التناسب في إطار الدفاع المشروع

Proportionality in the legal defense

حطاب كمال *

جامعة جيلالي ليابس - سيدي بلعباس، الجزائر

Kamalhat5@gmail.com

- تاريخ الإرسال: 2022/09/26 - تاريخ القبول: 2022/12/11 - تاريخ النشر: 2022/12/27

الملخص: يعتبر شرط التناسب من أدق الشروط المتطلبة في الدفاع المشروع، لذا اهتم الفقه والقضاء بهذا الشرط كثيرا لما له من أهمية بالغة في تحديد مصير الدعوى، والتناسب نوعان: عام يهدف إلى تحقيق التوازن بين فعل الدفاع والاعتداء، وخاص يهدف بالأساس إلى الحفاظ على حياة المعتدي، ويثور أيضا الحديث عن التناسب في إطار الدفاع الآلي وفي إطار الدفاع الممتاز، ولقد اجتهد الفقه كثيرا لإيجاد معيار لقياس التناسب، يحفظ حقوق المدافع والمعتدي على حد سواء، وفي حالة التجاوز نظم القانون عقوبات مخففة في حق متجاوز حد التناسب.

الكلمات المفتاحية: الدفاع المشروع، التناسب، الدفاع الآلي، وسيلة الدفاع، تجاوز حد الدفاع.

Abstract: Proportionality is one of the strictest conditions required in legitimate defense, so it has received considerable attention, namely, two types: general aimed at achieving balance, and especially for preserving the life of the aggressor. Talk of proportionality arises in the framework of automatic defense and in the framework of excellent legitimate defense. The jurisprudence has often strived to find a criterion for measuring proportionality, preserving both the rights of the defender and the aggressor, and in the event that the law exceeds the imposition of mitigating penalties towards the exceeding of the proportionality threshold.

Keywords:legitimate defense, proportionality, Automated Defense, Means of Defense, exceed the threshold.

* المؤلف المرسل: حطاب كمال.

مقدمة:

يثير الدفاع المشروع إشكاليات كثيرة من الناحية العملية، فرغم إقرار النصوص القانونية له في التشريعات المقارنة، وإعطائها الحق للمعتدى عليه في أن يدرأ الخطر عن نفسه وماله، أو عن نفس الغير ومال الغير، ويكون فعله مباحا لا ينتج عنه أية مسؤولية قانونية، إلا أن القضاء في كثير من القضايا لا يبرئ ساحة المدافع ويحكم عليه بعقوبات ولو مخففة، مما يطرح تساؤلات كثيرة.

من استقراء النصوص القانونية لبعض التشريعات المقارنة وبعض القرارات القضائية للمحكمة العليا، وكل من محكمة النقض الفرنسية ومحكمة النقض المصرية، يتضح أن سبب عدم إفادة المتهم بالدفاع المشروع هو عدم احترامه للشروط المتطلبة وخاصة شرط التناسب بين فعل الاعتداء وفعل الدفاع، فالقانون حينما منح المدافع الحق في استعمال القوة عند اللزوم لدرء الاعتداء الحال وغير المشروع الواقع على الأنفس أو الأموال، قيد ذلك بأن يكون مقدار هذه القوة متناسبا مع جسامة الاعتداء حتى لا يتحول فعل الدفاع إلى اعتداء أو انتقام.

بناء على ما سبق، يحاول البحث تسليط الضوء على موضوع التناسب في إطار الدفاع المشروع، من خلال محاولة الإجابة عن التساؤلات التالية: ما المقصود بالتناسب؟ وما هي صوره؟ وما هو المعيار المعتمد لقياسه؟ وما هو الأثر المترتب عن الإخلال به؟

الإجابة عن هذه التساؤلات وغيرها تكون باتباع المنهج التحليلي المقارن، من خلال مبحثين، يعنى الأول بتحديد مفهوم التناسب وصوره، أما المبحث الثاني فيعالج مسألة المعيار المعتمد لقياس التناسب، وكذا الأثر المترتب عن الإخلال بهذا الشرط.

المبحث الأول: مفهوم التناسب في إطار الدفاع المشروع وصوره

يتم التطرق من خلال هذا المبحث إلى مفهوم التناسب في إطار الدفاع المشروع (المطلب الأول) ثم إلى صوره (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم التناسب

لإجلاء الغموض عن مفهوم التناسب في إطار الدفاع المشروع وجب تعريفه ثم ذكر علة اشتراطه.

الفرع الأول: تعريف التناسب

التناسب من حيث اللغة كلمة مفردة مأخوذة من المناسبة وهي المشاكلة والمقاربة والمماثلة والموافقة، وعلى هذا فإن التناسب يعني التماثل والتشاكل والتقارب والتوافق، وعكسه التعارض[1].

أما التناسب من حيث الاصطلاح القانوني فيمكن تعريفه على أنه: "العلاقة بين سبب التشريع ومحله، وهو بذلك يرمي إلى إيجاد التناغم والتناسق بين الحالة الواقعية والحالة القانونية أي بين الوقائع التي دفعت السلطة التشريعية إلى التفكير بإصدار القانون وبين القانون ذاته"[2].

أما التناسب في إطار الدفاع المشروع فجوهره ألا يتجاوز المدافع عند رده الاعتداء الحد اللازم، فالتناسب يقصد به أن تكون القوة التي استعملها المدافع في دفاعه لا تزيد عن القدر اللازم لدرء الاعتداء، بمعنى أن تكون قوة الدفاع متناسبة مع قوة الاعتداء من حيث الجسامة[3].

وعلى هذا يعتبر التناسب نتيجة طبيعية لشرط اللزوم[4]، بيد أن هنالك فارقا بينهما، جوهره أن اللزوم يقتضي أن يكون فعل الدفاع من حيث المبدأ هو الوسيلة الوحيدة لرد الاعتداء، أما التناسب فيبحث فيما إذا كان فعل الدفاع هذامن حيث الجسامة، هو الوسيلة الوحيدة لرد الاعتداء[5].

من أمثلة التناسب أنه من كان في وسعه دفع الخطر بالضرب، فلا يجوز له دفعه بالقتل، كما أن من يطلق النار على الشخص الذي يهدده بالضرب بعصا من غير أن يكون مسلحا لا يعتبر في حالة دفاع مشروع، لاختلال شرط التناسب، طالما كان بإمكانه إطلاق الرصاص في الهواء لتخويفه، كما أن الذي يلجأ للعنف المادي للتصدي للاعتداء القولي يخل بشرط التناسب[6].

ولا يعني تناسب قوة الدفاع مع قوة الاعتداء تماثلهما أو تطابقهما التام، فهناك عناصر كثيرة تؤخذ بعين الاعتبار لتقدير مدى احترام شرط التناسب، وعليه يكفي أن يكون التناسب ظاهريا[7].

تتجلى صعوبة شرط التناسب في الواقع، بالخصوص في الفرض الذي يقوم فيه المدافع بقتل المعتدي أو إصابته بجروح بالغة الخطورة، رغم كون المعتدي لم يعرض حياة المدافع للخطر[8]، عموما،

---

[1] الموقع الالكتروني: .Almaany.com

تاريخ الولوج: 2022/07/30 على الساعة 12 و27 دقيقة.

[2] دلشاد عبد الرحمن البريكفاني، مبدأ التناسب في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر 2018، ص45.

[3] عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات، القسم العام، الجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر 1992، ص90، ر34.

[4] أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2015، ص470، ر241.

[5] المرجع نفسه، ص475، ر241.

[6] فرج القصير، القانون الجنائي العام، مركز النشر الجامعي، تونس 2006، ص66، ر111.

[7] سامح السيد جاد، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2005، ص185.

يعود تقدير القوة اللازمة لرد الاعتداء إلى محكمة الموضوع[9]، ولا رقابة للمحكمة العليا عليها طالما كان تحليلها للوصول إلى النتيجة المبتغاة تحليلا منطقيا يتفق مع المقدمات والوقائع التي أثبتتها المحكمة في حكمها[10].

استعمل المشرع في القوانين المقارنة مصطلح "التناسب" عند تطرقه إلى الدفاع المشروع، من ذلك ما أورده المشرع الجزائري في نص م2/39 من قانون العقوبات"...بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء"، أسوة بقانون العقوبات الفرنسي في نص المادتين: 122–5 و122–7 واستعمل المشرع المصري في نص م246 من قانون العقوبات المصري مصطلح "القوة اللازمة".

الفرع الثاني: علة اشتراط التناسب

لا شك أن القانون يحمي الأشخاص في أنفسهم وأموالهم واعتبارهم، ويجرم الأفعال التي تخل بنظام المجتمع ويعاقب عليها، وتضطلع السلطات المختصة داخل كل دولة بمهمة تحقيق الأمن والعدالة، وصون حقوق المواطنين، ولا يجوز للأفراد أن يقوموا بأنفسهم بهذه المهمة.

ولكن يتصور أن تتعارض مصالح الأفراد، في الفرض الذي يعتدي أحدهم على غيره، ويحاول النيل منه في نفسه أو ماله، أو نفس الغير أو مال الغير، ولا يكون للأخير الوقت الكافي للجوء إلى السلطات المختصة، في هذه الحالة منح القانون للمعتدى عليه الحق في الدفاع عن نفسه، وهو ما يعرف بالدفاع المشروع، ولكنه في الوقت ذاته لم يجعله حقا مطلقا، حتى لا يكون ذريعة للناس من أجل ارتكاب الجرائم، بل قيده بجملة من الشروط، من شأنها إقامة التوازن بين المصالح المتعارضة، ردها الفقه إجمالا إلى شروط الاعتداء، وشروط الدفاع.

من شروط الدفاع التناسب، فالمشرع عندما أقر للمدافع حق الدفاع وجعله فعلا مباحا لا يستوجب المساءلة، لم يهدر في الوقت ذاته حق المعتدي تماما، فلا يجوز للمدافع إلا استعمال القدر اللازم من القوة لدرء العدوان، وعلى ذلك فإن المدافع إذا أخل بشرط التناسب لا يعتبر في حالة دفاع مشروع، ويجوز حينها مساءلته جزائيا عن هذا الإخلال[11]، أكثر من ذلك فإنه يجوز للمعتدي في حالة تجاوز المدافع الحد

---

[8]Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec, Droit pénal général, 9ème édition, Economica, Paris, France 2002, p670, n0733.

[9]Claire Sourzat, Droit pénal général et procédure pénale, 2ème édition, Collection Paradigme, éditions Lacier, Bruxelles, Belgique 2016, p62, n090.

[10] فتحي سرور، المرجع السابق، ص473، ر241.

[11]دلشاد عبد الرحمن البريكفاني، المرجع السابق، ص489.

المسموح استعمال القوة اللازمة لدرء خطر المدافع– حسب الرأي الفقهي الراجح – ويتحول في هذه الحالة من معتد إلى مدافع عن نفسه شريطة أن يحترم هو الآخر شرط التناسب[12].

المطلب الثاني: صور التناسب

من استقراء بعض النصوص القانونية المقارنة، وكذا جملة من الاجتهادات القضائية، خاصة تلك الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية، يمكن تقسيم التناسب إلى: تناسب عام وتناسب خاص (الفرع الأول)، وتناسب في إطار الدفاع الآلي وتناسب في إطار الحالات الممتازة للدفاع المشروع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التناسب العام والتناسب الخاص

ما المقصود بالتناسب العام؟ وما المقصود بالتناسب الخاص؟

أولا: التناسب العام

التناسب العام ويطلق عليه أيضا التناسب الواقعي، كونه متعلق بالوقائع وليس بالقانون[13]، يعني أن تتناسب أفعال الدفاع من حيث الجسامة مع أفعال الاعتداء، كما سبق تعريفه.

هذا التناسب مطلوب كشرط أساسي من شروط الدفاع، ولا يتصور قيام الدفاع المشروع صحيحا منتجا لآثاره القانونية إذا انتفى التناسب العام.

تطرق المشرع الجزائري في نص م2/39 من قانون العقوبات إلى التناسب، وهو يقصد به التناسب العام.

ثانيا: التناسب الخاص

يطلق عليه بعض الفقه التناسب القانوني[14]، لأن القانون هو من وضع حدوده ونظم شروطه، كما يمكن أن يكون هذا التناسب الخاص قضائيا، عندما يكون الاجتهاد القضائي هو من وضع أبجدياته.

[12] سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2003، ص422، رقم 304.

[13] دلشاد عبد الرحمن البريكفاني، المرجع السابق، ص473.

[14] المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

لا تكتفي بعض التشريعات المقارنة[15] بالتناسب العام، إذ تشترط في بعض الأحوال التناسب الخاص كشرط تكميلي للتناسب العام، ويفهم من هذا أن التناسب الخاص يشترط أولا وجود التناسب العام كشرط أساسي، فلا مجال أصلا للحديث عن التناسب الخاص في ظل انتفاء التناسب العام.

العلة من اشتراط التناسب الخاص هي توفير المزيد من الحماية للمصالح المتعارضة بين المعتدي والمدافع، فإذا كان القانون قد أجاز للمدافع عند تعرضه للاعتداء أن يدرأه ولو بارتكاب فعل مجرم أصلا، فإنه قد قيد ذلك بشروط ومنها التناسب حماية للمعتدي من المدافع، ولتأكيد هذه الحماية وخاصة حماية المعتدي من أن يزهق المدافع روحه وضعت بعض التشريعات المقارنة شروطا للقتل حال الدفاع، إذ أجازت في أحوال معينة فقط للمدافع أن يقتل المعتدي، وبمفهوم المخالفة، فإن المدافع في الأحوال الأخرى إذا قام بقتل المعتدي لا يكون في حالة دفاع مشروع لأنه أخل بشرط التناسب الخاص.

إن محل الدفاع هو النفس والمال، وإذا كان المشرع الجزائري لم يفرق من حيث التناسب بين المال والنفس فإن المشرع الفرنسي قد أقام هذه التفرقة بنص المادة 122-5/1، من قانون العقوبات وقد سبقه إلى ذلك الاجتهاد القضائي الفرنسي، كما أن م2 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الانسان قد نصت على هذا الأمر، بحيث أن المدافع لا يجوز له التذرع في أي حال من الأحوال بالدفاع المشروع لإخلالهبشرط التناسب الخاص، عند ارتكابه جناية القتل العمد دفاعا عن المال[16].

كما أن المشرع الفرنسي قد اعتبر شرط التناسب غير قائم عندما يرتكب المدافع عن المال فعلا إجراميا لوقف فعل المعتدي ولو لم يكن القتل العمد، إذا كان فعل المعتدي لا يكيف بأنه جناية أو جنحة بل مجرد مخالفة (م122-5/2 ق ع ف).

الجدير ذكره أن الفقرة الأولى من نص المادة 122-5 ق ع ف تعتبر المدافع عن الأنفس في وضعية دفاع مشروع، ما لم يكن هنالك عدم تناسب الوسائل المستعملة، أما الفقرة الثانية من نص المادة نفسها فتعترف بالدفاع المشروع عن المال إذا كانت الوسائل المستعملة متناسبة، مما حذا بالفقه الفرنسي إلى القول بأن عبء إثبات التناسب، يقع على عاتق النيابة العامة إذا تعلق الأمر بالدفاع عن الأنفس، بينما يقع هذا العبء على عاتق من يدعي أنه كان في حالة دفاع مشروع، حينما يتعلق الأمر بالدفاع عن الأموال[17].

---

[15] منها التشريع المصري في نص المادتين 249 و250 من قانون العقوبات المصري، والتشريع العراقي في نص المادة 43 من قانون العقوبات العراقي.

[16] Voir :
-Jean Claude Soyer, Droit pénal et procédure pénale, 21ème édition, L.G.D.J, Lextenso éditions, Paris 2012, p133, n0 271.
- Xavier Pin, Droit pénal général, 10ème édition, Dalloz, Paris 2018, p246, n0 240.

[17] Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec, op cit, p675, n0 737.

أما المشرع المصري فلم يعتبر القتل العمد، سواء بالنسبة للجرائم الواقعة على الأنفس أو تلك الواقعة على الأموال ضمن الدفاع الشرعي إلا بشروط حددتها المادتان 249 و250 من قانون العقوبات المصري، وعليه لا يعتبر التناسب الخاص قائما ضد من يدافع عن النفس بالقتل العمد إذا لم يحترم المدافع ما جاء في نص م249 ق ع م[18].

ولا يعتبر التناسب الخاص قائما في حق من يدافع عن المال بالقتل العمد إذا لم يحترم المدافع ما جاء به نص م250 ق ع م[19].

الفرع الثاني: التناسب في إطار الدفاع الآلي والتناسب في إطار الدفاع المشروع الممتاز

ما المقصود بكل من الدفاع الآلي، والدفاع الممتاز؟ وكيف يكون التناسب بشأن كل منهما؟

أولا: التناسب في إطار الدفاع الآلي

غالبا ما يكون الدفاع بواسطة الإنسان عندما يتعرض للاعتداء سواء في النفس أو المال، ويكون ذلك باستعمال أحد أعضائه أو أي وسيلة تتاح له للدفاع كالعصا أو الحجر أو السلاح، ولكن هل يجوز للإنسان من أجل حماية مسبقة للمال أو النفس، استعمال آلات كالكهرباء، أو وضع فخاخ في الحديقة، أو كلب مدرب، أو تركيب جهاز آلي يطلق النار على من يحاول فتح الخزانة عنوة[20]؟ وكيف يتصور التناسب بين عدوان لم يقع بعد وبين فعل الدفاع؟

---

[18] لا تعتبر م249 ق ع م القتل العمد ضمن إطار الدفاع الشرعي إلا إذا كان مقصودا به دفع أحد الأمور التالية:
- فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة، إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة.
- إتيان امرأة كرها أو هتك عرض إنسان بالقوة.
- اختطاف إنسان.

[19] حق الدفاع الشرعي عن المال لا يجوز أن يبيح القتل العمد إلا إذا كان مقصودا به دفع أحد الأمور التالية:
- فعل من الأفعال المبينة في الباب الثاني من هذا الكتاب (ق ع م).
- سرقة من السرقات المعدودة من الجنايات.
- الدخول ليلا في منزل مسكون أو في أحد ملحقاته
- فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة، إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة.

ينظر قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937، وفق آخر التعديلات لعام 2021 بالقانون رقم 141 لسنة 2021 على موقع محكمة النقض المصرية cc gov.eg تاريخ الاطلاع 2022/8/10 على الساعة 16.

[20] يراجع كل من:

– محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، الجزء الأول، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 1998، ص316، ر230.

– باسم شهاب، مبادئ القسم العام لقانون العقوبات، ديوان المطبوعات الجامعية، وهران، الجزائر 2007، ص201.

من شروط الدفاع المشروع أن يكون الخطر حالا لا مستقبلا[21]، فهل يتنافى استعمال الدفاع الآلي مع هذا الشرط؟ وإذا سلمنا بجواز الدفاع الآلي، فهل يكون ذلك من أجل حماية المال أممن أجل حماية النفس؟ وما هي معايير التناسب التي يؤخذ بها؟

تضاربت الآراء الفقهية في ظل غياب نصوص قانونية بشأن الدفاع الآلي بين مجيز ومعترض، ولكل حججه[22].

عموما، يرى عدد من الفقهاء –بحق–جواز استعمال الوسائل الآلية للدفاع، ويكون لصاحبها حق التمسك بالدفاع المشروع طالما احترمت شروطه، ومنها التناسب بصورتيه[23]، فإذا أحدثت الوسيلة الآلية أذى[24] لا يتناسب مع جسامة الخطر انتفى شرط التناسب، وسقط حق صاحبها في التمسك بالدفاع المشروع وقامت تبعا لذلك مسؤوليته الجزائية[25].

ثانيا: الدفاع المشروع الممتاز

تطرق المشرع الجزائري في نص م40 ق ع إلى بعض حالات الدفاع المشروع، وهي حالات أطلق عليها الفقه بالحالات الممتازة للدفاع المشروع أو الدفاع المشروع الممتاز[26]، وهي حالات خاصة من الدفاع المشروع.

---

[21] عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، الجزء الأول الجريمة، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر 1995، ص134.

[22] يرى البعض أن الدفاع الآلي جائز، وهو ليس دفاعا لعدوان لم يقع بعد، بل تحوطا من عدوان قد يقع، ومثاله أن يهدد مجهول شخصا بالقتل، فيحتاط الأخير للأمر ويحمل معه سلاحا مرخصا، حتى إذا حاول المعتدي تنفيذ تهديده، استعمل المدافع السلاح لدرء الاعتداء عن نفسه فأطلق النار وأصاب المعتدي في مقتل، في هذه الحالة لا يتصور أن يدان المدافع بتهمة القتل العمد مع سبق الإصرار، بل الأصح أن سبق الإصرار متوافر لديه بالنسبة للدفاع المشروع.

ينظر: فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1987، ص212، ر191.

وهناك رأي مفاده أن الدفاع الآلي جائز خاصة إذا ما تعلق الأمر بالدفاع الذي لا يؤدي إلى القتل العمد، كون المشرع الفرنسي حظر القتل العمد عند الدفاع عن المال، وانتقد هذا الرأي كون الدفاع الآلي قد يكون للدفاع عن النفس أيضا، وحاول البعض الذود عن موقفهم الداعم للدفاع الآلي بكون ذلك مدعاة للتقليل من الجرائم، مع احترام شروط الدفاع المشروع، بالإضافة إلى شرط الإعلام بوجود هذه الدفاعات الآلية والتحذير من خطرها، وحينها يكون على المعتدي تحمل تبعات تصرفاته، فهو من جهة اعتدى على ملك غيره، ومن جهة ثانية كان على علم بوجود خطر الدفاع الآلي الذي يتهدده، رغم ذلك اعتبر البعض أن هذه الشروط غير كافية ويصعب إثباتها، كما أن احتمال إصابة الأبرياء وارد.

يراجع: باسم شهاب، المرجع السابق، ص ص 202–203.

[23] Jean Claude Soyer, op cit, p134, n^0 275.

[24] لعل الأصح أن ضابط التناسب هو بالنتيجة التي تحدثها الآلة في ظروف استعمالها، وليس بالنتيجة التي حدثت فعلا، مع الأخذ بعين الاعتبار ملابسات الجريمة ووقتها.

[25] محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص316، ر230.

[26] عبد الله أوهايبية، شرح قانون العقوبات، القسم العام، بيت الأفكار، الدار البيضاء، الجزائر 2019، ص139.

يراجع أيضا: باسم شهاب، المرجع السابق، ص203. عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص138.

نص المشرع الفرنسي على هذه الحالات في م122–6 ق ع ف، وكانت أكثر وضوحا من نص م40 ق ع، إذ نصت صراحة على قرينة الدفاع المشروع[27]،فكيف يكون التناسب بشأنها؟ هل يعتبر فعل الدفاع متناسبا مع الاعتداء لمجرد قيام حالة من الحالات الواردة في نص م40 ق ع؟

أثار الفقه جدلا حول الطبيعة القانونية لهذه القرينة، هل هي قاطعة لا تقبل إثبات العكس أم بسيطة يجوز دحضها بالدليل العكسي، واستقر الأمر بعد أخذ ورد على أن هذه القرينة بسيطة[28]، بمعنى أن المدافع لا يتمتع بحق الدفاع المشروع إذا استطاع خصمه أن يثبت أنه لم يحترم شروط الدفاع المشروع الواردة في نص م39 ق ع، فإذا تعلق الأمر بشرط التناسب، وجب على الخصم أو النيابة العامة إثبات أن المدافع تجاوز في دفاعه الحد اللازم، بمعنى أن الوسائل المستعملة في الدفاع في ظروف استعمالها لم تكن متناسبة مع جسامة الاعتداء، فالمادة 40 ق ع لم تقم سوى بنزع عبء إثبات شروط الدفاع المشروع من على المدافع ووضعه على كاهل الخصم والنيابة العامة، ولكن يبقى على المدافع إثبات أنه أمام حالة من الحالات التي أوردها نص م40 ق ع[29].

المبحث الثاني: معيار التناسب في إطار الدفاع المشروع والأثر المترتب عن الإخلال به

إذا كان التناسب ضروريا لقيام الدفاع المشروع، فما هو المعيار المعتمد لقياس التناسب؟ (المطلب الأول)، وما هو الأثر المترتب عن الإخلال بالتناسب؟ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: معيار التناسب

إن شرط التناسب يتعلق بكمية الدفاع[30]، فعلى أي أساس يقاس؟

الفرع الأول: المعيار الحسابي في قياس التناسب

ذهب بعض الفقه إلى القول بأن التناسب يقاس بالنظر إلى الضرر الذي يهدد المدافع والضرر الذي حاق أو يحيق بالمعتدي، وحجتهم في ذلك النص القانوني"...جسامة الاعتداء..."[31] فلا يتصور أن

---

[27]«Est présumé avoir agi en état de légitime défense...»

[28]كانت الأحكام القضائية للقضاء الفرنسي في بادئ الأمر تميل إلى اعتبار القرينة القانونية الواردة في نص م329 ق ع ف القديم قاطعة، وتجلى ذلك من خلال أحكام البراءة الصادرة في عدة مناسبات، لكن ومنذ صدور قرار محكمة النقض الفرنسية في 1959/02/19 بخصوص قضية "ريمنياك" أصبح القضاء الفرنسي يأخذ بالطابع البسيط لقرينة الدفاع المشروع. يراجع: أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، الطبعة 19، دار هومة، الجزائر 2021، ص186.

[29] عبد الرحمن خلفي، محاضرات في القانون الجنائي العام، دراسة مقارنة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر 2012، ص175.

[30] فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص229، ر208.

[31] نصت م45 من قانون العقوبات العراقي على: "لا يبيح حق الدفاع الشرعي إحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع..." مما حذا بالبعض إلى التوهم بأن المشرع العراقي قد أخذ بالمعيار الحسابي في قياس التناسب. دلشاد عبد الرحمن البريكفاني، المرجع السابق، ص481.

يقوم المدافع بإلحاق أذى أكبر من الذي كان سيلحقه به المعتدي ويتمتع رغم ذلك بسبب من أسباب الإباحة، فذلك مجاف للعدالة، إذ السن بالسن والعين بالعين[32].

هذا المعيار منتقد من عدة أوجه، أبرزها أن العدالة لا تعني المساواة، ثم إنه يساوي بين المعتدي والمدافع، بل يضع مصلحة المعتدي فوق مصلحة المدافع، وهذا من شأنه تشجيع الإجرام، ثم أنه من الناحية العملية، من العسير جدا، إن لم يكن من المستحيل أن يطالب المدافع بحساب كمية دفاعه كي تكون مساوية لمقدار الاعتداء أو أقل، فهو لا يمسك بيده آلة قياس كمية الاعتداء ولا كمية الدفاع، وحتى وإن فرض جدلا أن لديه هذه الآلة فلا وقت لديه للقيام بعملية القياس، فالمعتدي يأخذه في الغالب على حين غرة، مما قد يولد في نفسه الرهبة والارتباك ولا يكون بمقدوره التريث والتفكير الهادئ، مما ينتج عنه قيام المدافع بردود أفعال طبيعية للدفاع ضد الاعتداء[33].

كرس القضاء المقارن هذا المبدأ منذ عقود خلت، من ذلك ما أقرته محكمة النقض الإيطالية بقولها: "لا يلزم لوجود التناسب أن يكون الضرر الذي حاق بالمعتدي مساويا للضرر الذي كان سينزله بالمدافع، طالما أن الأخير لم يكن في وسعه بالنظر إلى ما كان تحت يديه من وسائل وقت المفاجأة بالخطر أن يحدث بالمعتدي ضررا أقل، فالتحقق من وجود التناسب من عدمه يتم بالمقارنة بين الضرر الواقع والضرر الذي كان في وسع المدافع أن يحدثه..."[34].

كما أن الدفاع يتأثر بمجموعة من العوامل، لا يجب إغفالها كالسن والجنس، والقوة والضعف، والوسائل المستعملة في الدفاع، والظروف المحيطة بالواقعة، فالفتاة التي تقتل شخصا يحاول اختطافها أو اغتصابها لا تخل بشرط التناسب رغم جسامة فعل الدفاع، طالما كانت ظروف الاعتداء لا تتيح لها فعلا أقل جسامة[35].

الفرع الثاني: معيار الوسيلة المستعملة في الدفاع

أمام الانتقادات التي وجهت للمعيار الحسابي، تبنى كل من الفقه والقضاء معيارا آخر أكثر واقعية، يعتمد بالأساس على الوسيلة التي استعملت في الدفاع، وقد ذكر قانون العقوبات الفرنسي مصطلح "وسائل الدفاع المستعملة" بشكل صريح في نص م122–5 منه.

السؤال المطروح: ما هو الضابط المعتمد في تقدير معيار الوسيلة المستعملة؟

---

[32] المرجع نفسه، ص479.

[33] محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2007، ص319، ر130.

[34] مشار إليه عند: رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر1997، ص381.

[35] أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص471، ر241.

أولا: ضابط تماثل الوسائل المستعملة

اعتبر رأي فقهي التناسب قائما إذا كانت الوسيلة المستعملة في الدفاع متناسبة مع وسيلة الاعتداء، وتكون كذلك إن كانت مماثلة لها أو أقل إحداثا للضرر منها، كما لو دافع شخص بعصا أو باستعمال الأيدي فقط ضد من يهدده بالعصا، أما لو استعمل المدافع وسيلة غير متواجدة لدى المعتدي انتفى شرط التناسب، ومثال ذلك أن يستعمل رجل سلاحا ناريا ضد آخر بحوزته مفتاح سيارات[36]، أو يستعمل بندقية معدة لإطلاق النار ضد شخص يحمل عصا.

وقد انتقد هذا المنحى كثيرا لأنه يهمل معطيات مهمة تتعلق بالمعتدي والمدافع وظروف الواقعة الإجرامية، وهو شبيه إلى حد كبير بالمعيار الحسابي في اشتراطه التماثل، وبديهي القول بأن المدافع ليس بمقدوره التكهن بالضرر الذي سيقع عليه ولا بالوسيلة التي يستعملها المعتدي[37]، كما أن المدافع قد لا يكون له الوقت الكافي للتصرف بحكمة وأناة أمام مفاجأة المعتدي له[38].

أكدت هذا المعنى محكمة النقض المصرية بقولها: "التماثل ليس شرطا من شروط الدفاع الشرعي، بل للمدافع أن يدفع عن نفسه بالوسيلة التي يراها لازمة لرد الاعتداء، تلك الوسيلة التي تختلف تبعا لاختلاف الظروف"[39].

لذلك، يعتبر التناسب قائما إذا كانت الوسيلة المستعملة في ظروف استعمالها أنسب الوسائل لرد الاعتداء، أو كانت هي الوسيلة الوحيدة في متناول المعتدى عليه[40]، ومثاله أن يستخدم المدافع سلاحه الناري ضد معتد غير مسلح مشهود له بقوة الجسد، وقدرته على إزهاق الروح بضربة واحدة[41].

ثانيا: الضابط الشخصي في تقدير معيار الوسيلة المستعملة

يرى جانب من الفقه أن المعيار المعول عليه في تقدير مدى تناسب الوسيلة المستعملة في الدفاع مع الوسيلة المستعملة في الاعتداء، هو المعيار الشخصي، الذي يهتم بوضع المدافع عند تعرضه للاعتداء والظروف المحيطة به، والمتمثلة أساسا في حالته النفسية والجسدية، وجسامة الخطر المحدق به

[36] قرار الغرفة الجنائية للمحكمة العليا، ملف رقم 316770 بتاريخ 2003/9/23، المجلة القضائية، العدد الأول، 2003، ص437.

[37] عبد الرحمن خلفي، المرجع السابق، ص175.

[38] علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الجزء الأول، دار الهدى للمطبوعات، الإسكندرية، مصر 2002، ص220.

[39] مشار إليه عند: أشرف توفيق شمس الدين، شرح قانون العقوبات، القسم العام، (دون ناشر)، 2009، ص229.

[40] أكرم نشأت إبراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، الدار الجامعية، بيروت، لبنان (دون سنة نشر) ص160.

[41] منصور رحماني، الوجيز في القانون الجنائي العام، دار العلوم للنشر، عنابة، الجزائر 2006، ص229.

بالنظر إلى القوة البدنية والنفسية للمعتدي وجنسه وعمره والباعث وراء الاعتداء، ومدى قدرة المدافع على اتخاذ القرار المناسب في ظل تلك الظروف كلها[42].

بناء على ذلك، إذا كان المعتدي أقوى بنية من المدافع، أو كان المدافع فتاة ضعيفة،أو شيخا طاعنا في السن، أو كان الاعتداء قد وقع في مكان غير آهل بالسكان أو في جنح الليل، فإنه يسوغ للمدافع أن يستعمل قدرا من الدفاع، ما كان يسوغ له استعماله لو اختلفت تلك الظروف، كأن يستعمل سلاحه الناري لجرح أو قتل المعتدي، خاصة إذا كان الاعتداء قد أفقد المدافع هدوءه واتزانه[43]، ولذلك يرجع القاضي في تقدير مدى قيام التناسب إلى كل واقعة على حدة[44]، اعتمادا على المعيار الشخصي، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها بأن تقدير التناسب يكون: "اعتباريا بالنسبة للشخص الذي فوجئ بفعل الاعتداء في ظروفه الحرجة وملابساته الدقيقة، الذي كان هو وحده دون غيره المحيط بها، والمطلوب منه تقديرها وكيفية الخروج من مأزقها..."[45].

ولكن يعاب على هذا الضابط أن أسباب الإباحة أسباب موضوعية وليست شخصية[46]، كما أنه من الناحية العملية صعب التطبيق لأنه من العسير إثبات الحالة النفسية الحقيقية للمعتدى عليه وقت حدوث الواقعة، فضلا عن أنه يفتح الباب على مصراعيه لتصفية الحسابات إذا أتيحت الفرصة، تحت غطاء فقد الاتزان والهدوء المؤثران على تقدير كمية فعل الدفاع الواجب.

ثالثا: الضابط الموضوعي في تقدير معيار الوسيلة المستعملة

الراجح فقها هو الاعتماد على المعيار الموضوعي في تقدير الوسائل المستعملة في الدفاع، ومعنى ذلك أن يتم تقدير فعل الدفاع بالنظر إلى معيار الرجل العادي، وهو الرجل المعتاد الذي يتمتع بذكاء متوسط أي ذكاء رجل من عامة الناس، وردود أفعال عادية، ويوضع محل المتهم (المدافع)، في الظروف ذاتها التي حدثت فيها الواقعة[47]، فإن كان تصرفه كتصرف المتهم اعتبر دفاع الأخير متناسبا مع جسامة

[42] المرجع نفسه، الصفحة نفسها. يراجع أيضا: سعيد بوعلي، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر 2017، ص114.

[43] جلال ثروت، قانون العقوبات، القسم العام، الدار الجامعية الجديدة، بيروت، لبنان (دون سنة نشر)، ص231.

[44] إبراهيم الشباسي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، دار الكتاب اللبناني، بيروت، لبنان (دون سنة نشر)، ص179.

[45] فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص229، ر209. رمسيس بهنام، المرجع السابق، ص384. علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص221.

[46] عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص137.

[47] أيمن فتحي محمد الجندي، حق الدفاع الشرعي في مواجهة الأشخاص المتمتعين بالحصانة في القانون الدولي العام، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر 2015، ص205.

الاعتداء، وإن كان فعل دفاعه أقل شدة اعتبر المتهم مخلا بشرط التناسب وبالتالي متجاوزا لحدود الدفاع المشروع[48].

انتقد المعيار الموضوعي بسبب إهماله لعناصر مهمة تدخل في تقدير التناسب، ولا يسوغ عقلا إغفالها، وهي تعود بالأساس إلى طبيعة وظروف كل واقعة،كما تعود إلى شخصية المدافع[49].

بناء على ما تقدم، فإن جانبا كبيرا من الفقه[50] يرى أن معيار التناسب موضوعي واقعي قوامه الرجل العادي، مضاف إليه المعيار الشخصي، فهو مزيج بين المعيار الموضوعي وهو الأصل، والمعيار الشخصي المكمل للمعيار الموضوعي، فقاضي الموضوع عليه أن يفترض أن هنالك شخصا عاديا يضعه في الظروف نفسها التي كان فيها المتهم (المدافع)، مراعيا الجانب الشخصي للأخير من حيث قوته البدنية، وعمره، وجنسه، وملابسات الواقعة، ثم يسأل: هل كان دفاعه سيكون مماثلا لدفاع المتهم أم لا[51].

المطلب الثاني: الأثر المترتب عن الإخلال بالتناسب

احترام المدافع لشروط الدفاع المشروع بما فيها شرط التناسب يجعل دفاعه مباحا، إذ ينزع عنه الطابع الإجرامي ويجعله مشروعا، ويستفيد من الإباحة تبعا لذلك كل من ساهم في فعل الدفاع[52].

أما الإخلال بمعيار التناسب فيوجد حالة خاصة تعرف بتجاوز حد الدفاع المشروع، فما مفهوم التجاوز؟ وما هي صوره؟ (الفرع الأول)، وهل ذكر المشرع الجزائري حالات لتجاوز الدفاع المشروع في قانون العقوبات؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم التجاوز وصوره

لم يتطرق قانون العقوبات الجزائري بشكل صريح إلى مفهوم التجاوز، ولا إلى صوره، أما التشريع المصري فيقصد بالتجاوز الخروج عن حدود حق الدفاع المشروع[53]، ولا يكون ذلك إلا عند تحقق شروط

---

[48] علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص222.

[49] عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص137.

[50] فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص229، ر209. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص324، ر240. علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص221. عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص137.

[51]فإن كان الجواب بالإيجاب عد المتهم محترما لشرط التناسب، واعتبر بناء على ذلك في حالة دفاع مشروع، أما إن كانت الإجابة بالنفي، فإن المتهم يكون مخلا بشرط التناسب متجاوزا للحد المسموح، وهذا الإخلال يرتب آثاره القانونية سواء من الناحية الجزائية أو المدنية.

[52]يجوز للمتهم التمسك بالدفاع المشروع في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، ولو كان ذلك لأول مرة أمام المحكمة، ولا يجوز له إثارته لأول مرة أمام المحكمة العليا. عبد الله أوهايبية، المرجع السابق، ص144. أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص175.

إذا أفادت المحكمة المتهم بالدفاع المشروع فإنه يتعين عليها أن تحكم ببراءته وليس بإعفائه من العقاب، بما أن الدفاع المشروع سبب من أسباب الإباحة، وهذا ما أكدت عليه الغرفة الجنائية للمحكمة العليا في قرار لها بتاريخ: 2006/7/19، ملف رقم 411831، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2006، ص559.

الدفاع المشروع كلها باستثناء شرط التناسب الذي يكون منتفيا، بمعنى أن المدافع قد احترم شروط الدفاع المشروع ما عدا شرط التناسب بأن جاوز دفاعه الحد المسموح[54]، أما لو انتفى شرط آخر من شروط الدفاع المشروع كشرط اللزوم فإننا لا نكون بصدد تجاوز للدفاع المشروع، لأن حق الدفاع هنا لم يقم أصلا، فالتجاوز في الدفاع المشروع يكون عند قيام هذا الحق، بتوافر كل شروطه عدا شرط التناسب بين الاعتداء والدفاع[55].

وحسب القواعد العامة، إذا انتفى التناسب فقد انتفى شرط من شروط الدفاع المشروع، ولم يعد لسبب التبرير محل[56]، والمسؤولية الجزائية في هذه الحالة تقوم على أساس الركن المعنوي للتجاوز.

للتجاوز صور ثلاث، حسب القواعد العامة، فهو إما أن يكون مقصودا، بمعنى أن المدافع قد تعمد استعمال قدر من القوة زائد عن الحد، رغم أنه كان مدركا جسامة الخطر، وبإمكانه دفعه بفعل أقل قوة، ففي هذه الحالة يكون المتجاوز سيئ النية ويسأل عن جريمة عمدية، وإما أن يكون التجاوز نتيجة خطأ من المدافع وقع فيه، بحيث استعمل خطأ قدرا زائدا من القوة، نتيجة تقدير غير صحيح لجسامة الاعتداء أو الدفاع، وكان في وسعه التقدير الصحيح، فهنا يسأل عن جريمة غير عمدية، وفي هذه الحالة يكون المتجاوز حسن النية، وإما أن يكون التجاوز مجردا من العمد والخطأ معا نتيجة الاضطراب وهول الموقف اللذين أفقدا المدافع السيطرة على إرادته، وهنا لا يسأل المتجاوز جزائيا نتيجة انتفاء الركن المعنوي للجريمة[57].

الفرع الثاني: حالات تجاوز الدفاع المشروع في قانون العقوبات الجزائري

لم يتطرق المشرع الجزائري صراحة إلى حالات تجاوز الدفاع المشروع، بيد أن جانبا من الفقه يرى أن المتجاوز لحدود الدفاع المشروع يستفيد من حكم المواد 277، 278، و283 من قانون العقوبات[58].

أولا: الحالة المنصوص عليها في نص المادة 277 من قانون العقوبات

حسب نص م277 ق ع فإن مرتكب جرائم القتل والجرح والضرب يستفيد من الأعذار إذا دفعه إلى ارتكابها وقوع ضرب شديد من قبل أحد الأشخاص.

---

[53]فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص237، ر215.

[54]فخري عبد الرزاق الحديثي، خالد حميدي الزعبي، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار الثقافة، عمان، الأردن 2009، ص229.

[55]عبد القادر عوده، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء الأول، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان (دون سنة نشر)، ص486، ر336.

[56]محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص329، ر245.

[57]محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص329، ر245.

[58]عبد الله أوهايبية، المرجع السابق، ص146.قريد عدنان، ظروف الجريمة في التشريع الجنائي الجزائري، دار هومة، الجزائر 2017، ص55.

هذه المادة تفترض حدوث تجاوز عن حسن نية للدفاع المشروع، أي إخلالا دون قصد بشرط التناسب لأنه إذا احترمت شروط الدفاع المشروع كلها الواردة في نص م39 ق ع بما فيها شرط التناسب فإن فعل المتهم يكون مباحا ولا يتعرض تبعا لذلك لأية عقوبة ولو كانت مخففة، بل يستفيد من البراءة لأن الدفاع المشروع سبب من أسباب الإباحة[59].

أما لو كان المتجاوز سيء النية فإن مسؤوليته الجزائية تقوم حسب القواعد العامة، لأنه كان مدركا لماهية وخطورة فعل دفاعه، عالما بتجاوزه الحد المسموح، ومتعمدا إحداث الضرر بالمعتدي رغم أنه كان في وسعه الدفاع بفعل أقل جسامة، ولكنه قد يستفيد من الظروف القضائية المخففة للعقوبة طبقا للمادة 53 من قانون العقوبات وما بعدها، وهي متروكة لفطنة القضاء، كما يجوز للقاضي إفادة المتجاوز ولو كان سيء النية من العذر القانوني المنصوص عليه في نص م277 ق ع عندما تتوافر للتجاوز شروط الاستفزاز، إذا كان التجاوز في نطاق معقول ومتناسبا مع ثورة غضب المتجاوز التي بدورها يجب أن تكون متناسبة مع فعل الاعتداء[60].

ثانيا: الحالة المنصوص عليها في نص المادة 278 من قانون العقوبات

حسب نص م278 ق ع فإن مرتكب جرائم القتل والجرح والضرب يستفيد 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، أما إذا حدث ذلك أثناء الليل فيستفيد مرتكب الفعل من قرينة الدفاع المشروع وفق نص م1/40 ق ع.

قيل في تبرير نهج المشرع هذا بأن المدافع أثناء النهار يكون في استطاعته طلب العون أو اللجوء إلى السلطات المختصة، على عكس الليل الذي يصعب فيه ذلك[61]، ولكن القول بهذا الرأي يخرج الفعل المنصوص عليه في نص م278 ق ع من حالة تجاوز الدفاع المشروع، لأن فيه إخلالا بشرط الدفاع وهو الخطر الحال، وليس بشرط التناسب، وهذا ما حذا بالبعض إلى القول بأن ما جاء في نص م278 ق ع هو عذر استفزاز وليس عذر تجاوز للدفاع المشروع[62].

---

[59] عبد العالي بوصنوبرة، تجاوز حدود الدفاع المشروع في قانون العقوبات الجزائري، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، عدد 48، ديسمبر 2016، ص78.

[60] محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص332، ر246.

[61] عبد العالي بوصنوبرة، المرجع السابق، ص78.

[62] محمد العايب، تفريد العقوبة الجزائية بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة 1، الجزائر 2016، ص122.

ويرى البعض أن العذر الوارد في نص م278 ق ع يعرف تداخلا بين حالة الاستفزاز كعامل تأثير وحالة التجاوز كنتيجة للاستفزاز[63]، ولعل الراجح أن المشرع وضع قرينة بسيطة على قيام حالة التجاوز، يمكن دحضها بالدليل العكسي على أن المدافع لم يتجاوز حدود الدفاع.

إذا قام العذر في الحالتين المنصوص عليهما في نص المادتين 277 و278 ق ع طبقت العقوبة المخففة المنصوص عليها في نص م283 ق ع.

الخاتمة

يعتبر التناسب من أهم الشروط وأدقها المتطلبة في الدفاع المشروع، وهو الفيصل في اعتبار المدافع محترما حدود الدفاع المشروع أو متجاوزا لها، وجوهر التناسب استعمال قدر من القوة كاف لرد الاعتداء كي لا يتحول الدفاع إلى اعتداء.

عنيت التشريعات المقارنة،ومنها القانون الجزائري، بالتناسب وأكدت عليه، كما حرص الفقه والقضاء على استجلائه ووضع معيار صحيح لقياسه، بحيث يراعي مصلحة المدافع وظروفه وقت حدوث الاعتداء، وفي الوقت ذاته لا يهدر مصلحة المعتدي تماما.

عند دراسة هذا الموضوع استوقفتنا الملاحظات التالية:

– ندرة الأحكام القضائية المتعلقة بالدفاع المشروع عموما والتناسب بالخصوص في القضاء الجزائري، خاصة اجتهادات المحكمة العليا، علما أن موضوع التناسب وخاصة المعيار المعتمد في قياسه يساعد على بلورته القضاء من خلال دراسة الحالات الواقعية المختلفة.

– لم يتطرق المشرع الجزائري إلى موضوع التناسب الخاص، ولا إلى التناسب الآلي، ولم ينص صراحة على حالات تجاوز الدفاع المشروع مما فتح الباب للاجتهادات الفقهية.

– لم يبين القانون والقضاء الجزائريان نوع القرينة القانونية الواردة في المادة 40 من قانون العقوبات، مما دعا الفقه إلى القول بأنها بسيطة اعتمادا على اجتهادات محكمة النقض الفرنسية.

[63] رومان صونية، منهج المشرع الجزائري في دراسة عذر الاستفزاز، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، المجلد 11، العدد 02(عدد خاص) 2020، ص476.