذي تناولنا فيه مصدر الدفاع الشرعي وأساسه متطرقين في المطلب الأول لمصدر الدفاع الشرعي وبالمطلب الثاني إلى أساس الدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري.

أما الفصل الثاني فقد كان من الضروري بناءا على ماتقدم ذكره أن نتعرض إلى ضوابط الاعتداء في قانون العقوبات الجزائري، من خلال مبحثين حيث خصصنا المبحث الأوللمشروعية الاعتداء وعدم مشروعيته من خلال ذكر عناصر وصور الاعتداء، وإما المطلب الثاني فقد تناولنا فيه تطبيقات عدم مشروعية الاعتداءوالدفاع الشرعي.

وخصصنا المبحث الثاني لهذا الفصل لبيان شروط حالة الدفاع الشرعي من خلال مطلبين، الأول خصص شروط الاعتداء والدفاع الشرعي وضوابط التمسك بالدفاع والمطلب الثاني اردنا به تبيان تجاوز حدود الدفاع الشرعي من خلال تعريف وحكم التجاوز وبذكر عناصر وأنواع التجاوز.

الكلمات المفتاحية: الاباحة ، الدفاع الشرعي، الاعتداء ، تجاوز الدفاع الشرعي ، ضوابط الدفاع الشرعي .

Summary:

To address the problem of the research, "What are the controls of legitimate defense under the Algerian Penal Code, we addressed the answer through two chapters**:**

In the first chapter, we discuss the nature of legal defense by explaining its concept in the first topic. In order to reach that, we divided this topic into two demands. In the first, we dealt with the definition of permissibility according to legal and Sharia jurists, its nature and the reason for its report. The definition of the latter in the first requirement, and then we moved to the second requirement, where we dealt with the distinction of legitimate defense and the state of necessity, and we added the third topic, in which we dealt with the source of legitimate defense and its basis, touching on the first requirement of the source of legitimate defense and the second requirement to the basis of legitimate defense in the Algerian Penal Code**.**

As for the second chapter, it was necessary, based on the foregoing, to be exposed to the controls of assault in the Algerian Penal Code, through two sections, where we devoted the first topic to the legality and illegality of the assault by mentioning the elements and images of the assault, and the second requirement we dealt with the applications of the illegality of assault and legitimate defense**.**

We devoted the second topic of this chapter to clarifying the conditions of the state of legitimate defense through two demands. The first specified the conditions of assault, legitimate defense and the controls for adhering to defense, and the second requirement we wanted to show by exceeding the limits of legitimate defense through the definition and rule of abuse and by mentioning the elements and types of transgression.