مجلّة الواحات للبحوث والدراسات
ر ت م د: 7163 -1112 ر ت م د إ :2588-1892
https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/2

الدفاع الشرعي بين الفقه الاسلامي والتشريع الوضعي

Legitimate defense between Islamic jurisprudence and positive legislation

محمد بن صدوق

1 جامعة غرداية؛ كلية العلوم الانسانية؛ قسم العلوم الاسلامية،

مخبر: مخبر الجنوب الجزائري للبحث في التاريخ والحضارة الإسلامية

bensadok.mohammed@univ-ghardaia.dz

تاريخ الاستلام: 2020/05/09 تاريخ القبول: 2021/01/22

ملخص:

يتناول البحث موضوع الدفاع الشرعي دراسة مقارنة بين الفقه الجنائي الاسلامي والتشريع الوضعي، حيث عالج مسألة تعرض الفرد للاعتداء سواء كان مادي أو معنوي، ومدى مشروعية دفعه؛ وهو ما يعرف في القوانين الوضعية بالدفاع المشروع أو الدفاع الشرعي، وفي الفقه الاسلامي بدفع الصائل.

فنجد الشريعة الاسلامية سباقة في إباحته وتنظيم أحكامه، إلا أنه وأمام صد الشخص للاعتداء المكفول قانونا لابد عليه ألا يتمادى في الرد حتى لا يخرج عما هو مسموح له قانونا وهو ما أقره المشرع الجزائري من خلال قانون العقوبات والمعبر عنها بحالة التناسب والتلازم بين الاعتداء ورد الاعتداء.

الكلمات الدالة:

الدفاع الشرعي، الفقه الاسلامي، التشريع الوضعي، الدفاع، الاعتداء.

المؤلف المرسل: محمد بن صدوق: bienvenue.dz@gmail.com

Abstract :

This Research Treats The Subject Of Legitimate Defense, It Is A Comparative Study Between Islamic Criminal Jurisprudence And Positive Law, And They Include The Matter Of Whether An The Person Was Physically Or Physically Attacked And The Legality Of His Avoiding In Positive Laws, Wich Was Known As Legitimate Defense, And In Islamic Doctrine By Al- Sael Defensewe Find The Islamic Shariaa Has Been Forerunner To Legalized And Organized Its Provitions

However, In The Face Of The Fact That A Person Is Repulsed By The Legally Guaranteed Attack, He Must Not Continue To Respond So That He Does Not Deviate From What Is Legally Permitted. This Fact Is Approved By The Algerian Legislator Through The Penal Code, Which Is Expressed In The State Of Proportionality And The Correlation Between The Attack And The Response

Key Words:

Legal Defense, Islamic Jurisprudence, Positive Legislation, , Defense, Assault.

1. -مقدمة

أَلِف البشر منذ القدم أنه إذا تعرض الإنسان لأي نوع من الاعتداء ينتصف لنفسه بنفسه، سواء كان الحق المنتهك للفرد أو للجماعة، إلى أن تطورت حياة الناس؛ وبظهور الدولة أصبح الأفراد يتنازلون عن البعض من حقوقهم حفاظا على النظام والآداب العامة، واحتراما لما قررته التشريعات من مبادئ قانونية.

ومن أهم هذه المبادئ القانونية أنه: "لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون"[1]، وهو نفس ما جاءت به تعاليم الشريعة الإسلامية، والتي حرصت من خلالها على حماية وحفظ حريات الأشخاص وحقوقهم.

إلا أنه استثناء من الأصل العام القائم على تجريم الأفعال التي تسبب ضررا عاما أو خاصا، يمنع على أي شخص أن يدافع عن حقه بنفسه في حالة تعرضه للاعتداء ويلزمه رفع دعوى إلى السلطات المختصة، أباح القانون وأقر بعض الأفعال، والتي أصطلح عليها بأسباب الإباحة، نظرا لاختلاف غايتها عن الأفعال غير المشروعة.

إن أهم هذه الأسباب ما يعبر عنه القانون بـ: "الدفاع الشرعي" الناتج عن وقوع اعتداء في ظروف لا تسمح للمعتدى عليه بالإخطار في الوقت المناسب للجهات المختصة، أباح له المشرع الجزائري أن يرد هذا الاعتداء عنه أو عن غيره وفق ما يضبطه الشرع والقانون، بما يتناسب مع فطرة الإنسان، وينسجم مع خصائصها في رد العدوان عن نفسه وعدم قبول الاعتداء عليه، أو على غيره ممن هو قريب منه أو له علاقة به.

يعتبر موضوع "حالة الدفاع الشرعي" ذو نطاق واسع، الأمر الذي يدفعنا من خلال هذه الورقة البحثية لتحديد مجال دراستنا والتي ستتمحور حول "الدفاع الشرعي الخاص"، أو ما يعرف في الفقه الإسلامي بـــ" دفع الصائل". ولا يختلف اثنان على أن أفراد المجتمع المعاصر يتلقون الكثير من الاعتداءات والتي تمس أنفسهم وأموالهم وحتى أعراضهم.

لعل تطور الجرائم وتنوعها جعل هذه الحالة تزداد تعقيدا وتعددا، الأمر الذي صعَّب المهمة على السلطات المعنية لمكافحة هذه الجرائم والحد منها. مع إمكانية اللجوء إلى آلية الدفاع الشرعي باعتبارها من أهم الوسائل التي تقلل تكاليف السياسة العقابية، لأنه أمر طبيعي في الإنسان إذا ما تعرض هو أو غيره لاعتداء ما، أن يرد هذا الاعتداء بتلقائية، لكن في إطار منظم ومقنن حتى يكون فعالا في الإسهام من أجل الإنقاص من ظاهرة الإجرام.

فلو انتظر المجني عليه إخطار السلطات المختصة لوقع الضرر عليه أو تضخم حجمه، وتوسعت دائرته، فمن باب "لا ضرر ولا ضرار"، يدفعه قدر الإمكان وبوجه مشروع دون إفراط ولا تفريط. وفي أغلب الحالات التي يدفع بها المتهمون في جرائم القتل أو الاعتداء بكل صوره من خلال تقديمهم أوجه الدفاع أنهم كانوا أمام حالة دفاع شرعي.

ومن هنا تعرض لنا إشكالية البحث عن الطبيعة القانونية والشرعية للدفاع الشرعي؟

وهو ما سنحاول الإجابة عنه من خلال المنهج المقارن بين التشريعات الوضعية والفقه الإسلامي من جهة، وبين ما جاءت به مختلف التشريعات الوضعية من جهة أخرى.

موضوع الدراسة يوجب علينا الاعتماد على المنهج التحليلي الاستقرائي من خلال تحليل واستقراء مضمون النصوص القانونية المنظمة لحالة الدفاع الشرعي في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة الأخرى.

ومن أهم الدراسات التي وقفنا عليها عند إنجاز هذه الورقة البحثية رسالة ماجستير للأستاذة دحماني زهرة بعنوان "نظرية الدفاع الشرعي وتطبيقاته في القانون الجنائي الجزائري" عام1985م[2].

ورسالة للأستاذ بركاني فرحات المعنونة بالدفاع الشرعي "دفع الصائل" دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والنظم القانونية، عام1998 م[3].

كما نجد رسالة أخرى للأستاذ مسفر رزق الله محمد الزحامي حول "الدفاع الشرعي الخاص "دفع الصائل" المناقشة عام 1996[4].

كذلك رسالة للأستاذ بن عومر الوالي "ضوابط الدفاع الشرعي" عام 2008م[5].

أما عن أهداف البحث فباعتبار ه يقتصر على الدفاع الشرعي الخاص دون غيره، فإن الأهداف المرجوة منه ستكون ضمن هذا النطاق وهي كالتالي:

- تبيان المعنى الصحيح لمفهوم الدفاع الشرعي ومشروعيته وتأصيله من خلال التطرق لمجموع النصوص الشرعية والقانونية.

- توضيح الأحكام المنظمة للدفاع الشرعي من شروط الاعتداء وشروط الدفاع.

- تحديد أوجه الفرق بين حالة الدفاع الشرعي وما يشابهه من حالات.

- ضبط وتحديد حالة تجاوز حدود الدفاع الشرعي وآثاره.

- وضع أوجه الشبه والاختلاف من خلال مقارنة هذه المسائل بين الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية.

إن الأسباب التي دفعت بنا لاختيار موضوع الدفاع الشرعي تتجلى في أن المشرع الجزائري لم يفصل كثيرا في نصي المادة 39 فقرة 2 والمادة 40 من قانون العقوبات.

أين لاحظنا عدم وجود شرح واف لهما، فلجأنا إلى استقراء أقوال فقهاء المذاهب ومقارنتها بما جاء في مراجع القانون المتخصصة، لاستخراج وتحديد المعنى الحقيقي للدفاع الشرعي وتمييزه عما يشابهه، حيث أن ما يحدث في

مجتمعاتنا من جرائم متعددة ومعقدة وإطالة إجراءات القضاء وعدم ردع للمجرمين، كلها أسباب تدفع كثيرا من المعتدى عليهم إلى التحجج بالدفاع الشرعي ويعتبرونه وسيلة لدفع التهمة عنهم، ويجدونه مخرجا وحيدا أحيانا، وضروريا لا مفر منه، فأصبح البحث في طبيعة الدفاع الشرعي يفرض نفسه في واقعنا حماية ووقاية من العدوان، لكن دون تجاوز حدوده كما نص عليه القانون.

وقد قسمنا هذه الورقة البحثية بعد المقدمة إلى محورين، نتناول في الأول ماهية حالة الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي، وفي الثاني ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي.

2. -ماهية حالة الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي:

تختلف المفاهيم في صيغ تعريفها لرد الاعتداء أو دفعه على حسب الاعتبار؛ فيسمى في قانون العقوبات الجزائري وفي أغلب التشريعات المقارنة "الدفاع الشرعي"، ويسمى "دفع الصائل" في الفقه الإسلامي، وهذا ما سنبينه فيما يلي:

1.2. - مفهوم الدفاع الشرعي (دفع الصائل):

يأخذ الدفاع الشرعي معناه من اللغة والاصطلاح، الأمر الذي يجعلنا نتطرق إلى معناه في كل منهما

الفرع الأول - الدفاع الشرعي لغة: يعرف الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي باصطلاح "دفع الصائل"، لذا نعرف كل لفظ لوحده.

أ - الدفاع في اللغة: يطلق على معان منها : الدفاع من دفع: دفع إلى فلان دفعا: انتهى إليه، ويقال: طريق يدفع إلى مكان كذا: ينتهي إليه، وعن الموضع رحل عنه، والشيء: نحاه وأزاله بقوة. ومنه قوله تعالى: (وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَفَسَدَتِ الْأَرْضُ) البقرة251 [6]. ويقال دفعته عني، ودفع عنه الأذى والشر، وإليه الشيء رده[7]. ومن معاني الدفاع : المحاماة، الانتصار والتنحية، ودافع عنه الأذى أبعده ونحاه[8].

وهذه المعاني: المحاماة، الانتصار، الإبعاد والتنحية هي المقصودة في الدفاع الشرعي، لأن المراد بالدفاع الشرعي هو تنحية المعتدي وإزالة العدوان، والانتصار على المعتدي، والمحاماة عن المعتدى عليه[9].

ب - **"الشرعي" في اللغة**: نسبة إلى الشرع، وهو ما كان مطابقا لمقتضيات الشرع[10]. الشرعي: هو حالة ما أصبح شرعيا[11]. وعليه الدفاع الشرعي لغة هو إزالة وتنحية العدوان وفق حدود الشرع سواء كان هذا الشرع ربانيا أو وضعيا، وهذا ما سوف يتم التعرض إليه في الاصطلاح الشرعي والقانوني.

جـ -دفع الصائل في اللغة:

الصائل اسم فاعل من "صال" والمصدر منه "صيال" يقال: صال يصول صولا وصؤلا ومصالة، أي سطا واستطال ووثب، إذا وثب البعير على الإبل يقاتلها، والصؤول من الرجال هو من يضرب الناس ويتطاول عليهم[12]؛ أي المهاجم المعتدي والظالم.

الفرع الثاني - الدفاع الشرعي اصطلاحا: هناك تعريفات كثيرة ومختلفة إلا أنها منتقدة، ومثال ذلك: يعرف الدكتور عبد القادر عودة الدفاع الشرعي على أنه: "واجب الإنسان في حماية نفسه أو نفس غيره، وحقه في حماية ماله أو مال غيره من كل اعتداء غير مشروع بالقوة اللازمة"[13].

ومما يؤاخذ على هذا التعريف أنه لم يذكر الدفاع عن العرض، كما أنه أشار إلى حكم الدفاع وهو الوجوب، فهل إذا لم يقم به المدافع يعتبر مخالفا للشرع يستحق العقاب؟ قد يكون ذلك في مقام الدفاع الشرعي الخاص دون غيره من أنواع الدفاع الشرعي الأخرى، حيث تردد الفقهاء في كونه رخصة أو حقا، ثم ذكر شروطه كالتناسب وعدم مشروعية الاعتداء الأمر الذي جعل التعريف يطول فلا يكون جامعا مانعا.

وعليه اخترنا أقربها وأصحها في نظرنا، وهو كالتالي: "رد بقوة لازمة ومناسبة لاعتداء غير مشروع حال أو على وشك الوقوع"[14].

هذا التعريف أفضل التعريفات، فهو فضلا عن ايجازه شامل لكل أنواع الدفاع وخصائصه، فقد أوضح أن الدفاع لا يقتصر على دفع الخطر الواقع فعلا فقط، بل يشمل أيضا الخطر الوشيك الوقوع[15].

وسبب اختيارنا لهذا التعريف لأنه موجز وقد تكرر في كثير من المراجع، إضافة أنه جامع مانع بعيد عن الإطناب تضمن الشروط والأركان.

الفرع الثالث: تعريف الدفاع الشرعي في اصطلاح القانون: يعرفه عبد الله سليمان بقوله: "هو الحق باستعمال القوة اللازمة لمصلحة المدافع لرد الاعتداء الحال عليه أو على ماله أو على نفس الغير أو ماله "[16].

من خلال هذا التعريف لم يتم ذكر الدفاع عن العرض وهو نفس ما جاء في المادة 39 من قانون العقوبات الجزائري. وكأنه حصر الاعتداء على النفس والمال فقط، أو باعتبار الدفاع عن العرض من ماهية الدفاع عن النفس.

وعرفه آخر بقوله: "استعمال القوة اللازمة لمواجهة خطر اعتداء حال غير محق ولا مثار يهدد بضرر يصيب حقا يحميه القانون".[17]

قوله "خطر اعتداء حال" يكفي بدون إضافة "غير محق" أي غير مشروع لأنه اعتداء ولا حق له، أما قيد: "ولا مثار" معناه: لا يكون المدافع قد استفز خصمه ثم يدعي الدفاع، وقد وُفق في اختيار الشق الأخير من التعريف "يهدد بضرر يصيب حقا يحميه القانون" لخص فيه أي ضرر محتمل.

وما نراه يدعم ما سبق ذكره من التعاريف لو أضفنا قيد الكليات الخمس: "النفس، المال، العرض، العقل والدين" فيصبح على النحو التالي: "رد بقوة لازمة ومناسبة لاعتداء غير مشروع ولا مثار، حال أو على وشك الوقوع على الكليات الخمس، عند تعذر الدفاع بالوسائل الأخرى المشروعة".

2.2. - مشروعية الدفاع الشرعي: دلت على مشروعيته أدلة كثيرة من القرآن والسنة:

الفرع الأول: من القرآن الكريم:

قال تعالى: (فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ). البقرة : 194

وجه الدلالة: أمر الله عز وجل المعتدى عليه أن يرد الاعتداء بمثله ولا يتجاوز فيه وقد جاءت الآية بلفظ الماضي، وهذا دليل على إباحة رد الاعتداء الواقع فعلا أي الذي بدأ ومازال مستمرا، ومن باب أولى رده قبل وقوعه، لأن محاولة الاعتداء تسمى اعتداء في باب دفع الصائل. فالوقاية أولى من حدوث الاعتداء ومن رده باعتداء آخر، إلا أنه يجب أن يكون رد الاعتداء مشروعا ومباحا ولا يكون في حرام أو ممنوع، فمثلا يجوز للزوجة أن تأخذ من مال زوجها خفية عنه إذا كان بخيلا معها، ولا يجوز مثلا رد اعتداء من زُنِيَ بابنته أن يزني بابنة الزاني.

قال تعالى : (وَالَّذِينَ إِذَا أَصَابَهُمُ الْبَغْيُ هُمْ يَنْتَصِرُونَ وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ وَلَمَنِ انْتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُولَئِكَ مَا عَلَيْهِمْ مِنْ سَبِيلٍ) سورة الشورى، الآية41

وجه الدلالة: يصف الله تعالى عباده المؤمنين في هذه الآيات الكريمات بأنهم يرفضون الذل والاعتداء والبغي؛ لذلك هم ينتصرون لأنفسهم لأن المؤمن من طبعه وصفته العزة والشجاعة، فقد مدح الله الذين ينتصرون لأنفسهم ويردون الصائل عليهم، كما بينت الآيات أن رد الفعل يكون مساويا له لا زائدا عليه، فجزاء السيئة سيئة مثلها. والانتصار بعد الظلم، أي من أخذ حقه بنفسه بعد ظلم الظالم له، فليس عليه من مؤاخذة، وهذه الآية عامة في الترغيب إلى رد السيئة والظلم، ولكن بالمثل والقدر اللازم والمناسب أي جواز الدفاع الشرعي.

الفرع الثاني: من السنة النبوية:

-ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال: فلا تعطه مالك، قال: أرأيت إن قاتلني؟ قال: "قاتله، قال: أرأيت إن قتلني؟ قال: فأنت شهيد، قال: أرأيت إن قتلته؟ قال: هو في النار" [18].

وجه الدلالة: الحديث صريح الدلالة أن دفع الصائل مشروع ومن قتل مدافعا عن نفسه فهو شهيد، وأن دم الصائل هدر متى كان بغير حق. ودل على وجوب الدفاع عن النفس والمال بأقل ما يندفع به المعتدي.

-ما رواه أبو داود بسنده عن سعيد بن زيد رضي الله عنه 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"[19].

في هذا الحديث الشريف وصف المدافع بالشهيد سواء عن الدين أو عن النفس التي عبر عنها بدمه أو عن المال و العرض بقوله "دون أهله".

وهو يشمل أربع ضرورات: أما العقل فلا شك أنه جزء من النفس سواء كان محله القلب أو المخ: فلم يذكر النبي صلى الله عليه وسلم العقل لأنه مناط التكليف وعليه تقوم الكليات الخمس.

ولزيادة تأصيل مسألة الدفاع الشرعي وبيان ماهيته من حيث أركانه وشروط كل ركن نعالج ذلك فيما يأتي بيانه.

3.2. -أنواع الدفاع الشرعي وأوجه الاختلاف بينها:

إذا كان الدفاع الشرعي من أهم أسباب الإباحة فإنه يشابه حالات أخرى نظرا لما ينتج عنه من سقوط للمسؤولية الجنائية، وبالتالي امتناع العقاب سواء في الفقه الإسلامي أو القوانين الوضعية.

الفرع الأول: أنواع الدفاع الشرعي: تتمثل في ثلاثة أنواع وهي كما يلي:

أ -الدفاع الشرعي الخاص أو ما يعرف بدفع الصائل، ويشمل الدفاع عن النفس أو المال أو العرض أو نفس الغير وعرضه وماله. فإذا أطلقت عبارة الدفاع الشرعي فإن المراد بها "دفع الصائل"، أو "الدفاع الشرعي الخاص". ويوجد من قال أنه يشمل الدفاع عن النفس وما عداها يدخل ضمن النفس مثل المال أو العرض.

ب -الدفاع الشرعي العام: ويسمى "بدفع المنكر" ويقصد بذلك الدفاع عن حقوق الله تعالى ضد كل منكر يقع في المجتمع الإسلامي[20]. التي يوجد فيها انتهاك لحرمة الشرع وتعدٍ لحدوده، أو مس بحق الجماعة وذلك بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهو واجب كفائي.

موضوع دفع الصائل هو اعتداء على الإنسان في نفسه أو عرضه أو ماله، أما دفع المنكر فمحله منكر أو فساد؛ أو بمعنى آخر اعتداء على حقوق الجماعة وأمنها ونظامها؛ لأنه دفاع عن صالح الجماعة[21]. وهذا ما عرفته التشريعات الوضعية حديثا بحق الأفراد في القبض على المجرم عند توفر حالات التلبس كحل إجرائي لمنع الجريمة. وقد يكون دفع المنكر بالقول وهو النهي عن المنكر وقد يكون بالفعل وهو تغيير المنكر.

جـ -الدفاع الشرعي الدولي: الدفاع الشرعي الدولي كالمعاملة بالمثل، يمارس وقت السلم كما يمارس وقت الحرب، إلا أنه تعددت وجهات النظر في بيان التفرقة بينهما: فرأى بعضهم أن المعاملة بالمثل تتميز عن الدفاع الشرعي بأنها تقوم على خطأ دولي وقع، بينما الدفاع الشرعي يكفي فيه التهديد بالأذى.

. وأنها تتضمن الحق في إصلاح الضرر، بينما الدفاع الشرعي لا يتضمن مثل هذا الحق. وكذلك المعاملة بالمثل تهدف إلى عقاب المخالف بينما الدفاع الشرعي يهدف إلى دفع العدوان. طبيعة المخالفة الأولى في المعاملة بالمثل تتجسد في سلوك وقع وانتهى بينما تتجسد في الدفاع الشرعي في سلوك قائم بالفعل،

والهدف من الإجراء في المعاملة بالمثل هو الرد بالمثل، بينما الدفاع الشرعي هو دفع غزو حال أو وشيك لحقوق الدولة[22].

وقد يرد الدفاع الشرعي الدولي بمعنى الدفاع الشرعي الوقائي أو الاستباقي، في القانون الدولي المعاصر يذهب اتجاه الفقه إلى إباحة استباق ضرب العدو للوقاية من اعتداء وشيك سيقوم به، ويكون ذلك ضد عدوان يوشك أن يحل[23].

الفرع الثاني: تمييز حالة الدفاع الشرعي عن باقي الحالات المشابهة له

أ - تمييز الدفاع الشرعي عن حالة الضرورة: قد تصعب التفرقة بين حالة الضرورة والدفاع الشرعي، إذا ما اعتبرنا هذا الأخير "دفاع ضرورة"، كما ورد ذلك بنص المادة 39 فقرة 2 من قانون العقوبات الجزائري التي كيفت الدفاع الشرعي بأنه "ضرورة حالة" أو أنه حالة خاصة من حالة الضرورة[24].

- الخطر في الدفاع الشرعي يرجع غالبا إلى إنسان معتد، بينما في حالة الضرورة سببه ظروف طبيعية[25].

-الدفاع الشرعي سبب من أسباب الإباحة، وهذا يعني وصف فعل المدافع بأنه مشروع، بخلاف الضرورة فهي مانع من المسؤولية، ومقتضى ذلك وصف فعل من يوجد في حالة الضرورة بأنه غير مشروع، وإن امتنعت مسؤوليته الجنائية تبقى المسؤولية المدنية قائمة.

-الضرورة الملجئة لا تعفي من الضمان، وإن أعفت من العقاب، بخلاف الدفاع الشرعي، فإنه يعفي من الضمان.[26] لأنه يعتبر من الشروط الموضوعية لعدم المساءلة جنائيا.

الفرق بين الدفاع الشرعي وحالة الضرورة هو مصدر الخطر، فهو في حالة الدفاع فعل غير مشروع، وفي حالة الضرورة قوة طبيعية في الغالب، فالجريمة تقع على شخص بريء في حالة الضرورة، وتقع على شخص معتد في حالة الدفاع الشرعي.

ب - تمييز الدفاع الشرعي عن الإكراه: يختلف الدفاع الشرعي عن الإكراه من عدة وجوه منها:

-المدافع في الدفاع الشرعي يرتكب فعل الدفاع دفعا لخطر حال أو على وشك الوقوع من المعتدي، أما المضطر فإنه يرتكب الفعل خوفا من وقوع الأمر

الذي هدد به المكره، والذي يحمله على أن يرتكب الفعل المطلوب منه كي يتفادى الخطر المهدد به[27].

-الدفاع الشرعي من أسباب الإباحة، بينما الإكراه من موانع المسؤولية الجنائية، ومنه ينعدم الركن القانوني للجريمة بالنسبة للدفاع الشرعي أي يزول وصف التجريم، ويبقى في الإكراه.

-الإكراه عند فقهاء الشريعة هو حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه، فيكون معدما للرضا، والاختيار هو ترجيح فعل الشيء على تركه، والرضا هو ارتياح الشخص إلى فعل الشيء والرغبة به.

-والإكراه عند فقهاء القانون هو حمل الغير على إتيان ما يعد جريمة، سواء تمثل ذلك في صورة امتناع أو فعل، وهو نوعان مادي ومعنوي، فالمادي يقع في الغالب على جسم الغير ويعطل دائما إرادته.[28]

وبعد أن وضحنا النظم المشابهة للدفاع الشرعي ينبغي أن نبين ضوابط الدفاع الشرعي فيما يلي.

3. - ضوابط الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي

يشترط في الدفاع الشرعي أن يكون الاعتداء غير مشروع، حالا أو وشيك الوقوع، وأن يكون محله على النفس أو المال أو العرض، وتبعا لتوفر هذا الشرط يباح للمعتدى عليه رد هذا الاعتداء، ومع هذا ينبغي أن يتقيد في رده ودفاعه عن نفسه بضوابط نوردها في الآتي:

1.3. - ضوابط الاعتداء

الفرع الأول - عدم مشروعية الاعتداء:

أ. موقف الفقه الإسلامي: لكي يكون المعتدى عليه في حالة دفاع شرعي، يشترط أن يكون الفعل الواقع غير مشروع ويقصد به الاعتداء على النفس أو المال أو العرض بقصد الإيذاء أو الضرر؛ لقوله تعالى: (فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ) البقرة:194. اتفق الفقهاء على جواز دفع الاعتداء سواء كان المعتدي مسؤولا جنائيا أم غير مسؤول جنائيا كالصبي والمجنون واختلفوا في ضمان دم المعتدي غير المسؤول جنائيا [29].

ولا يُتصوَّر أن يدافع المعتدي على المعتدى عليه الذي يمارس حقه في الدفاع الشرعي، فلا دفاع شرعي ضد دفاع شرعي؛ قد يسمى دفاعا حكما، ولكن الواقع أنه سيرد على نفسه هو أيضا (المعتدي)، ولكن قصده غالبا مواصلة الاعتداء، أو إجبار المعتدى عليه للرضوخ إلى اعتدائه، فهي مدافعة مشتركة بين الجانبين، إحداهما يحكم لها أنها دفاع شرعي والأخرى لا تكون كذلك.

إذا قام المكلف بما تبيحه الشريعة له، فإن عمله هذا لا يعتبر عملا غير مشروع، وبالتالي لا يخول لمن يوجه إليه الرد عليه ومقاومته لأنه بذلك يرد على من هو بصدد أداء واجب أو استعمال حق[30].

ب. موقف الفقه القانوني: لا يقوم الدفاع الشرعي بأي حال من الأحوال، إلا إذا كان لرد اعتداء غير مشروع ومجرَّم قانونا، يمس حياة الشخص أو سلامته أو سلامة غيره، بمعنى أن يكون المدافع مهددا بفعل يعد جريمة في القانون[31].

لكن يجب التنبيه هنا على أن كون الفعل غير المشروع يعني أن الخطر المشروع والمباح قانونا لا يجوز الدفاع ضده.

ومن أمثلة ذلك حق تأديب أحد الآباء للولد، والزوج لزوجته، ومباشرة الطبيب لعمله، وحق ممارسة الألعاب الرياضية القتالية كالملاكمة، وأداء مأموري الضبط لواجبهم، وغيرها من أسباب الإباحة المفصلة في قانون العقوبات؛ لكن تبقى تخضع لأحكام وشروط خاصة.

كما أن العبرة بوصف الفعل، لا بمسؤولية الفاعل: فإذا كان القانون يشترط لقيام حالة الدفاع الشرعي أن يكون الاعتداء بفعل يعد جريمة، فإن هذا لا يعني أن يكون مرتكب الفعل مسؤولا جنائيا، إذ يجوز الدفاع الشرعي ضد الصغير دون السابعة والمجنون والمكره، طالما أن الفعل المهدد به يشكل جريمة في حد ذاته.[32]

كما يجب التنبيه على أن الخطر المباح المذكور أعلاه لا يعني إباحة التجاوز فيه، فإذا تجاوز الأب أو الزوج أو المعلم او الطبيب أو مأموري الضبط؛ فإن الزائد يعتبر عدوانا، ويكون مضمونا بقصاص أو دية أو قيمة، ويكون لمن وقع عليه الحق في دفعه لأنه عدوان[33].

الفرع الثاني. -حلول خطر الاعتداء:

أ. **موقف الفقه الاسلامي:** يشترط فقهاء الشريعة لتبرير حالة الدفاع الشرعي أن يكون خطر الاعتداء حالا، بحيث لا يتمكن المصول عليه من طلب الغوث والنجدة، فإذا لم يكن الخطر حالا كأن يكون الصائل لا يستطيع إلحاق الأذى بالمصول عليه في الحال؛ فإن الفعل الذي يأتيه المدافع في مثل هذه الحالة لا يكون من قبيل الدفاع الشرعي، إنما هو اعتداء غير مشروع؛ كما لا يمكنه الدفاع بعد انتهاء العدوان؛ لأن المقصود من الدفاع الشرعي هو الدفع وليس الانتقام[34].

ومثال ذلك قوله تعالى ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ البقرة 194، ومحل الشاهد هنا أن الله عز وجل شرع رد الاعتداء ولكن بالمثل فإن زيد فيه كان ذلك محرما وغير مشروع.

ب. **موقف الفقه القانوني:** يعتبر الخطر حالا إذا كانت الجريمة المهدد بها في مجرى سريانها، أو كانت عند البدء في تنفيذها، أو كانت في المرحلة التحضيرية السابقة مباشرة على ارتكابها.

وعلى ذلك يتخذ الخطر الحال إحدى الصورتين:

. صورة الاعتداء الذي لم يبدأ بعد، ولكنه على وشك الوقوع؛ ويطلق على هذه الصورة حالة الخطر الوشيك.

. والثانية صورة الخطر الذي بدأ فعلا ولكنه لم ينته بعد.

وفي هاتين الصورتين يجوز الدفاع الشرعي[35]؛ فإذا انتهى الاعتداء وانتفى الخطر فلا يكون حالا؛ فمثلا: لو انتهى السارق من سرقته وهرب، أو ضرب المعتدي شخصا وهرب فالاعتداء بدأ وانتهى فليس حالا، فالحالتان لا تعتبران دفاع شرعي، لعدم توفر شروط الاعتداء.

وقد وضعت المادة: 247 من قانون العقوبات السعودي ضابطا للخطر الحال عندما قالت: أنه (ليس لهذا الحق وجود متى كان من الممكن الركون في الوقت المناسب إلى الاحتماء برجال السلطة العمومية) فكلما كان الاحتماء بهم ممكنا لدفع خطر الجريمة كلما انتفى حق الدفاع الشرعي عنها[36].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري. كغيره من التشريعات العربية. اشترط هو الآخر أن يكون خطر الاعتداء حالا لقيام الدفاع الشرعي، وذلك من خلال ما

نصت عليه المادة 39 فقرة 2 من قانون العقوبات الجزائري: (...إذا كان الفعل قد دعت إليه الضرورة الحالة للدفاع الشرعي عن النفس...).

وينتفي الحق في الدفاع الشرعي لانتهاء الخطر المبيح له، فلو كان الفعل قد تم جريمة متكاملة الأركان؛ فلا عبرة في قيام الدفاع بوجود الخطر حالا أو كونه وشيك الوقوع، فإن كان الخطر قد انتهى بسبب ما فإن الحق في الدفاع يزول لأن الدفاع الشرعي شُرِّع لدرء الخطر أو إنهائه قبل تمامه وليس لمعاقبة الجاني من قبل المجني عليه.[37]

الفرع الثالث. - محل الاعتداء.

أ. في الفقه الإسلامي: الاعتداء على النفس: هناك آيات كثيرة تبيح الدفاع عن النفس ضد من يعتدي عليها ومنها قوله تعالى: (فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ) البقرة 194، ووجه الدلالة أن الله عز وجل "أمر المعتدى عليه أن يرد الاعتداء بمثله ولا يتجاوز، وقد جاءت الآية بلفظ الماضي هذا إن دل على شيء إنما يدل على إباحة رد الاعتداء الواقع فعلا؛ أي الذي بدأ ومازال مستمرا، ومن باب أولى تدل الآية على إباحة رد خطر الاعتداء قبل وقوعه، لأن محاولة الاعتداء تسمى اعتداء في باب دفع الصائل، ولأنه يقي من خطر الاعتداء الواقع فعلا أو الذي سيقع."[38]

أما من الحديث الشريف ما رواه سعيد بن زيد رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (ومن قتل دون دمه فهو شهيد)؛ فهنا يبين رسول الله صلى الله عليه وسلم أن من قتل دفاعا عن نفسه فهو شهيد فدل ذلك على مشروعية الدفاع الشرعي عن النفس.

والاعتداء على النفس يتخذ صورا متعددة أشدها وأقصاها الاعتداء بالقتل، وقد يكون الاعتداء أو التهديد به دون ذلك في الشدة والخطورة، لكن مع هذا يشكل مساسا بسلامة الجسم كالجرح والضرب، وقد يكون بإيذاء خفيف كشد الشعر وسد الثغر وجذب الأذن أو غيره.[39]

- الاعتداء على العرض: اتفق الفقهاء المسلمون على وجوب الدفاع عن العرض؛ لأنه لا مجال لإباحته أو الترخيص فيه؛ فإذا أراد فاسق الاعتداء على عرض امرأة مسلمة وجب عليها أن تدفعه عن نفسها إن أمكنها ذلك، ولو أدى هذا الدفع إلى إزهاق روح المعتدي إن تعين القتل سبيلا للدفع، لأن التمكين منها

محرم؛ وكذلك الشأن في كل إنسان يعتدى عليه -رجلا كان أم امرأة - في عرضه أو محارمه أو عرض غيره، فيجب عليه أن يدفع المعتدي ولو بالضرب أو الجرح أو القتل حسب ما يقتضيه الأمر. ذلك لأن الأعراض تعتبر من حرمات الله عز وجل في الأرض؛ وقد استدل فقهاء الإسلام على وجوب الدفاع عن العرض بأدلة كثيرة منها قوله صلى الله عليه وسلم (من قتل دون أهله فهو شهيد)[40].

- الاعتداء على المال: كفلت الشريعة الإسلامية للمال الحماية من الاعتداء ومن هذه الحماية قوله تعالى (وَالسّارِقُ وَالسّارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا جزاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ) المائدة:38، ومصدر جواز الدفاع الشرعي قوله صلى الله عليه وسلم (ومن قتل دون ماله فهو شهيد)، وهذا يدل على أن فعل الدفاع هو حق وواجب للمدافع، وهذا يتناسب مع رأي الجمهور القائل بوجوب الدفاع عن المال .

ب.موقف الفقه القانوني: من خلال استقراء نص المادتين 39 و 40 من قانون العقوبات الجزائري حيث تنص الفقرة 2 من المادة 39 على ما يلي "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 جسامة الاعتداء" ونص المادة 40 من نفس القانون: "يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع المشروع:

-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 بالقوة".[41]

نجد أن المادتين شاملتين للدفاع عن النفس وعن المال صراحة.

المشرع الجزائري من خلال المادتين مرة يستعمل مصطلح "النفس" ومرة أخرى "حياة الشخص أو سلامته"، وعليه يُقترَح تعديل المادتين بتوحيد المصطلح "حياة الشخص أو سلامته" لأنها أعم وأنسب. كما يجب عليه تحديد مجال "الليل" الذي عرفه أنه يبدأ من الثامنة ليلا إلى الخامسة صباحا، مع العلم أنه يتغير حسب الفصول ومنه يجب أن يقال يبدأ من غروب الشمس إلى طلوعها[42].

لكن إذا ما جئنا إلى موضوع العرض نجد أن المشرع الجزائري شابه المشرع الفرنسي؛ إذ أعفى زوج من ترتكب الفاحشة من العقاب إذا ما دفعها هي ومن يزني معها، وأدى الدفاع إلى قتل أحدهما أو قتلهما؛ مع ما في موقفه من خطر على حياته، إذ يمكن أن يقتلاه ودفاعه لهما عن نفسه و عرضه، ويدفعا بكونهما في حالة دفاع؛ ثم إن هذا العذر للزوج فقط [43] .

جريمة الزنا من الجرائم المقيدة برفع شكوى من الطرف المتضرر وهنا الزوج هو المتضرر، أي مادام لم يرفع شكوى ضد الزاني يبقى الشريك في الزنا غير مجرَّم. لأنه يرتكب الزنا بموافقة زوجة المتضرر، وقد يلجأ الزوج إلى الدفاع عن عرضه بقتل الزاني، فيدافع هذا الزاني عن نفسه ويعتبر دفاعه دفاعا شرعيا عن النفس، فلا تثبت جريمة الزنا إذا لم يستطع الزوج أن يدافع عن عرضه، وإذا قتل الزوج الزاني أو اعتدى عليه بالضرب يعاقب ولكن يستفيد من ظروف التخفيف فقط ولا يعد دفاعه عن عرضه دفاعا شرعيا.

لكن إن كان فيه اعتداء على الزوجة باغتصابها أو الزنى بها بغير رضاها أو حتى على امرأة أخرى، فيحق للزوج أن يدافع عن عرضه، أو عن عرض غيره، ويكون في حالة دفاع شرعي عن عرضه أو عن عرض غيره.

ولو أنه يجب التحقيق جيدا في إثبات كون الزوجة أو امرأة أخرى رضيت بفعل الزنا بإرادتها، أم بغير إرادتها، كالإكراه أو التهديد حتى نحكم على طبيعة الدفاع؛ شرعيا أم غير شرعي.

كما أن هناك فرقا بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في نظر كل منهما للصيالة على العرض فهو في الفقه الإسلامي حماية لقيمة معنوية، في حين هو في القانون حماية من المساس بجسد المرأة بغير رضاها فالقانون لا يعد الزنى جريمة إلا في أحوال وبشروط معينة[44].

فمواقعة أنثى غير متزوجة برضاها في غير علنية وبدون رفع شكوى من الزوج، في منطق القانون الجزائري فعل غير مجرم، على العكس من الفقه الإسلامي الذي يعده جريمة في كل الأحوال.

وفي حالة زنا أحد الزوجين مع طرف آخر بدون رفع شكوى من الزوج المتضرر؛ لا يعد جريمة، أو في حالة موافقة الزوجة بمن يزني بها وقبل رفع الشكوى.

2.3. -ضوابط الدفاع:

إلى جانب الركن الذي يتطلبه القانون والشريعة الإسلامية لنشوء الحق في الدفاع الشرعي، والمتمثل في الاعتداء الذي تحدثنا عنه فيما سبق، هناك ركن ثان ضروري لاستعمال هذا الحق وهو الدفاع.

وفعل الدفاع هو السلوك الذي يرتكبه المدافع لدرء جريمة تقع عليه أو على غيره من معتدٍ ما.

والدفاع الشرعي يفترض وقوع عدوان من معتد من جهة، ثم الرد على هذا العدوان من معتدى عليه من جهة أخرى، ويسمى هذا الرد فعل أو جريمة دفاع، لكنه من الجرائم المباحة وغير المعاقب عليها باعتباره من أسباب الإباحة[45].

الفرع الأول. - لزوم الدفاع ضد الاعتداء

أ..**في الفقه الإسلامي:** لا نجد في مصادر المذاهب المختلفة ذكرا لهذا الشرط صراحة، لإباحة الدفاع الشرعي، ولكنه يستنبط استنباطا من كلام الفقهاء عن أحكام دفع الصائل وآثاره وكيفية دفعه ومتى يدافع وهكذا.

ومن كلامهم يتبين لزوم دفع الخطر؛ يعني أن تكون أفعال الدفاع هي الوسيلة الوحيدة التي يمكن بها للمعتدى عليه أن يتخلص من خطر الاعتداء الواقع عليه، فإن كان من الممكن دفع المعتدي بفعل لا يعد جريمة شرعا كان ذلك واجبا، ولا يجوز للمعتدى عليه تجازوه وإن كان في إمكانه وسيلتان إحداهما محرمة والأخرى مباحة وجب عليه الدفاع بالوسيلة المشروعة وترك المحرمة [46].

وقد جاء مصداق ذلك في القران الكريم في قوله سبحانه وتعالى (وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى) سورة الاسراء:15، فلا يأثم المعتدى عليه ولا يستحق العقاب المعتدى عليه برده للاعتداء والدعوة إلى رده أو المساهمة في رده، لكن بدون زيادة في القوة اللازمة لرد الاعتداء، فمتى وقع اعتداء وجب في الأصل دفعه، بفعل غير مجرم وإلا استثناء بفعل مجرم زال وصف التجريم عنه، فأصبح مباحا نظرا لأولية مصلحة المدافع عن مصلحة المعتدي.

ب..**في الفقه القانوني:** يشترط في فعل الدفاع أن يكون لازما ومتناسبا مع خطر الاعتداء المهدد به وأن يوجه إلى مصدر العدوان. ويقصد بلزوم فعل الدفاع أن يكون هو الوسيلة الوحيدة لصد العدوان أو الوقاية من الخطر المهدد به، ولهذا

تتضمن التشريعات أن يكون الفعل المرتكب هو فعل يلزم لدفع جريمة [47]، حيث إنه استثناء من القواعد العامة، كما أباح القانون الليبي للمعتدى عليه دفع الخطر الحال الواقع عليه بجريمة مماثلة (الدفاع)، وهي رد ذلك الخطر بجريمة أخرى مضادة حتى ينتفي الخطر، وبذلك فمن الواجب على الشخص المدافع عدم الالتجاء إلى سبيل الجريمة لدفع الاعتداء إلا إذا كان ليس في مكنته أن يتقيها بفعل آخر غيرها [48]، وقد نصت المادة 70 من قانون العقوبات الليبي: "ويبيح هذا الحق للشخص ارتكاب كل فعل يلزم لدفع الجريمة..."

أي أن شرط اللزوم لا يتوفر إلا إذا لم يمكن الاحتماء بالسلطة العامة.

فليس لهذا الحق وجود متى كان من الممكن الركون في الوقت المناسب إلى الاحتماء برجال السلطة العامة ويتطلب ذلك أن يكون باستطاعة تلك السلطات التدخل السريع في الوقت المناسب حتى يمكن الحيلولة دون وقوعه أما إذا تراخت عن التدخل ففي ذلك تعطيل بدون عذر لحق الدفاع الشرعي[49].

ونرى أن المشرع الجزائري قد سكت عما يفيد لزوم الأفعال التي يقوم بها المدافع ولم يفصل القول فيها في مواد الدفاع الشرعي وعبر عنه فقط بالضرورة.

الفرع الثاني. - تناسب الدفاع:

أ.**في الفقه الإسلامي:** المقصود بالتناسب أن يكون فعل الدفاع ملائم لفعل الاعتداء فمتى كان الصائل يندفع بالعصا لم يجز دفعه بما هو أشد منها.

فإن كان يندفع بالقتل قتله وان كان يندفع بالصياح لم يجز له ضربه وهكذا، ومتى قام المدافع باستعمال قدر من الرد يفوق القدر المباح لرد العدوان كان هذا تجاوزا منه في فعل الدفاع، وقد تعددت تعبيرات الفقهاء عن شرط التناسب وكلها تؤدي معنى واحدا[50].

لذلك يشترط أن يكون الدفاع متناسبا مع الاعتداء إن أمكن؛ ويرجع تقدير التناسب إلى غلبة ظن المدافع المبني على أسباب وقرائن معقولة[51].

ب.**في الفقه القانوني:** ينبغي عند استعمال القوة المادية دفاعا عن النفس أو المال، أن تكون هذه القوة متناسبة في مداها مع جسامة الاعتداء، فكلما زادت هذه الجسامة زادت القوة المادية اللازمة لدفعه، والعكس بالعكس[52] .

ويرى الشراح أن هذا الشرط يجب توافره ولو لم ينص عليه المشرع، باعتباره شرطا تقتضيه طبيعة الدفاع الشرعي.[53]

أما بالنسبة إلى المعيار الذي يجب أن يحكم التناسب هنا فهو موضوعي يختلف بحسب ما إذا كان المعتدي أو المعتدى عليه ذكرا أو أنثى، قويا أو ضعيفا ناهيك عن الظروف الأخرى المحيطة به كظرف الليل مثلا. وهذه الأمور يكون تقديرها والفصل فيها من قبل قاضي الموضوع الذي له كلمة الفصل في هذا الشأن[54].

وقد أحسن المشرع الجزائري فعلا لما نص صراحة على شرط التناسب في الدفاع الشرعي وذلك من خلال الفقرة 2 من نص المادة 39 من قانون العقوبات (...بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء...)

3.3. - الأحكام المتعلقة بحالة الدفاع الشرعي.

إذا لم تتوفر شروط الاعتداء وشروط رد الاعتداء، أو كان الدفاع لا يستلزم فعلا مجرما، انتفت حالة الدفاع الشرعي، أما إذا اختل التوازن بين العدوان والدفاع سقط شرط التناسب، وسمي ذلك بتجاوز حدود الدفاع الشرعي.

الفرع الأول. - في الفقه الاسلامي:

أ. في الفقه المالكي: جاء في الشرح الكبير "وجاز قصد قتله ابتداء إن علم أنه. أي الصائل. لا يندفع إلا به، ويثبت ذلك ببينة لا بمجرد قول المصول عليه، إلا إذا لم يحضره أحد فيقبل قوله بيمينه "[55].

ب. في الفقه الظاهري: قال ابن حزم في المحلى: "فمن أراد أخذ مال إنسان ظلما من لص، أو غيره، فإن تيسر له طرده منه ومنعه: فلا يحل له قتله، فإن قتله حينئذ: فعليه القود - وإن توقع أقل توقع - أن يعاجله اللص: فليقتله ولا شيء عليه، لأنه مدافع عن نفسه"[56].

ج. في الفقه الحنفي: قال الكاساني في بدائع الصنائع: "فإن شهر عليه سيفه يباح له أن يقتله لأنه لا يقدر على الدفع إلا بالقتل...وكذا ان شهر عليه العصا ليلا...وان أشهر عليه نهارا في المصر لا يباح قتله لأنه يمكنه دفع شره بالاستغاثة بالناس[57] .

د. في الفقه الحنبلي: يقول صاحب المغني: "وإن ضربه ضربة عطلته لم يكن له أن يثني عليه لأنه كفي شره، وإن ضربه فقطع يمينه فولى مدبرا فضربه فقطع رجله فقطع الرجل مضمون "[58]

هـ. في المذهب الشافعي: جاء في الأم:" فمن أريد ماله في مصر فيه غوث أو صحراء لا غوث فيها ...له أن يكلم من يريده ويستغيث فإن منع أو امتنع لم يكن له قتاله ... فإن لم يندفع عنه ولم يقدر على الامتناع منه إلا بضربه بيد أو عصا أو سلاح حديد أو غيره فله ضربه وليس له عمد قتله وإذا كان له ضربه فإن أتى الضرب على نفسه فلا عقل فيه ولا قود ولا كفارة "[59].

و. في المذهب الإباضي: جاء في الجامع لابن جعفر: معبرا عن شرطي اللزوم والتناسب في أفعال الدفاع "وقيل لك أن تضرب السارق إذا سرق ولا تعمد لقتله ... أو أشار عليك سلاحه فقد حل قتاله ولا تعمد لقتله"[60].

إلا إذا دعت الضرورة إلى دفع الاعتداء بما يزيد عن مثيله كقتل المعتدي.

وكذا قال صاحب المصنف: "من اعتدى على رجل فضربه ضربة، فجرحه جرحا، فقام إليه فضربه فجرحه مثل جرحه ؟ ...لا شيء على المعتدى عليه"[61]

الفرع الثاني. - في التشريع الجنائي الوضعي:

المدافع إذا أخل بشروط الدفاع الشرعي وتجاوز حدوده في رد الاعتداء فإن فعله أصبح غير مباح ويسأل جنائيا، لكن حسب تكييف فعله. كما يلاحظ أن هناك تشريعات نظمت حالات التجاوز في نص عام وذلك إما بإعفاء المتجاوز من العقوبة وإما بتخفيفها، في حين أن المشرع الجزائري نص على بعض الحالات للتجاوز من قانون العقوبات، ومن هذه النصوص المادة 277 والمادة 278 من قانون العقوبات الجزائري التي تجعل المتجاوز يستفيد من العذر المخفف.

فقد نصت المادة 277 من قانون العقوبات على ما يلي: "يستفيد مرتكب جرائم القتل والجرح والضرب من الأعذار إذا دفعه إلى ارتكابها وقوع ضرر شديد من أحد الأشخاص" يتضح من خلال هذا النص أن مرتكب جرائم القتل والجرح والضرب يستفيد من العذر المخفف إذا دفعه إلى ارتكابها وقوع ضرب شديد من أحد الأشخاص أي أننا أمام حالة من حالات تجاوز حدود الدفاع الشرعي، وبهذا تنظم هذه المادة حالات تجاوز حدود الدفاع الشرعي المنصوص عليها بالمادة 2/39.

المادة 278 من قانون العقوبات الجزائري: "يستفيد مرتكب جرائم القتل والجرح والضرب من الأعذار إذا ارتكبها لدفع تسلق أو ثقب أسوار أو حيطان أو تحطيم مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو ملحقاتها إذا حدث ذلك أثناء النهار"

إن العذر الذي تناولته المادة 278 هو عذر لمن تجاوز حدود الدفاع الشرعي الممتاز، ويقصد المشرع بالحالات الممتازة للدفاع الشرعي لما أسقط على المدافع بعض شروط الدفاع الشرعي خاصة شرط التناسب واللزوم المنصوص عليه بالمادة 40 الفقرة 1 وتجاوز حدود الدفاع الشرعي الممتاز ينحصر في هذه الحال في عدم توافر شروط الليل. ولو رجعنا إلى المادة 40 فقرة 2 لوجدنا أن هذه الأفعال هي تقريبا الأفعال التي تبرر قيام حالات الدفاع الشرعي الممتاز.

ويمكن القول إن المشرع الجزائري قد نظم بعض أفعال أحكام تجاوز الدفاع الشرعي المنصوص عليه في المادتين 39 و 40 وذلك باعتبارها ظروفا مخففة للعقاب على من تجاوز حدود الدفاع الشرعي[62].

ومنه يخلص القول أن التجاوز في الدفاع الشرعي ينقسم إلى قسمين:

أولا: اذا كان المتجاوز بدون قصد، خطأ وقع من جانبه، حيث يكون قد تجرد من الإرادة والتمييز فلا تقوم أي جريمة لعدم توفر الركن المعنوي[63]. لكن يمكن للقاضي بسلطته التقديرية تخفيف العقوبة فينزل بها من الجناية إلى الجنحة.

ثانيا: إذا تجاوز المدافع في رد فعله للاعتداء وكان عن قصد ونية، فهنا يعد مسؤولا جنائيا ومدنيا وكان ذلك من قبيل الانتقام مثلا، ويمكن للمعتدي الدفاع عن نفسه.

متى كان الدفاع مشروعا استفاد من ذلك كل من ساهم فيه، فلا فرق بين الفاعل والشريك، ولا بين من يدافع عن نفسه أو عرضه أو ماله، وبين من يدافع عن نفس أو عرض أو مال غيره، وكل من يحرض على الدفاع الشرعي أو يساعده أو يقدم له التسهيلات يستفيد من الإباحة فلا يسأل جنائيا ولا مدنيا[64].

4. -خاتمة

مما سبق لنا ذكره واعتمادا على مجموع المراجع القانونية والشرعية لدراسة حالة الدفاع الشرعي، و من خلال هذه الورقة البحثية نتوصل للنتائج التالية:

-لا تعتبر حالة الدفاع الشرعي إلا إذا كان العدوان غير مشروع، حالا أو على وشك الوقوع.

-لابد أن يكون الدفاع الشرعي متلازما ومتناسبا مع جسامة الاعتداء، وأن يكون الاعتداء على النفس أو نفس الغير، أو المال أو مال الغير، أو العرض أو عرض الغير.

-أما حكم الدفاع الشرعي فيطلق عليه الرخصة أو أداء واجب واستعمال حق.

- ينتهي حكم الدفاع الشرعي عند انتهاء الخطر وانعدامه.

- من الفقهاء من يرى الهرب على المعتدى عليه لأنه وقاية من دون ارتكاب جريمة، وغيرهم اعتبره مشينا وهو ما قال به بعض شراح القانون. وعليه إذا هرب المعتدي وجب على المعتدى عليه أن يخلي سبيله.

- إذا أخل المدافع بشروط الدفاع وتجاوز حدوده، فإنه يستفيد من تخفيف العقاب إذا ثبت أن فعله اقتضته الضرورة، والظروف المحيطة به، وأنه كان عن حسن نية، بخلاف إذا ما تعمد التجاوز.

- تتميز إباحة الدفاع الشرعي أنها صفة موضوعية تتعلق بالفعل والفاعل، ترفع المسؤولية الجنائية والمدنية، وتتعدى إلى من يساهم أو يشارك أو يحرض.

- اتفق الفقه الإسلامي مع التشريع الوضعي في أحكام وآثار الدفاع الشرعي، متى توافرت حالة الدفاع الشرعي، مع تقييد المدافع بشروط.

وختاما نوصي: أن يتم تعديل مصطلح "النفس" بـــ "سلامة الشخص وحياته" وتوضيح مفهوم "الليل" في المادتين 39 و40 من قانون العقوبات الجزائري كما سبق تبيانه من قبل في هذه الورقة البحثية.

5. -قائمة المصادر والمراجع:

_ الكتب:

1 - القرآن الكريم.

2 - ابراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار (2015)، المعجم الوسيط، دار الدعوة، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، مصر.

3 - أبو بكر أحمد بن عبد الله بن موسى الكندي(2016)، المصنف، تح: مصطفى بن صالح باجو، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، سلطنة عمان، ط1

4- أبو جابر محمد بن جعفر الأزكوي(2018)، الجامع لابن جعفر، تحقيق جابر محمود الفضيلات، وزارة التراث والثقافة، سلطنة عمان، ط3.

5 -أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن ابي داود، دط، دار الكتاب العربي، بيروت.

6 - أحمد أبو الوفا(2015)، أحكام القانون الجنائي في الفقه الإباضي، وزارة الاوقاف والشؤون الدينية، سلطنة عمان.

7 - أحمد عبد العزيز الالفي(1987)، شرح قانون العقوبات الليبي، القسم العام، كلية الحقوق، فاس، المغرب.

8 - أحمد محمد بونه (2010)، أسباب الاباحة وأسباب تخفيف العقاب في القانونين الليبي والمغربي، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبر مجيات مصر.

9 - الزمخشري أبو القاسم محمود بن محمد(1973)، أساس البلاغة، ج 4، ط2، دار الكتاب.

10 - سمير صبحي(2015)، الدفاع الشرعي في ضوء الشريعة الاسلامية وفقا للقانون السعودي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر.

11 - عبد العزيز سليمان حمد الحوشان(2011)،، تجاوز حق الدفاع الشرعي، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان.

12 - عبد القادر عودة(1984)، التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج1، ط5، دار الكتاب العربي، لبنان.

13 - عبد الله سليمان(1998)، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

14 - عدنان خطيب(1957)، محاضرات عن النظرية العامة في قانون العقوبات السوري، معهد الدراسات العربية العالية، سوريا.

15 - ماهر بركات الزامل(2016)، تطبيقات ممارسة حق الدفاع الشرعي دراسة مقارنة، ط1، دار العصماء، سوريا.

16 - محمد السيد عبد التواب(1983)، الدفاع الشرعي في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، ط1، دار النهضة العربية، مصر.

17 - محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي(1996)، الجامع الكبير ، تح: بشار عواد معروف، ط1، دار الغرب الإسلامي، لبنان.

18 - محمد بن مكرم بن علي، جمال الدين ابن منظور(1414هـ)، لسان العرب، ط3، دار صادر، لبنان.

19 - محمد رواس قلعجي، حامد صادق قنيني(1985)، معجم لغة الفقهاء، ط1، دار النفائس للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.

20 - محمد صبحي نجم(2000)، قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، ط1، دار الثقافة والنشر، عمان، الاردن .

21 - محمد عوض(2000)، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار الجامعة الحديثة، الاسكندرية مصر.

22 - محمود محمود مصطفى(1974)، شرح قانون العقوبات القسم العام، ط8، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

23 - محمود سليمان موسى (2012)، أسباب الاباحة والتجريم دراسة مقارنة التشريعات العربية، ط1، دار المطبوعات الجامعية، مصر.

24 -مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، الجميع الصحيح المسمى بصحيح مسلم، د ط، د ت ط، دار الجيل بيروت + دار الأفاق الجديدة . بيروت، لبنان.

25 - مصطفى ابراهيم الزلمي(2014)، الكامل للزلمي للشريعة والقانون، مجموعة الأبحاث القانونية، ط1، دار احسان للنشر والتوزيع، العراق.

26 - ممدوح عزمي(2004)، دراسة عملية في أسباب الاباحة وموانع العقاب، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر.

_ المقالات

27 - عبد الحليم بوقرين(2019)، الاشكاليات المثارة بشأن أحكام الدفاع الشرعي في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، الجزائر، المجلد 10، العدد 1.

_ رسائل الدكتوراه والماجيستير:

28 - دحماني الزهرة(1985)، نظرية الدفاع الشرعي وتطبيقاته في القانون الجنائي الجزائري، رسالة ماجيستير، معهد الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر.

29 - مسفر رزق الله(1996)، الدفاع الشرعي الخاص، دفع الصائل، المعهد العالي للعلوم الامنية، جامعة نايف، السعودية.

30 - بركاني فرحات(1998)، الدفاع الشرعي: "دفع الصائل" دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والنظم القانونية، رسالة ماجيستير، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة الجزائر.

31 - بن عومر الوالي(2008)، ضوابط الدفاع الشرعي، رسالة ماجيستير نوقشت يوم 18 - 02 -2008، جامعة وهران.

---

1 - المادة 01 من الأمر رقم 66 -156 المؤرخ في 18 صفر من عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

2 - دحماني زهرة (1985)، نظرية الدفاع الشرعي وتطبيقاته في القانون الجنائي الجزائري، رسالة ماجيستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر.

3 - بركاني فرحات (1998)، الدفاع الشرعي: "دفع الصائل" دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والنظم القانونية، ، رسالة ماجيستير، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة الجزائر.

4 - مسفر رزق الله محمد الزحامي (1996)، "الدفاع الشرعي الخاص "دفع الصائل"، رسالة ماجيستير، المعهد العالي للعلوم الأمنية، نايف، السعودية.

5 - بن عومر الوالي (2008)، ضوابط الدفاع الشرعي، رسالة ماجيستير، قسم العلوم الإسلامية، جامعة وهران، الجزائر.

6 - محمد بن مكرم بن علي جمال الدين ابن منظور(1414هـ)، لسان العرب، باب الدال، ج8، ط3، دار صادر، لبنان، بيروت، ص88.

7 - ابراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار(بدون سنة)، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، باب الدال: ج1، دار الدعوة، مصر، ص289.

8 - المرجع نفسه، الجزء 1، ص289.

9 - ماهر بركات الزامل(2016)، تطبيقات ممارسة حق الدفاع الشرعي دراسة مقارنة،، دار العصماء، ط1، سورية، ص.26

10 - المرجع نفسه، ص27.

11 - محمد رواس قلعجي، حامد صادق قنيني (1408هـ)، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر، ط2، ج1، ص260.

12 - ابن منظور، لسان العرب، مادة "ص و ل" الجزء7، ص.1394، الزمخشري أبو القاسم محمود بن عمر : أساس البلاغة، ج 4، ط2 سنة 1973، دار الكتب، ص32،33.

13 -عبد القادر عودة (1984)، التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي، لبنان، ج1، ص471.

14 - محمد السيد عبد التواب (1983)، الدفاع الشرعي في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، ط1 ، دار النهضة العربية، مصر، ص26.

15 - عبد العزيز سليمان حمد الحوشان(2011)، تجاوز حق الدفاع الشرعي، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ص26.

16 - عبد الله سليمان(1998)، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1، ص129.

17 - محمد صبحي نجم(2000)، قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، ط1، مكتبة دار الثقافة والنشر، عمان الاردن ص140.

18 - رواه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب: "الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره بغير حق كان القاصد مهدر الدم في حقه"، رقم الحديث: 377، ج1، ص87.

19 - رواه أبو داود في سننه، كتاب السنة، باب: "في قتال اللصوص"، رقم الحديث: 4774، ج4، ص391، والترمذي بمعناه في سننه وقال حديث حسن صحيح، باب "ما جاء فيمن قتل دون ماله فهو شهيد"، رقم الحديث: 1421، ج3، ص88.

20 - عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص473.

21 - دحماني الزهرة، مرجع سابق ص21.

22 -سمير صبحي(2015)، الدفاع الشرعي في ضوء الشريعة الاسلامية وفقا للقانون السعودي، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ص49.

23 -أحمد أبو الوفا (2015)، أحكام القانون الجنائي في الفقه الإباضي، وزارة الاوقاف والشؤون الدينية، سلطنة عمان، ط1، ج2، ص118.

24 - دحماني الزهرة، مرجع سابق، ص42.

25 - سمير صبحي، مرجع سابق، ص87.

26 - عبد القادر عودة، ص476.

27 - سمير صبحي، مرجع سابق، ص47

28 - محمد عوض(2000)، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار الجامعة الحديثة، الاسكندرية، مصر، ص524.

29 - ماهر بركات الزامل، مرجع سابق ص87.

30 - عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص479.

31 - محمود سليمان موسى(2012)، قواعد التجريم وأسباب الإباحة دراسة مقارنة بين التشريعات العربية والقانونين الإيطالي والفرنسي، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ط1، ص416.

32 - المرجع نفسه، ص417.

33 - ماهر بركات، مرجع سابق، ص82.

34 - المرجع نفسه، ص144.

35 - محمود سليمان، مرجع سابق، ص423.
36 - سمير صبحي، مرجع سابق، ص204.
37 - عبد العزيز سليمان، مرجع سابق، ص407.
38 - عبد العزيز سليمان، المرجع نفسه، ص411.
39 - بركاني فرحات، مرجع سابق، ص157.
40 - رواه الأربعة وابن حبان إلا أن ابن ماجه والترمذي وابن حبان لم يذكروا الأهل وقال الترمذي حسن صحيح، رقم 2480، خلاصة البدر المنير في تخريج كتاب الشرح الكبير للرافعي، ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (المتوفى : 804هـ)، تح حمدي عبد المجيد إسماعيل السلفي، مكتبة الرشد، الرياض، ط 1410، باب كتاب الصيال، ج8، ص330.
41 - المادة 40 من الأمر رقم 66 -156 المؤرخ في 18 صفر من عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.
42 -عبد الحليم بوقرين (2019)، الاشكاليات المثارة بشأن أحكام الدفاع الشرعي في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 1، الجزائر، ص10،9
43 - ماهر بركات الزامل، مرجع، ص167
44 - عبد العزيز سليمان، مرجع سابق، ص451
45 - محمود سليمان موسى، مرجع سابق، ص429
46 - عبد العزيز سليمان، مرجعه سابق، ص453
47 - محمود سليمان، مرجع سابق، ص433
48 - أحمد عبد العزيز الالفي(1987)، شرح قانون العقوبات الليبي، القسم العام، كلية الحقوق، فاس، المغرب ، ص177.
49 - أحمد محمد بونة (2010)، أسباب الاباحة وأسباب تخفيف العقاب في القانونين الليبي والمغربي، دار الكتب القانونية مصر، دار شتات للنشر والبر مجيات مصر، ص190.
50 - عبد العزيز سليمان، مرجع سابق، ص478.
51 - ماهر بركات، مرجع سابق ، ص86.
52 - سمير صبحي، مرجع سابق ، ص210.
53 - عدنان خطيب، مرجع سابق، ص121.
54 - احمد محمد بونة، مرجع سابق، ص194.
55 - أبو البركات أحمد بن محمد العدوي الشهير بالدردير، الشرح الكبير، ج4، ص357.

56 - ابن حزم، المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج 22، ص35.

57 - علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي 1982 بيروت، ج7، ص93.

58 - عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد(1405)، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ج 10، دار الفكر، بيروت، ص346.

59 - الأم، محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله(1393)، دار المعرفة، لبنان، ج 6، ص31.

60 - أبو جابر محمد بن جعفر الأزكوي(2018)، تحقيق جابر محمود الفضيلات، وزارة التراث والثقافة، سلطنة عمان، ط3، باب18، ج8، ص 11.

61 -أبو بكر أحمد بن عبد الله بن موسى الكندي(2016)، المصنف، تح: مصطفى بن صالح باجو، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، سلطنة عمان، ط1، مج23، ج41، ص47

62 - بن عومر الوالي، مرجع سابق، ص 134.

63 -ممدوح عزمي(2004)، دراسة عملية في أسباب الاباحة وموانع العقاب، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، بط، ص120.

64 - مصطفى ابراهيم الزلمي(2014)، الكامل للزلمي للشريعة والقانون، مجموعة الأبحاث القانونية، ط1، ص127.