

ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائي.

مذكرة مكملة لمقتضيات لنيل شهادة الماستر في العلم الإسلامية.

تخصص: شريعة وقانون

إشراف الأستاذ:

د. موسى بن سعيد.

إعداد الطالبتين:

- هاجر خشاب.

- خولة شريقي.

السنة الجامعية: 2020/2019



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة



كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم: العلوم الإسلامية

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرقي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة): هاجر حنّاب

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم: طالبة

الجامع (ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 783979

والصادرة بتاريخ: 2015/03/25

عن دائرة: أولاد دراج

المسجل (ة) بكلية: العلوم الإنسانية والاجتماعية قسم: العلوم الإسلامية

والمكلف (ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)، عنوانها: مذكرة ماستر: بحث عن: من وابتدأ الفاعل الشرعي في الفقه

الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

أصرح بشرفي أنني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في

إنجاز البحث المذكور أعلاه.

ظرو وصدق علي توقيع السيد

17 SEP. 2020

أولاد دراج

التاريخ: 17 سبتمبر 2020

إمضاء المعني



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة



كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم: العلوم الإسلامية

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة): شريف خولة

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم: طالب

الحامل (ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 119951164057950007

والصادرة بتاريخ: 2017 / 02 / 05 م

عن دائرة: إبراهيم نوعد الجراح

المسجل (ة) بكلية: العلوم الإنسانية والاجتماعية قسم: العلوم الإسلامية

والمكلف (ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)، عنوانها:

جوابم الدفاع الشرفي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

أصريح بشرفي أنني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2020/09/15 م

إمضاء المعني

16 ميسير 2020

رئيس المجلس العلمي البلدي
رئيس المجلس البلدي
سيد: سعد السعود نبيل



شكر وعرفان

نحمد الله تعالى ونشكره علي نعمه وفضله، وعملا بسنة رسول الله صلي الله عليه وسلم وتبعاً
لهديه

فشكر الناس من شكر الله تعالى
من لم يشكر الناس لم يشكر الله
لهذا أتقدم بخالص الشكر لكل من :

الأستاذ بن سعيد موسي علي قبوله الإشراف علينا و المجهودات المبذولة من طرفه
إلى من كان لنا الشرف أن سميت دفعتنا باسمه الأستاذ والشيخ الفاضل الطاهر سرايش
تغمده الله برحمته الواسعة.

إلى أساتذة كلية العلوم الإسلامية وكل من ساعدنا من قريب أو بعيد.

إهداء

إلى من كانا سببا في وجودي إلى من وضعت الجنة تحت أقدامها لإجلالها وإكراما لها أُمي قرة عيني "مرزاقه".

إلى من كان له الفضل في وصولي لأعلى الدرجات بعد المولى عزوجل أبي الغالي "إسماعيل".
إلى شموع العائلة من الصغير إلي الكبير إلى إخوتي فيصل وعبد الحق وأخص بالذكر سمير والعايشي.
إلى أخوات التي كنا نعم السند لي نوال حنان كريمة وإيمان وأخص بالذكر نزهة وزهرة الجبل
إلى جميع أسهار العائلة مصطفى وعمار وأخص بالذكر العياشي
إلى جميع كناكيت العائل (شمس الدين ورمسية وحسام، ياسر وهبة، أريج وأمجد، فرح وخالد، ملاك وفريال، وأسامة الشقي).

إلى كل من علمني حرفا من قبل دخولي المدرسة في دور الكتاب (الجامع) إلى الجامعة وأخص بالذكر أستاذي الطيب روباش تغمده الله برحمته الواسعة ،و الأستاذ أسامة بريك ،والأستاذة كريمة دحماني.

إلى أعز من شاركوني مقاعد الدراسة (أميرة إيمان خولة أيوب إلهام إبتسام وردة عائشة وكنزة)

إلى جميع المسافرين على سفينة مجتمع الإبصار

إلى كل من وسعهم ذاكرتي ولم تسعهم مذكرتي.

إلى كل من شارك في هذا العمل من قريب أو بعيد....أهدي هذا العمل

هاجر خشاب

إهداء

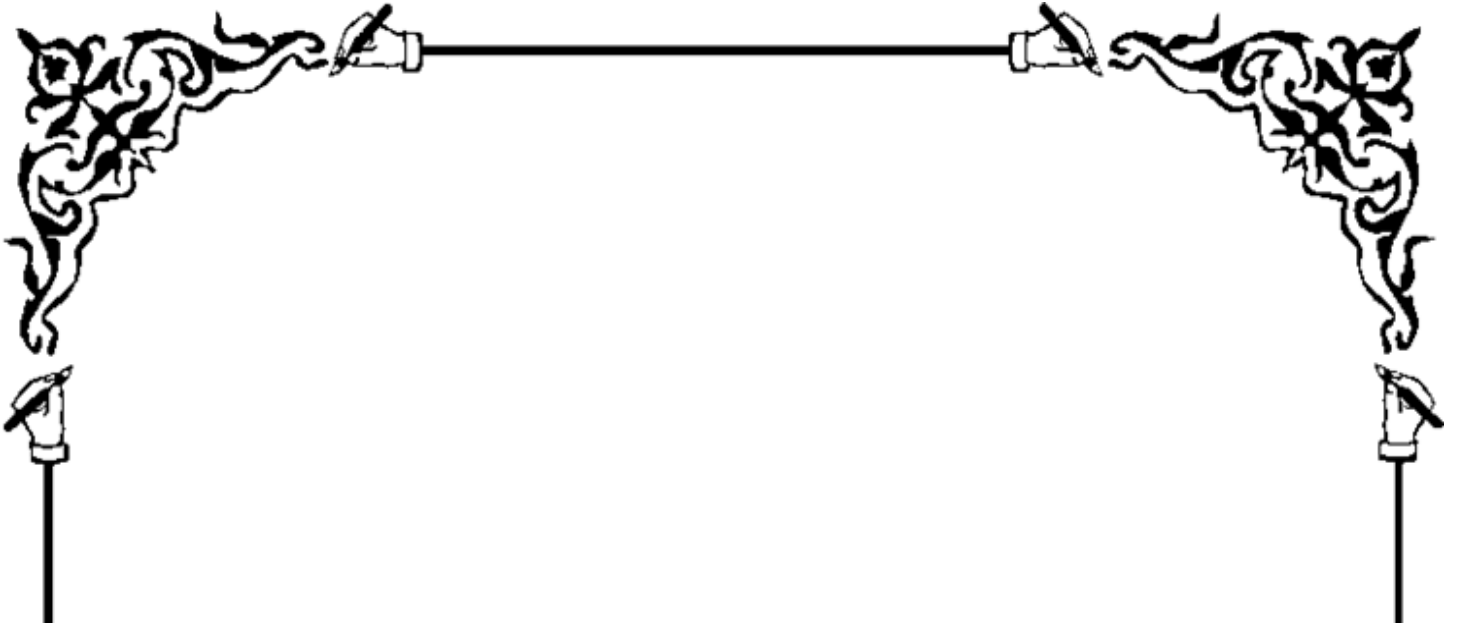
إلى من أفضّلها على نفسي، ولم لا؛ فلقد ضحّت من أجلي
ولم تدّخر جهدًا في سبيل إسعادي على الدوام
(أُمِّي الحبيبة).

نسير في دروب الحياة، ويبقى من يُسيطر على أذهاننا في كل مسلك نسلكه
صاحب الوجه الطيب، والأفعال الحسنة.
فلم يبخل عليّ طيلة حياته
(والدي العزيز).

إلى اخوتي ياسين ، ياسر ، وكوثر ، و أختي رحمة الله عليها .
والي زوجي وابني أيوب وابنتي ألاء.

وجميع من وقفوا بجواري وساعدوني بكل ما يملكون، وفي أصعدة كثيرة
أُقَدِّم لكم هذا البحث، وأتمنّى أن يجوز على رضاكم.

خولة شريقي



مقدمة



مقدمة:

بسم الله الرحمن الرحيم

والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وعلى الصحابة أجمعين أما بعد

إن الله مذ خلق الإنسان جُعل محبا للتملك وراغبا في الحصول على كل شيء حتى ولو أدى به ذلك للاعتداء على غيره من أجل إشباع رغبته وهذا ما نلاحظه عند تتبع تاريخ نشأة البشرية ووراثته الإنسان للأرض وذلك بقتل قابيل أخاه هابيل لذات السبب والتي كانت أول جريمة على وجه الأرض، لذلك نجد بأن حق الإنسان في حياته وماله قد حفظ في جميع التشريعات السماوية، وكذا الوضعية في إطار ما يسمى بالدولة والتي حرصت وضمنت وتكفلت بصيانة الأفراد المنطوين تحت لوائها بحمايتها وإيقاع العقاب على كل من يعتدي عليها أو تسول له نفسه ذلك هدفا منها إلى القضاء على فكرة الانتقام الشخصي أو حتى الجماعي، فنجد كل من الشريعة الإسلامية على وجه الخصوص والتشريعات الوضعية قد وضعت نصوصا وقواعد تجرم تلك الأعمال، وكذا تحديد عقوبة ارتكابها، وعليه فإنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص تشريعي تضعه السلطة المختصة بذلك وهو ما يطلق عليه بـ "بمبدأ الشرعية"، غير أننا نجد بعض هذه الأفعال توصف حسب أصلها بأنها مجرمة غير أنها لا ترقى لأن تكون ضارة أو أنها تشكل أي خطر بل قد تكون مهمة في حياة الناس لتعلقها بغريزة الإنسان وحب البقاء أخرجها من دائرة الأفعال المجرمة لدائرة الأفعال المباحة والتي تعرّف في اصطلاح الفقهاء بأنها: "هو مدلول خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين علي وجه التخيير كإباحة الأشياء النافعة"، أما في القوانين الوضعية : فتعتبر أسباب الإباحة ظروفًا موضوعية تلحق السلوك الإجرامي، فتمحوا عنه الصفة الإجرامية فتجعل منه فعلا مباحا، و تتعدد أسبابها من أداء واجب واستعمال الحق وواجب الطبيب اتجاه مريضه وحق تأديب الزوجة والحق في الدفاع المشروع.



ومن هذه الأسباب الدفاع الشرعي أو كما سماها الفقه الإسلامي بدفع الصائل وهو حق أصلته الشريعة الإسلامية في كثير من نصوص القرآن والأحاديث النبوية وغيرها من الأدلة الشرعية الأخرى، كقوله تعالى: {فَمَنْ عَتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا عَتَدَىٰ عَلَيْكُمْ} [البقرة: 30]، وكذا أقرته جميع القوانين الوضعية بما في ذلك المشرع الجزائري والذي نص عليه من خلال المادتين "39" و"40" من قانون العقوبات، وهذا هو محور بحثنا هذا والذي أوردناه تحت عنوان "ضوابط الدفاع الشرعي بين الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري".

أهمية الموضوع:

- تكمن أهمية الموضوع بالارتباط الدفاع الشرعي بغريزة الإنسان في الرغبة في البقاء ورد الخطر والاعتداء مهما كان مصدره.
- توضيح للناس الوضعية القانونية لردود أفعالهم إزاء كل اعتداء قد يسلط عليهم وكيفية التصرف للحفاظ على الحق في الدفاع المشروع.
- إن الدفاع الشرعي يستحوذ على مساحة كبيرة من تفكير العاملين في مجال القضاء، فما من متهم في جريمة "قتل عمد" إلا ويدفع التهمة بكونه في حالة دفاع شرعي وبإثراء المنظومة القانونية في هذا الموضوع.

أسباب اختيار الموضوع:

- الرغبة الشديدة في إسدال الستار عن حثثيات هذا الموضوع المهم والذي يرتبط بالإنسان ارتباط الدولة بالقانون.
- توضيح فكرة الدفاع المشروع وبيان ضوابطها و الحيلولة دون تجاوز الفرد لحقه في رد الاعتداء.
- كثرة الحوادث في مجتمعنا اليوم من الاعتداءات على الأنفس والأموال بغير وجه حق لبيان حق الشخص في رد الاعتداء بالوسائل المشروعة.

- التطرق إلى المسؤولية المترتبة عن الدفاع الشرعي على اعتبار أن المشرع الجزائري لم يفرضها بأحكام خاصة وإنما أخضعها للأحكام العامة.

أهداف الدراسة:

- تحديد المفهوم الذي يدور حوله الدفاع الشرعي.
- بيان الضوابط والشروط التي تحكمها حالة الدفاع المشروع.
- بيان مدى توافق أو اختلاف كل من الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري حول موضوع الدفاع الشرعي بعرض مختلف نقاطه.

إشكالية البحث:

قد يقع الإنسان بموقف في حياته اليومية بالاعتداء عليه أو على ماله فيستجد مباشرة بالسلطة المختصة في دولته لتدفع عنه شر هذا الاعتداء، غير أنه أحيانا يجد نفسه محاصرا وليس لديه اختيار إلا برد هذا الاعتداء بنفسه هو استجابة للفطرة الإنسانية في حب البقاء ورفض أي اعتداء يسلط عليها، فما هو مفهوم الدفاع المشروع في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري؟، وما هو الجوهر الذي يضبط ردّ الاعتداء في هذه الحالة؟، وكيف يمكن للإنسان أن يحافظ على هذا الحق دون أن ينتقل من وصف معتدى عليه إلى معتدي؟، وما هي الآثار الناتجة على كل من الدفاع المشروع وتجاوز حدوده؟

منهج البحث:

من خلال عنوان البحث يتضح بأن المنهج الذي سنعمده في دراستنا هذه هو منهج المقارنة وذلك للمقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري ببيان مختلف النقاط المتعلقة بالموضوع بالإضافة إلى المنهج الاستقرائي والتحليلي بدرجة ثانية.



المنهجية:

لقد اتبعنا في بحثنا على بيان مختلف الآراء في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري، ففي الفقه الإسلامي اعتمدنا في بيان الأحكام على رأي المذاهب الأربعة بشكل مختصر قدر الإمكان ، أما في القانون الجزائري فقد اعتمدنا على رأي فقهاء القانون إذا لم نجد المشرع الجزائري قد تكلم على إحدى النقاط بالإضافة إلى اعتمادنا على كل من المشرع المصري والفرنسي بدرجة ثانية إذا لم نجد أن المشرع الجزائري قد تطرق لنقطة من نقاط الدفاع المشروع وذلك لأنّ المشرع الجزائري قد استسقى معظم قوانينه من هذين القانونين.

الدراسات السابقة:

- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي.
- محمد السيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي.
- محمد نعيم فرحات، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي.
- محمد نجيب حسني، الفقه الإسلامي الجنائي -أسباب الإباحة-.

صعوبات الدراسة:

- صعوبة لغة بعض الكتب خاصة المتعلقة بالفقه الإسلامي.
- بما أن الدراسات الجزائرية قليلة تعين علينا الرجوع إلى الدراسات العربية والأجنبية والتعامل مع صعوبة الترجمة .
- عدم قدرتنا على الحصول على بعض المراجع المهمة للبحث وذلك لتعذر التنقل للجامعة والمكتبات بسبب الحظر الذي فرضه وباء كورونا.
- إن من أهم الصعوبات التي واجهتنا هي الحصول على قرار قضائي يتناول القضية لإثراء الجانب التطبيقي في الدراسة.



الخطّة:

قسما هذا الموضوع إلى فصلين :

حيث تضمن الفصل الأول : ماهية الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري .

وقسمنا هذا الفصل إلى ثلاث مباحث :

المبحث الأول :تعريف الدفاع الشرعي، تضمن ثلاث مطالب : المطلب الأول: التعريف اللغوي للدفاع الشرعي. المطلب الثاني: التعريف الاصطلاحي للدفاع الشرعي المطلب الثالث: تمييز الدفاع الشرعي عن غيره من المصطلحات.

المبحث الثاني :طبيعة الدفاع الشرعي، تضمن مطلبين: المطلب الأول: تكييف الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، المطلب الثاني :تكييف الدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري.

المبحث الثالث: أساس الدفاع الشرعي، تضمن مطلبين : المطلب الأول: أساس الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، المطلب الثاني: أساس الدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري.

الفصل الثاني : ضوابط الدفاع الشرعي وتطبيقاته في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

قسما هذا الفصل إلى ثلاث مباحث:

المبحث الأول: ضوابط الدفاع الشرعي، تضمن مطلبين: المطلب الأول: شروط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، المطلب الثاني: شروط الدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري.

المبحث الثاني: إثبات الدفاع الشرعي وآثاره، تضمن مطلبين: المطلب الأول: إثبات الدفاع الشرعي، المطلب الثاني: آثار الدفاع الشرعي .

المبحث الثالث: تجاوز حدود الدفاع الشرعي وتطبيقاته، تضمن مطلبين: المطلب الأول: تجاوز حدود الدفاع الشرعي، المطلب الثاني: تطبيقات الدفاع الشرعي.

الفصل الأول:

مفهوم الدفاع الشرعي في الفقه
الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري.

الفصل الأول: مفهوم الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري.

إن الدفاع الشرعي يعد من أقدم أسباب الإباحة التي عرفتھا البشرية، لأن هذا السبب نابع من شعور الفرد بقدرته الطبيعية علي حماية نفسه وماله وعرضه من أي اعتداء قد يطاله. اعتبر الدفاع الشرعي منذ عهد الرومان سببا من أسباب الإباحة تنعدم فيه المسئوليتان المدنية والجنائية ، و هذا يتضح من أقوال الفقيه الروماني "جيوس" و مفكر روما الشهري "سيشرون" الذي اعتبره مبدأ من مبادئ القانون الطبيعي التي لا تتغير بتغير الزمان والمكان.

ثم تغير هذا التكييف في ظل القانون الكنسي ليصبح الدفاع الشرعي مجرد عذر مقبول لا يرفع عن الفعل صفة التجريم سواء كان عن النفس أو المال. أما القانون الفرنسي الصادر إبان الثورة الفرنسية فقد عاد إلي اعتبار الدفاع الشرعي حق للمدافع يبيح له درء الاعتداء الواقع عليه.

بعد تحديد المراحل التاريخية التي مر بها الدفاع الشرعي سنتطرق إلي تعريف الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري في المبحث الأول ثم تمييز الدفاع الشرعي عن غيره من المصطلحات في المبحث الثاني ثم أساس الدفاع الشرعي في المبحث الثالث.

المبحث الأول: تعريف الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

حتى نلقي الضوء على مدلول مصطلح الدفاع الشرعي يجب أن نبين معناه اللغوي في المطلب الأول ثم معناه الاصطلاحي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري وسنتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الأول: التعريف اللغوي للدفاع الشرعي

سنقوم بتعريف كلمة الدفاع لغة في الفرع الأول ثم تعريف كلمة الشرعي لغة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف الدفاع لغة

جاء في كتاب مختار الصحاح للرازي: دفعت إلي فلان شيئاً، ودفعت الرجل فاندفع، واندفع الفرس أي أسرع في سيره، والدفاع السيل العظيم¹.

- جاء في لسان العرب لابن منظور: الإزالة بقوة دفعه. يدفعه ودفاعاً و دفعه فاندفع وتَدَفَّعوا تدافع وتدافعوا الشيء: دفعه كل واحد منهم عن صاحبه. وتدافع القوم: أي دفع بعضهم بعضاً. دافع عنه بمعنى دَفَعُو قِيل معناه الانتصار و المحاماة عن الغير².

¹ الرازي: زين الدين أبو عبد الله، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، مختار الصحاح، المكتبة العصرية، بيروت، ط5، 1420هـ/1999م، ص 87.

² ابن منظور: محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت- لبنان، ط1999، ج 4، ص89.

- جاء في كتاب القاموس المحيط للفيروزبادي : دفعه، ودفعه إليه، ودفع عنه الأذى كمنع¹.

ومنه: فإن الدفاع هو إزالة الاعتداء ورد المضرّة.

الفرع الثاني: تعريف الشرعي لغة

جاء في مختار الصحاح²: الشريعة مشرعة الماء، وهو مورد الشاربة، والشريعة: ما شرع الله لعباده من الدين، وقد شرع لهم يشرع شرعا أي سن، والشارع الطريق الأعظم.

- جاء في لسان العرب³: شرع الوارد يشرع شرعا و شروعا :تتاول الماء بكفيه .

وشرعت الدواب في الماء أي دخلت قال الليث⁴: وبها سمي ما شرع لله للعباد شريعة من الصوم و الصلاة والحج والنكاح وغيره .

والشريعة والشرعة :ما سن الله من الدين وأمر به وقال محمد بن يزيد⁵: شرعة معناها ابتداء الطريق والمنهاج ،الطريق المستقيم.

¹الفيروزبادي: مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط ،تحقيق : محمد نعيم الوقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، ط8، 1426هـ/2005م، ص715.

²الرازي: زين الدين أبو عبد الله، المرجع السابق ، ص141.

³ابن منظور: محمد بن مكرم، المرجع السابق، ج8، ص179.

⁴هو الليث بن المظفر بن نصر بن سيار الكناني، صاحب معجم العين كتاب العين وقيل أنه نسب إليه خطأ وإنما صاحبه الخليل بن أحمد والله أعلم، اهتم بالأدب واللغة والنحو. انظر: محمد بن محمد عبد الرزاق الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، مطبعة الكويت ، ط2 ، ، 2008، ج1، ص67.

⁵محمد بن يزيد بن عبد الأكبر الثمالي الأزدي، أبو العباس المعروف بالمبرد، إمام اللغة العربية وصاحب كتاب الكامل في اللغة والأدب. انظر :شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي ،سير أعلام النبلاء، دار الحديث، القاهرة ، 2004م، ج10، ص546.

- جاء في القاموس المحيط¹: الشريعة ما شرع الله تعالى لعباده ،والظاهر المستقيم من المذاهب، ويقال شرع في الأمر أي خاض.

يتضح مما سبق أن الشرعي نسبة إلى الشرع: ومعناه كل ما هو محدد وواضح خال من العيوب.

الفرع الثاني: تعريف الصائل لغة

جاء في مختار الصحاح²: قال أبو زيد: صول البعير بالهمز يصول صالة ،إذ صار يقتل الناس ويعدوا عليهم ،فهم جمل صؤول.

- جاء في لسان العرب³: صال على قِرْنِه صَوْلًا وصِيالًا وصُؤُولًا وصَوْلَانًا وصَالًا ومَصَالَةً: سَطًا؛ قال: ولم يَخْشَوْا مَصَالَتَهُ عليهم، وتحت الرغبة اللبن الصريح والصؤول من الرجال الذي يضرب الرجال ويتناول عليهم، قال الأزهري⁴: الأصل فيه ترك الهمز وكأنه همز لانضمام الواو ،وقد همز بعض القراء :وان تلؤوا ،بالهمز ،أو تعرضوا لانضمام الواو.

- جاء في القاموس المحيط⁵: صال علي قرنه صولا وصيالا وصؤولا وصولانا وصالا ومصاله: سطا واستطال ، وصال عليه صولا وصوله :وثب، وصيل لهم ،كذا بالكسر أتيح .

¹ الفيروزبادي: مجد الدين محمد بن يعقوب ،المرجع نفسه،ص732

زين الدين أبو عبد الله الرازي،المرجع السابق،ص180.

ابن منظور :محمد بن مكرم ، المرجع السابق ،ج11،ص387.

هو أبو منصور محمد بن أحمد الهروي، الملقب بالأزهري نسبة إلى جده الأزهر عالم من علماء اللغة العربية،من كتبه تهذيب

اللغة .انظر: خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي،الأعلام،دار العلم للملايين ، ط 15

،2002م،ج5،ص311.

⁵ الفيروزبادي: مجد الدين محمد بن يعقوب ،المرجع السابق ،ص1023.

ومن هذا البيان اللغوي يمكن القول أن مفهوم الصيال في اللغة :هو الاعتداء بالسطو علي الغير بقصد القهر والغلبة أو الإيذاء، في أي صورة من صورته.

المطلب الثاني: التعريف الاصطلاحي للدفاع الشرعي

ينقسم الدفاع الشرعي بحسب تعريفه الاصطلاحي إلي: دفاع شرعي خاص وهو دفع الصائل

ودفاع شرعي عام وهو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر

الفرع الأول: تعريف الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي

سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الفقهاء القدماء والمحدثين للدفاع الشرعي:

أولا :تعريف الفقهاء القدماء للدفاع الشرعي

-عند المالكية: عرفه أحمد الدسوقي بقوله:المراد بالصائل مريد الصول¹أي الشخص الذي يريد الاعتداء.

-عند الشافعية :عرفه المليباري بقوله:الاستطالة والوثوب علي الغير².

عرفه الباجوري: الاستطالة والوثوب علي معصوم بغير حق³.

-عند الحنابلة : عرفها ابن تيمية بقوله: الظالم بلا تأويل ولا ولاية⁴.

¹محمد بن أحمد الدسوقي، حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير، دار الفكر العربي، ج4، ص357.

²عبد الله حجازي الشرقاوي، فتح القدير الخبير الشرح تيسير التحرير، مطبعة بابي الحلبي، مصر، ص268.

³إبراهيم بن محمد بن أحمد الباجوري، حاشية الباجوري علي شرح العلامة ابن القاسم العزي علي متن أبي شجاع، دار المنهاج، المملكة العربية السعودية، ط2016، ج4، ص173.

⁴ابن تيمية، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، دار الكتاب العربي، مصر، ط1969، ج4، ص87.

يتضح من خلال التعريفات السابقة أن الفقهاء اقتصروا علي تعريف الصيال في اللغة أو التعريف اللغوي للصائل ، أما الشافعية فتعريفهم غير جامع لأنهم أطلقوا لفظ المصول عليه سواء كان معصوما أو غير معصوم .

ثانيا:تعريف الفقهاء المحدثين للدفاع الشرعي

-عرفه احمد فتحي بهنسي :الدفاع الشرعي حق طبيعي للإنسان وتقرر مشروعيته جميع التشريعات منذ القدم¹.

-عرفه عبد القادر عودة: الدفاع الشرعي الخاص في الشريعة هو واجب الإنسان في حماية نفسه أو نفس غيره، وحقه في حماية ماله أو مال غيره من كل اعتداء حال غير مشروع بالقوة اللازمة لدفع هذا الاعتداء².

-عرفه محمد السيد عبد التواب:رد بقوة لازمة لاعتداء غير مشروع حال أو علي وشك الوقوع³.
من خلال ملاحظة التعريفات نجد أن الدكتور عبد القادر عودة اقتصر علي تعريف الدفاع الشرعي الخاص فقط ولم يذكر العام بالرغم من كونه من المحدثين ،إضافة إلي كون التعريف اقتصر علي النفس فقط دون العرض فهو قاصر .

و التعريف الراجح هو تعريف الدكتور سيد عبد التواب كون التعريف موجزا لم يحدد وقوع الدفاع علي النفس أو العرض أو المال.

الفرع الثاني :تعريف الدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري

¹ احمد فتحي بهنسي،المسؤولية الجزائية في الفقه الإسلامي،دار القلم ،1961م،ص152.

² عبد القادر عودة،التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مكتبة دار التراث،القاهرة ، ج1،ص473.

³ محمد السيد عبد التواب ،الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي،عالم الكتب،القاهرة،1983م،ص68.

الفصل الأول: مفهوم الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري.

نص عليه المشرع الجزائري في قانون العقوبات، من الكتاب الثاني :الأفعال والأشخاص الخاضعون للعقوبة. من الباب الأول : الجريمة ،الفصل الرابع : الأفعال المبررة، في المادتين 39 و 40 منه حيث نصت علي ما يلي:

-المادة 39: لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامته الاعتداء.

-المادة 40: يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع الشرعي القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه أو لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منها أثناء الليل.

الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة¹.

نجد أن المشرع الجزائري لم يورد تعريف دقيق للدفاع الشرعي ولذلك عرفه بعض فقهاء القانون بما يلي:

-عرفه عبد الله سليمان :هو الحق باستعمال القوة اللازمة لمصلحة المدافع لرد الاعتداء الحالّ عليه أو على ماله أو على نفس الغير أو ماله².

-عرفه عبد الرحمن خلفي بأنه:رخصة يخولها القانون لمن يتعرض لاعتداء ،تتوافر فيه شروط معينة باستعمال القوة لرد الاعتداء عنه قبل وقوعه أو الحيلولة دون استمراره³.

¹قانون العقوبات الجزائري،أمر رقم 66-156،مؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق ل 8 يونيو 1966م.

² عبد الله سليمان ،شرح قانون العقوبات الجزائري -القسم العام-، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ج1،ص129.

³ عبد الرحمن خلفي ،القانون الجنائي العام-دراسة مقارنة-،دار بلقيس ،دار البيضاء الجزائر،2016م،ص 173.

-عرفه سعيد بوعلي ودنيا رشيد بأنه:الحق الذي يقره القانون لمصلحة المدافع باستعمال القوة اللازمة لرد ورصد خطر أو اعتداء حالّ،يعتبر جريمة علي النفس أو المال أو علي نفس الغير أو ماله منصوص عليها في قانون العقوبات أو القوانين المكملة له ¹.

-عرفه عبد الله أوهابيه :هو حق يقرره القانون لمن يهدده خطر اعتداء حالّ علي نفسه أو ماله،أو على نفس الغير أو ماله،يصد به أو يدراً بمقتضاه وبالقوة اللازمة ذلك الخطر أو الاعتداء ².

من خلال التعريفات نجد أن الفقهاء اختلفوا في تكييف الدفاع الشرعي بين حق ورخصة وهو ما سنتناوله تفصيلا في المبحث الثاني .

المطلب الثالث:تمييز الدفاع الشرعي عن غيره من المصطلحات

الفرع الأول:الدفاع الشرعي وحالة الضرورة

سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الضرورة لغة واصطلاحا في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري لإيضاح المعني ثم نتطرق إلى الفرق بينهما.

أولا :تعريف الضرورة لغة

سعيد بوعلي ودنيا رشيد ،شرح قانون العقوبات الجزائري-القسم العام-، دار بلقيس،دار البيضاء الجزائر، ¹ ط2،2016،ص108-109.

² عبد الله أوهابيه ،شرح قانون العقوبات الجزائري-القسم العام-،موفم للنشر ،الجزائر،2015،ص206.

- جاء في مختار الصحاح¹: الضَّرُّ: خلاف النفع، والمضرة: خلاف المنفعة، والضرار: المضارة، ويقال: لا ضرر عليك ولا ضارورة ولا تضرّة، ورجل ذو ضارورة وضرورة، أي ذو حاجة. وقد اضطر إلى الشيء، أي ألجئ إليه.

- جاء في لسان العرب²: الضَّرار: المضارة، وليس عليك ضرر ولا ضرورة ولا ضرّة ولا ضارورة ولا تضرّة، ورجل ذو ضارورة وضرورة أي ذو حاجة، وقد اضطرّ إلى الشيء أي ألجئ إليه. وقد اضطرّ فلان إلى كذا وكذا، بناؤه افتعل، فجعلت التاء طاءً لأنّ التاء لم يحسن لفظه مع الضاد، وقوله عز وجل: فمن اضطرّ غير باغ ولا عادٍ؛ أي فمن ألجئ إلى أكل الميتة وما حُرّم وضيق عليه الأمر بالجوع، وأصله من الضَّرر، وهو الضيق.

- جاء في القاموس المحيط³: الضَّرُّ، ويضم: ضد النفع، أو بالفتح: مصدر، وبالضم: اسم، ضَرَّهُ، وأضره وضارّه مضارة وضرار، والضرورة: الحاجة، كالضارورة والضرور والضروراء، الضَّرُّ، ويضم: ضد النفع، أو بالفتح: مصدر، وبالضم: اسم، ضَرَّهُ و~ به وأضرّه وضارّه مضارة وضراراً، والضرورة: الحاجة، وعليه فالضرورة الاحتياج للشيء.

¹ زين الدين أبو عبد الله الرازي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، مختار الصحاح، المكتبة العصرية، بيروت ط 5، 1420هـ/1999م، ص 159.

² محمد بن مكرم ابن منظور، المرجع السابق، ج 4، ص 483.

³ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزبادي، المرجع السابق، ص 428.

ثانيا :تعريف الضرورة شرعا

-عرفها الحنفية :خوف الضرر أو الهلاك على النفس أو بعض الأعضاء بترك الأكل¹

-عرفها المالكية :الخوف على النفس من الهلاك علما أو ظنا²

-عرفها الحنابلة :خوف الإنسان التلف إن لم يأكل المحرم غير السم³

بالنسبة للتعريفات عند الفقهاء قاصرة وغير شاملة والراجح فيها هو تعريف المالكية وان

كان التعريف لا يذكر الخوف على المال⁴

ثالثا : تعريف الضرورة في القانون

-عرفها عبد الله أوهابية :الحالة التي يجد فيها الإنسان نفسه أو غيره مهددا بخطر حال

وجسيم ،لا يمكن النجاة منه إلا بارتكاب فعل يعتبر جريمة⁵.

-عرفها أحسن بوسقيعة:هي حالة لا يكون مرتكب الجريمة مكرها علي ارتكابها ،وإنما يكون

أمام خيارين :فأما أن يتحمل أذي معتبرا أصابه في شخصه أو ماله أو أصاب غيره في

شخصه أو في ماله ،وإما أن يرتكب الجريمة⁶ .

¹احمد بن علي أبو بكر الجصاص، تحقيق :محمد صادق القمحاوي ،أحكام القرآن ، دار إحياء التراث العربي،بيروت، 1405هـ، ج1،ص159.

²محمد بن أحمد الدسوقي،حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير، دار الفكر العربي،، ج2،ص103.

³منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، الروض المربع شرح زاد المستتقع ، مطبعة السلفية ، ج2،ص356.

⁴يوسف قاسم،نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي،دار النهضة العربية،القاهرة،1993م،ص80.

⁵عبد الله اوهايبية ،المرجع السابق،ص181.

⁶أحسن بوسقيعة،الوجيز في القانون الجزائري العام، دار هومة، الجزائر، ط3 ،2006م،ص151.

نجد أن تعريفات فقهاء القانون متضمنة لجميع شروط حالة الضرورة من حيث وقوع الاعتداء علي نفس الشخص أو غيره ، أو في ماله ¹.

رابعاً : الفرق بين الضرورة والدفاع الشرعي

أ-أوجه التشابه :

1-كل من الضرورة والدفاع الشرعي يعدان من أسباب إباحة الفعل المحظور ².

2-كل منهما يؤدي لدفع خطر غير مشروع وحال ³.

ب-أوجه الاختلاف:

1-من حيث مصدر الخطر : الخطر في الدفاع الشرعي مصدره الإنسان ، أما في حالة الضرورة فمصدره الطبيعة ⁴.

2-من حيث محل الخطر :الخطر في الدفاع الشرعي يقع علي مال الشخص ونفسه وعرضه ،أما في حالة الضرورة علي ماله وشخصه فقط ⁵.

¹ يوسف قاسم ، المرجع السابق،ص84-87.

² يوسف قاسم ،المرجع السابق،ص91.

و إبراهيم زكي،حالة الضرورة في قانون العقوبات،دار النهضة العربية،1968م،ص33.

³ محمد نجيب حسني، مدخل للفقه الجنائي الإسلامي ، دار النهضة العربية ، ط1، 1974م ،ص197.

و صالح أحمد محمد عبطانا للهيبي ،حالة الضرورة في التصرفات القانونية،-دراسة مقارنة-، المركز القومي للإصدارات القانونية ،القاهرة- مصر ، ط2010،م،ص57.

⁴ مصطفى الزحيلي،نظرية الضرورة الشرعية-دراسة مقارنة-دار الفكر المعاصر،1997م،ص145.

⁵ سمير صبحي،الدفاع الشرعي في ضوء الشريعة الإسلامية وفقاً للقانون السعودي، المركز القومي للإصدارات القانونية ،القاهرة مصر ، ط2015،م،ص185.

3- من حيث ترتب المسؤولية: الدفاع الشرعي يرفع المسؤولية المدنية والجنائية معا، وتقتصر حالة الضرورة على المسؤولية الجنائية فقط¹.

الفرع الثاني : الدفاع الشرعي والإكراه

سنتطرق إلي تعريف الإكراه لغة ثم اصطلاحا في الفقه الإسلامي والقانون ثم إلي التفريق بين الدفاع الشرعي والإكراه.

أولاً: تعريف الإكراه لغة

- جاء في مختار الصحاح² : كَرِهْتُ الشيءَ أَكْرَهُهُ كَرَاهَةً وَكَرَاهِيَةً، فهو شيءٌ كَرِيهٌ ومَكْرُوهٌ. والكَرِيهَةُ: الشدَّةُ في الحرب.

وذو الكَرِيهَةِ: السيف الماضي في الضريبة. الفَرَاءُ: الكُرْهُ بالضم: المَشَقَّةُ. يقال: قُئْتُ على كُرْهِ، أي على مشَقَّة. قال: ويقال أقامني فلانٌ على كُرْهِ بالفتح، إذا أَكْرَهَكَ عليه. الكسائي: الكُرْهُ والكُرْهُ لغتان، وأَكْرَهْتُهُ على كذا: حملتُهُ عليه كَرْهاً K وَاكْرَهْتُ إِلَيْهِ الشيءَ تَكْرِهاً: نقيض حَبَبْتُهُ إِلَيْهِ، واستَكْرَهْتُ الشيءَ والكَرَّةُ: الجملُ الشديدُ الرأس.

¹ محمد نجيب حسني، المرجع السابق، ص 307.

و الحسيني سليمان جاد، العقوبة البدنية في الفقه الإسلامي - دستوريته وعلاقتها بالدفاع الشرعي -، دار الشروق، القاهرة مصر، ط 1، 1991م، ص 46.

² الرازي: زين الدين أبو عبد الله، المرجع السابق، ص 237..

- جاء في لسان العرب¹: من الفعل كره .

قال الأزهري: ذكر الله الكره و الكره في غير موضع من كتابه العزيز ،وقد اختلف القراء في فتح الكاف و ضمها ، وأكرهه عليه فتكأرهه، وتكره الأمر: كرهه، وأكرهته حملته على أمر هو له كاره، وجمع المكروه مكاره.

- جاء في القاموس المحيط²: لكره، ويضم: الإباء، والمشقة، أو بالضم: ما أكرهت نفسك عليه، وبالفتح: ما أكرهك غيرك عليه. كرهه: كسمعه، كرهاً ويضم، وكراهةً وكراهيةً، بالتخفيف، ومكرهه، وتضم رأؤه، وتكرهه، وشيء كره، بالفتح وكحل وأمير: مكروه، وكرهه إليه تكريهاً: صيره كريهاً، وما كان كريهاً فكره، ككرم، وأتيتك كراهين أن تغضب، أي: كراهية أن تغضب، والكره: الجمل الشديد، وعليه فالإكراه هو حمل النفس علي فعل ما لا تريده.

ثانيا :تعريف الإكراه اصطلاحا

أ- تعريف الإكراه في الفقه الإسلامي :

- عرفه الحنفية : اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكروه أو يسقط عنه الخطاب³.

- عرفه المالكية: كل ما فعل بالإنسان ،مما يضره أو يؤلمه من ضرب ،أو سجن ،أو تخويف⁴.

¹ابن منظور: مجد بن مكرم ، المرجع السابق،ص 535.

²الفيروزبادي:مجد الدين محمد بن يعقوب ، المرجع السابق، ص 1252.

³السرخسي،المبسوط، دار المعرفة ،بيروت -لبنان ،1406هـ، ج21،ص38.

⁴محمد سعود المعيني،الإكراه وأثره في التصرفات الشرعية ،مطبعة الزهراء الحديثة ،بغداد،1985،ص31.

-عرفه الشافعية: الإكراه أن يصير الرجل في يدي من لا يقدر علي الامتناع منه من سلطان أو لص أو متغلب علي واحد من هؤلاء¹.

نجد أن تعريف الشافعي أشمل وأدق لحالة الإكراه المانعة للمسؤولية الجنائية ،لأنه يوضح شروط الإكراه التي يصبح فيها الإنسان غير مسؤول جنائيا عن الفعل الذي ارتكبه².

ب-تعريف الإكراه في قانون العقوبات الجزائري:

نصت عليه المادة 48 من قانون العقوبات الجزائري كما يلي :لا عقوبة علي من اضطرته إلي ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها³.

استعمل المشرع عبارة لا عقوبة والأجدر استعمال لفظ لا مسؤولية ،وهو ما بينته المحكمة العليا في قرارها الصادر عن الغرفة الجنائية بتاريخ 2014/05/22 فصلا في الطعن رقم 09588678 والمنشور بمجلة المحكمة العليا في عددها رقم 2014/1 الصفحة 462.

وعرف فقهاء القانون الإكراه بما يلي:

-عرفه عبد الله اواهياية :هو عمل غير مشروع صادر عن الإنسان بقصد حمل الغير علي القيام بعمل أو امتناع عن فعل ،

¹الشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس ، الأم، دار المعرفة، بيروت، ط2، 1393، ج3، ص236.

²حامد الفهداوي،موانع المسؤولية الجنائية في الشريعة والقانون ،دار الجنان للنشر والتوزيع،2014م،ص66.

³ كلمة لا قبل له بدفعها هي القوة القاهرة : الحدث الخارجي عن إرادة الأطراف وغير المتوقع من طرفهم ، والذي لا يمكنهم مقاومته،سواء أكان ماديا أو معنويا ،ويترتب عن ذلك أن الشخص العادي يصبح معدم الإرادة في مواجهة الأحداث بسبب الإكراه الذي تعرض له.

انظر : نجيمي جمال، المبادئ العامة لقانون العقوبات الجزائري،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر،2016م، ص235-236.

والإكراه من شأنه أن يبقى علي إرادة المكره ولكنه ينقص من حرية الاختيار¹.

ثالثا: الفرق بين الدفاع الشرعي والإكراه

أ- أوجه التشابه:

1- كل منهما يرفع العقاب عن صاحبه².

2- مصدر الخطر لا يمكن توقعه ولا دفعه³.

3- كل منهما من الأفعال المبررة⁴.

ب- أوجه الاختلاف:

1- من حيث المسؤولية : الدفاع الشرعي يلغي المسئوليتين الجنائية والمدنية أما الإكراه فيلغي المسؤولية الجنائية فقط⁵.

2- من حيث دفع الخطر : في الدفاع الشرعي يرتكب الشخص الفعل المحرم دفعا للخطر الصادر إليه، أما في الإكراه يرتكب الفعل المحرم خوفا من وقوع الضرر المهدد به⁶.

¹ عبد الله اوهائية، شرح قانون العقوبات الجزائرية - القسم العام -، موفم للنشر، الجزائر، 2015م، ص 387-388.

² عبد الله اوهائية، المرجع نفسه، ص 389.

³ رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري - الأحكام العامة للجريمة -، ط2، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1976م، ص 722.

⁴ نجيمي جمال، المرجع السابق، ص 238.

⁵ عبد الله اوهائية، المرجع نفسه، ص 389.

⁶ عبد العزيز بن محمد الصغير، العفو عن العقوبة في ضوء الشريعة الإسلامية، المنهل، 2015م، ص 116.

المبحث الثاني: طبيعة الدفاع الشرعي في الفقه الاسلامي وقانون العقوبات الجزائري

سنتطرق في هذا المبحث إلى تكييف الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي الذي اختلف فيه بين كونه واجبا أو حقا في الدفاع عن العرض والنفس والمال وقانون العقوبات الجزائري الذي تباينت الآراء بين كونه حق أو واجب أو رخصة.

المطلب الأول: تكييف الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي

اتفق الفقهاء على مشروعية الدفاع الشرعي لحماية الإنسان لنفسه وعرضه وماله لقوله تعالى: (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) [البقرة: 194]

وحديث سعيد بن المسيّب: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: (من قتل دون دينه فهو شهيد، ومن قتل دون دمه فهو شهيد، ومن قتل دون أهله فهو شهيد)¹

لكنهم اختلفوا بين كونه حق أو واجب في الدفاع عن النفس والعرض والمال وتفصيله كالتالي:

الفرع الأول: الدفاع الشرعي عن النفس

اختلف الفقهاء علي رأيين بين القائلين بالوجوب وبين القائلين بكونه حق فقط .

¹ رواه الترمذي في سننه وقال حديث حسن صحيح، كتاب الديات، باب ما جاء فيمن قتل دون ماله فهو شهيد، رقم الحديث 1419، الترمذي: محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، سنن أبي داود، تحقيق: محمد شاكر، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط2، 1395 هـ - 1975 م، ج4، ص30.
و انظر: ابن الأثير الجزري، جامع الأصول في أحاديث الرسول، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ج2، ص744.

أولاً : القائلون بوجوب الدفاع الشرعي عن النفس

يري جمهور الحنفية¹ والمالكية بوجوب الدفاع الشرعي عن النفس حيث قال خليل في مختصره: وجاز دفع صائل بعد الإنذار للفاهم².

أما الشافعية في قول فيرون بوجوبه مطلقاً سواء كان الصائل مسلماً أو كافراً، عاقلاً أم مجنوناً³.

أما بعض الحنابلة فيرون بالوجوب في غير زمن الفتنة⁴ وأدلتهم كالتالي:

¹ أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفى، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، 1420 هـ - 2000 م، ج10، ص53.

و عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، داماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الابحر، دار إحياء التراث العرب، ج2، ص491.

² خليل بن إسحاق بن موسى ضياء الدين الجندي المالكي المصري، مختصر الجليل بشرح الخرشي، ط2، المطبعة الأميرية، 1317 هـ، ص112.

أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي المشهور بالقرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، عالم الكتب، ج4، ص184.

³ الشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة، بيروت، ط2، 1393 هـ، ج6، ص30-31.

و الشربيني: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ط5، 1994 م، ج4، ص195.

⁴ ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد الحنبلي، المغني، مكتبة القاهرة، 1388 هـ - 1968 م، ج10، ص353.

و البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، ط1، 1414 هـ - 1993 م، ج3، ص378.

-من القرآن:

1- قوله تعالى : «وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا ۚ فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ ۚ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا ۚ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ» [سورة الحجرات ١، الآية 9].

وجه الاستدلال: قال الجصاص بان الأمر هنا للوجوب، حيث أمر الله تعالى بقتال الفئة الباغية، ولابغي أشد من قصد الإنسان قتل الغير بدون حق¹

-من السنة:

1- عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، -أَرَأَيْتَ إِنْ جَاءَ رَجُلٌ يُرِيدُ أَخْذَ مَالِي؟ قَالَ: «فَلَا تُعْطِهِ مَالَكَ» قَالَ: أَرَأَيْتَ إِنْ قَاتَلَنِي؟ قَالَ: «قَاتِلْهُ» قَالَ: أَرَأَيْتَ إِنْ قَتَلَنِي؟ قَالَ: «فَأَنْتَ شَهِيدٌ»، قَالَ: أَرَأَيْتَ إِنْ قَتَلْتُهُ؟ قَالَ: «هُوَ فِي النَّارِ»².

2- من القياس: قاس جمهور الفقهاء دفاع المعتدى عليه عن نفسه، على المضطر إلى أكل الميتة، فالمضطر إلى أكل الميتة يجب عليه أن يأكل لإنقاذ نفسه من الضرر أو الهلاك، وكذلك المعتدى عليه في نفسه،

¹ الجصاص: أحمد بن علي أبو بكر الرازي الحنفي تحقيق: محمد صادق القمحاوي، أحكام القرآن ، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، 1405 هـ، ج 2، ص 401.

² أخرجه النسائي في سننه وقال حديث صحيح، كتاب المحاربة، باب ما يفعله من تعرض لماله، رقم الحديث 3532، السنن الكبرى ، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة، بيروت ، ط 1، 1421 هـ - 2001 م، ج 3، ص 451.

ويجب عليه أن يدافع عن نفسه لإنقاذها وحمايتها من الخطر والهلاك المُحدِّق المحقق¹

ثانيا : القائلون بأن الدفاع الشرعي عن النفس حق

يري بعض المالكية بكون الدفاع عن النفس حق وهو قول عند الشافعية إذا كان الصائل مسلما وهو الأظهر عندهم وكذلك الحنابلة في زمن الفتنة وأدلتهم كالتالي:

-من القرآن :

1-قوله تعالى : «لئن بسطت إليّ يدك لتقتلني ما أنا بباسط يدي إليك لأقتلك» إني أخاف الله ربّ العالمين² [سورة المائدة ، الآية 28]

وجه الاستدلال : امتنع قابيل عن قتال أخيه له وهذا دليل على عدم وجوب الدفاع عن النفس

وقد أجيب على هذا القول بقول أبو جعفر: وأولى القولين في ذلك بالصواب أن يقال: إن الله عز ذكره قد كان حرّم عليهم قتل نفسٍ بغير نفس ظلماً، وأن المقتول قال لأخيه " : ما أنا بباسط يدي إليك إن بسطت إليّ يدك " ، لأنه كان حراماً عليه من قتل أخيه مثل الذي كان حراماً على أخيه القاتل من قتله. فأما الامتناع من قتله حين أراد قتله، فلا دلالة على أن القاتل حين أراد قتله

¹ الشربيني: شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشافعي ،المرجع السابق، ج4، ص195.

ابن عابدين: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، حاشية ابن عابدين، دار الفكر، بيروت ، ط2، 1412هـ - 1992م ، ج5، ص351.

الجصاص: أحمد بن علي أبو بكر الرازي الحنفي ،المرجع السابق، ج 2، ص487.

الفصل الأول: مفهوم الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري.

وعزم عليه، كان المقتول عالمًا بما هو عليه عازمٌ منه ومحاولٌ من قتله، فترك دفعه عن نفسه. بل قد ذكر جماعة من أهل العلم أنه قتله غيلةً¹

-من السنة :

1-عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث الشيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة»². لا يجوز قتل الصائل قبل أن يقتل لأن القتل لا يجوز إلا في الحالات المذكورة في الحديث، ولو كان واجبا لثم ذكره³.

3-من الأثر: امتنع عثمان بن عفان عن القتال بالرغم من البغي عليه مع القُدرةِ عَلَيْهِ، وَمَنَعَ غَيْرَهُ قِتَالَهُمْ، وَصَبَرَ عَلَى ذَلِكَ. وَلَوْ لَمْ يَجْزُ لَأَنْكَرَ الصَّحَابَةُ عَلَيْهِ ذَلِكَ⁴.

¹الكتاب: محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري، تحقيق: أحمد محمد شاكر، جامع البيان في تأويل القرآن مؤسسة الرسالة ، ط1، 1420 هـ - 2000 م، ج10، ص310.

²أخرجه مسلم في صحيحه، باب ما يباح به دم المسلم، رقم الحديث 1676، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج3، ص1306.

و أخرجه البخاري في صحيحه، باب قول الله تعالى أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص فمن تصدق به فهو كفارة له ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون، رقم الحديث 6878، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط1، 1422 هـ، ج9، ص5.

³محمد أبو زهرة، العقوبة، دار الفكر العربي، ص441.

⁴محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، نيل الأوطار، دار الحديث، مصر،

ط1، 1413 هـ - 1993 م، ج5، ص327.

ثالثاً : القول الراجح

القول الأول هو الرأي الراجح لقوة الأدلة المحتج بها وأدلة الرأي الثاني مردود عليها إضافة إلى كون الشريعة الإسلامية اعتبرت النفس مقصداً أساسياً يجب المحافظة عليه.

الفرع الثاني: الدفاع الشرعي عن العرض

أجمع العلماء على وجوب الدفاع على العرض ولو أدى ذلك إلى قتل المعتدي وخالف الشافعية بشرط كون المصول عليه لا يخاف على نفسه أو جسده أو عضو من أعضائه، وأدلتهم في ذلك ما يلي:

- من السنة :

1- عن المغيرة بن شعبة -رضي الله عنه- مرفوعاً: قال سعدُ بنُ عُبَادَةَ -رضي الله عنه- : لو رأيْتُ رجلاً مع امرأتي لَضربتُهُ بالسيف غير مُصْفِح عنه، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: «أتعجبون من غيرة سعد، فوالله لأنا أغير منه، والله أغير مني، من أجل غيرة الله حَرَّمَ الفواحش، ما ظهر منها، وما بطن، ولا شخص أغير من الله، ولا شخص أحب إليه العُذر من الله، من أجل ذلك بعث الله المرسلين، مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ، ولا شخص أحب إليه المِدْحَةُ من الله، من أجل ذلك وعد الله الجنة»¹

¹ أخرجه البخاري في صحيحه، باب الغيرة، رقم الحديث 6373، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، 1 ط، 1422هـ، ج7، ص35.

وجه الاستدلال : أقر الرسول صلي الله عليه وسلم الصحابي على قوله في الزجر عن الفواحش والتحريم لها والمنع منها، فهو دليل على اعتباره¹.

-من المعقول :

التمكين من العرض محرم ، وفي التخلي عن الدفاع عن العرض تمكين وبالتالي يحرم الفعل الأخير².

الفرع الثالث: الدفاع عن المال

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى أربع أقوال :

- 1- يرى الحنفية³ بجواز الدفاع عن المال مطلقا ، وهو الأظهر عند الحنابلة⁴.
- 2- يرى بعض المالكية بوجوب الدفاع إذا ترتب عن أخذه تهلكة ، وإذا لم تؤدي فهو جائز⁵.
- 3- فرق الشافعية بين الأموال، فالأموال ذات الروح وجب الدفع فيها على عكس الأموال التي لا روح لها وكذلك الأمر بأموال الغير كرهن أو إجارة فلا وجوب لدفعه⁶.

¹ أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت، ج20، ص205.

² سامي جميل الفياض الكبيسي، رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الإباحة، دار الكتب العلمية، ص115.

³ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، رد المحتار على الدر المختار ، دار الفكر، بيروت ، ط2 . 1992م، ج4، ص117.

و السرخسي : محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة ، المبسوط ، دار المعرفة ، بيروت ، 1414 هـ - 1993 م ، ج24، ص37.

⁴ بن قدامة: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد الحنبلي، المرجع السابق، ج9، ص153.

⁵ الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، دار الفكر ، ج4، ص317.

⁶ الشربيني: شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشافعي، المرجع السابق، ج4، ص257.

وأدلتهم علي التفصيل التالي:

1- أدلة القول الأول:

أ- عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَرَأَيْتَ إِنْ جَاءَ رَجُلٌ يُرِيدُ أَخْذَ مَالِي؟ قَالَ: «فَلَا تُعْطِهِ مَالَكَ» قَالَ: أَرَأَيْتَ إِنْ قَاتَلَنِي؟ قَالَ: «قَاتِلْهُ» قَالَ: أَرَأَيْتَ إِنْ قَتَلَنِي؟ قَالَ: «فَأَنْتَ شَهِيدٌ»، قَالَ: أَرَأَيْتَ إِنْ قَتَلْتُهُ؟ قَالَ: «هُوَ فِي النَّارِ»¹

ب- عن قابُوس بنِ مُخَارِقٍ، عَنْ أَبِيهِ قَالَ: وَسَمِعْتُ سُفْيَانَ الثَّوْرِيَّ يُحَدِّثُ بِهَذَا الْحَدِيثِ قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَقَالَ: الرَّجُلُ يَأْتِينِي يُرِيدُ مَالِي قَالَ: «ذَكَرَهُ بِاللَّهِ» قَالَ: فَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ؟ قَالَ: «فَاسْتَعِنْ عَلَيْهِ مَنْ حَوْلَكَ مِنَ الْمُسْلِمِينَ» قَالَ: فَإِنْ لَمْ يَكُنْ حَوْلِي أَحَدٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ؟ قَالَ: «فَاسْتَعِنْ عَلَيْهِ السُّلْطَانُ» قَالَ: فَإِنْ نَأَى السُّلْطَانُ عَنِّي؟ قَالَ: «قَاتِلْ دُونَ مَالِكَ حَتَّى تَكُونَ مِنْ شُهَدَاءِ الْآخِرَةِ أَوْ تَمْنَعَ مَالَكَ»²

2- أدلة القول الثاني: استدل أصحاب هذا القول بأدلة القول الأول وحملوها على الجواز وليس الوجوب كون المال يمكن بذله على عكس النفس والعرض³.

3- أدلة القول الثالث: قوله تعالى : « ولا تؤدوا بأنفسكم إلى التهلكة » سورة البقرة 155

¹ أخرجه مسلم في صحيحه، باب الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره بغير حق كان القاصد مهدر الدم في حقه وإن قتل كان في النار وأن من قتل دون ماله فهو شهيد، رقم الحديث 140، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج1، 124.

² أخرجه النسائي في سننه الكبرى وقال انه حديث صحيح لغيره، باب ما يفعل من تعرض لماله، رقم الحديث 3530، السنن الكبرى، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، أشرف عليه: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2001 م، ج3، ص450.

³ ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد الحنبلي، المرجع السابق، ج12، ص533.

4- أدلة القول الرابع: المال الذي فيه روح اوجب الدفاع فيه لحرمة الروح فيه أما ما دون ذلك فهو غير واجب وكذلك الأمر بالنسبة لمال الغير¹.

الرأي الراجح : جواز الدفاع عن المال مطلقا لأنه مبدول يمكن تعويضه إضافة إلى أن المال تجوز هبته فمن باب أولى التخلي عنه حفاظا على النفس إذا كان هو المرید من الصيال .

المطلب الثاني: طبيعة الدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري

اختلفت المذاهب في تكييف الدفاع الشرعي بين كونه حق أو واجب والسبب هو كون المدافع قد يتعرض للاعتداء على نفسه أو عرضه أو ماله والتفصيل كالتالي:

الفرع الأول: الدفاع الشرعي حق

الحق في اللغة حسب ما جاء في لسان العرب نقيض الباطل، وجمعه حُقوقٌ وحِقاَقٌ، وليس له بناء أدنى عدَد، حَقَّ الأمرُ يَحِقُّ وَيَحِقُّ حَقًّا وَحُقُوقًا: صار حَقًّا وثَبَّت ، قال الأزهري: معناه وَجِبَ يَجِبُ وَجُوبًا، وَحَقَّ عليه القولُ وأَحَقَّتْهُ أنا.

وفي التنزيل: قال الذين حَقَّ عليهم القولُ؛ أي ثبت².

¹ الشرييني: شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشافعي، المرجع السابق ، ج4، ص257.

أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي تحقيق: زهير الشاويش ، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3، 1991 م ، ج10، ص188.

² ابن منظور: محمد بن مكرم ، لسان العرب ، دار صادر، بيروت لبنان، ط1997، 1 م، ج 10، ص49.

أما اصطلاحا وحسب النظرية الحديثة فعرفه الفقيه دابان¹ بقوله: ميزة يمنحها القانون لشخص ما ويحميها بطريقة قانونية ويكون لها بمقتضاها الحق في التصرف متسلطا علي مال معترف له بصفته مالكا مستحقا .

وعليه فالحق هو سلطة يقرها القانون ،فهي مطابقة للقاعدة القانونية ومن واجب الغير احترامها ،وذلك بالامتناع عن كل فعل يؤدي إلي عدم استثارة الشخص لحقه.

هذا الحق يكون مقرر لشخص طبيعي أو معنوي ويرد علي قيمة تكون محلا له قد يكون ماديا مثل: العقارات أو معنويا مثل:الملكية الفكرية أو القيام بعمل².

لكن فقهاء القانون الطبيعي يرون أن الدفاع الشرعي حق طبيعي منحت له الطبيعة البشرية الفطرية،فأي إنسان يتعرض لاعتداء يرد عليه بالمثل .

وعليه فالدفاع الشرعي هو حق طبيعي وقانوني مكفول بالحماية القانونية ، وأي اعتداء عليه يحول دون استئثار هذا الحق فهو اعتداء وعمل غير مشروع³.

الفرع الثاني:الدفاع الشرعي واجب

الواجب في اللغة حسب ما جاء في لسان العرب: وجب الشيء يجب وجوبا أي لزم،و أوجبه هو ، وأوجبه الله، واستوجبه أي استحقه⁴.

أما اصطلاحا : التزام أخلاقي والتعهد بشيء ما.

¹فيلسوف بلجيكي وقانوني من أبرز المفكرين حول نظرية الحق وفلسفة القانون بصفة عامة ،من أهم كتبه :فلسفة النظام القانوني.(1889-1971م)https Fr m Wikipedia.org.com ، تاريخ الاطلاع 2020/05/12.

²زواوي فريدة ،المدخل للعلوم القانونية-نظرية الحق ، المنشورات العالمية،الجزائر،2000م،ص7-9.

³محمد نجيب حسني،المرجع السابق،ص183.

⁴ابن منظور:مجد بن مكرم، المرجع السابق،ج1،ص793.

هذا التعريف أدبي أكثر منه قانوني وانتقد بكون اختلاف بين الالتزام والواجب فلا يحق وصف الواجب بالالتزام لعدة اعتبارات ¹.

فالواجب ميزة مقابلة للحق فلما تقرر وجود الحق لزم وجود الواجب الذي يكفل الحماية للحق ، وهذا الواجب هو عام وليس خاص فقط كما قال الفيلسوف أهرنج²: أن المعتدي عليه عند رده الاعتداء لا يدافع فقط من أجل حق المعتدي عليه ، ولكن يسهم أيضا في الدفاع عن المجتمع³. وإن كان بعض شرّاح القانون قالوا بأنه من غير المعقول أن كل حق يقرر واجب عام يلزم جميع الأشخاص الذين لا تربطهم علاقة بصاحب الحق أصلا⁴.

وعليه فحسب هذا الرأي الدفاع الشرعي هو واجب الإنسان للدفاع عن نفسه وبدفاعه عن نفسه يمارس واجبه العام تجاه المجتمع بحمايته لهذا الأخير.

المبحث الثاني: أساس الدفاع الشرعي في الفقه وقانون العقوبات الجزائري.

اختلف فقهاء الشريعة في ضبط وتحديد الأساس الذي يقوم عليه دفع الصائل وهو نفس الحال عند فقهاء القانون فقد اختلفوا في تحديد أساس الدفاع الشرعي، وتفصيل هذه الآراء كالتالي:

¹ أكرم فاضل سعيد قصير، المعين في دراسة التأصيل القانوني لحق الالتجاء إلي الوساطة كحل بديل للمنازعات المدنية والتجارية، المركز العربي، مصر، ط، 2018، ص 181-185.

² فون أهرنج فيلسوف وقانوني ألماني، زعيم مدرسة الغاية الاجتماعية ، <http://encyclopedia2.the-free-dictionary.com> ، تاريخ الاطلاع 2020/05/12م.

³ رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري-القسم العام-، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1976م، ص 152.

⁴ محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد ، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، ط 2018، ج 1، ص 217-218.

المطلب الأول: أساس الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي.

لقد أعطت الشريعة الإسلامية دفع الصائل أهمية كبيرة وذلك لارتباطه الوثيق والشديد بحفظ مقاصد الشارع والتي وضع لها مجموعة من الأحكام في الظروف العادية أو الاستثنائية وأهمية هذا الموضوع ترجع للأسس التي بني عليها والتي لم تكن محل اتفاق بين الفقهاء وهي كالتالي:

الفرع الأول: الإكراه كأساس للدفاع الشرعي.

يرى فريق من الفقهاء أن أساس الدفاع الشرعي أو دفع الصائل بالمفهوم الفقهي هو الإكراه وهو ما ذكره الإمام محمد محمود في كتابه شرح العناية على الهداية حين قال: "أشبه المكروه يعني أن المكروه لما صال مسلوب الاختيار من جهة المكروه أضف التلف للمكروه فذلك الموصول عليه¹".

غير أن هذه النظرية انتقدت من عدة جهات نذكر من بينها:

1- أنها حصرت حالة الدفاع الشرعي في المال والنفس فقط دون الدفاع عن الغير وهذا لا يستقيم.

2- أن الإكراه لا يكون إلا في حالة الخطر الجسيم بحيث يفقد فيه المدافع إمكانية الاختيار، غير أنه يجب عليه أن يدافع بالأخف عند الصيال أي أن تكون له حرية الاختيار وهذا ما عليه أغلب رأي الفقهاء².

¹ -كمال الدين محمد محمود البابر، شرح العناية على الهداية، المطبعة الأميرية، ط1418، 1هـ، ص263.

² -أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، 1996، ط6، ص204.

3- أن المكره لما صال عليه كان مسلوب الاختيار من جهة المكره يجعل الصيال المشروع جائز، وهذا أمر غير مسلم به، فضرب الزوج أو الأب أولاده في حدود التأديب لا يجوز الرد عليه لأنه يدخل في أسباب الإباحة.

الفرع الثاني: التعزير كأساس للدفاع الشرعي.

ذهب ثلة من علمائنا الأجلاء إلى قولهم بأن الدفاع الشرعي أساسه التعزير، وهذا ما يؤكد قول ابن عابدين في حاشيته حين قال: "ويكون التعزير بالقتل، كمن وجد رجلا مع امرأة لا تحل له إن كان يعلم أن لا تنزجر بصياح وضرب بما دون الصياح"¹.

تعرضت هذه النظرية كسابقتها للنقد إذ اعتبروا أن التعزير يندرج ضمن العقوبات غير المقدرة لجرائم لم يرد فيها حد ولا قصاص، لمن حُول له ذلك سواء الحاكم أو القاضي، وإذا سلمنا بنحو هذه النظرية جاز لنا القول بأن الحصول عليه يرد الاعتداء ولو بعد أيام وانتهاء الجريمة لأنه انتقام لأي دفاع، تناسبا مع كون "رد الاعتداء" شرط من شروط الدفاع.

الفرع الثالث: الموازنة بين المصالح كأساس للدفاع الشرعي.

كما نجد فريق من الفقهاء قد اعتبر المصلحة هي أساس الدفاع الشرعي وذلك اعتمادا على القاعدة الفقهية القائلة: "إذا تعارضت مفسدتين روعي أعظمها بارتكاب أخفهما"، هذا ونجد محمد الغزالي في مستصفاه عرف المصلحة بقوله: "فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة" ولسنا نعني به ذلك، فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مصالح الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم لكننا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشارع في الخلق خمسة، وهو

¹ - محمد أمين بن عمر عابدين، حاشية ابن عابدين، عالم الكتب، 1423.2003، ج4، ص94.

أن يحفظ عليهم دينهم وأنفسهم وعقولهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت حفظ هذه الأصول فهو مفسدة¹.

هذا ما دفع كثيرا من الفقهاء إلى تقسيم المصلحة إلى ثلاثة أقسام (ضروريات، حاجيات، تحسينيات)²، وذلك حسب درجة أهميتها في حياة الفرد، وعلى هذا الأساس فإن مصلحة المعتدى عليه تقدم على مصلحة المعتدي لأنه بذلك يدفع ضرر عن نفسه على وجه حق ولا عبء لمصلحة المعتدي هنا.

المطلب الثاني: أساس الدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري.

وضع المشرع الجزائري -كغيره من التشريعات العربية والغربية - للدفاع الشرعي أسس تحدد حالاته وهي كالتالي:

الفرع الأول: الإكراه المعنوي³.

استند أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن أساس الدفاع الشرعي هو الإكراه المعنوي الذي يمنع المسؤولية الجزائية، وقد تناول المشرع الجزائري الإكراه بنوعيه المادي والمعنوي في قانون العقوبات في مادته 227، فالمدافع بخضوعه لضغط الاعتداء أصبحت إرادته غير معتبرة قانونا

¹ -أبو حامد الغزالي، المستصفى عن أصول الفقه تحقيق محمد سلمان الأشقر، الرسالة، بيروت، 1421هـ-2000م، ط1، ص185.

² -أبو اسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الفقه، ص222.

³ -الإكراه المعنوي: هو ضغط يمارسه شخص على إرادة شخص آخر، فيحمله تحت تأثير الخوف من إصابته بضرر فادح على القيام بسلوك إجرامي إذا لم يمثل للطلب.

هذا ما يؤدي كتحصيل حاصل لغياب الركن المعنوي للجريمة الذي يُفضي أن تكون الإرادة حرة مختارة عند القيام بالجريمة¹.

الفرع الثاني: نظرية تنازع الحقوق.

ويرى أصحاب هذه النظرية أن الدفاع الشرعي يمثل وضعاً يتنازع فيه حقان، أحدها معتدي والآخر معتدى عليه والناس والعدالة إلى جانب البريء وضد الظلم في العدوان².

لكن الرأي الذي عليه أغلب فقهاء القانون أن الأساس الذي يقوم عليه الدفاع الشرعي اعتبار كونه حق موضوعي، مقرر لجميع الأفراد يبيح لهم اقتراف الجريمة استثناءً من الأصل العام الذي يمنعها، وذلك لدرء الأخطاء التي تهدد في وقت تكون فيه الدولة غائبة تغليباً لمصلحة المعتدى عليه على مصلحة المعتدي الذي أهدر حقه في حماية القانون له بخروجه عن قواعده³.

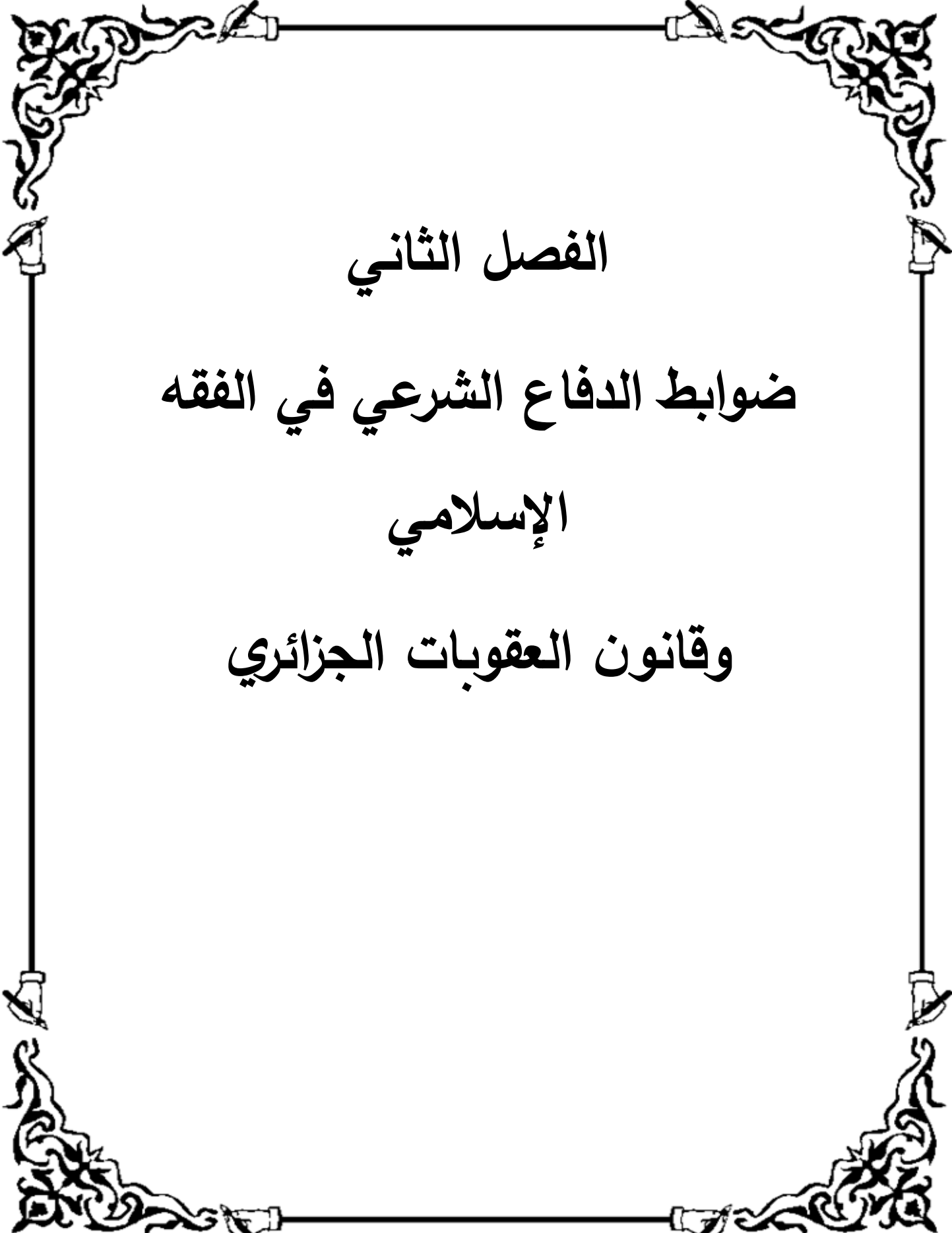
¹ - عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم العام - الجريمة، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ج1، ص130.

² - محمد علي السالم عباد الحلبي، شرح قانون العقوبات - القسم العام - جامعة الإسراء، ص115.

³ - منصور رحمانى، الوجيز في القانون الجنائي - فقه وقضايا - دار الهداية، الجزائر، 2003، ص359، 358.

وفي نهاية هذا الفصل نخلص الي ما يلي :

- يعرف الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي بأنه : رد بقوة لازمة لاعتداء غير مشروع حال أو علي وشك الوقوع.
- في قانون العقوبات الجزائري عرف في المادة 39 و40 من قانون العقوبات الجزائري .وبالنسبة لتعريف الفقهاء فهو : هو حق يقرره القانون لمن يهدده خطر اعتداء حال علي نفسه أو ماله،أو علي نفس الغير أو ماله،يصد به أو يدرا بمقتضاه وبالقوة اللازمة ذلك الخطر أو الاعتداء.
- يتفق الدفاع الشرعي مع حالة الضرورة والإكراه كون كل منهما من أسباب الإباحة والأفعال المبررة ، ويختلف عنهما في عدة مسائل أهمها أن هذا الأخير يرفع المسؤولين المدنية والجنائية أما حالة الضرورة و الإكراه فيرفعان المسؤولية الجنائية فقط.
- اتفق فقهاء المسلمين علي أن الدفاع الشرعي واجب عن النفس والعرض وجائز في الأموال كون هذا الأخير مبدول .
- أما بالنسبة لفقهاء القانون فيختلف حكمه حسب الواقعة فتارة يكون حق وتارة واجب.
- أما الذي يمكن قوله في أساس الدفاع الشرعي وما اعتمد عليه فقد ثار خلاف في الفقه الإسلامي وكذا بين فقهاء القانون والذي يتبين من خلال تحليل آرائهم أن الأساس هنا هو اعتبار الدفاع الشرعي حق موضوعي يبيح ارتكاب الجريمة استثناءا للأصل.



الفصل الثاني

ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه

الإسلامي

وقانون العقوبات الجزائري

بعد التعرّف على مفهوم الدفاع الشرعي في الفصل الأول، فعُرّف على أنه جزاء وقائي لدفع خطر لمنع وقع خطر على المال أو النفس أو الغير، واتفق الفقه وقانون العقوبات الجزائري في تحديد معناه، سنتعرف في هذا الفصل على العناصر التطبيقية للدفاع الشرعي، سنطرق في مدخل هذا الفصل إلى أهم عنصر في موضوعنا في المبحث الأول ألا وهو ضوابط والذي يعرف في فقه اللغة بأنه جمع مفردة ضابط، والضابط في اللغة : من الفعل ضبط أي لزوم الشيء، وضبط الشيء أي حفظه، والرجل الضابط : القوي علي عمله¹ أو الشرط ، لنتعرف في المبحث الثاني على طرق وأساليب إثبات الدفاع الشرعي، ليليها المبحث الثالث الذي سيعرض لنا كيف يصبح الشخص من معتدي عليه إلى معتدي بتجاوز حدود الدفاع الشرعي، لختم فصلنا هذا ببعض تطبيقات الدفاع الشرعي .

المبحث الأول: شروط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي و قانون العقوبات الجزائري.

إن مبحث شروط الدفاع الشرعي تعتبر من أهم النقاط الجوهرية يمكن التفصيل فيها والاهتمام بها عند التحدث على هذا الموضوع ويعرّف الشرط في فقه اللغة من الفعل شرط ومعناه إلزام الشيء والتزامه²، أما اصطلاحاً فهو ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته³، وسنعرضها في كل من الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

¹ ، ج7، ص340 ابن منظور، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت، ط1414، 3 هـ

² ابن منظور، المرجع السابق، ج7، ص329.

³ أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، عالم الكتب، ج1، ص62.

المطلب الأول: شروط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي.

لم يفرد فقهاؤنا الأجلاء هذا العنصر بمبحث خاص بل أدرج ضمن طيات مواضعها والتي تظهر جليا خلال تتبع جزئياتها، وتنقسم هذه الشروط إلى قسمين شروط خاصة بفعل الصيال، ومعنى فعل الصيال: هو فعل الاعتداء أو الخطر الذي يجب دفعه، فبانعدام الخطر لا يوجد دفاع وقد يوجد خطر ولكن بغياب شروطه لا نكون في حالة دفاع شرعي، وشروط فعل الصيال:

1) وجود خطر غير مشروع، 2) أن يكون الخطر حالا¹.

الشرط الأول: وجود خطر غير مشروع

لكي يصح دفع الخطر يجب أن يكون الفعل الواقع على الموصول عليه غير مشروع، أي عدوانا أو اعتداء، ويكون هذا الاعتداء متعلق بذاته لا بمسؤولية الفاعل².

فالخطر غير المشروع يبرر الدفاع بغض النظر عن أهلية صاحب الخطر سواء كان إنسانا أو حيوانا³.

ويترتب على مطلب هذا الشرط نتيجتان :

1-عدم جواز الاحتجاج بدفع الصائل إذا توافر مصلحة الصائل.

¹ سمير صبحي، «الدفاع الشرعي في ضوء الشريعة الإسلامية وفقا للقانون السعودي»، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة مصر، 2015م، ص83.

² مصطفى إبراهيم الزلمي، مجموعة الأبحاث القانونية-الدفاع الشرعي الخاص في الشريعة والقانون، دار إحسان للنشر والتوزيع، ط2014، ص1، ص262-263.

³ يونس عبد القوي السيد الشافعي، الجريمة والعقوبة في الإسلام، دار الكتب العلمية، ط2003، ص1، ص205.

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

2- جواز الاحتجاج بدفع الصائل كل فعل يهدد بخطر غير مشروع، ولو توافر لمصلحته سبب يحول دون مسؤوليته أو عقابه¹.

والمقصود بالفعل غير المشروع في الشريعة الإسلامية: كل الأفعال المنهي عنها، فلا تعتبر الأفعال التي أوجبتها الشريعة من قبيل الدفاع الشرعي.

فالزوج الذي يؤدب زوجته، والمعلم والأب حين يؤدبان الصبي، والجلاد الذي يباشر حد الجلد²، كل منهم لا يعتبر فعلهم جريمة أو فعل غير مشروع ولا يجوز دفعه لأن الفعل مقرر بمقتضى الشريعة.

وكل فعل مقرر وجب طاعته والإذعان له³، غير أن الذي يثير التساؤل في هذا الفرع هو: هل يشترط أن يكون الاعتداء جناية يعاقب عليها؟ أو أن يكون المعتدي مسؤولاً جنائياً؟ أم يكفي في ذلك أن يكون الفعل غير مشروع؟ اختلف الفقهاء إلى رأيين اثنين هما:

أ- الرأي الأول: وهو رأي الجمهور والذي يرى عدم اشتراط كون الاعتداء جناية معاقب عليها، بل يتحقق هذا الشرط بكون الفعل غير مشروع⁴، فيدخل فيه الاعتداء الحاصل من غير المكلف كالصبي والمجنون، فيعتبر هنا المعتدى عليه في حالة دفاع ويجوز له الدفع ولا يضمن⁵.

¹ محمد نجيب حسني، مدخل للفقه الجنائي الإسلامي، دار النهضة العربية، ط1، 1974، ص251.

² مصطفى الزلمي: المرجع السابق، ص479.

³ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، دار لكتاب العربي، بيروت، ص156.

⁴ محمد بن أحمد بن محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، 1425هـ-2004م،

ج2، ص319.

⁵ أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (المرجع نفسه)، ص319.

ب- الرأي الثاني: وهو مخالف لما ذهب إليه الرأي الأول، وقال به الحنفية فاشتروا كون الاعتداء جنائية معاقب عليها حتى تقوم حالة دفع الصائل ، ولا يعني عندهم على الصبي والمجنون وغيرهم ممن هم غير مكلفين رد الاعتداء بل يجوز رده من باب الضرورة لا من باب الدفاع ، هذا ما يؤدي إلى الضمان وقتها¹.

الشرط الثاني: أن يكون الخطر حالاً

يشترط في الاعتداء المنشئ للدفاع الشرعي أن يكون حالاً، سواء أكان الفعل متوقعا حدوثه في ظن المدافع بوجود قرائن ودلائل تدل على تنفيذ المعتدي لعدوانه. يعني أن يكون الخطر وشيكاً كمن شهر سيفه أو رمى رمحا ولم يصب الشخص المعتدى عليه ويحضر لرمي الثاني². أو أن يقع الفعل ويظل مستمرا كمن سرق ومازال المتاع في يده ،أو واقع امرأة ومازلت المواقعة مستمرة.

فيكون للدفاع هنا محل كون الخطر مستمرا أي حالاً³.

وحصر الخطر الحال في الصورتين السابقتين يعني استبعاد الخطر المستقبلي الذي لم يتحقق بعد ويرجى تحققه بوجود قرائن دالة عليه ، فمثلا شخص هدد شخص انه سيقتله في أسبوع هنا الخطر لم يتحقق فلا يستطيع الشخص أن يرد الخطر استنادا إلي كون الشخص هده لان

¹ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، رد المختار على الدر المختار - حاشية ابن عابدين - دار الفكر، بيروت، 1412هـ - 1992م، ج6، ص547.

² السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة ، المبسوط ، دار المعرفة ، بيروت ، 1414هـ - 1993م ، ج10، ص177.

³ الشيرازي: أبو إسحاق إبراهيم بن علي الفيروزبدي، المذهب في أصول الفقه، دار الفكر، ج2، ص226.

السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج24، ص50-51.

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

التهديد يمكن أن لا يتحقق وبالتالي يعد الشخص معتديا لا مدافعا، إضافة إلى أن الشخص المهدد، له الاستعانة بالسلطات العامة¹.

كما نستبعد الخطر الذي انقضي أو تحقق فعلا² ، فالمصلحة انقضت ولا يحتج بكون الشخص في حالة صيال ، كمن وجد قريبه قد قتل فيأتي بفعل ضد القاتل فيعد هنا معتديا لا مدافعا ، والضابط في انتهاء الصيال هو انتهاء الفعل وهدر المصلحة علي نحو تتعذر فيه حماية المصلحة أو جزئها.

الفرع الثاني: شروط الدفاع الشرعي

لا يمكن تصور فعل الدفاع إلا بوجود اعتداء كونهما فعلا متلازمان، فإذا وجد اعتداء نشأ الحق في الدفاع وإذا انتفى أو انتهى الاعتداء يسقط حق الدفاع .
والأصل في الدفاع هو إتيانه بأي شكل من الأشكال³ مادام شرط اللزوم والتناسب موجودان ، قد يكون الدفاع طبيعيا مثل : انتزاع السلاح أو حبس الصائل الوقت اللازم للاستعانة بالسلطات العامة ، وقد يكون آليا كنصب فخاخ في الحديقة أو الاستعانة بكلب حراسة⁴ .

أولا: اللزوم

أي يجب على المدافع رد الاعتداء بالقدر اللازم فقد نص الفقهاء رحمهم الله على وجوب التناسب بين الدفاع الاعتداء، فإذا زاد على ذلك فهو اعتداء، إذ يُحتم على المدافع أن يبدأ

¹ محمد نجيب حسني، مدخل للفقه الجنائي الإسلامي ، دار النهضة العربية ، ط1، 1974، ص285.

يونس عبد القوي السيد الشافعي، الجريمة والعقوبة في الإسلام، دار الفكر العربي، ط1، 2003، ص207.

² الصديق أبو الحسين مصطفى، حق الدفاع الشرعي الخاص - دراسة مقارنة، مكتبة وهبة، القاهرة، ط1، 1992، ص173.

³ يونس عبد القوي السيد الشافعي، الجريمة والعقوبة في الإسلام، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2003، ص211.

⁴ محمد نجيب حسني، المرجع نفسه ، ص257-258.

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

بالأخف ثم الأشد، حتى إذا لم يندفع إلا بالقتل فله قتله¹، لذلك نجد ابن قدامة في كتابه المغني يقول: "إن أمكن الدفع بالكلام أو الاستغاثة حرم الضرب، أو يضرب حرم السوط، أو السوط حرمت الأعضاء، أو يقطع عضو حرم القتل، لأن جواز للضرورة، ولا ضرورة للأغظ مع إمكانية الأسهل²".

يكون الدفاع لازماً إذا تحقق الاعتداء حقا كمن يضرب شخصا أو يطعنه³، وإذا تكرر الاعتداء كمن يواصل الضرب دون توقف⁴، ويلزم أيضا لمن أظهر عداوة يريد القتل كشهر السيف أو أي سلاح⁵، ومن وجد رجلا يواقع امرأته فكل هذه الأفعال يلزم منها الدفاع . وينتفي الدفاع إذا تمكن الشخص من الاحتماء بجماعة أو بالسلطات العامة كما ينتفي إذا انتهى فعل الاعتداء مثل: أن يدافع المعتدي عليه بالضرب فيوقف الاعتداء ويواصل الضرب مع أن الاعتداء لا يوجد فهنا يسقط حق الدفاع لانتفاء الخطر⁶.

ولكن يثار التساؤل حول استطاعة الهرب من الخطر هل تنفي الدفاع أم تحققه؟

¹ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (م.س)، ص 545.

² عبد الله بن محمد بن قدامة، المغني لابن قدامة، مكتبة القاهرة، القاهرة، 1388هـ-1968م.

³ الكساني: علاء الدين ابو بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار صادر الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط 1986، ج 7، ص 93-94.

⁴ الشافعي: ابو عبد الله محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة، بيروت، ط 1393، ج 2، ص 6، ج 27.

السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1414هـ - 1993م، ج 134، ص 10.

⁵ شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ط 1415، ج 1 - 1994م، ج 4، ص 181.

⁶ الصديق أبو الحسن محمد، حق الدفاع الشرعي الخاص - دراسة مقارنة -، مكتبة وهبة، القاهرة، ط 1992، ج 1، ص 181-182.

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

اتفق الحنفية والمالكية و رأي للشافعية ورأي عند الحنابلة على وجوب الهرب إذا قدر عليه لأنه أأمن له ويكون فعل العنف غير لازم¹.

غير أن الشافعي تفرد بعدم جواز الهرب ولو مع القدرة عليه لأنه صاحب حق ولا يجوز له التنازل عنه²، وهو رأي عن الحنفية حيث قاسوا الموصول عليه في حالة قتال فلا يجوز له الفرار إلا متحرفا لقتال أو متحيزا لفئة³.

الرأي الراجح: هو رد الاعتداء إذا قدر عليه لأن الموصول عليه صاحب حق والتخلي عن هذا الحق يلحق به ضررا ماديا وهو تلف الشيء الموصول وضرر معنوي كونه تخلى عن حقه وهو جبن وعار⁴.

ثانيا :التناسب

يشترط في فعل الدفاع أن يكون متناسبا مع الاعتداء أي يدفعه بالقدر اللازم فلا يتعدي الدفع إلي الاعتداء ولا يقصر والأفضل أن يكون الدفع يسيرا متدرجا في الظروف العادية الأهلون فالأهلون فمن قصد شخصا يريد نفسه أو عرضه أو ماله له أن ينهيه بصياح أو زجر فإن لم ينته فله أن يضربه ضربا غير مبرح وإذا تواصل الاعتداء له أن يواصل ضربه⁵.

¹ ابن فرحون: إبراهيم بن علي بن محمد برهان الدين اليعمري ، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ، مكتبة الكليات الأزهرية ، ط1406، 1هـ - 1986م ، ج2، ص357.

النووي: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف ، المحقق: عوض قاسم أحمد عوض ، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه ، دار الفكر ، ط1425، 1هـ/2005م ، ج8، ص25.

² لشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس ، الأم ، دار المعرفة، بيروت، ط1393، 2هـ، ج6، ص28.

³ ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد الحنبلي، المغني ، مكتبة القاهرة ، 1388 هـ - 1968م ، ج10، ص353.

⁴ الصديق أبو الحسن محمد، حق الدفاع الشرعي الخاص، المرجع السابق، ص189.

⁵ الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، دار الفكر ، ج4 ، ص357.

الكساني: علاء الدين أبو بن مسعود ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار صادر الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1986، 2م، ج7 ، ص92-93.

يعد فعل الاعتداء متناسبا مع فعل الدفاع إذا انطوى على قدر من العنف لا يجاوز خطر القدر الذي كان يستخدمه شخص معتاد أحاطت به ذات الظروف التي أحاطت بالمصال عليه. فالمعيار موضوعي يرجع إلى تقدير المصول عليه¹ ولكنه غير خالص فالقاضي عليه أن يتحري عن الظروف التي صاحبت المصول عليه كالاغتداء ليلا أو نهارا وما إذا كان مكان الاعتداء مأهولا أو خاليا، فإذا كان الشخص المصول عليه ضعيفا بدنيا فله أن يدفع الخطر بوسيلة تفوق وسيلة الاعتداء وكذلك الحال إذا اختلى بالمصول عليه بمكان غير مأهول أو وقع الاعتداء ليلا².

المطلب الثاني: شروط الدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري

سنتطرق إلى الأحكام العامة بالدفاع الشرعي حسب ما نصت عليه المادة 39 ق ع ج، أما الأحكام الخاصة بالدفاع الشرعي أو ما يصطلح عليه بالحالات الممتازة فسنتناولها في المبحث الثاني لصلتها الوثيقة بعنصر الإثبات و قبل التعرض لشروط الدفاع الشرعي لا بد أولا من التعرّيج على مفهوم الاعتداء المقصود في الدفاع الشرعي والذي يعتبر جوهر العملية الدفاعية . إذ يعرفه عبد الله أوهابية بقوله: (هو السلوك الذي يهدد المعتدى عليه بخطر غير مشروع وحال على نفسه أو ماله أو نفس الغير أو ماله)³ ، و حسب ما نصت عليه المادة 39 من قانون العقوبات الجزائري فعل الدفاع يتعلق بالخطر ذاته ولا يتعلق بفعل الاعتداء⁴ ووجود فعل الخطر يلزم منه وجود فعل الدفاع ولكل منهما شروط⁵، وأكدت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في

¹ الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج6، ص33 .

عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار الكاتب العلمية، ص486.

² محمد نجيب حسني، مدخل للفقه الجنائي الإسلامي، ط1، دار النهضة العربية، 1974م، ص261-264.

³ عبد الله أوهابية، شرح قانون العقوبات -القسم العام-، موفم للنشر، الجزائر، 2011، ص107.

⁴ رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري -الأحكام العامة للجريمة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1976، ص2، ص154.

⁵ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، دار هومة، الجزائر، ط2006، ص3، ص144.

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

1996/03/24 على ضرورة توافرها لتطبيق الدفاع المشروع، والذي جاء فيه: " يشترط لتطبيق الدفاع المشروع توافر شرطين أساسيين يتعين على قضاة المجلس إبرازهما في قرارهم، وهما أن يكون الاعتداء حالا وغير مشروع وأن يكون الدفاع لازما ومتناسبا مع جسامة الاعتداء"¹.

الفرع الأول: شروط فعل الخطر:

ورد لفظ الاعتداء مطلقا حسب نص المادة فلم يحدد صفة الشخص المعتدي وإنما إلي الفعل الذي يمارسه وبالتالي فلا نستثني فعل ممثل السلطة إذا ثبت أن فعله خارج تطبيق القانون أو تنفيذ أمر شرعي².

يتطلب فعل الخطر أو الاعتداء كونه حالا وغير مشروع، وأن يقع علي النفس أو المال.

أولاً- أن يكون فعل الخطر حالاً:

يعبر عنه النص بكلمة الضرورة الحالة فإذا زال الخطر أو تحقق الاعتداء فلا محل للدفاع ويسأل المعتدي عليه جنائياً عن العنف الذي استعمله ضد المعتدي بعد وقوع الاعتداء، لأن القانون يعتبر استعمال العنف في هذه الحالة من قبيل الانتقام الفردي الذي يعاقب عليه³. وعليه لا يمكن ممارسة الدفاع كإجراء وقائي⁴.

¹ مطلع عليه من موقع الاجتهادات القضائية الجزائرية، قرار رقم 120960، <https://elmouhami.com>، مطلع عليه بتاريخ 2020/07/25م.

² نجم جمال، المبادئ العامة لقانون العقوبات الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016م، ص187.

³ رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري - الأحكام العامة للجريمة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 1976م، ص156-157.

⁴ Olivier MICHIELS et Elodie JACQUES. PRINCIPES DE DROIT PENAL. 3e édition. Année académique 2014-2015.P70

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

وقد نصت المحكمة العليا بقولها: تقتضي الضرورة الحالة للدفاع تبرير عدم وجود طريقة أو وسيلة لتفادي المواجهة واللجوء لرد الاعتداء¹.

وهو ما نصت عليه محكمة النقض الفرنسية الصادر عن الغرفة الجنائية 16 فيفري 1967م²:
QU'EN EFFET, LA LEGITIME DEFENSE EST INCONCILIABLE AVEC LE
CARACTERE INVOLONTAIRE DE L'INFRACTION;
ويكون الخطر حالا في حالتين:

- الحالة الأولى: حيث يكون الاعتداء لم يبدأ بعد ولكنه علي وشك الوقوع وذلك بصدور أفعال تجعل من المنتظر أن يبدأ الاعتداء فورا كمن شهر مسدسه وبدأ بإطلاق النار.
- الحالة الثانية: الاعتداء يكون قد بدأ ولم ينته بعد كمن ضرب شخصا ويتأهب للضربة الثانية³.
يتعين أن يكون هذا الخطر حقيقيا وليس وهميا⁴ يستند إلي أسباب حقيقية ومعقولة أي أن هذا الاعتقاد يمكن أن يقع فيه الشخص المعتاد فليس هناك وجه لمساءلة من قام بالدفاع عن نفسه أما إذا كان الخطر وهميا فيسأل الشخص عن المسؤولية الجنائية غير العمدية إذ الغلط ينفي القصد الجنائي⁵.

¹ قرار المحكمة العليا رقم 316770، الصادر في 29/09/2003م،، <https://elmouhami.com> مطلع عليه بتاريخ 25/07/2020م.

² Cour de cassation، chambre criminelle، 16 fevrier 1967، audience publique du 66-، n de pourvoi 92071.

³ عبد الله أوهائية، شرح قانون العقوبات الجزائري-القسم العام-، موفم للنشر، الجزائر، 2015م، ص 212-213.
سعيد بوعلي و دنيا رشيد، شرح قانون العقوبات الجزائري-القسم العام-، ط2، دار بلقيس، الدار البيضاء-الجزائر-، 2016م، ص 112.

⁴ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، ط3، دار هومة، الجزائر، 2006م، ص 144-145.
A laborde.Droit criminel.Rousseau 1891.paris-France.anne 2014.p121.

⁵ رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري -الأحكام العامة للجريمة، المرجع السابق، ص 158.

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

كما أن الخطر المستقبلي لا يجيز فعل الدفاع لعدم تحقق الخطر ولكون الشخص قادرا للجوء إلى السلطات المعنية.¹

ثانيا- أن يكون الخطر غير مشروع:

قبل التكلم عن الدفاع المشروع لا بد أن يصدر فعل إيجابي من المعتدي بحيث يكون هذا الفعل يهدد حق قد حماه القانون بسن قوانين تبين الفعل الإجرامي والعقوبة المترتبة على ارتكابه، إذ أنه من النادر أن يتحقق هذا الخطر من الفعل السلبي بيد أنه إذا تحقق وجب رده بالطرق المناسبة، كإرغام أم على إرضاع صغيرها، رفضت إرضاعه بقصد قتله لإنقاص حياته من الهلاك، ويوصف الفعل بكونه غير مشروع نتيجة لتحقيق جريمة إذا ترك بدون رد مناسب يحول دون تحقيقه.²

على أن فعل الاعتداء كاملا يوقف فعل الدفاع الشرعي ذلك أن الدفاع المباح هو الدفاع الموجه إلى الخطر دون الحيلولة من وقوع الاعتداء أو الفعل أثناء تحقيق جزء منه للحيلولة دون استمراره أو اكتماله حتى، وبمعنى آخر لا محل للدفاع بعد تحقيق الاعتداء أو كان الخطر مشروعا.³

غير أن الملاحظ حتى وإن كان الفعل مشروعا يحميه القانون لا بد عليه من الحذر أن يتجاوز حدوده فيرد فعل الاعتداء وإلا تحول من ضحية إلى متهم.⁴

¹ علي علي سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري -القسم العام- ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995م، ص133.

² علي علي سليمان، شرح قانون العقوبات القسم العام، ص134.

³ قد يكون العمل مشروعا إذا كان دافع الفعل يخضع لسبب من أسباب الإباحة التي ينقضي معها حق الدفاع الشرعي فالسجين لا يمكن له مقاومة السجن بحجة أنه دافع شرعي أو الرد على الوالد الذي يضرب ابنه بداعي تأديبه (عبد الله أوهابية، شرح قانون العقوبات، ص108).

⁴ عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات، المصدر نفسه، ص132.

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

وعلى هذا الأساس فإن الفعل يعتبر غير مشروع يجيز الدفاع الشرعي حتى ولو قام به من لا يعتبر مسؤولاً جنائياً كالصغير والمجنون.... إذ أنه يستفيد من عذر قانوني¹.

أما إذا كان الاعتداء ناتجا بأمر من القانون أو مطابقا له فيكون الاعتداء عادلا مثل: إصدار أمر بالقبض لشخص يرفض تسليم نفسه وهو ما نصت عليه المادة المتعلقة بمقاومة ضباط الشرطة القضائية م 61 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائرية².

ونصت عليه محكمة النقض الفرنسية عن الغرفة المدنية الصادر 22 أبريل 1992 م في قضية الاعتداء علي القوات العامة أثناء ممارستهم لنشاطهم القانوني³.

ثالثا: أن يكون الخطر على المال أو النفس:

هي تلك الجرائم التي تتال بالاعتداء على النفس أو المال وقد نص عليه المشرع الجزائري في م39 ق ع ج إذ لم يخصصها بل تناولها بصفة عامة من سرقة واعتداء جسدي بالضرب أو القتل أو الاختلاس وغيرها من الجرائم الأخرى⁴.

1- جرائم الاعتداء على النفس: هي الجرائم التي تتعلق بشخص المعني سواء تعلق ذلك بممتلكاته المادية أو المعنوية سواء كان الاعتداء على نفسه أو غيره مما يبيح لهم الدفاع عنهم كجرائم الضرب والجرح والخطف وهتك العرض أو جرائم التنصت وإفشاء الأسرار⁵ ونصت عليها م(296،297ق.ع.ج)⁶.

¹ عبد الله أوهابية، شرح قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق، ص 194.

² أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، ط3، دار هومة، الجزائر، 2006م، ص145-146.

³ Coure de cassation. 2eme chambre civile. le 22 avril 1992. publication 1992 N127.p62

⁴ عبد الله أوهابية، شرح قانون العقوبات الجزائري (م.س)، ص202.

سعيد بوعلي و دنيا رشيد، شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم العام -، المرجع السابق، ص113.

⁵ عبد الرحمن خلفي، القانون الجنائي العام - دراسة مقارنة -، دار بلقيس، الجزائر، 2016م، ص179.

⁶ قانون العقوبات الجزائري، باب الجنايات والجنح ضد الأفراد، القسم الخامس، ص80.

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

2- جرائم الاعتداء على الأموال: هي الجنايات والجنح ضد الأموال كما سماها المشرع الجزائري في المواد (350، 351.....362ق.ع.ج)¹ وتشمل جرائم السرقة والإتلاف والحرق والتخريب سواء كان هذا المال للمجني عليه أو لغيره فهو نفس الشيء بالنسبة للأحكام السابقة².

الفرع الثاني: شروط فعل الدفاع الشرعي:

إذا توافرت في المعتدي الشروط المذكورة سابقا وجد المعتدى عليه نفسه في خطر داهم أو خطر قائم حق له استعمال القوة اللازمة لدفع هذا الخطر.

واستعمال القوة اللازمة لصد العدوان يفيد أن القانون أباح للمعتدى عليه القيام بأفعال هي أصلا من قبيل الجرائم المنصوص عليها بالقانون ولذا وجب على المدافع أن يعي بأنه ليس له أن يؤثر على الاعتداء كيف ما يشاء.

تقتضي الضرورة الحالة للدفاع تبرير عدم وجود طريقة أو وسيلة لتفادي المواجهة واللجوء لرد الاعتداء³.

أولا: اللزوم

يعني هذا الشرط أن يكون فعل الدفاع لازما أي ضروريا لرد الاعتداء فإذا كان بإمكان المدافع رد الاعتداء بفعل لا يعد جريمة فليس له الالتجاء إلى أفعال مجرمة للدفاع الشرعي⁴، هذا

¹ قانون العقوبات الجزائري، الفصل الثالث: الجنايات والجنح ضد الأفراد، ص99.

² سعيد بوعلي ودنيا رشيد، المرجع نفسه، ص111.

عبد الرحمن خلفي، المرجع نفسه، ص179.

³ قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة الجزائية، الصادر في 2003/09/29م، رقم 316770.

A laborde.op.cil.p125-126.Lire aussi

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

الشرعي¹، هذا وقد أكدت المحكمة العليا على لزوم ردّ الاعتداء ، وهذا في قرارها الصادر بتاريخ 10/11/1987 رقم 1005 غير المنشور الذي جاء فيه " حيث أن القرار المطعون فيه لا يورد أن أفعال العنف المنسوب ارتكابها للمتهم كانت تستلزمها ظروف الاعتداء"،

ومثال ذلك: من كان بإمكانه الاستجداد بالسلطات المختصة أو القتل أو ضرب من دون الحاجة ومنه أيضا أنه لا يجب على الشرطي قتل اللص الذي أبدى المقاومة إذا كان بإمكان الشرطي تخويله بإطلاق رصاصة في الهواء²، ومن أمثلته أيضا لو كان باستطاعة المدافع أن يجرد خصمه من سلاحه الذي يهدده به دون تعريض نفسه للخطر، ففي هذه الحالة لا يجوز له استعمال الدفاع الشرعي بقتل خصمه أو إيذائه، فهذا بعد من قبيل الانتقام لا درء الخطر³.

كما يجب أن يوجه الدفاع ضد المعتدي نفسه فلا يعتد بالدفاع إذا وجه لغير محله كمن يهاجمه حيوان فيوجه دفاعه ضد مالك الحيوان⁴، يثور التساؤل حول مسألة الهرب حال الاعتداء كونه وسيلة تحول دون وقوع جريمة .

استقرّ الفقه على أن الدفاع الشرعي هو صفة احتياطية بحيث لا يلجا إليه إلا عند عجز السلطة العامة من حماية المعتدي عليه، حيث انه إذا كان اللجوء إليها ممكنا فلا محل للدفاع

¹ سعيد بوعلي و دنيا رشيد، المرجع نفسه، ص 114.

و عبد الرحمن خلفي، المرجع نفسه، ص 180.

² عمر خوري، شرح قانون العقوبات -القسم العام-، المكتبة القانونية، جامعة الجزائر 2010-2011، ص 85،

³ A labord.ibid.p12.

⁴ سعيد بوعلي و دنيا رشيد، شرح قانون العقوبات الجزائري-القسم العام-، دار بلقيس، الدار البيضاء-الجزائر - ط 2016، ص 2

ص 114.

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

الشرعي غير أن الفقه اشترط هذه الحالة أن يكون اللجوء إلى السلطة مجديا ويستفاد هذا من عبارة الضرورة الحالة¹

أما بالنسبة للمشكلة الثانية فقد ثار تساؤل بشأن الهروب إذا كان هو الوسيلة المتاحة لتفادي الاعتداء غير استخدام القوة فهل يتعين على المعتدى عليه الهروب من وجه المعتدي لان فعل الدفاع في هذه الحالة لا يكون لازما.

والرأي السائد في الفقه والقضاء يرفض اعتبار الهرب وسيلة يمكن بها ضد الاعتداء لان الهروب في اغلب الحالات يعرض صاحبه للسخرية والاستهزاء نظرا لما ينطوي عليه من مظاهر الضعف والجبن ولا يحق بالقانون أن يجبر إنسان أن يكون جبانا يفر أمام المخاطر ولا يدافع عن نفسه ضد العدوان.

يضاف إلى ذلك أن الدفاع حق والهرب مشين ولا يجبر صاحب الحق على النزول عنه واللجوء إليه مسلك مشين².

ثانيا: التناسب

نعني بهذا الشرط الذي أورده نص المادة 2/39 صراحة بقوله: "يشترط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء"، بأن يلجأ المدافع إلى رد فعل يكفيه شر الخطر المحقق به فحسب، فإذا بالغ المدافع في رد الاعتداء اختل شرط التناسب وعُد عمله غير مشروع³، إذ يجب

¹ علي علي سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري -القسم العام-ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995م، ص136. أحسن بوسقيعة، ص147.

² رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري -الأحكام العامة للجريمة - ، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1976م ، ص164، عبد الله أوهابيه، شرح قانون العقوبات الجزائري -القسم العام-، موفم للنشر، الجزائر، 2015م، ص217.

³ عبد الله سليمان شرح قانون العقوبات -القسم العام، ص137،

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

أن يكون هذا الرد متعادلا ومتكافئا¹ ، فتكون القوة متساوية مع الاعتداء بالنظر لطبيعته وجسامته ولا يعني ذلك أن يكون مطابقا له، فالدفاع الذي تباشره المرأة أو شخص ضعيف البنية يختلف عن الدفاع الذي يباشره شخص آخر في ظرف تفوق قوة المعتدي، وبالتالي يتطلب التناسب توفر أمرين²:

1- أن يكون فعل الدفاع أقل ضررا من الأفعال الأخرى التي كانت ممكنة لصد الاعتداء .

2- أن يكون الفعل متناسبا والخطر الذي تعرض له المدافع.

وهو ما نص عليه قرار المحكمة العليا التي رفضت الطعن لعدم التناسب في السلاح المستعمل ورد الاعتداء وبذلك عدم توفر شروط الدفاع الشرعي³.

ونصت عليه محكمة النقض الفرنسية الصادر عن الغرفة الجنائية 5 جوان 1984 في قضية الشخص الذي تعرض للكم فرد علي المعتدي بثلاث طلقات⁴.

كما نثير مسألة مهمة تتعلق بمعيار التناسب حيث أن فقهاء القانون اختلفوا في تحديده بين اعتبار موضوعي و شخصي و مزدوج الذي جمع بين الاعتبارين.

¹Olivier MICHIELS et Elodie JACQUES.op.cil.p71.

DiDArT. Home Défense et Protection Personnelle.DiDArT, 2012.p27-29.

²عبد الله اوهابيه، شرح قانون العقوبات الجزائري-القسم العام-، موفم للنشر،الجزائر،2015م،ص218.

³قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة الجنائية ،2003/09/23، فصلا في الطعن رقم 316770،والمنشور بالمحكمة العليا ،رقم1/2003،ص436.

⁴Coure de cassation. chambrecriminelle. audience publique du 5 juin 1984.publie au bulletin

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

أ-المعيار الموضوعي: يرى الفقيه جاروا أن المعتدي عليه يحمي حقه فقط دون التعدي لفعل غير مشروع وبذلك يعد متجاوزا ،أي أن الفقيه يعتمد على شدة الضرر الملحق بالمعتدي لتحديد التجاوز.

أما بعض الفقهاء فاعتمدوا على مراعاة صفة الحق حيث تتجه هذه النظرية إلى مراعاة قيم التدرج الاجتماعي داخل المجتمع لحظة ممارسة الدفاع فتلحق المشروعية تلك الأفعال مادام قد تبين بالمعادلة أن الحق محل الحماية في مرتبة أعلى من حق المعتدى عليه ، ويتحقق ذلك أيضا لمن يصيب الغير بجراح خطيرة لمجرد صفعه على الوجه مثل ما أقرته محكمة النقض الفرنسية بإدانة شخص أطلق النار على شخص صفعه في وجهه¹.

ب- المعيار الشخصي: وينظر أصحاب هذا المعيار إلى المدافع شخصا وظروفه التي مر بها، فجسامة الاعتداء لا يتم تقديرها على ما ينجم عنه الفعل ولا على الخطر الذي يواجه المعتدي وإنما على التقدير الذاتي للمدافع وعلى القاضي أن ينظر في الدعوى ويفحصها ليصل إلى الأثر النفسي الذي أحدث العدوان فتقدير معيار التجاوز يعود إلى القاضي حسب الظروف وحسب كل معتدى عليه وآثار الاعتداء على نفسه².

ج- المعيار المزدوج: يرى أصحاب هذا الرأي أن أفعال الدفاع ناتجة عن سلوك إنساني ومن غير المعقول ضبط هذا السلوك في إطار معين رغم أن أفعال الدفاع موضوعية³، فلا يجب غفال الجانب النفسي للمدافع والظروف التي أحاطت به خلال عملية الدفاع¹.

¹ عبد العزيز سليمان، تجاوز الدفاع الشرعي، دراسة مقارنة- منشورات الحلبي، 2011م، ص408.

² عبد العزيز سليمان، المرجع نفسه، ص413-414.

³ سامي جميل الفياض الكبيسي، رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الإباحة - دراسة مقارنة-، دار الكتب العلمية، بيروت 2005م، ص105.

غير أن الرأي السائد في الجزائر وحسب قرار المحكمة العليا الصادر 14/07/1996م غير منشور ينص على أن : الدفاع الشرعي مسألة موضوعية يرجع تقديرها لقضاة الموضوع الذي يتعين عليهم في حالة إثارته الرد عليه بقبوله أو رفضه².

المبحث الثاني: وسائل إثبات الدفاع الشرعي وأثاره في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري.

يعتبر الإثبات من أهم المحطات التي يتم التطرق إليها عند الحديث عن الدفاع الشرعي أو دفع الصائل كما سماه الفقه الإسلامي ولا يقل أهمية عن الضوابط أو الشروط لأن مضمون هذا المبحث هو الذي يحمي حق المدافع من جهة، ويكون رادعا لكل من تسول له نفسه التمسك بهذا الحق لتبرير جريمته من جهة أخرى فالأصل كما هو معلوم عدم ما يدعيه، إضافة إلى أن الإثبات يحتاج للتدرج وحرص المدافع على عدم تجاوز حقه في ردّ الاعتداء الحاصل عليه لذلك سنتطرق في هذا المبحث إلى الطرق التي اعتمدها الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري، بالإضافة إلى التعرّيج على أهم نتائج هذه الوسائل والآثار المترتبة عليها في مطلب ثان تمحور حول آثار الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري.

المطلب الأول: وسائل إثبات الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري.

¹ عباس الحسني، شرح قانون العقوبات العراقي الجديد-القسم العام-، مطبعة الأزهر ، بغداد، 1969-1970م، ص129-130.

² قرار المحكمة العليا الصادر عن المحكمة الجزائية ، المنشور 14/07/1996م، رقم القرار 132860،، <https://el mouhami.com> مطلع عليه بتاريخ: 25/07/2020م.

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

الإثبات في اللغة : مصدر أثبتَّ وهو المطلوب إثباته: تعبير يكتب غالبًا في نهاية برهان للدلالة على أنه تمّ التّوصُّل إلى الاستنتاج المطلوب¹.

شرعا : إقامة الحجة أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة الإسلامية على حق أو واقعة تترب عليها آثارها الشرعية².

قانونا: مجموع الوسائل المستعملة للوصول إلى إظهار الحقيقة حول فعل معين³.

الفرع الأول : طرق الإثبات في الفقه الإسلامي

تتعدد وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي بصفة عامة ودفع الصائل بصفة خاصة بين وسائل متفق عليها كالإقرار والشهادة وأخرى مختلف فيها كالقرائن وتفصيل هذه الطرق كالتالي:

أولاً: الإقرار.

يعرّف الإقرار في اللغة بأنه: الحجة، يقال أقرّ بالحق أي اعترف به⁴.

ويعرف اصطلاحاً بأنه: إثبات الشيء باللسان أو بالجنان أي القلب أو بهما معاً⁵.

ويعتبر الإقرار سيد الأدلة وقد ثبتت حجته بالكتاب والسنة وإجماع الأمة وغيرها من الأدلة الأخرى¹.

¹ د أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة ، عالم الكتب ، 1429 هـ - 2008 م ، ط1، ج1، ص310.

² وهبة الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، دار البيان، 1414-1994م، ط2، ص22.

³ محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999م، ج1، ص105.

⁴ محمد الدين محمد يعقوب الفيروزي باد، القاموس المحيط، مطبعة حلى، القاهرة، 1311هـ، ج2، ص119.

⁵ رزق الله محمد الزحامي، الدفاع الشرعي الخاص-دفع الصائل-، 1416هـ، 1966م، ص141.

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

(1) من الكتاب: قوله تعالى: {يأيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم} [البقرة: 135] ، فقد أمر الله المؤمنين أن يقولوا الحق ولو على أنفسهم كما قال عبد الله بن عباس .

(2) من السنة: إقرار المرأة الجهمية بارتكابها فاحشة الزنا أمام النبي صلى الله عليه وسلم وفرض الحد عليها بعد أن تضع مولودها² .

(3) من الإجماع: إجماع الأمة على أن الإقرار حجة في حق المقر حتى أنهم أوجبوا الحدود والقصاص بالإقرار³ .

والإقرار في الدفاع الشرعي يتطلب إقرار المكلفين وهو على حالتين:

أ- إقرار الجاني نفسه بالاعتداء الحاصل:

تتحقق هذه الحالة إذا كان الاعتراف ما دون القتل، وبهذا الإقرار والاعتراف تثبت حالة الدفاع الشرعي وترتب آثارها، كما أنها لا يوجد قصاص ولا دية، ومن الأمثلة التي تضرب في هذه الحالة قول النبي صلى الله عليه وسلم في شأن من عض يد رجل فنزعها من فمه فقلع ثنيته، وارتفعوا إليه صلى الله عليه وسلم ليقتضيه بينهما فقال: (يعض أحدكم أخاه كما يعض الفحل، لا دية له)⁴ .

ب- إقرار ولي الدم:

¹ وهبة الزحيلي، وسائل الإثبات، دار الفكر، سورية، ط48، ص241.

² مسلم، صحيح مسلم، ج2، 206.

³ عبد الله بن محمد بن قدامة، المغني، دار عالم الكتب الرياض، ج5، 271.

⁴ البخاري، صحيح البخاري، كتاب الديات - باب إذا عض رجلا ثناياه، 219/12.

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

تكون هذه الحالة في حال قُتل المعتدي، فإذا لم يستطع الدافع رد الاعتداء إلا بالقتل كان له ذلك، واعتراف ولي المقتول أن صاحبهم كان معتديا كان هذا الاعتراف كاف لإثبات حالة الدفاع الشرعي الذي يفضي بالضرورة إلى عدم الضمان فلا دية ولا قصاص لهم، ومثال هذه الحالة أن عمر بن الخطاب كان يوما يتغذى، إذ جاء رجل يعدو وفي يده سيف ملطخ بالدم، ووراءه قوم يعدون خلفه، فجاء حتى جلس مع عمر، فجاء الآخرون فقالوا يا أمير المؤمنين: إن هذا الرجل قتل صاحبنا، فقال له عمر: ماذا يقولون؟ قال يا أمير المؤمنين: إنني ضربت فخذي امرأتي فإذا كان بينهما أحد فقد قتلته، فقال عمر: ما يقول؟ قالوا: يا أمير المؤمنين إنه ضرب بالسيف فوق في وسط رجل وفخذي المرأة، فأخذ عمر سيفه فهزه ثم دفعه إليه وقال: إن عادوا فعد¹، وهذا يعني بأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد أخذ بإقرار أولياء المقتول.

ثانيا : الشهادة.

تعرف في اللغة أنها الخبر القاطع، والمشاهدة المعاينة وشهد عند الحاكم أي بين ما يعلمه وأظهره².

تعرف اصطلاحاً: بأنها إخبار عدل حاكم بما يعلم من حق للغير على الغير أو بأمر عام بلفظ خاص ليحكم بمقتضاه³.

وعرفها وهبة الزحيلي بأنها: إخبار صادق لإثبات الحق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء⁴، وثبتت مشروعيتها بدليل القرآن والسنة والإجماع وغيرها من الأدلة الأخرى، وتعتبر الشهادة

¹ محمد بن أبي بكر، زاد المعاد في هدى خير المعاد، مؤسسة الرسالة، 1986م-1407هـ، ط4، ج5، ص362.

² ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ج4/2348.

³ محمد عبد الله الشنقيطي، أضواء البيان، دار الفضيلة، 1426هـ، 2005، ص95.

⁴ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوريا، ط4، ص388.

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

واجبة وكنتم الشهادة من الكبائر كما قال ابن عباس استنادا لقوله تعالى: {ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه والله بما تعلمون عليم} [البقرة: 283] .

ومن السنة النبوية ما رواه الأشعث بن قيس كان بيني وبين رجل خصومة في بئر فاختمنا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: (شاهدك أو يمينه)¹ .

كما أن الأمة الإسلامية قد أجمعت على مشروعية الشهادة واعتبرتها كأحد وسائل الإثبات² بما في ذلك دفع الصائل.

اتفق الفقهاء رحمهم الله على حجية الشهادة على أنها معتبرة في الأخذ لإثبات حالة دفع الصائل، ونجد عمر بن الخطاب قد قال في هذا السياق في رسالته لأبي موسى الأشعري "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"³، غير أن الذي أنكر الخلاف بينهم هو عدد الشهود والذي يختلف أساسا باختلاف الحال، فإذا كان الدفاع عن غير العرض فإنه يكفي في إثباته شاهدي عدل من المسلمين، فإذا عجز عن الإثبات عليه القود، سواء كان المقتول يعرف بسرقة أو لا يعرف⁴، أما الشهادة في الدفاع عن العرض فقد اختلفوا إلى عدة آراء جوهر هذا الخلاف هم عدد الشهود وهو كما يلي:

¹ أبو عبد الله بن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود، رقم الحديث 2553، ج2، ص889 .

² ابن قدامة، المغني، الرجوع السابق، 3/12

³ نظرية الإثبات في الفقه الإسلامي، ص19، نقلا عن جمهرة رسائل العرب ج1، ص203.

⁴ الدسوقي، حاشية الدسوقي، عيسى البابي الحلبي ص385.

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

الرأي الأول: يرى أصحاب هذا الرأي وهم الحنابلة في الرواية الثانية أن الشهادة في الدفاع عن العرض تكفي بشهادة شاهدي عدل، فقط ذلك أن المراد في إثبات الشهادة هنا هو إثبات الصيال والاعتداء على العرض لا جريمة الزنا التي تحتاج إلى أربع شهود¹.

الرأي الثاني: ذهب أصحاب هذا الرأي من المالكية والشافعية والحنابلة في إحدى الروايتين إلى اشتراط أربع شهود عدول وفي الدفاع عن العرض-الزنا- متمسكين بقوله تعالى: {واللاتي يتن الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم} [النساء: 15]، وكذلك مستدلين بالحديث الذي أورده أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أن سعدا قال: (يا رسول الله أرأيت إن وجدت مع امرأتي أمهله حتى آتي بأربعة شهود؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: نعم)²، فإذا تحقق ذلك يسقط الضمان عن الدفاع سواء كان قصاصا أو دية، أما قتل المتلبس بجريمة الزنا فهو فعل مباح متفق عليه أثبته الشرع الحكيم إذا كانا ثبیین³.

أما الوسائل التي ليست محل اتفاق بين الفقهاء كثيرة نذكر منها:

ثالثا: اليمين:

يأتي اليمين في التعريف اللغوي بمعنى القوة والمقدرة، قال تعالى: {لأخذنا منه باليمين} [الحاقة: 45]، واليمين هو الحلف⁴.

¹ مسفر رزق الله محمد الزحامي، الدفاع الشرعي الخاص - دفع الصائل -، 1416هـ، 1996م، ص144.

² ابن عبد البر، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، باب السين، الحديث الخامس، ج21، ص253.

³ الصديق أبو الحسن محمد، حق الدفاع الشرعي - الخاص -، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، مكتبة الجمهورية، القاهرة، 1412هـ - 1992م، ط1، ص222.

⁴ ابن منظور، لسان العرب، (م.س)، 409/15، ص460.

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

أما اصطلاحاً فقد ذكر فقهاء المالكية والشافعية والحنفية عدة تعريفات لكننا سنقتصر على تعريفاً واحداً باعتبارها أنها أحد وسائل الإثبات: "تأكيد ثبوت الحق أو نفيه بإشهاد الله تعالى أمام القاضي"¹.

وردت عدة أدلة من القرآن والسنة تؤكد مشروعية اليمين نذكر منها قوله تعالى: { ولا تتقضوا الأيمان بعد توكيدها } [النحل: 91] ، ومن السنة أيضاً عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى باليمين على المدعي عليه²، كما أن الأمة قد أجمعت على مشروعية اليمين وجوازه.

أخذ بها المالكية غير أنهم اشتراطوا للأخذ بها أن يكون الصيال قد حدث بعين الناس فقد جاء في الشرح الكبير للعلامة أحمد الدردير: "ويثبت لا لمجرد قول المصول عليه إلا إذا لم يحصره فيقول قوله مع اليمين"، أما الحنابلة فأخذوا باليمين في حالة تصارع شخص وإدعائهما الدفاع³، إن تجارح رجلان فادعى كل واحد منهما الدفاع عن نفسه حلف كل واحد منهما على بطلان دعوى صاحبه وعليه ضمان ما جرح⁴.

أما الأحناف والشافعية فلم يأخذوا باليمين سواء كان في حضرة الناس أو غيابهم.

رابعاً: القرائن:

¹ خالد فرقوق، قواعد الإثبات في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراء، نقلاً عن المرداوي الإنصاف 3/11.

² ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري كتاب الشهادات، باب اليمين على من ادعى في الأموال والحدود، ج5، ص331.

³ ابن قدامة، المغني، (م.س)، ص354.

⁴ المرجع نفسه، ص353.

تعرف لغة بأنها من قرّ الشيء أي جمع بينهما واتصل به¹.

عرّفت في المعنى الاصطلاحي بتعاريف كثيرة اخترنا منها تعريف مصطفى الزرقا رحمه الله بأنها: "القرينة هي كل أمانة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه، وهي مأخوذة من المقارنة بمعنى المرافقة².

رغم أن الفقهاء متفقين على الأخذ بالقرائن إلا أنهم اختلفوا في الآثار المنتجة لها إلى عدة أقوال كالتالي هي:

القول الأول: يرى أصحاب هذا الرأي عدم إمكانية إثبات حالة الدفاع الشرعي عن طريق القرائن وهو ما ذهب إليه الحنابلة، فلو قتل رجل آخر في داره - أي دار القاتل - وادعى أنه قد هجم على داره فقتله وأنكر ولي أمر المقتول، فإنه يقتصر من القاتل إذا لم يأت ببينة قاطعة، كما أنهم قالوا بأنه لا يجب النظر إلى سوابق هذا الشخص أو وجد معه سلاح أم لم يوجد، أو كان بينه وبين القاتل عداوة أم لم يكن، أو كان حاملاً سلاحاً أم لا³.

القول الثاني: قال أصحاب هذا القول بخلاف ما قال به الرأي السابق منهم الحنفية، وقالوا بإمكانية الأخذ بالقرائن لإثبات حالة الدفاع، كما أنهم أخذوا عكس ما ذهب إليه الحنابلة بأخذهم بالسوابق السلوكية للأشخاص واعتبروا كونه معروفاً بالسرقة أو الفساد أو كون وجود عداوة بينه وبين القاتل كلها اعتبرت قرائن للدلالة على نية القاتل وقبول قول المدافع حتى لو لم يقدم أية بيّنة، كما نجد الشافعية قد ذهبوا إلى هذا الرأي يقول الشربيني رحمه الله: "لو قتل شخص آخر في داره وقال إنما قتلته دفاعاً عن نفسي أو مالي، وأنكر الولي فعله البيّنة بأنه قتله، ويكفي قوله

¹ نبيل عبد السلام هارون، المعجم الوجيز، وزارة التربية والتعليم، مصر، ص 499-500.

² مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، سورية، ج2، ص918.

³ ابن قدامة، المغني المحتاج، الرجوع السابق، ص 536.

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

دخل داره شاهرا بسلاح، ولا يكفي قوله دخل بسلاح من غير شهرة، إلا إذا كان معروفا بالفساد أو بينه وبين القاتل عداوة فيكفي ذلك للقرينة"¹، وكذلك نجد ما ذهب إليه ابن عابدين في حاشيته مبرزا قول الحنفية قائلا: "وإن كان المقتول معروفا بالشر و السرقة لم يقتص من القاتل في القياس، وتجب الدية في ماله لورثة المقتول لأن دلالة الحال أورثت شبهة في القصاص ولا المال"²، غير أنهم أخذوا بالقرينة بشكل نسبي لا مطلق فقد أسقطوا القصاص دون النية.

من خلال استقراء رأي فقهاء يتضح أنهم اتفقوا على الأخذ بالقرينة لإثبات حالة الدفاع الشرعي واختلفوا فيما يترتب عن سقوط القصاص أو الدية فقط.

القول الراجح: الذي يمكن استخلاصه مما سبق ذكره من أقوال الفقهاء هو أخذهم بالقرينة القوية لإثبات حالة الدفاع الشرعي فتكون بذلك الآثار المترتبة عنه هو إسقاط الدية ورفع المسؤولية عن المدافع متى توافرت الشروط الواجبة لدفع الصائل.

الفرع الثاني: طرق إثبات الدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري:

تعتبر مسألة الدفاع الشرعي وسيلة دفاع يتدرج بها المدعى عليه لدفع المسؤولية الجنائية عليه بسبب جرم نسب إليه، فيعد سببا مبررا إذا وضع دفاعا عن النفس أو مال الغير، كما أن المدعي قد يعترف بما نسب إليه على أنه كان في حالة دفاع شرعي، فيتمسك المتهم أو محاميه بلفظ صريح بحالة الدفاع، فيجب عندئذ على محكمة الموضع أن ترد بالقبول أو الرفض فمن واجبها أن تتحقق من مدى توافر شروط الدفاع الشرعي متى كانت وقائع الدعوى ترشح لقيام الحالة فإذا لم تعرض لهذه الحالة وتقول كلمتها وتفصل في الموضوع كان حكمها معيبا

¹ ابن قدامة، المصدر نفسه، ص 536.

² محمد أمين بن عمر بن عابدين، حاشية ابن عابدي، دار الفكر، بيروت، 1412هـ، 1992م، ط2 ص 547.

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

بالقصور، وأمام غياب نصوص شرعية تتعلق بإثبات الدفاع فإن السؤال الذي يطرح نفسه من هي الجهة المخولة والواجب عليها إثبات حالة الدفاع الشرعي؟.

للإجابة على هذا التساؤل يجب علينا أولاً التفرقة بين الحالات العادية للدفاع الشرعي التي نصت عنها المادة "39" من قانون العقوبات والحالات الممتازة المذكورة في المادة "40" من نفس القانون كالتالي:

أولاً: الحالات العادية للدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري:

من حيث المبدأ فإنه يجب على المتهم الذي تمسك بحالة الدفاع الشرعي أن يثبت أنه كان في حالة دفاع مشروع، وذلك ببيان الحجج والأدلة على صدق قوله، هذا الذي أدى إلى ظهور اختلاف حول: على من يقع عبء إثبات الدفاع الشرعي هل المتهم هو الملزم بالإثبات، أم هذه مسؤولية جهة الاتهام؟ حول هذا التساؤل ظهر قولين هما:

القول الأول: يعتمد أصحاب هذا الرأي من فقهاء القانون إلى قرينة البراءة استناداً إلى القاعدة العامة "المتهم بريء حتى تثبت إدانته" وعليه فإن مسؤولية إثبات الجريمة أو حالة الدفاع فإنها تقع على عاتق جهة الاتهام¹.

القول الثاني: ذهب أصحاب هذا الرأي من فقهاء القانون إلى عكس ما قاله أصحاب القول السابق فقالوا بأن واجب النيابة العامة يقف عند حد إثبات الجريمة بأركانها وشروطها، فيكون

¹ عبد الله أوهابية، شرح قانون العقوبات الجزائري، الرجع السابق، ص 211.

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

بذلك الدفاع المشروع من قبل الدفوع الموضوعية التي يجب على المتهم التمسك بها، كما أنه يجب عليه التمسك بها لأول مرة أمام قاضي المحكمة، ولا يجوز له طرحه أول مرة أمام المحكمة العليا، وعليه إذا كانت الدعوة العمومية مازالت لم تتحرك أو كانت في طور التحقيق فإنه يجب على النيابة العامة باعتبارها الجهة المختصة أن تصدر أمرا بحفظ الأوراق بأن لا وجه للمتابعة أما إذا كانت القضية مطروحة على جهة الحكم فإنه يكون عليها أن تصدر حكما بالبراءة لتوفر الظروف المبيحة¹.

الراجع: إن الذي يمكن قوله في هذه المسألة حول مسألة إثبات أسباب الإباحة عموما والدفاع الشرعي خاصة بتركه على عاتق المتهم هو ظلم ظاهر لأن البحث عن الأدلة يتطلب وسائل ليست متوافرة لدى المتهم خاصة إذا كان محبوسا فيكون صعبا إن لم نقل مستحيلا الحصول عليها، عكس النيابة العامة التي تتمتع بجميع الصلاحيات والوسائل الفعالة للوصول إلى الحقيقة وإثباتها².

ثانيا: حالات الدفاع الشرعي الممتازة:

عكس الحالة الأولى فإن المشرع الجزائري قد أحصى هذه الحالات في مادته "40"³ من قانون العقوبات .

إذ أعفت المادة المتهم من إثبات توافر شروط الدفاع المشروع فيكتفي بإثبات أنه كان في أحد هته الحالات، هي كالتالي:

¹ عبد الله أوهابية، شرح قانون العقوبات الجزائري، (م.س)، ص211.

² سالم نسيم، الدفاع المشروع في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2005-2008، ص 37-38.

³ قانون العقوبات الجزائري، الجزء الأول-المبادئ العامة-أحكام تمهيدية، الكتاب الثاني، الفصل الرابع، تحت عنوان الأفعال المبررة، ص15.

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

الحالة الأولى: وتشمل هذه الحالة حسب الفقرة الأولى من المادة "40" كل من القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه أو لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان، أو مداخل المنازل أو الأماكن المكونة أو توابعها وكسر شيء منها أثناء الليل¹، وبهذا القيد يميز بين غيرها من الأفعال التي ترتكب في النهار، بسبب أن الليل يكون ظرفا ممتازا للمحترفين الذين يستغلونه لمفاجأة الناس بالعدوان ولما يتوفر من إمكانيات للمعتدي لتنفيذ غرضه، وقد تصاحب هذه الحالة ظرفا نفسيا يجعل تقدير الخطر أمرا صعبا²، وعليه يشترط أن يكون الخطر مهددا بالاعتداء على حياة المدافع أو نفسه أو سلامة جسده أو ضربه، فإذا دخل لص ليلا كان لصاحب المنزل أن يدفعه بالقوة اللازمة حتى لو أدى ذلك إلى قتل المعتدي³.

الحالة الثانية: نصت عليها الفقرة الثانية من المادة سالفه الذكر وتشمل الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة، كما أكدت على وجوب أن تكون هذه المساكن التي يتم التسلل إليها مسكونة ولو كان سكانه خارجا وقت السرقة والكسر لذلك لا يكفي أن يكون المكان معدا لقيام حالة الدفاع المشروع ما لم يتم سكناه بعد وهو ما نصت على مضمونه المادة 355 ق.ع.ج بقولها: "يعد منزلا مسكونا كل مبنى أو دار أو غرفة أو خيمة أو كشك ولو متقل متى كان معدا للسكن وإن لم يكن مسكونا وقتذاك وكافة توابعه مثل الأحواش وحظائر الدواجن ومخازن الغلال والإسطبلات والمبني التي توجد بداخلها مهما كان

¹ لم يحدد المشرع الجزائري وقت الليل الذي قصده فرك ذلك للسلطة التقديرية وفق كل حالة، غير أنه حدد في المادة 47 من ق.إ.ج أنها تبدأ من 8 سا-5 صب، وليس هناك مانع أن نعتمد مفهوم الليل في هذه المادة ونطبقه على المادة "40" ق.ع.ج وهو توسيع في دائرة الحماية القانونية للمساكن، والراجح هو تطبيق الليل الفلكي (عبد الله أوهابيه، شرح قانون العقوبات الجزائري، (م.س)، ص 211.

² عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري-القسم العام-، ص 40.

³ إبراهيم الشباشي، الوجيز في شرح العقوبات -القسم العام، دار الكتاب اللبناني، ص 68.

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

استعمالها حتى ولو كانت محاطة بسيّاح خاص داخل السيّاح أو السور العمومي..."، كما أن المشرع يرى أن ارتكاب السرقة والنهب بقوة كما سبق ذكره في مصطلح هذه الحالة من الفقرة الثانية أنه يعدّ أمراً خطيراً يجعل المجتمع تحت سلطة الأشرار وعصابات السوء، وتسود بذلك شريعة الغاب لذلك أباح الدفاع الشرعي حتّى منه الناس للدفاع عن حقوقهم بدون الشروط التي جاءت بها نظرية الدفاع الشرعي، فأجاز للفرد أن يدافع عن ملكه وملك غيره إذا تحتم الأمر وكذا ضد مرتكبي الجرائم ليلاً أو نهاراً على أن لا يلجأ مباشرة للقتل، غير أن المشرع وفي ذات السياق وضع حداً أدنى للتناسب لمنع المدافع من تجاوز حقه في رد الاعتداء¹.

ثالثاً: طبيعة القرينة القانونية في الدفاع الشرعي الممتاز:

لقد نحى المشرع الجزائري في تحديده لطبيعة القرينة القانونية منحى المشرع الفرنسي فقسم القرينة إلى قاطعة وقرينة بسيطة تفصيلها كالتالي:

أ- **القرينة القاطعة:** هي القرينة التي لا تقبل إثبات العكس على أن الفعل الذي صدر من المدافع ولو بلغ جسامة القتل كان متناسباً مع جسامة الاعتداء، فحملها القضاء الفرنسي بهذا المعنى أيضاً، وثبت هذا القضاء في قضية "جوفرس" M. Jeufosse وتتلخص وقائعها في أن أحد الجيران تسلق سور حديقة السيدة جوفرس لوضع خطاب على نافذة ابنتها، رغم أن السيدة كانت تعلم بغرض هذا الشخص إلا أنها أمرت أحد حراس المسكن بإطلاق النار عليه فأرداه قتيلاً²، مع ذلك فإن القضاء الفرنسي حكم لصالحها وذلك استناداً لنص المادة "329" من ق.ع.ف والذي يقابله نص المادة "40" من ق.ع.ج باستثناء أن القانون الجزائري قد أضاف ما

¹ عبد الله أوهابية، شرح قانون العقوبات الجزائري، (م.س)، ص 140.

² عبد القادر عدوّ، مبادئ قانون العقوبات الجزائري - القسم العام - دار هومة للطباعة، الجزائر، 2010 ص 101.

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

وردت في الفقرة الثانية، وقد سماها المشرع الفرنسي بحالات الدفاع الشرعي الممتازة لأنها تضع المدافع في موضع أقوى مما وضعت فيه المادة "39" ق.ع.ج.¹ .

ب-القرينة البسيطة: هي القرينة التي يجوز فيها للنيابة العامة أو المضرور من فعل الدفاع الدفع بعدم قيام حالة الدفاع الشرعي عن طريق إثبات أن المدافع كان على علم بعدم وجود اعتداء يتهدد نفسه أو نفس الغير، فتكون بذلك القرينة عكس القرينة القاطعة قابلة لنفيها وإثبات عكسها، وهو ما ذهب إليه المشرع الفرنسي عندما تراجع على تحديد طبيعة القرينة وذلك بعد أن أصدرت حكما بمحكمتها في باريس يدين أحد الأشخاص جرح شخصا في مكتبه ليلا، غير أنه كان على موعد مع الجاني، فكانت بذلك القرينة قابلة لإثبات عكسها بخلاف ما ذهبت إليه المادة "329" ، وكل هذا التفصيل لحماية المساكن ليلا، فإذا علم الناس أن لكل شخص الحق في إطلاق النار على أي شخص يدخل بيته ليلا دون إذنه كان هذا وسيلة كافية لردع كل من يحاول التسلل خفية في الليل.²

رابعاً: موقف المشرع الجزائري حول مسألة الإثبات:

مما سبق يمكن القول أن المشرع الجزائري قد سكت على مسألة إثبات الإباحة بصفة عامة والدفاع الشرعي بصفة خاصة، بينما اكتفى بتخصيص المادتين "39" و"40" من قانون العقوبات الجزائري والتي حددت لقواعد العامة للدفاع الشرعي دون التطرق لطرق ووسائل إثباته إن كانت تجب على المتهم أم تكون في شكل دفع موضوعي ، تاركا الأمر في الغالب إلى

¹ سالم نسيم، الدفاع المشروع في التشريع الجزائري، (م.س)، ص 41-42.

² موقع القانون والتعليم، Droit 7bloogsotk.com، الأربعاء، 6 ماي 2015، سا:4:30.

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

السلطة التقديرية للقاضي، بالإضافة إلى اعتماد المشرع على القرينة البسيطة التي تقوم بالأساس على النية بالنسبة لشخص الجاني أكثر من اعتماده على الفعل المرتكب¹.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي و قانون العقوبات الجزائري:

أن يجرد الفعل الإجرامي من هذه الصفة ليصبح مباحا في نظر كل من الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري ويقرّ بأنه لا يرتب أي آثار مدنية ولا جزائية فإنه لأمر جل، لذلك سنتعرف في هذا المطلب على هذه الآثار بالتفصيل هي كالتالي:

الفرع الأول: آثار الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي:

قد يكون الفعل ذاته غير مباح ومجرم ولكن يعترض له ما يخرج من دائرة الإجماع بأن يصبح مباحا، لأن موضوعه ليس محل نهى بل محل إباحة، وذلك إذا كان المجني عليه غير معصوم الدم، فالقتل أمر محرم بمقتضى الشرع والفطرة الإنسانية، ولكم إذا كان منه ما يقتضي إباحتها فله ذلك، وبذلك يتحول الفعل الذي كان أصله حرام إلى مباح بصفة عامة².

اتفق الفقهاء رحمهم الله على إباحة الأفعال التي يقوم بها المعتدى عليه ضد المعتدي، سواء كان المعتدي مكلفا أم غير مكلف إذا التزم بالضوابط الشرعية ولم يتجاوزها³.

¹ دحماني زهرة، نظرية الدفاع الشرعي وتطبيقاته في القانون الجنائي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، ص95.

² أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998، ص391.

³ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج4، ص358.

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

بالإضافة إلى إباحة هدر دم المعتدي¹، وأصل قولهم هو ما ورد في القرآن الكريم والسنة النبوية، منها قوله تعالى: {فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم} [البقرة: 194]، بالإضافة لما رواه البخاري في صحيحه عن سعيد بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "من قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون أهله أو دون دمه أو دون دينه فهو شهيد"²، فدلّ الحديث على إباحة رد الاعتداء ولا ضمان ولا عقاب عليه في حال لم يتجاوز حقه دون شك، لأن النبي صلى الله عليه وسلم علق شرط الشهادة بكونه دفاعاً عن النفس أو المال أو الغير، ولأن الشهادة لا تتال بفعل غير مشروع أساساً³.

أما ما اختلف فيه الفقهاء رحمهم الله هو: هل يجب الضمان في دم المعتدي أم لا غير المكلف كالصبي والمجنون والحيوان؟ أم أنه لا يفرق في ذلك بين المكلف وغير المكلف فهو سواء؟.

تفرقت أقوال الفقهاء في تفصيل هذه المسألة إلى أقوال ثلاثة هي كالتالي:

القول الأول: وبه قال الحنفية حيث قالوا أن المعتدي غير المكلف إذا قتله المعتدى عليه أن يجب عليه الضمان في بهيمة الصائل إذا كانت لغيره لأنه أتلف مال غيره، لإحياء نفسه كالمضطر إلى طعام الغير إذا أكله، ومثل البهيمة غير المكلف كالصبي والمجنون فيضمنهما إذا قتلها⁴.

¹ ابن قدامة، المغني، الرجوع السابق، ج12، ص531.

² محمد ابن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب المظالم - باب من قتل دون ماله -، ج2، رقم الحديث 2348، ص877.

³ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج12، ص529.

⁴ ابن عابدين، حاشية رد المختار، المجرع السابق، ج6، ص106.

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

وكان دليلهم في قولهم هذا هو حديث أبي الساعدي رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه"¹، فدل الحديث على وجوب ضمان حيوان المعتدي إذا قتله لأنه مال هلك بغير طيب نفس، وانتقد هذا القول بقولهم أن القاتل أتلّف هذا المال بفعل مباح فوجب أن يسقط فيه الضمان قياساً على قتل البالغ العاقل².

القول الثاني: قال بهذا القول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، حيث رأى أصحاب هذا القول لا ضمان عليه لا بقاص ولا دية ولا كفارة ولا حتى بقيمة ما أتلّف ولا إثم عليه³.

اعتمدوا في قولهم هذا على آيات كثيرة من القرآن الكريم كقوله تعالى: {وجزاء سيئة سيئةً مثلها} [الشورى: 40]، وبذلك دلت الآية على مشروعية رد العدوان بمثله بصفة عامة فلم تفرق الآية بين المكلف وغير المكلف من إنسان أو حيوان أو مجنون أو عاقل أو كبير أو صغير.....، ويعد فعله مشروعاً فلا يضمن ما ترتب عليه من ضرر للمعتدي، ويعود سبب ذلك إلى استحالة الجمع بين متناقضين الأمر بالدفاع والضمان فلا يصح الجمع⁴، غير أنه وكسابقه تعرض لنقد لأن غير المكلف لا ينسب إليه ظلم فلا يدخل في مضمون هذه الآية، وكان ردهم ما ورد في حديث "من قتل دون ماله فهو شهيد"⁵ فالشهادة كما سبق ذكره لا تنال إلا بفعل مباح وأمر مشروع، وما كان مشروعاً فلا ضمان عليه إضافة إلى أن الحديث ورد بصيغة الإطلاق.

¹ ابن حجر العسقلاني التلخيص الحبير، -كتاب الصلح، ج3، ص101

² أبو العباس شهاب الدين، الفروق، عالم الكتب، ج4، ص185.

³ أبو العباس شهاب الدين، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ج8 ص122.

⁴ ابن قدامة، المغني، الرجوع السابق، ج4، ص195.0

⁵ سبق تخريجه.

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

القول الثالث: قال بهذا الرأي أبو يوسف صاحب أبي حنيفة حيث رأى أن المعتدي إذا كان صبيا أو مجنونا فلا ضمان في قتله أو جرحه إذا أراد بذلك دفع الشر¹.

وفرق بين المعتدي غير المكلف والحيوان فقال إن المعتدي غير المكلف لا ضمان عليه في قتله ولا في جرحه، أما الحيوان فيجب فيه الضمان، ويجب أن يعرض رغم حديث العجماء².

القول الرابع: الذي يمكن قوله أن الذي ذهب إليه جمهور الفقهاء هو الراجح أي أن المعتدي غير المكلف أو المجنون أو الحيوان إذا قتل أو جرح المعتدي عليه لدفع عدوانه فإن دمه هدر فلا يترتب على قتله قصاص ولا دية ولا كفارة وقيمة البهيمة إذا أهلكها، باعتبار أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل للمعتدي عليه حق الدفاع ولو أدى ذلك لقتله، وجعل المقتول في الدفاع شهيدا فكيف يكون شهيدا ينال الأجر العظيم على فعله المشروع حفاظا على إحدى الكليات الخمس إذا قُتل، بينما يكون عليه الضمان إذا قُتل فاجتمع بذلك أمرين متناقضين وهذا ما لا يتفق مع أصول الشريعة³.

الفرع الثاني: آثار الدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري:

إن توافر شروط الدفاع الشرعي تجعل الفعل أمرا مباحا ويستفيد من هذه الإباحة كل من اشترك في فعل الدفاع باعتبار أنه قد شارك في فعل مباح، فالأصل في الدفاع الشرعي أنه ذو

¹ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، المرجع السابق، ج7، ص530-531.

² حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "العجماء جروحها جبار"، فبين النبي صلى الله عليه وسلم في هذا الحديث أن ما تحدثه البهيمة من تلف أو ضرر فهو هدر لا ضمان فيه (البخاري، صحيح البخاري، ص1499).

³ عبد الله بن سليمان، ضوابط الدفاع الشرعي الخاص والآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي، كلية الشريعة وأصول الدين، رسالة ماجستير، جامعة القصيم، ص41.

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

طبيعة موضوعية يتعلق بالواقعة فيمحو عنها الصفة الإجرامية، وعليه فللدفاع الشرعي آثار من الناحية الجزائية والمدنية بالإضافة إلى التعرّيج إلى سلطة المحكمة العليا ورقابتها.

أولاً: آثاره من الجانب الجزائي:

تتص الفقرة الثانية من المادة "39" ق.ع أنه: "لا جريمة.....إذا كان الفعل دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مملوك لشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسباً مع جسامة الاعتداء".

فكلمة "لا جريمة" التي جاءت بها نص المادة جردت من الفعل كل صفة إجرامية مما يجعله مباحاً فلا تسلط على الفاعل أي عقوبة¹، فإذا كان الملف لدى النيابة العامة فإنه يتوجب عليه حفظه كما سبق ذكره بأن لا وجه للمتابعة، وبإصدار أمر بالبراءة إذا كانت القضية لدى جهة الحكم، بالإضافة إلى أنه لا تطبق على الفاعل تدابير الأمن لأن المعني ليس في حالة خطورة²، بالإضافة إلى أن حالة الإباحة تشمل كل من ساهم في فعل الدفاع سواء فاعلاً أو شريكاً له، لأن الإباحة تمتاز بالطابع الموضوعي تضيي صفة المشروعية على كل فعل فيستفيد منها كل من ساهم في إتيانه³.

ثانياً: من الناحية المدنية:

تتعدّم المسؤولية في حالة توفر جميع عناصر، إذ أنه لا يمكن مساءلة الشخص مدنياً ومطالبته بالتعويض عن أي ضرر قد ينتج عن فعل رد الاعتداء الحاصل على نفسه أو غيره أو ماله أو

¹ عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق، ص 141.

² مجلة المحكمة العليا، الغرفة الجزائية، ملف رقم 411831، بتاريخ 2006/07/19، العدد الأول 2006، ص 559.

³ عبد الله أوهابية، شرح قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق، ص 211.

مال غيره، وبتعبير آخر فإن أي فعل صادر عن المدافع في حدود استعمال حقه في الدفاع الشرعي يعد فعلا مباحا ولا وجه للمتابعة المدنية فيه¹.

ثالثا: سلطة المحكمة العليا ورقابة محكمة الموضوع:

1- سلطة المحكمة العليا: تتمتع محكمة الموضوع بسلطة التحقيق توافر حالة الدفاع الشرعي ومدى التزام شروطه، والفصل في كون وجود حالة دفاع شرعي أم لا، بعد أن تقوم المحكمة بتحليل وقائع الدعوة ودراسة ظروفها²، فالدفاع الشرعي يتمتع بالطابع الموضوعي فيرجع تقديره للسلطة التقديرية للقاضي، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قراراتها الصادرة عن الغرفة الجنائية الثانية يوم 10 نوفمبر 1987 الأول الصادر تحت رقم 1005 والثاني الصادر تحت رقم 1023 حيث جاء فيه: "ولما كان المستقر قضاء أن الأحكام والقرارات الصادرة في مواد الجرح لا بد أن تعلل تعليلا كافيا حتى يتبين للمجلس الأعلى مراقبة تطبيق القانون يتعين على قضاة الاستئناف عند تطبيقهم المادة "39" من قانون العقوبات بأن يسووا في قراراتهم توافر شروط حالة الدفاع الشرعي³.

2- رقابة محكمة الموضوع: إن مسألة تقدير العناصر المؤدية للقول بتوافر حالة الدفاع الشرعي من عدمها مسألة موضوعية لا تخضع للرقابة القضائية للمحكمة العليا إلا في حدود تراقب فيها هذه الأخيرة المسائل الموضوعية كالتدليل على توافر الدفاع الشرعي من عدم توفره بأدلة معقولة

¹ رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق، ص 173-174.

² رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري المرجع السابق، ص 174.

³ أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، ص 26.

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

ومستمدة من أوراق الملف، وأن يذكر الحكم مؤداها من غير غموض ولا تناقض من المنطق كأن يكون الفعل مشروعاً مباحاً ويلزم فاعله التعويض مثلاً¹.

المبحث الثالث: تجاوز حدود الدفاع الشرعي وبعض تطبيقاته

تطرقنا في المباحث السابقة إلى شروط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري وطرق إثباته كمدخل قبل التحدث عن تجاوز الدفاع الشرعي الذي سنتمكن من خلاله من معرفة وضعنا القانوني خلال عملية الدفاع .

بمعنى آخر سنتمكن من معرفة بعض الضوابط التي تمنع من انتقالنا من وصف المعتدي عليه إلى وصف المعتدي وبالتالي نكون في حالة دفاع شرعي حسب المادة 39 و40 من قانون العقوبات الجزائري .

وليس في حالة جريمة الضرب والجرح العمدى حسب المواد 264-276 مكرر من ق ع ج وجريمة الضرب والجرح غير العمدى حسب المواد 288-290 من ق ع ج.

هذا بالنسبة للجانب القانوني أما من جانب الفقه الإسلامي فلم يحدد ضوابط معينة وجعلها تقديرية للقاضي ، كما سنورد بعض الاجتهادات القضائية في الفقه الإسلامي وبعض القرارات للمحكمة العليا.

المطلب الأول: تجاوز حدود الدفاع الشرعي

سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف التجاوز وتحديد صوره و الآثار التي تترتب عليه ولكن قبل ذلك يجب أن نفرق بين شروط الخطر و شروط الدفاع وشروط التناسب بصفة وجيزة،

¹ دحماني زهرة، الرجوع السابق، ص129.

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

فإن تخلف شرط من شروط الخطر ينتفي وجود الدفاع الشرعي قانونا و لا يقوم الدفاع الشرعي في واقع الحال¹، و إذا لم يكن الدفاع لازما و لم يكن موجها لمصدر الخطر ينتفي سبب الإباحة قانونا، أما إذا تخلف معيار التناسب بين جسامه الخطر و الدفاع اللازم لردّه، ففي هذه الحالة نكون في حالة تجاوز حدود الدفاع الشرعي².

والفرق بين انتفاء الدفاع الشرعي وتجاوزه هو أن المتجاوز للدفاع الشرعي يستفيد من أحكام المواد 277، 278، 283 من ق ع ج التي تقرر تخفيف العقوبة على المستفيد من الظروف المخففة .

أما إذا تعلق الأمر بانتفاء الدفاع الشرعي فيسأل الشخص عن فعل غير مشروع طبقا للقواعد العامة للمسؤولية الجزائية³.

الفرع الأول: تعريف تجاوز الدفاع الشرعي وصوره

أولا: تعريف تجاوز الدفاع الشرعي

سنتطرق إلي تعريف التجاوز لغة ثم في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات .

1-التعريف اللغوي

¹ سعيد بوعلي و دنيا رشيد، شرح قانون العقوبات الجزائري-القسم العام-، دار بلقيس، الجزائر، ط2، 2016م، ص119.

² محمد نجيب حسني ، مدخل للفقه الجنائي الإسلامي ، ط1، دار النهضة العربية ، 1974م، ص266.
مصطفى إبراهيم الزلمي ، مجموعة الأبحاث القانونية-الدفاع الشرعي الخاص في الشريعة والقانون، دار إحسان للنشر والتوزيع، ط2014، ص1، ص94.

³ سعيد بوعلي و دنيا رشيد، المرجع السابق، ص120.

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

تجاوزَ، تجاوزَ على، تجاوزَ عن، تجاوزَ في، يتجاوز، تجاوزًا، فهو مُتجاوز، والمفعول مُتجاوز
،تجاوزَ الموضوع: جازه، سار فيه وقطعه، سلكه وتركه خلفه ،تجاوز القانون: خالفه، خرج عليه
ولم يتقيد به ،تجاوز سلطاته: تصرف خارج السلطة الممنوحة له، تجاوزَ على القانون: تعدّاه
وخرجَ عليه¹.

2- تعريف التجاوز في الفقه الإسلامي

اتفق الفقهاء على أن معنى تجاوز دفع الصائل هو انتقاء عنصر التناسب بين جسامه
فعل الدفاع وخطر الصيال الذي هدد المصول عليه، وذلك على الرغم من توافر سائر وسائل
شروط دفع الصائل، أي هو استعمال قدر من القوة يزيد على ما كان كافيا لدرء خطر الصيال
وعليه فليس المقصود تخلف شرط من شروط الدفاع الشرعي وإنما تخلف شرط التناسب ذاته².

يقول البكري: (ويدفع الصائل الأخف فالأخف... فإن خالف ضمن بالقود وغيره)³.

يقول الأنصاري: (وفائدة الترتيب المذكور، أنه متى خالف وعدل إلى رتبته، مع إمكان الاكتفاء
بدونها، ضمن)⁴.

ومعيار التناسب في الفقه الإسلامي هو موضوعي وشخصي أي أن الشريعة تعطي اعتبار
للضرر الذي ألحقه المصول عليه بالصائل كإعطائها الاعتبار للظروف المحيطة بالمصول
عليه لحظة الاعتداء .

¹ أحمد مختار عبد الحميد عمر ،معجم اللغة العربية المعاصرة ،عالم الكتب ، 1429 هـ - 2008 م، ج1، ط1، ص420.

عبد العزيز سليمان، تجاوز حق الدفاع الشرعي-دراسة مقارنة-منشورات الحلبي، 2011، ص78.

³ البكري: أبو بكر عثمان بن محمد شطا الدمياطي الشافعي، إعانة الطالبين علي حل ألفاظ فتح المعين، دار الفكر للطباعة والنشر
والتوزيع، ط1، 1418 هـ - 1997 م، ج4، ص173.

⁴ الأنصاري: زكريا بن محمد بن زكريا ، زين الدين أبو يحيى السنيكي ،أسني المطالب في شرح روض الطالب ، دار الكتاب
الإسلامي، ج4، ص167.

3-التعريف القانوني للتجاوز

يعرف التجاوز بأنه تخلف شرط التناسب بين جسامة فعل الدفاع وخطورة الاعتداء الذي كان يهدد المعتدي عليه ،مع وجوب توافر شروط الدفاع الأخرى والالتزام بقيوده¹.

وعليه فإن التجاوز يفترض أن يتعرض المتجاوز لخطر غير مشروع يلحق نفسه أو ماله أو عرضه بارتكاب جريمة من الجرائم التي تبيح فعل الدفاع ،وأن يكون المتجاوز قد التزم بشرط اللزوم ،إلا أنه ارتكب فعلا أكثر جسامة مما تقتضيه خطورة الاعتداء².

من خلال التعريف نجد أن التجاوز يشتمل علي عنصرين عنصر مادي وآخر معنوي :

أ-**العنصر المادي**: يتمثل هذا العنصر في الإضرار بمصلحة المعتدي بقدر يفوق الخطر الذي يهدد المعتدي عليه، وهو يكون كما قلنا عند انتفاء شرط التناسب باستخدام قدر من العنف يزيد علي اللزوم.

ب-**العنصر المعنوي**: يتمثل في حسن النية،و يقصد به عدم تعمد المعتدي عليه إلحاق ضرر يفوق القدر اللازم ،كأن أخطأ في تقدير التوازن في وسيلة الدفاع أو وجهه للغير .

ثانيا :صور تجاوز الدفاع الشرعي

لا يبيح حق الدفاع الشرعي إحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع فكل من تجاوز قصدا منه أو إهمالا حدود حق الدفاع الشرعي أو كان يعتقد أنه في حالة دفاع شرعي وهو ليس كذلك

¹ عبد الله اوهابيه ، شرح قانون العقوبات الجزائري-القسم العام-،موفم للنشر،الجزائر،2015م ،ص224.

² سعيد بوعلي ونديا رشيد،المرجع السابق،ص119.

لا يعفى من العقوبة وإنما يجوز للمحكمة أن تخفف عقوبته وبهذا نستطيع أن نقول أن التجاوز يمكن أن يرتب مسئولية عن جريمة عمدية أو غير عمدية¹ على النحو التالي:

1-التجاوز العمدي:

يقصد به تعمد الشخص في إلحاق ضرر يفوق القدر اللازم لرد الاعتداء وعدم تحقق شرط حسن النية المتطلب في عملية التجاوز².

وبالتالي يتحقق الركن المعنوي للجريمة وهو القصد الجنائي³ إضافة إلى الأركان الأخرى وهو المادي والشرعي فيسأل الشخص عن جريمة تجاوزية⁴، إما تفضي للقتل أو الضرب مثل: شخص تعرض لاعتداء بعضا إلا أنه بدافع الحقد أطلق عليه الرصاص فأرداه قتيلا، علما أنه كان بإمكانه رد الاعتداء بعضا كان يحوزها وهو مدرك لذلك.

ويخضع في ذلك إلى أحكام القواعد العامة لقانون العقوبات حددها المشرع الجزائري في شكل أعدار مخففة هي المواد 277، 278، 279 ق ع ج أي أن المشرع الجزائري لم يفردا بأحكام خاصة متبعا في ذلك القانون الفرنسي. بعكس القانون المصري الذي افردا في المادة 251 ق ع م⁵.

2-التجاوز غير العمدي:

¹ علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات -القسم العام-، منشورات الحلبي الحقوقية، ص452.

² مصطفى الزلمي، المرجع السابق، ص94.

³ رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري-الأحكام العامة للجريمة-، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 1976م، ص 404، سعيد بوعلي و دنيا رشيد، شرح قانون العقوبات الجزائري-القسم العام-، دار بلقيس، الجزائر، ط2، 2016م، ص353.

⁴ عبد العزيز سليمان، تجاوز الدفاع الشرعي، ص416.

⁵ رضا فرج، المرجع السابق، ص176-177.

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

يعني أن المعتدى عليه يرد الاعتداء ولكن يخطأ في ذلك كن يخطأ في تحديد جسامة خطر الاعتداء أو جسامة فعل الدفاع علي نحو غير صحيح، في حين أنه كان قادرا علي التحديد الصحيح له¹. وبذلك ينتفي القصد الجنائي ويتحقق الخطأ الجنائي² وقد حددت المادة 288 ق ع ج الأخطاء الجنائية بصفة عامة ولم تتطرق للتجاوز بصفة خاصة كما ذكرنا سابقا³.

وعليه الشخص يسأل على سبيل الخطأ وليس القصد مثل: لو كان المدافع معرضا لخطر الدهس بدراجة فحاول مسكها إلا أنه صدم طفلا ،وكسر ساقه بسبب إهماله ورعونته.

الفرع الثاني: آثار تجاوز الدفاع الشرعي

سنتطرق إلى ذكر النتائج المترتبة عن التجاوز في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري مع ذكر المسؤولية المترتبة والعقوبة المقررة لها .

أولا: آثار تجاوز الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي

تحدث الفقه الإسلامي عن مسألة تجاوز المدافع في عملية الصيال إلى القتل أو إلحاق ضرر بالنفس بأي شكل من الأشكال يفوق الضرر الذي كان سيلحقه الصائل بالمصول عليه .

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى ثلاث أقوال كما ذكرنا سابقا في المبحث الثاني وسنورد الرأي الراجح في هذه المسألة فقط.

¹ محمد نجيب حسني، مدخل للفقه الجنائي الإسلامي ، دار النهضة العربية ، ط1، 1974، م، ص266.

² لم يتعرض المشرع الجزائري لفكرة الخطأ في القانون كسبب من أسباب انتفاء المسؤولية، وبالتالي يبقى المبدأ القائل بأنه لا يعذر احد بجهل القانون هو القاعدة المعمول بها لاستبعاد أي دفع بالخطأ أو سوء الفهم أو الجهل بوجود النص. انظر، نجيم يجمال، المبادئ العامة لقانون العقوبات الجزائري، دار هومة ،الجزائر، 2016، ص240، رضا فرج، المرجع السابق، ص417-418.

³ عبد الله أواهية ، شرح قانون العقوبات الجزائري -القسم العام-، موفم للنشر، الجزائر، 2015، ص225.

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

يترجح -والله أعلم بالصواب- قول الجمهور القائلين بعدم الضمان لأي صائل سواء كان آدميًا أو غيره، ويؤيده ما ذكره بعض العلماء من أن حديث أبي هريرة جاء في بعض رواياته بعض الزيادات.

يقول المباركفوري: (فرواية قتادة عن النضر بن بشير بن نهيك بلفظ « ولا قصاص ولا دية »، وفي رواية للبيهقي من حديث ابن عمر « ما كان عليك فيه شيء »)¹.

ثم لو لم تثبت هذه الزيادات لكان التعلق بعموم الأحاديث التي تبيح المقاتلة للصائل ، ولم ينص شيء منها على وجوب الضمان كافيًا، ويؤيد القول بعدم الضمان قاعدة « الجواز الشرعي ينافي الضمان »²

وقد ذكر ابن رجب قواعد أخرى تندرج تحت هذه القاعدة منها: «من أتلّف شيئاً لدفع أذاه له لم يضمنه، وإن أتلّفه لدفع أذاه به ضمنه»، وقول ابن رجب: «من أتلّف شيئاً لدفع أذاه له لم يضمنه» مطابق للقاعدة، من حيث عدم ترتب الضمان على ما يجوز فعله شرعاً؛ لأنه - أي الصائل، وما في حكمه - قد اضطرّ المكلف إلى ذلك الإلتلاف، فلذلك لم يضمنه³.

ومما ينبغي الإشارة إليه أيضاً أنه ليس للصائل أن يرد دفاع المصول عليه ثم يحتج بأنه كان يدافع عن نفسه؛ لأنه هو الذي اعتدى فأصبح باعتهائه عرضة لدفاع المصول عليه، فإذا

¹المباركفوري: أبو العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم ، تحفة الأحوزي بشرح جامع الترمذي ، دار الكتب العلمية، بيروت، ج4، ص656.

²لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، تحقيق: نجيب هوايني ، مجلة الأحكام العدلية ، نور محمد، كارخانه تجاريت كتب، آرام باغ، كراتشي م 91 ، ص27.

³ابن رجب: زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلافي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي ، القواعد، دار الكتب العلمية، ص36.

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

اقتضى الدفاع قتل الصائل فقد أصبح دم الصائل هدرا ، إلا أن تزيد أعمال الدفاع عن الحد اللازم لرد العدوان فيعتبر الزائد منها عدوانا وللصائل حينئذ الحق في دفع المصول عليه¹ .

ثانيا :آثار تجاوز حدود الدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري.

ذكرنا سابقا أنه إذا قام شخص² بفعل التجاوز الناتج عن قصد جنائي ترتب على الفاعل مسؤولية جنائية عمدية أما إذا كانت عن خطأ جنائي فترتب عليه مسؤولية غير عمدية ،أما إذا كان التجاوز وليد اضطراب وعدم السيطرة على الإرادة فيتجرد الشخص من العمد والخطأ ويخضع للعدر المخفف للعقاب³.

إلا أن المسؤولية القانونية عدة أنواع منها الإدارية والدولية والمدنية والجنائية⁴ ولكن سنقتصر على مسؤوليتين فقط، المدنية و المسؤولية الجنائية .

1) المسؤولية المدنية وهي: التزام شخص بضمان الضرر الواقع على الغير نتيجة تصرف قام به⁵.

وعليه فالمسؤولية المدنية تتعلق بضمان ما للغير من حقوق مادية ومعنوية نتيجة للضرر الذي ألحقه به ،وعليه فهذا النص يمنع من أي إشكال قانوني متمثل في ازدواجية الخطأين: الخطأ

¹ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي ، دار الكاتب العربي، بيروت، ج2، ص29.

² يشترط في الشخص أن يكون خاليا من موانع قيام المسؤولية :انعدام أهلية المتجاوز، غياب الركن المعنوي انظر سعيد بوعلي ودنيا رشيد، شرح قانون العقوبات الجزائري-القسم العام-، دار بلقيس، الجزائر، ط2، 2016م، ص297. و عبد الرحمن خلفي، القانون الجنائي العام-دراسة مقارنة-، دار بلقيس، الجزائر، 2016م، ص261-273.

³ عبد الله أوهابيه، المرجع السابق، ص447.

⁴ عبد الرحمن خلفي، المرجع السابق، ص254.

⁵ علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، ط2، ص14 وما بعدها.

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

الجنائي والخطأ المدني¹ ، بمعنى أنه حتى ولو برئ المتهم اعتمادا على استعمال حق الدفاع الشرعي فهذا لا يحول دون رفع قضية مدنية مطالبة بالتعويض، ولكن نص المادة 127 ق م ج يحول دون ذلك إذ ينص علي ما يلي :

إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة ،أو خطأ صدر عن المضرور، أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك.

كما يحول نص المادة 128 ق م ج من التعسف في استعمال الحق حيث نصت على ما يلي :
من أحدث ضررا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه ، أو عن ماله ، أو عن نفس الغير أو ماله كان غير مسؤول على ألا يتجاوز في دفاعه القدر الضروري وإلا أصبح ملزما بتعويض يراعي فيه مقتضيات العدالة .

كما نصت المادة 131 ق م ج علي تقدير القاضي لقيمة التعويض :

يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة، فان لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير.

(2) المسؤولية الجنائية: ذلك الأثر والنتيجة القانونية المتخلفة عن ارتكاب الجريمة، والتزام الشخص بتحمل نتائج وتبعات سلوكه الإجرامي الذي ارتكبه بخطأ عمدي أو غير عمدي².

¹ عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزام - الكتاب الثاني - المسؤولية المدنية، مكتبة دار الأمان، الرباط، ط3، 2011م، ص16-18.

² سعيد بوعلي ، ونديا رشيد، المرجع السابق، ص241.

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

وعليه فالمسؤولية الجنائية هي صلاحية الشخص لتحمل الجزاء الجنائي الناشئ عما يرتكبه من جرائم¹.

إذن تحديد المسؤولية يرجع إلى تقدير القاضي أما العقوبة فالمشرع الجزائري لم يفرد لها كما ذكرنا في أحكام خاصة وإنما أوردتها بشكل عام ضمن الأعذار القانونية المخففة

-والتي تتعلق بالشخص الذي تجرد فعله من العمد والخطأ²- والتي تنقسم إلى :

1-أعذار قانونية مخففة عامة³ التي تتمثل في: عذر صغر السن وعذر تجاوز الدفاع الشرعي⁴.

2-أعذار قانونية مخففة خاصة⁵ والتي تتمثل في أعذار متعلقة بجرائم القتل والضرب والجرح و أعذار متعلقة بجريمة الخشاء.

تتضمن الأعذار المتعلقة بجرائم القتل والضرب والجرح ما يلي :

أ-عذر وقوع ضرب شديد من أحد الأشخاص على شخص آخر فيدفعه إلى ارتكاب جريمة القتل أو الضرب أو الجرح على المعتدى عليه المقرر في المادة 277 ق ع ج .

من شروط الأخذ بهذا العذر :

- أن يكون الاعتداء بالضرب، ومن ثم فالسب والتهديد والإهانة لا يصلحون عذرا.

¹ عبد الرحمن خلفي، المرجع السابق، ص255.

² عبد الله أوهابيه، المرجع السابق، ص447.

³ وهي أعذار يتسع نطاقها إلي جميع أنواع الجرائم من جنایات وجنح ومخالفات . انظر عبد الله أوهابيه، ص445. و سعيد بوعلي ودنيا رشيد، ص239.

⁴ عبد الله أوهابيه ، المرجع السابق. سعيد بوعلي ودنيا رشيد ، المرجع السابق، ص239-240.

⁵ هي أعذار قانونية تتعلق بجنایات وجنح معينة يحددها القانون سلفا، فلا تنتج آثارها القانونية الا بالنسبة لما يقرره القانون، وهي أعذار يوردها المشرع مقترنة بجريمة أو جرائم محددة كلما رأي ضرورة لذلك . انظر سعيد بوعلي ودنيا رشيد، ص240.

- أن يكون الضرب شديداً.

- أن يقع الضرب على الأشخاص، ومن ثم فإن تخريب ملك الغير لا يصلح عذراً.

- أن يكون القتل أو الضرب من فعل المعتدي عليه نفسه، ومن ثم لا يجوز التذرع بهذا العذر إذا وقع الضرب على الغير¹.

ب- عذر التسلق أو ثقب أسوار أو تحطيم مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو ملحقاتها أثناء النهار، متى دفعت الفاعل لارتكاب جريمة القتل أو الضرب أو الجرح المقررة في الفقرة الأولى من المادة 278 ق ع ج .

من شروط الأخذ بهذا العذر :

- أن تكون الجنايات أو الجنحة المرتكبة من فعل صاحب الأماكن وليس الغير.

- أن ترتكب جرائم القتل و أعمال العنف الأخرى في اللحظة ذاتها التي يتم فيها مفاجأة المعتدي وهو يتسلق الأسوار أو يحطم الحيطان.

- أن تكون الأماكن المستهدفة بالاعتداء معدة للسكن أو مسكونة أو من ملحقاتها.

- أن يتم الاعتداء في النهار، فإذا حدث ذلك في الليل يخضع الشخص لأحكام م²40.

¹ سعيد بوعلوي ودنيا رشيد، المرجع السابق، ص241. عبد الله أوهابية، المرجع السابق، ص244. رضا فرج، المرجع السابق، ص178.

² سعيد بوعلوي ودنيا رشيد، المرجع السابق، ص241.

عبد الله أوهابية، المرجع السابق، ص245.

رضا فرج، المرجع نفسه، ص179.

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

ج- عذر صفة الزوجية في جريمة القتل أو الضرب أو الجرح المقرر في المادة 279 ق ع ، بالنسبة للزوج الذي يفاجئ زوجه الآخر وشريكه متلبسين بجريمة الزنا، فيرتكب عليهما جريمة القتل أو الضرب أو الجرح.

من شروط الأخذ بهذا العذر :

- أن تكون الجريمة مرتكبة من المضرور ذاته.

- أن يكون الزوج فاجأ بنفسه الزوج الآخر متلبسا دون إخباره عن طريق الغير.

- أن ترتكب الجريمة في اللحظة ذاتها ¹.

نخلص من ذلك إلى القول بأن المشرع الجزائري قد نظم أحكام تجاوز الدفاع سواء الدفاع الشرعي العادي في م 02/39 ق ع ج أو الدفاع الشرعي الممتاز م 01/40 ق ع ج وذلك باعتبارها أعدارا قانونية من أنها تخفيف العقاب على أن تجاوز حدود الدفاع الشرعي ، وذلك بنصوص المواد 277، 278، 279 ق ع ج ².

وعليه يكون الحكم في حالة توفر الدفاع المشروع ببراءة المتهم وليس بالإعفاء من العقوبة ³

أما العقوبات المخففة نتيجة أعمال الأعدار القانونية فقد نظمها المشرع في م 283 ق ع ج:

الحبس من سنة إلى خمس سنوات إذا تعلق الأمر بجناية عقوبتها الإعدام أو السجن المؤبد.

الحبس من ستة أشهر إلى سنتين إذا تعلق الأمر بأية جناية أخرى .

¹ سعيد بوعلي ودنيا رشيد، المرجع السابق، ص 242.

² رضا فرج، المرجع نفسه، ص 179-180.

³ قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة الجزائية ، الصادر ب 2006/07/19، رقم القرار 411831.

الحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر إذا تعلق الأمر بجنحة.

ونستنتج من خلال هذه المادة أنه عند اقتناع القاضي بتوافر هذا العذر تعين عليه ترتيب أثره في تخفيف العقوبة، وليس للمتهم الذي لم يستفد من هذا العذر أن يطلبه أمام المحكمة العليا. وهذا ما قضي به المجلس الأعلى سابقا في قراره¹.

وعليه فإذا احترم الشخص شروط الدفاع الشرعي ولم يكن متعدي أو متجاوزا اعتبر فعله مبررا وليس جريمة حيث جاء في قرار المحكمة العليا: إن توفر شروط الدفاع المشروع ينفي على الواقعة طابعها الإجرامي ومن ثم تمحى الجريمة من الأساس².

المطلب الثالث: بعض تطبيقات الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري.

بعد التطرق لمختلف الجزئيات المتعلقة بالدفاع الشرعي -دفع الصائل- ومحالة الإحاطة بالموضع قدر الإمكان نأتي في هذا المطلب الختامي لعرض بعض تطبيقات الدفاع الشرعي وبما أنا قد بينّا واستشهدنا بمختلف القضايا في الفقه الإسلامي في ما سبق ولعدم تكرارها ستقتصر هنا على بعض تطبيقاته في قانون العقوبات الجزائري وذلك من خلال محاولة تحليل بعض الأحكام القضائية وهي كالتالي:

الفرع الأول: تحليل القضية الأولى

المرحلة التحضيرية :

¹قرار المجلس الأعلى الصادر في 21 أبريل 2021 غير منشور " لا يجوز للمتهم أن يطالب أمام المجلس الأعلى بالاستفادة بعذر الاستفزاز الذي يرجع تقديره إلى السلطة المطلقة لقضاء الموضوع <https://el mouhami.com> مطلع عليه بتاريخ 2020/07/25م.

²قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة الجزائية، 2003/04/29، رقم الملف 306921 المرجع السابق.

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

1- القضية هي قرار صادر عن المحكمة الابتدائية لولاية الطارف بتاريخ 2017/03/06م، حيث أن المدعي "أ" والمدعي "ب" رفع قضية جنحة الضرب والجرح العمدى ومخالفة الضرب والجرح العمدى ضد المدعى عليه ج.

2- الوقائع:

- تعرض المدعى "أ" للضرب من طرف المدعى عليه "ج" بواسطة أنبوب بلاستيكي على مستوى الرأس كما تعرض المدعى عليه "ب" للاستفزاز والضرب من طرف ذات الشخص.

- تعرض المدعى عليه "ج" لطعنة خنجر من طرف المدعى "أ" وللضرب من طرف المدعى "ب" ما استوجب رد الاعتداء بواسطة أنبوب بلاستيكي من طرف المدعى عليه "ج".

3- الإجراءات:

- رفع شكاوى مدنية من طرف المدعين "أ" و "ب" ضد المدعى عليه "ج" بتهمة جنحة الضرب والجرح العمدى ومخالفة الضرب والجرح العمدى.

- إحالة المدعى عليه "ج" على محكمة الجناح بموجب إجراءات المثول الفوري طبقا لأحكام المادتين 339 مكرر، 339 مكرر 1 من قانون الإجراءات الجزائية.

4- الادعاءات:

- اعتمد المدعى "أ" و "ب" على أحكام المادة 266 ق ع ج المتعلقة بجنحة الضرب والجرح العمدى.

- مطالبة المدعين بتعويض مادي عن الضرر الملحق.

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

-اعتمد المدعي عليه "ج" علي نص المادتين 39 و 40 من ق ع ج كونه كان في حالة دفاع شرعي.

5-المشكل القانوني:

ما هي شروط الدفاع الشرعي ؟ و الآثار المترتبة عنه؟

6-الحل القانوني:

قرار المحكمة الابتدائية استند علي أحكام المادتين 266 و 39 و 40 ق ع ج.

7-منطوق القرار:

النطق ببراءة المدعي عليه ج من كل التهم وعدم مطالبته بالتعويض كونها غير مؤسسة قانونا

المرحلة التحريية:

يعد الدفاع الشرعي سببا من أسباب الإباحة حيث تناول هذا القرار قضية جنحة ضرب وجرح عمدي ومخالفة ضرب وجرح عمدي ضد المدعي عليه ج الذي دفع الادعاء كونه في حالة دفاع شرعي أين قام برد الاعتداء بواسطة أنبوب بلاستيكي.

1-اعتبر القرار أن المدعي عليه كان في حالة دفاع شرعي لتوفر كامل شروطه حيث أن:

- فعل الاعتداء كان حالا لان المدعي عليه رد الاعتداء بنفس الوقت ولكون الخطر محقق

-فعل الاعتداء اعتبر غير مشروع معاقب عليه

-فعل الدفاع كان لازما كون المدعي عليه وجد نفسه ملزما لرد الاعتداء

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

-فعل الدفاع متناسب بواسطة أنبوب بلاستيكي في مقابلة خنجر وعصا خشبية، إضافة الي كون الاعتداء صادر عن شخصين .

2-اعتبر القرار أن التعويض عن الضرر غير مؤسس كون الدفاع الشرعي يرفع المسؤولية الجنائية والمدنية وهو ما عبرت عليه المادة 128 ق م ج.

وعليه فان القرار أصاب في تبرئة المتهم .

الفرع الثاني: تحليل القضية الثانية:

1-القضية عبارة عن حكم صادر من مجلس قضاء الشلف رقم الملف 18/00550

رقم الفهرس 01270 / 18 تاريخ القرار 2018/02/20م

المدعي أ ضد المدعي عليه ب بتهمة جنحة الضرب والجرح العمدى.

2- الوقائع:

-تعرض المدعي "أ" للضرب بواسطة عصا خشبية بعد مطالبته بأمواله من طرف المدعي عليه "ب".

-اعتراف المتهم بضربه للمدعي "أ" لكن هذا الأخير هو الذي باشر الاعتداء بعصا خشبية وانتزعها منه لرد الاعتداء .

3-الإجراءات:

-رفع شكوى مدنية ضد المتهم .

-مثول المتهم أمام محكمة الجنج

-طعن المتهم في قرار المحكمة الابتدائية إلي مجلس قضاء الشلف.

4-الادعاءات:

-استناد المدعي عليه علي نص م 264 ق ع ج

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

-المطالبة بتعويض مادي عن الضرر.

-دفع الاتهامات بنص المادتين 39 و 40 ق ع ج

5-المشكل القانوني:

ما هي شروط الدفاع الشرعي؟

6-الحل القانوني:

-بالنسبة لقرار المحكمة اعتمد علي نص المادة 264 ق ع ج .

-بالنسبة للحكم أعاد النظر في أحكام م 39 و 40 ق ع ج.

7-منطوق الحكم:

-القرار إدانة المتهم بعقوبة عامين حبس وغرامة مالية 10.000 د ج

-الحكم خفف العقوبة إلي 3 أشهر وغرامة مالية 10.000 د ج

المرحلة التحريرية:

تناولت هذه القضية جنحة الضرب والجرح العمدى ضد المدعى عليه ب ،حيث ادعى المدعى أ تعرضه للضرب بعصا خشبية سببت عجز يفوق 15 يوم وإغماء لحظة التعرض للضرب وهو ما أكده الشاهد.

أما المدعى عليه فرد بأن المدعى هو الذي باشر الاعتداء بالعصا وانتزعها منه هذا الأخير ورد الاعتداء.

بالنسبة لشروط الدفاع الشرعي متوفرة إذا اعتبرنا أن أقوال المتهم صحيحة حيث أن الاعتداء غير مشروع وحال وفعل الدفاع متناسب ولازم إلا أنه لم يوفق في إثبات الدفاع الشرعي ،وبما أنه غير مسبوق قضائيا فقد استفاد من عقوبة مخففة .

وفي نهاية هذا الفصل نخلص إلي ما يلي :

-تتفق شروط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي مع قانون العقوبات الجزائري حيث يلزم من الاعتداء أن يكون :حالا ويتحقق هذا الأخير كون فعل الاعتداء متوقع حدوثه بوجود قرائن ودلائل علي حدوثه ،وكون فعل الاعتداء مازال مستمرا .

الفصل الثاني: ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

إضافة إلي كون :الفعل غير مشروع وهي الأفعال المنهي عنها وليست الأفعال المبررة.

ويشترط في فعل الدفاع أن يكون : لازما ويقصد به أن يجد الشخص نفسه متحتما لتنفيذ الدفاع بنفسه فلا يمكنه الاستعانة بالسلطات العامة ولا يمكنه الهروب.

ومتناسبا ويقصد به التكافئ وليس التساوي في رد الاعتداء.

-الإثبات

-إذا اختل شرط التناسب في الدفاع الشرعي اعتبر الشخص في حالة تجاوز للدفاع الشرعي فإذا تحري القاضي أن الشخص كان متعمدا في تجاوزه سئل عن جريمة قتل عمدية أما إذا أخطأ في تقدير التناسب في الدفاع سئل عن جريمة قتل غير عمدية ، وإذا ثبت أن الشخص كان في حالة اضطراب ورعونة وعدم تحكم في الإرادة فيتجرد فعله من العمد والخطأ ويخضع للأعذار القانونية المخففة.

خاتمة



خاتمة

في ختام بحثنا هذا نستخلص أن الدفاع الشرعي شرع كسبب يبيح الفعل الاجرامي الذي يمارسه المعتدى عليه ضد المعتدي لحماية نفسه وماله وعرضه ،وهو أمر فطري اتفقت عليه الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية.

بعد استعراضنا لماهية الدفاع الشرعي والضوابط التي تحكمه ،توصلنا من خلال دراستنا لهذا الموضوع إلى أهم النتائج وهي كما يلي:

1. يعد الدفاع الشرعي سبب من أسباب الإباحة باعتباره ظرفا موضوعيا يلحق السلوك الإجرامي ،فتجرده من وصف عدم المشروعية.
2. عرفت نظرية الدفاع الشرعي منذ القدم ففي الفقه الإسلامي عرفت بدفع الصائل، أما القوانين الوضعية فقد اعتبرت النظرية من مبادئ القانون الطبيعي ،ثم تحول إلى حق في العهد الكنسي.
3. يتفق الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري على أن الدفاع الشرعي هو رد بقوة لازمة لاعتداء غير مشروع حالّ أو على وشك الوقوع ، إلا أن الفقه الإسلامي يميز بين الدفاع الشرعي الخاص برد العدوان على النفس والعرض والمال،وهو المرادف للمصطلح القانوني، والدفاع الشرعي العام الذي يقصد به الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ،يختص بالدفاع عن الدين ومبادئ الجماعة ونظامها وقيمها.
4. يختلف الدفاع الشرعي عن حالة الضرورة والإكراه فكل منهم يتميز بخصائص مميزة تختلف عن الآخر.
5. اتفق فقهاء الفقه الإسلامي على كون الدفاع الشرعي عن النفس والعرض واجب لأنهما من المقاصد الضرورية المحفوظة،أما المال فهو جائز كونه مبدول، إضافة إلى سقوط



- مقصد الحفاظ على المال أمام مقصد الحفاظ عن النفس والعرض لأنهما أولى بالحماية، أما فقهاء القانون فاختلفوا في تكييفه بين واجب وحق.
6. لا تقوم حالة الدفاع الشرعي إلا إذا كان الاعتداء غير مشروع وكونه حالاً ، أما الدفاع فلا يعتد به إلا إذا كان لازماً ومتناسباً مع العدوان.
7. ينتفي الدفاع الشرعي إذا تمكن الشخص من الاستعانة بالسلطات العامة أو الجماعة.
8. المعتدى عليه يتحرى التناسب في الدفاع ويقصد به التوازن في وسيلة الدفاع وليس التساوي.
9. لا يعتبر دفاع شرعي ما يقوم به المعتدى عليه بعد انتهاء العدوان ،لأن المقصود من الدفاع الشرعي هو الدفاع وليس الثأر .
10. اتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على أن مسألة الهروب من الدفاع الشرعي مع القدرة عليه من قلة المروءة إضافة إلى تفويت فرصة الدفاع عن حق ممنوح شرعاً ،بالغنى عن الأضرار المادية الملحقه.
11. إثبات الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي يتحقق بالطرق العادية أو الإثبات المدني، أما في القانون الوضعي فالإثبات فيه جنائي ومدني.
12. إذا ثبت أن الشخص في حالة دفاع شرعي تسقط عنه المسؤولية الجنائية.
13. تجاوز حدود الدفاع الشرعي يكون بقصد وعن سوء نية ، أما غير ذلك لا يعتبر الشخص متجاوزاً لحدود الدفاع الشرعي.



كما توصلنا من خلال بحثنا إلى عدة توصيات أهمها:

1. ضرورة تدخل المشرع الجزائري لوضع التعديلات اللازمة و المناسبة على النصوص القانونية المتعلقة بالدفاع الشرعي حيث أن مادتين فقط غير كافيتين .
2. على فقهاء الشريعة الإسلامية بذل جهد واسع في استنباط النظريات وتحريرها وتعديلها وفق المستجدات المواكبة للعصر وعدم الاقتصار على ما هو قديم دون المساس بالمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية ومقاصدها.
3. على القضاء تبني الاعتبار الشخصي وعدم الاقتصار على الاعتبار الموضوعي نظرا لصعوبة الإثبات في هذا الأخير.

هذا ما وفقنا الله تعالى إليه ويسره لنا ،وهو جهد متواضع نسأل الله تعالى أن يتقبله منا،وأن يجعله في ميزان أعمالنا وأن ينفعنا به ،فإن كان صوابا فهو فضل من الله تعالى وإن كان غير ذلك فهو سمة ابن آدم .

نسأل الله تعالى الرحمة والمغفرة، والله المستعان، ولا حول ولا قوة الا بالله .

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .



ملخص البحث:

يعتبر الدفاع الشرعي من أهم المواضيع التي يجب تسليط الضوء عليها وذلك لارتباطها الوثيق ومطابقتها للطبيعة البشرية في رد أي اعتداء يمكن أن يفرض عليها، إذ يعتبر رد فعل من الإنسان لحماية نفسه أو ماله أو الغير بالقوة اللازمة والمشروعة، فهو حق أقره كل من الفقه الإسلامي لقوله تعالى "فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم" البقرة 194، وكذا قانون العقوبات الجزائري في مادتيه 39 و'40' منه، ويعتمد هذا الدفاع على كونه حقا موضعيا كأساس له يبيح لأفراده اقتراف الجريمة استثناء للأصل درء لأي خطر يهدده حالة الضرورة، ليجرد بذلك المدافع و الموصول من أي مساءلة جزائية أو مدنية على أن يتقيد بمجموع الشروط المقرر لهذا الحق من كونه هذا الاعتداء غير مشروع أو أن يكون حالا خاصة ما تعلق باللزوم والتناسب، بالإضافة لكون هذا الاعتداء متعلق بالدفاع عن النفس أو المال أو الغير، فإذا اختلف شرط من هذه الشروط دونما سواه من الشروط تحول بذلك الحق إلى اعتداء وتجاوز فيصبح المدافع معتدي بعد أن كان معتدى عليه ألا وهو شرط التناسب.

legitimate defense is one of the most important topics that should be highlighted its tight connection with human nature in the way of responding to any because of and others by ,their funds ,s reaction to protect themselves'It is a human .assaults s right as it is mentioned on the 'it is everyone ,Moreover .legitimate ways of power you transgress likewise ,whoever transgresses against you.'sprudence islamic juri articles 'and as well in the Algerian penal code ,194surat el baqarah 'against him It .substantive right is the main basis of this defense ,In addition . '40/39number commit crimes as an exception to any dangerous threatening allows people to so the defender will be deprived from civil and or punitive ,situation and this can happen only if they take into consideration all the ,accountability of the previous conditions is not taken into if one ,Finally .conditions of this right this right will be an assault and the defender will be considered as ,consideration . ' condition of proportionality 'ssaulted an aggressor after being an a

المراجع



قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

ملاحق الدليل



السائل : هي عبد الحق بن حمودة رقم 11
** بيان وقائع الدعوى **

حيث أن المتهم **محمد بن حمودة** من طرف النيابة الجمهورية لا ارتكابه بتاريخ 06 مارس 2017 ومنذ زمن لم يعرض عليه أمر التقاضي القانوني بعد بدائرة اختصاص محكمة ومجلسها القضائي، جنحة الضرب والجرح العمدى بالسلاح الأبيض، الفعل الملبوس والمعد عليه بالمادة 266 من قانون العقوبات.

حيث أحيل المتهم على محكمة الجناح بموجب إجراءات المشول القوري طبقاً لأحكام المائتين 339 مكرر 339 مكرر 1 من قانون الإجراءات الجزائية.

وتتلخص وقائع القضية في أنه بتاريخ 2017-03-06 تقدم كل من **محمد بن حمودة** و **محمد بن حمودة** بشكوى إلى مصالح الأمن الحضري الثالث بالنيض ضد المسمى **محمد بن حمودة** من أجل جنحة الضرب والجرح العمدى بسلاح أبيض، وعند سماعها صرح المسمى **محمد بن حمودة** صرح أنه بتاريخ الوقائع تقدم إلى مسكن المشتكى منه للإستفسار منه عن سبب الاعتداء على أخيه **محمد بن حمودة** غير أنه قام بالإعتداء عليه بالضرب بواسطة اللوب بلاستيكي على مستوى الرأس. وعند سماع المسمى **محمد بن حمودة** صرح أنه بتاريخ الوقائع تعرض إلى الإسطار من طرف المشكو منه مشوع بالضرب على مستوى الفم. وعند سماع المشتكى منه **محمد بن حمودة** صرح أنه بتاريخ الوقائع تقدم منه الشاكين رفقة شخصين آخرين وقاموا بالإعتداء عليه بالضرب والجرح بواسطة خنجر وعصا خشبية مرجعا سبب ذلك إلى أنه قام بطرد المسمى **محمد بن حمودة** من الحي بعدما كان يقوم بملاووات خطيرة على متن سيارة.

حيث أن المتهم حضر جلسة المحاكمة، وبعد تأكد المحكمة من هويته، وإعلامه بالتهمة الملاحق بها وتعريفه بالإجراء الذي بموجبه أحيل على المحكمة، واستجوابه اعترف بالتهمة المنسوبة إليه وصرح أنه بتاريخ الوقائع قام الضحية **محمد بن حمودة** والذي كان على متن سيارته بملاووات خطيرة بالحي الذي يقم فيه وعلى إثر ذلك قام بتسجيل رقم السيارة، والاتصال بالشرطة، وبسبب ذلك حضر الضحية **محمد بن حمودة** إلى منزله رفقة شخص ثالث وبعد خروجه حدثت بينهما ملامحات كلامية، على إثرها قام الضحية **محمد بن حمودة** بطعنه بواسطة خنجر على أنحاء متفرقة من جسمه، بينما الضحية **محمد بن حمودة** قام بضربه بواسطة عصا خشبية، أين اضطر للفرار عن نفسه وذلك بضرب الضحية **محمد بن حمودة** على مستوى الرأس بواسطة اللوب بلاستيكي.

حيث أن الضحية **محمد بن حمودة** حضر جلسة المحاكمة وبعد استجوابه صرح أن المتهم اعترض على دخوله إلى الحي وقام بلكمه، وعلى إثر ذلك قام بالاتصال بأخيه أحمد والذي توجه برفقته إلى المتهم للإستفسار عن سبب منعه من دخول الحي.

حيث أن الضحية **محمد بن حمودة** هو الآخر حضر جلسة المحاكمة وبعد استجوابه صرح أنه توجه إلى المتهم من أجل استفساره عن سبب ضربه لأخيه، ومنعه من دخول الحي غير أن المتهم قام بضربه بقضيب حديدي على مستوى الرأس.

حيث أن الشاهد **محمد بن حمودة** حضر جلسة المحاكمة، وبعد تأكد المحكمة من هويته صرح بعد أدائه لليمين القانونية أنه يقطن بنفس الحي حيث وقع الشجار، مضيفا أنه بتاريخ الوقائع سمع صراخا وبعد خروجه شاهد الضحية **محمد بن حمودة** يحمل خنجرا ويقوم بضرب المتهم على أنحاء متفرقة من جسمه، و **محمد بن حمودة** يحمل بيده عصا خشبية ويقوم بضرب المتهم.

حيث أن الضحية **محمد بن حمودة** إلتمس تعويضا قدره 80.000 دج ثمانون ألف دينار جزائري عن الضرر.

حيث أن الضحية **محمد بن حمودة** إلتمس تعويضا قدره 40.000 دج أربعون ألف دينار عن الضرر.

حيث إلتمس ممثل النيابة إدانة المتهم وعقابه بـ 06 سنة أشهر حبسا نافذة و 20 ألف دج غرامة نافذة.

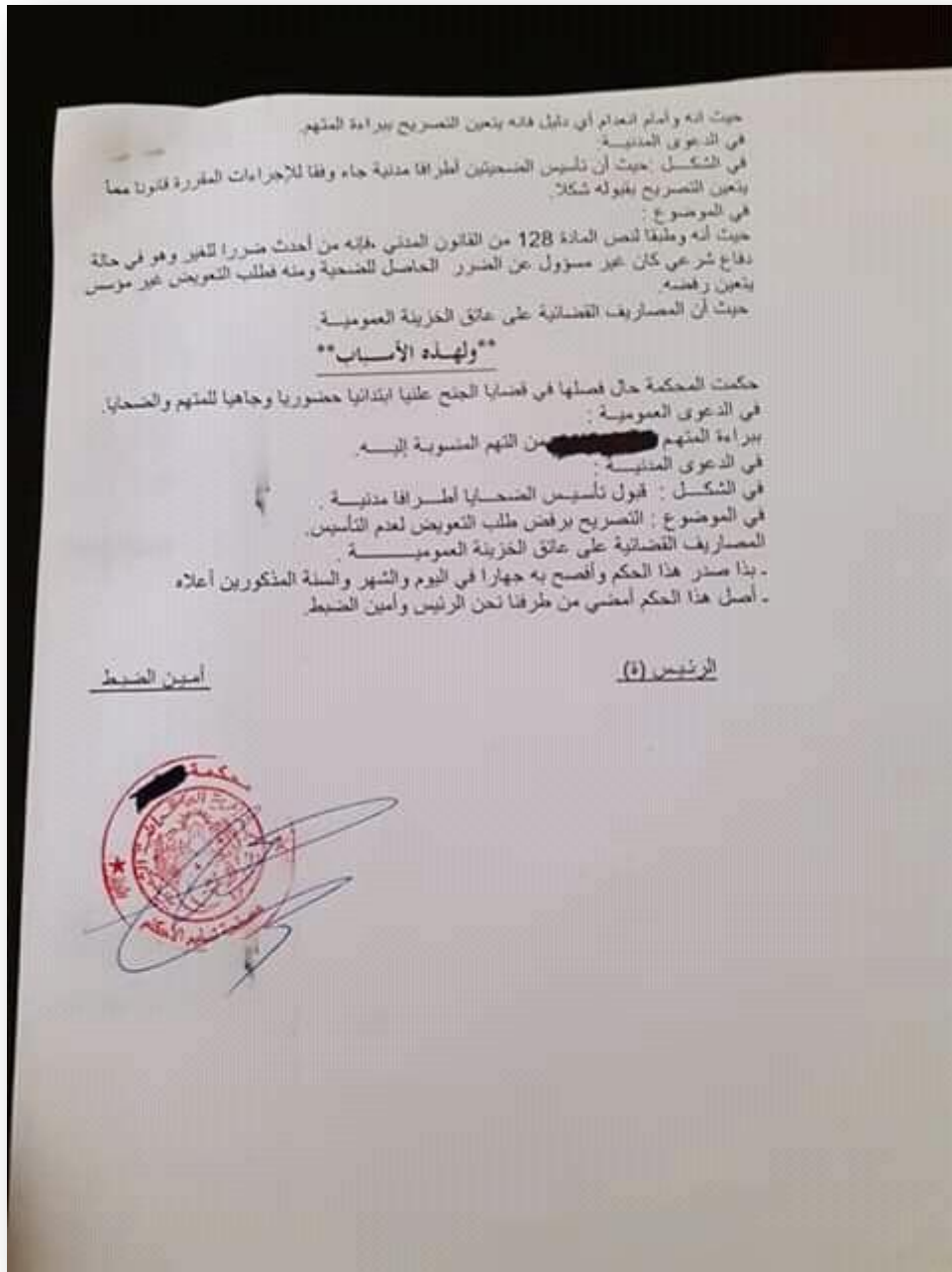
حيث أن دفاع المتهم الأستاذ **محمد بن حمودة** رافع في حق موكله، ودفع بكون أن هذا الأخير



قام بالإعتداء على الضحيتين بعدما قاما بطعنه بسلاح أبيض، بوسريه بواسطة عصا خشبية وهو بذلك في حالة دفاع شرعي عن نفسه مصيفا أن المتهم حدثت منه عجزه من طرف الطبيب الشرعي ب 21 يوم وأنه تعرض لكسر على مستوى المرفق حيث أن الكتلة الأخيرة كانت للمتهم ولم يلمس شيء حيث أن القضية وضعت في النظر لجلسة 2017-03-20 لتتمثل فيها ملغيا للقانون.

****وعليه فإن المحكمة****

- بعد الاطلاع على ملف الدعوى ومرفقاته
- بعد الاطلاع على أحكام قانون الإجراءات الجزائية
- بعد الاطلاع على المواد 40-39-266 من قانون العقوبات
- بعد الاستماع إلى طلبات النيابة العامة
- بعد النظر في القضية وفقا للقانون
في الدعوى العمومية
- عن جنحة الضرب والجرح العمدى
حيث أنه وطبقا لنص المادتين 39-40 من قانون العقوبات فإنه لا جريمة إذا كان الفعل قد دفع إلى الضرورة الحالة للدفاع المشروع، ويقتل ضمن حالة الضرورة للدفاع المشروع الضرب والجرح الذي يرتكب لدفع الاعتداء على حياة الشخص أو سلامته الجسدية .
وحيث أنه تبين للمحكمة أن المتهم قام بالإعتداء على السلامة الجسدية للضحية مجنوبا أحمد بالضرب بواسطة ثوب وهو الفعل المنصوص والمعاقب عليه بالمادة 266 من قانون العقوبات، وهذا ثابت من خلال اعترافه الصريح بخلصة المعاينة، مرجعا سبب ذلك إلى أنه كان في حالة دفاع عن نفسه بعدما تعرض للطمع بواسطة خنجر، والضرب بواسطة عصا خشبية من طرف الضحيتين وهو الشيء الثابت من خلال تصريحات الشاهد ~~بن~~ ~~بن~~ ~~بن~~ الذي حضر جلسة المعاينة وبعد أدائه لليمين القانونية صرح أنه شاهد الضحية ~~بن~~ ~~بن~~ ~~بن~~ يقوم بضربه المتهم بواسطة سيف على أنحاء متفرقة من جسمه، كما شاهد الضحية ~~بن~~ ~~بن~~ ~~بن~~ يقوم بضربه بواسطة خنجر على مستوى القفص والحوض بينما قام شخص ثالث بضربه بواسطة عصا وهو الشيء الذي تأكد من خلال تقرير الطبيب الشرعي الوارد في الشهادة الطبية المؤرخة في 07-2017/03/07 والتي تشير إلى أن المتهم مصاب بكسر على مستوى المرفق، ويجوز على مستوى النزاع الأيسر والكثف وحددت منه عجزه ب 21 يوم .
وحيث أنه ومن خلال المعطيات المشار إليها أعلاه فإن المتهم قام بهذا الفعل وهو في حالة دفاع مشروع وذلك ثابت من خلال :
1- وجود اعتداء حال وغير مشروع على السلامة الجسدية للمتهم وهو ما تأكد من خلال تقرير الطبيب الشرعي الذي أشار إلى وجود اعتداء على السلامة الجسدية للمتهم .
2- أن فعل الضرب الذي قام به المتهم كان لازما لحماية نفسه وجاء في نفس الوقت الذي كان يتعرض فيه إلى الضرب كما جاء متناسبا مع جسامة الاعتداء الواقع عليه من طرف الضحايا حيث أنه وبإدعاء على ما سبق بيانه فإن المحكمة «تبين لها من خلال ما توصلت إليه من المعطيات الواردة في الملف، وبناءا على سلطتها التقديرية للوقائع أن المتهم كان في حالة دفاع شرعي، وبما أنه لا يشكل جريمة في نظر القانون طبقا لنص المادة 39 من قانون العقوبات ونص المادة 364 من قانون الإجراءات الجزائية، مما يتعين التصريح ببراءته .
- عن مخالفة الضرب والجرح العمدى :
حيث تبين للمحكمة من خلال الاطلاع على الملف والمناقشات الحاصلة بالجلسة أن مخالفة الضرب والجرح العمدى المنسوبة للمتهم غير ثابتة في حقه وذلك لعدم وجود أي دليل في الملف يفيد أن المتهم اعتدى على السلامة الجسدية للضحية عن طريق كفه ، لكون أن الضحية صرح أن هذا الفعل تم بينه وبين المتهم ولوحدهما وقبل واقعة الشجار التي وقعت بين المتهم وأخيه الضحية ~~بن~~ ~~بن~~ ~~بن~~ .



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
باسم الشعب الجزائري
قوان جزائري

رقم الملف: 18/00590
رقم التخرج: 18/01270
تاريخ القرار: 18/02/20

ملعون من الضحية في
2018/02/26 بواسطة
مطاعة

التبليغ عند:
صعراوي العبد

طبيعة الجرم:
جثة الطرب و جرح العبد
المؤدى الى جرح لمدة تتجاوز
15 يوما

من جهة ثنية

1. (أ) صعراوي العبد
من مواليد: 1973/10/08 بـ مستوطن
ابن: بن عودة و صعراوي العبدية متزوج بـ: عاتل بوعبي
السكن: حي سي طارق ببلدية الولاء بن عبد القادر ولاية الشلف
بواسطة الأستاذ (أ): لزعر مولوية

من جهة أخرى

1. (أ) صعراوي العبد
من مواليد: 1978/12/11 بـ قرى بوعزة
ابن: محمد و ريموش ثنية متزوج بـ:
السكن: بقعة المختلة ببلدية الحاج ولاية الشلف
بواسطة الأستاذ (أ): عبد السلام حسين

**** بيان وقائع الدعوى ****

- حيث أن محكمة بوقادير أصدرت حكما بتاريخ 2017/12/27 فهرس 17/03593 حضوري
وجاهي ، قضى :
- في الدعوى العمومية :
إدانة المتهم صعراوي العبد بجثة الضحية و الجرح العبد طبقا للمادة 284 من قانون
العقوبات و معاقبته عامين حبسا نافذا و 100,000 دج غرامة نافذة .
- في الدعوى المدنية :
و قبل الفصل في الموضوع تعيين الخبير الطبي الدكتور خالد ياسين لفحص المصحية معوي
لمحمد من جديد و تحديد الأضرار الجنسية اللاحقة به و نسبها .
تحصيل المحكوم عليه بالمصاريف القضائية .

ملعون: 18/00590
رقم: 18/01270

ملعون 1 مر 1



- بعد الإطلاع على قانون الإجراءات الجزائية .
 - بعد الإطلاع على قانون العقوبات وخاصة المواد 39 ، 40 و 264 منه .
 - بعد المداولة وفقا للقانون .
 - في الشكل :
 - حيث أن إستئناف المتهم و النيابة ضده و الضحايا جاء ضمن الأجل و الشروط المنصوص عليها بالمادة 418 من ق ج مما يتعين بقوله شكلا .
 - في الموضوع :
 - في الدعوى العمومية :
 - عن جنحة الضرب و الجرح العمدى :
 - حيث ثبت للمجلس ، من خلال الملف و ما دار بالجلسة و بإعتراف المتهم ، أن المتهم سحرأوي العيد إستعمل سلاح أبيض (عصا) ضد ضربه و جرح الضحية سعوي أحمد على مستوى الأنف اليسرى و الفك الأيسر ، و سبب له عجزا عن العمل لمدة 45 يوما ، كما هو ثابت من الشهادة الطبية المحررة من طرف الطبيب الشرعي الدكتور خالد بلسين في 2017/11/15 ، و بذلك فإن جنحة الضرب و الجرح العمدى طبقا للمادة 264 من قانون العقوبات ، ثابتة في حقه ، مما يتعين تأييد الحكم المستأنف في إدانته بها .
 - عن الدفاع المشروع :
 - حيث أنه طبقا للمادة 39 من القانون العقوبات فإنه لا جريمة ، إذا كان الفعل قد نعتت إليه الضرورة الحائلة للدفاع المشروع عن النفس .
 - و حيث أنه طبقا للمادة 40 من نفس القانون فإنه يدخل في حالات الدفاع المشروع الجرح و الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه .
 - حيث ثبت للمجلس ، أن المتهم سحرأوي العيد هو الذي تبع الضحية و الشاهد على متن سيارته لينخل مع الضحية في الضرب و الجرح المتبادل و بذلك فإن الضرورة الحائلة للدفاع المشروع غير متوفرة في وقائع قضية الحال ، مما يجعل الدفع في غير محله يتعين عدم الأخذ به .
 - حيث أن قاضي أول درجة أصاب في تقدير الوقائع و في تطبيق صحيح القانون و لكن بالغ في تقدير العقوبة ، لأن المتهم غير مسروق قضائيا ، مما يستوجب تأييد الحكم المستأنف مبنيا و حال تعديله خفض عقوبة الحبس المحكوم و الإبقاء على الغرامة المالية كما هي .
 - حيث أن المصاريف القضائية على عاتق المحكوم عليه طبقا للمادة 432 ف 3 من قانون الإجراءات الجزائية .

**** لهذه الأسباب ****

قضسى المجلس حال فصله في قضايا الجرح علانيا نهائيا حضوري وجاهي في : 20-02-2018

في الشكل : قبول إستئناف المتهم و النيابة .
 في الموضوع : في الدعوى العمومية : تأييد الحكم المستأنف مبنيا و حال تعديله خفض عقوبة الحبس المحكوم به إلى ثلاثة (03) أشهر حبس نافذ و الإبقاء على عقوبة الغرامة النافذة .
 - المصاريف القضائية على عاتق المحكوم عليه البالغ قدرها 1800 دج فضلا بالمادة 432 من قانون الإجراءات الجزائية .
 مع الأمر بتحديد الإكراه البدني بحدها الأقصى فضلا بالمادة 600 من قانون الإجراءات الجزائية .
 - وبإثباتنا لذلك أمضى هذا القرار من طرف الرئيس المقرر وأمين الضبط كما يلي .

الرئيس (5) المقرر

أمين الضبط



بعد الإطلاع على ملف القضية وما دار بالجلسة من مناقشات.
 - بعد الإطلاع على التماسات التالية.
 - بعد الإطلاع على قانون الإجراءات الجزائية لأسيما المواد 216، من 326 إلى 380 و 600.
 - بعد الإطلاع على المادة 264 من قانون العقوبات.
 - بعد التفرع في الدعوى قانونا في الدعوى العمومية.
 حيث ثبت للمحكمة أن المتهم صغروي العبد اعترف بالضرب على الضحية بصري أمام
 بواسطة سلاح (مضرب) على مستوى الأذن مسببا له عجزا عن العمل مثله خمسة و أربعين
 (45) يوما حسب ما أثبتته الشهادة الطبية الشرعية المتمثلة بالضحية
 حيث أن أفراد المتهم توجهت للتمارين الرياضية الممنوعة بالضحية
 حيث أن الأفعال السابقة تشكل جنحة الضرب والجرح العمدى المؤدى لعمل عن العمل لمدة
 تتجاوز 15 يوم طبقا للمادة 264 من قانون العقوبات وفي ثلثة الاستدراكات المتهم بداه على
 أساس الأدلة المثبتة.
 أولا: أحرف المتهم خلال جميع مراحل استجوابه بضرره الضحية بمضرب، وأن تعجبه بشلل
 عن نفسه مردود عليه لعدم ثبوت تعرضه بالضرب أولا من قبل الضحية و لتكديده أنه بعد أن
 التزم العضا من يد الضحية بضرره بها عدة مرات، الأمر الذي يجعل من شروط الدفاع
 المشروع غير متوفرة في قضية الحال.
 ثانيا: تحريض الضحية المعوزة بالشهادة الطبية الشرعية المتمثلة له المعوزة بتاريخ
 2017/11/15 من قبل الطبيب الشرعي خالد ياسين تحت رقم 726، و المنسجمة مع الحالة
 الإصفية الواردة بها.
 ثلثا: تحريضات شاهد سعودي حداثي بملسة المتكلمة و تكديده أن المتهم ضرب الضحية بعد
 على مستوى الأذن.
 حيث أن الحال كذلك يتعين إدانة المتهم بارتكابه جنحة الضرب والجرح العمدى المؤدى لعجز
 بعمل لمدة تتجاوز 15 يوم الفعل المنصوص و التعاقب عليه بالمادة 264 فـ 1 من قانون
 العقوبات و معاقبته طبقا للقانون.
 حيث ثبت للمحكمة أن الأمر يتعلق بجنحة من جنح القانون العام، وأن العقوبة المقررة بها 7
 أقل من الحبس لمدة سنة، وطالما أن الوقائع الماثرة لأجلها المتهم تتسم بالخطورة، فإنه يتعين
 اعتماد أمر بإيداع المتهم المؤسسة العقابية بالجلسة طبقا للمادة 358 من قانون الإجراءات
 الجزائية.
 في الدعوى المدنية.
 حيث أن الضحية أعلن تأسيسه كمطرف مدني بالجلسة عن طريق دفاعه مطالبا بتعيين خبير طبي
 لأخصمه.
 في الشكل حيث أن الجرم الحق ضررا شخصيا ومباشرا بالضحية مما يتعين على المحكمة في
 تأسيسه كمطرف مدني بالجلسة شكلا وفقا لنص المواد 2، 3، 239 من قانون الإجراءات
 الجزائية.
 في الموضوع:
 حيث أن طلب دفاع الطرف المدني عر من الضحية على خبير طبي لأخصمه طلب مؤسسين قانون
 لتسليم له المحكمة.
 حيث أن المصاريف القضائية و المقررة بسـ 800 دج رسم التقضية الجماعية بصلها المحكوم عا
 طبقا للمادة 367 من قانون الإجراءات الجزائية.
 حيث أن الشاهد قانونا طبقا للمادة 600 من قانون الإجراءات الجزائية أنه يتعين على المحكمة
 حينما تصدر حكما بعقوبة غرامة أو تقضي بتعويض مدني أو مصاريف أن تحدد مدة الإكراه
 الشفلي.



**** بيان وقائع الدعوى ****

- توبع المتهم مسعراوي العبد عن طرف دولة محكمة بوقدور لتتقدم بارتكابه بتاريخ 2017/11/14 ومما راعى لم يمتد عليه أحد التظلمات بعد بتاريخه اختصاص محكمة بوقدور لتتقدم لمجلس قضاء الشاف جنة الشرف و الجرح المسمى المؤدي لغيره عن العمل لمدة تتجاوز 45 يوم العمل المنصوص و المعاقب عليه بـ 264 من قانون العقوبات.

أحيل المتهم على محكمة الملاح عن طريق إجراءات الشرف المؤدي طبقا للمواد 333، 339 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية.

يستخلص من ملف البحث و التحري أنه بتاريخ 2017/11/15 تقدم التمسعي سعوي استند بشكوى أمام مصلح الشرف المؤدي بولاية بن عبد القادر ضد التمسعي مسعراوي العبد مقدما له بتاريخ 2017/11/14 و لما كان على من سيارته رافعة عده التمسعي سعوي جيلالي تجاوز لم الشككي منه و اعترض طريقهم فزل من سيارته للاستفسار معه إلا أن الشككي منه منه لولا و هذه عصا خشبية و ضربه مباشرة على مستوى أسفل ذكته اليسرى و ذكته، مما شتبه له في خروج بعض من العمل منه 45 يوما.

لدى سماع الشككي منه مخرج أنه بتاريخ الواقع طلب منه هو الشككي التماسي بهم ليمنح له أمواله و لما وصلوا إلى بقعة القشرة الزرقاء توقفوا فالتفتوا لبعضهم البعض إلى الشككي لولا و هذه عصا خشبية و ضربه بها على مستوى الجهة اليسرى لحيته فشتبهت معه و اقتزع العصا منه و ضربه بها على مستوى أسفل ذكته اليسرى و لا يعلم كم ضربه وجهها للشككي.

لدى سماع التمسعي سعوي جيلالي مخرج أنه بتاريخ الواقع و لما كان رافعا على من سيارته الشككي اعترض طريقهم الشككي منه فزل الشككي ليستفسر عن الأمر إلا أن الشككي منه ضرب هذا الأخير بعصا على مستوى أسفل ذكته اليسرى و ذكته و وقعت بهما مشاكست بالأيدي حتى وقع الشككي أرضا.

لدى استجواب المتهم فلول حسن أمام وكيل الجمهورية اعترف بالأفعال المنسوبة إليه و مخرج أنه ضرب الشككي لدفاعا عن نفسه كونه يادر إلى ضربه لولا بواسطة عصا خشبية.

خلال جلسة المحكمة.

استدل المتهم أمام المحكمة و بعد ذلك من هويته و إعاضته عدا بالجمعية المتابع بها لتهذه طبقا للمادة 339 مكرر 6 بأن له الحق في مهنة كمحضر دفاعه فاجاب بأن دفاعه بحاليه مخرجاً أنه بعد أن ضربه الضحية بعصا على مستوى الجهة فك العصا من قبضته و ضربه بها و لا يذري كم من مرة ضربه و أين أصابه بها و كان ذلك دفاعا عن النفس.

حضر الشككية جلسة المحكمة مخرجاً أنه بعد أن ركب السيارة رافعة للشاهد اعترض طريقهم الشككي منه فزل من سيارته للاستفسار معه إلا أن هذا الأخير ضربه مباشرة بعصا على مستوى الأذن.

حضر الشاهد سعوي جيلالي جلسة المحكمة مخرجاً بعد أداء اليمين القانونية أنه بتاريخ الواقع تقدم المتهم منه و طاقه بأسوأ حتى تقدم منه الضحية و طلب منه الذهاب لمعالجة قطعة أرضية و في الطريق اعترض طريقهم المتهم فزل الضحية من السيارة إلا أن المتهم ضربه مباشرة بعصا على مستوى الأذن و أنه لم يخلت من المتهم التماسي بهم ليمنحه أمواله.

رأى دفاع الضحية الأستاذ بورزة الميلود مثمنا تعيين خير طني كمحضر مؤكلا و منعه تسليما قدره 50.000 دج.

التس و وكيل الجمهورية في مراحته إدانة المتهم بما نسب إليه و معاقبته بدعامين حسن نكلا و مدة ألف دينار جزائري غرامة مالية نافذة مع استنار أمر إدراج.

رأى دفاع المتهم الأستاذ عريشان بإتهم بأن المتهم لم تكن ذانية نية ضرب الضحية و لو كان الأمر كذلك لضرب الشاهد لولا و أن المتهم كان في حالة دفاع عن النفس و هو غير مستوفى لعداليا مثمنا إدانة بطرؤف للتلفيف و وقف الدفاع.

منحت الكلمة الأخيرة لمتهم و دفاعه طبقا للمادة 353 من قانون الإجراءات الجزائية و وضعت القضية للسطر بأذن الجلسة لتتعلق فيها بتحكيم الآتي بيانه طبقا للمادتين 355 و 379 من قانون الإجراءات الجزائية.



50

و بتاريخ 2017/12/31 سؤل المتهم إستئنافا في الحكم المذكور أعلاه بموجب شهر الإستئناف رقم 17/02594 ثم التولية بالشهادة رقم 18/00042 في 2018/01/04 حيث جددت التولية العشة ملف القضية أمام المجلس لجلسة 2018/02/20 . حيث تشكلت الوقائع في أنه يوم 2017/11/15 تقدم المدعو سعوي أحمد بشكوى أمام بر أولاد عبد القادر ضد المدعو صحرأوي العيد مفادها أن المشتكى منه قام بضرب الشكلى بالمص على اليد أسفل كتفه اليسرى و الأذن ، سبب له جرحا لمدة 45 يوما . عند سماع المشتكى منه صحرأوي العيد صرح بأن الشكلى هو الذي نزل من السيارة و بيده العصا و ضربه بها على مستوى الجبهة فتشاكك معه و نزعهما منه و ضربه بها . ثم سماع الشاهد سعوي جيلالي (أخ الشكلى) فصرح بأنه كان رفقة أخيه الشكلى على متن السيارة فإعترض طريقهما المشتكى منه و نزل و في يده العصا فضرب بها الشكلى على مستوى الأذن و الأذن ثم تشاكك معه الشكلى بالأيدي إلى أن سقط أرضا .

- أمام المحكمة :

- حيث أن المتهم صحرأوي العيد حضر الجلسة و صرح بأن الضحية ضربه بالعصا على مستوى الجبهة فزعهما منه و ضربه بها دفاعا عن النفس .

- حيث أن الضحية سعوي أحمد حضر الجلسة و صرح بأنه كان رفقة أخيه الشاهد فإعترض طريقهما المتهم و ضربه بالعصا مباشرة على مستوى الأذن .

- حيث أن الشاهد سعوي جيلالي حضر الجلسة و صرح بأنه كان رفقة أخيه الضحية على متن السيارة فإعترض طريقهما المتهم فنزل إليه الضحية فضربه المتهم بالعصا على مستوى الأذن ، و أضاف بأنه لم يطلب من المتهم اللحاق بهما لملعه المال .

- حيث أن دفاع الضحية الأستاذة بوزالة ميلود ، طالب بتعويض مسبق قدره 50.000 دج مع تعيين خبير للمعنى الضحية من جديد .

- حيث أن ممثل النيابة طالب بعقوبة عامين حبسا نافذا و 100.000 دج غرامة نقدية للمتهم مع الإبقاء .

- حيث أن دفاع المتهم الأستاذة حريشان إلهام طالبت بإفادة موكلها بطرؤف التخفيف أمام المجلس .

- حيث أن المتهم صحرأوي العيد حضر الجلسة و صرح بأن الضحية و الشاهد طالبا منه إتباعهم لتسليمه المبلغ المالي الذي يدين به للشاهد و في الطريق نزلا و حاولا ضربه ، ثم ضربه الضحية بالعصا على مستوى الجبهة فزعهما منه و ضربه بها .

- حيث أن الضحية سعوي أحمد حضر الجلسة و صرح بأنه كان رفقة أخيه الشاهد على متن السيارة فإعترض طريقهما المتهم فنزل للإستفسار معه ، وضربه بالعصا مباشرة على مستوى الأذن و الفك ، و أكد بأن العصا ليست له و لم يضرب بها المتهم .

- حيث أن الشاهد سعوي جيلالي حضر الجلسة و صرح (بعد اليمين) بأنه كان رفقة أخيه الضحية على متن السيارة فإعترض طريقهما المتهم فنزل إليه الضحية فضربه المتهم بالعصا على مستوى الأذن فسقط ، و هرب المتهم إلى الجهة المقابلة حتى نقل الضحية إلى المستشفى .

- حيث أن دفاع الضحية الأستاذة لزرعر فوزية ، طالبت بتأييد الحكم .

- حيث أن ممثل النيابة العامة طالب بتأييد الحكم المستأنف .

- حيث أن دفاع المتهم الأستاذ عبد السلام حسين طالبت بإفادة موكله بالبراءة للدفاع الشرعي و إحتياطيا بطرؤف التخفيف .

- حيث وضعت القضية في المناولة بعد حين أين صدر القرار التالي .

**** وعليه فإن المجلس ****

- بعد الإستماع إلى السيد " سعيد شايب " رئيس الغرفة ، في تلاوة تقريره الشفوي .

- بعد الإطلاع على محتوى الملف .

- بعد الإستماع إلى المتهم في تصريحته و أوجه دفاعه و كانت الكلمة الأخيرة له .

- بعد الإستماع إلى الضحية في تصريحته و طلباته .

- بعد الإستماع لطلبات النائب العام .

Cour de cassation

chambre criminelle

Audience publique du 16 février 1967

N° de pourvoi: 66-92071

Publié au bulletin

REJET

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

REJET DU POURVOI DE X... (HENRI), CONTRE UN ARRET, EN DATE DU 9 JUIN 1966, DE LA COUR D'APPEL DE RIOM, QUI, POUR BLESSURES INVOLONTAIRES, L'A CONDAMNE A 300 FRANCS D'AMENDE ET RETENANT SA RESPONSABILITE DANS LA PROPORTION DE 2/3, A VERSER DES DOMMAGES-INTERETS A Y... (PIERRE), PARTIE CIVILE LA COUR, VU LE MEMOIRE PRODUIT;

SUR LES DEUX MOYENS DE CASSATION REUNIS;

LE PREMIER MOYEN PRIS DE LA VIOLATION DES ARTICLES 309 A 311, 319 ET 320, 328, 329 DU CODE PENAL, 485 ET 593 DU CODE DE PROCEDURE PENALE, DEFAUT DE REPOSE A DES CONCLUSIONS, DEFAUT DE MOTIFS ET MANQUE DE BASE LEGALE, "EN CE QUE L'ARRET ATTAQUE A ECARTE LES CONCLUSIONS DU DEMANDEUR TENDANT A FAIRE CONSIDERER QUE LES FAITS REPROCHES A X... DEVAIENT ETRE RETENUS SOUS LA QUALIFICATION DE BLESSURES INVOLONTAIRES;

AU MOTIF QU'IL NE POUVAIT PRETENDRE AVOIR VOLONTAIREMENT FAIT LA BLESSURE POUR JUSTIFIER ENSUITE SON ACTE PAR L'ETAT DE LEGITIME DEFENSE QUI NE RESSORTAIT MEME PAS DE SA PROPRE DECLARATION;

"ALORS QUE L'ARTICLE 328 DU CODE PENAL VISANT SANS EXCLUSIVITE TOUTES LES BLESSURES ET TOUS LES COUPS COMMANDES PAR LA LEGITIME DEFENSE SANS SE REFERER A LEUR CARACTERE VOLONTAIRE OU INVOLONTAIRE, LA COUR, SAISIE DE L'EXCEPTION DE LEGITIME DEFENSE, DEVAIT RECHERCHER MEME DANS LE CAS OU ELLE CONSIDERAIT QUE LES BLESSURES FAITES PAR X... ETAIENT DES

BLESSURES INVOLONTAIRES, SI CETTE EXCEPTION ETAIT OU NON JUSTIFIEE”;

LE SECOND MOYEN PRIS DE LA VIOLATION DES ARTICLES 69, 319 ET 320 DU CODE PENAL, 2 ET 3, 485 ET 593 DU CODE DE PROCEDURE PENALE, 1382 ET SUIVANTS DU CODE CIVIL, CONTRADICTION ET DEFAUT DE MOTIFS, MANQUE DE BASE LEGALE, “EN CE QUE L’ARRET ATTAQUE, BIEN QUE LA COUR ETAIT SAISIE DE CONCLUSIONS EXPRESSES LUI DEMANDANT DE DECIDER QU’IL N’ETAIT PAS ETABLI QUE LA CHUTE DE Y... PROVIENNE DU FAIT DU DEMANDEUR, A CONSIDERE QUE LA BLESSURE CAUSEE A Y... ETAIT LA CONSEQUENCE DE LA CHUTE PROVOQUEE PAR X... ET QUE LES PREMIERS JUGES AVAIENT EXACTEMENT APPRECIE LES FAITS DANS LES MOTIFS QUE LA COUR ADOPTAIT AU SURPLUS EN DECIDANT QUE SI Y... N’AVAIT PAS ETE IVRE, IL NE SERAIT PAS TOMBE SI FACILEMENT ET SE SERAIT MOINS GRIEVEMENT BLESSE, QU’IL N’AURAIT PAS NON PLUS PROVOQUE X..., QUE C’EST NON SEULEMENT LA REACTION DE CELUI-CI MAIS AUSSI L’INSTABILITE PROVOQUEES PAR L’IVRESSE QUI SONT LA CAUSE DE LA GRAVITE DE LA BLESSURE DE Y...;

”ALORS QUE CES MOTIFS N’ETABLISSENT PAS LE LIEN DE CAUSALITE ENTRE LE FAIT REPROCHE A X... ET LA BLESSURE CAUSEE A Y...;

QUE, PAR AILLEURS, IL EXISTE UNE CONTRADICTION A RETENIR X... COMME RESPONSABLE DE LA BLESSURE CAUSEE A Y... ET DE DECLARER QUE CELLE-CI EST LA CONSEQUENCE DE L’IVRESSE DE Y...;

”QU’ENFIN LA COUR, BIEN QUE SAISIE DE CONCLUSIONS TENDANT A FAIRE JUGER QUE LA PREUVE N’ETAIT PAS FAITE QUE LA CHUTE PROVIENNE DU FAIT DE X..., N’Y A PAS REPONDU”;

ATTENDU QUE PAR LES CIRCONSTANCES QU’ILS ENONCENT LES JUGES DU FOND ONT CARACTERISE LES ELEMENTS CONSTITUTIFS DU DELIT DE BLESSURES INVOLONTAIRES REPROCHE AU PREvenu;

QUE DANS CES CONDITIONS, ILS ETAIENT FONDES A REJETER LE FAIT JUSTIFICATIF DE LEGITIME DEFENSE ALLEGUE DANS SES CONCLUSIONS;

QU’EN EFFET, LA LEGITIME DEFENSE EST INCONCILIABLE AVEC LE CARACTERE INVOLONTAIRE DE L’INFRACTION;

QU’IL S’ENSUIT QUE LES MOYENS NE SAURAIENT ETRE ACCUEILLIS;



ET ATTENDU QUE L'ARRET EST REGULIER EN LA FORME;

REJETTE LE POURVOI PRESIDENT : M ZAMBEAUX RAPPORTEUR : M
GRENIER AVOCAT GENERAL : M BARC AVOCAT : M NICOLAY

Publication : Bulletin Criminel Cour de Cassation Chambre criminelle N. 70

Titrages et résumés : HOMICIDE ET BLESSURES INVOLONTAIRES - Faits justificatifs - Légitime défense (non) Ne commet aucune violation de la loi l'arrêt qui rejette comme inconciliable avec le délit de blessures involontaires le fait justificatif de légitime défense.

* LEGITIME DEFENSE - Conditions - Acte volontaire. * LEGITIME DEFENSE -
Domaine d'application - Infraction involontaire (non).