الدفاع المشروع

د/ صلاح الدين جبار
أستاذ محاضر بكلية الحقوق

الدفاع الشرعي أو الدفاع المشروع، هو حق قانوني نص عليه المشرع في المادة 39 فقرة 2 والمادة 40 من قانون العقوبات، وقد عدل مصطلح الدفاع الشرعي بمصطلح الدفاع المشروع بموجب القانون رقم: 06 ـ 23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، وذلك لتقريب اللفظ القانوني من اللفظ اللغوي الصحيح، وذلك للتفرقة بين ما هو شرعي، وهو تعبير واسع يشمل ميادين الشريعة والقانون، وبين ما هو مشروع للدلالة على تبرير هذا الفعل من طرف المشرع الوضعي.

وقد جاء النص على الدفاع المشروع في الفصل الرابع من الباب الأول من الكتاب الثاني، بعنوان الأفعال المبررة، حيث نصت المادة 39 على ما يلي:

(لا جريمة:

1 – إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون،

2 – 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). وما دام أمر أو إذن القانون الوارد في الفقرة الأولى من المادة 39، لا يدخل ضمن دراستنا هذه، فسوف نتناول ما يتعلق بالدفاع المشروع في الفقرة 2 من نفس المادة.

كما نصت المادة 40 من قانون العقوبات على أنه: (يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع المشروع:

1 ـ 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.

2 ـ الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة.).

ونستطيع أن نعرف الدفاع المشروع بأنه "الحق في دفع الاعتداء غير المشروع والحال على أن يكون الدفاع ضروريًا ومتناسبًا مع جسامة الخطر أو الضرر".

وما دام الدفاع المشروع يوصف بأنه حق، فمعنى ذلك أنه ليس بواجب مفروض، فنحن نعرف أن الحق مستوي الطرفين مخير صاحبه في استعماله أو عدم استعماله فهو حر، وما دامت حرية الاختيار مكفولة له، فهذا ينفي كونه واجبًا قانونًا، فلا نعلم أن القانون بجرم من لم يستعمل حقه في الدفاع الشرعي عن نفسه أو ماله أو عرضه.

ولابد هنا من أن نشير إلى الفرق بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي: فمن الحقوق ما يباح بالإباحة ومنها ما ليس كذلك، فالمحافظة على النفس والجسم والعرض واجبة في الشريعة الإسلامية والدفاع عنها واجب[1]: فكل اعتداء يهدد النفس أو سلامة الجسم أو العرض يكون دفعه واجبًا، أما الأموال فتباح بالإباحة فيجوز فيها الهبة والصدقة والتنازل عنها بعوض أو بدونه، فالرضا ينفي عن الفعل صفة العدوان أو الاعتداء، وإذا انتفى الاعتداء انتفت تبعًا له الجريمة وبالتالي السبب الداعي للحديث عن إباحتها.

أما في غير الأموال فالاعتداء ليس موجهًا ضد حق المُعتدي عليه مباشرة حتى يكون للرضا أثر قانوني مبيح، وإنما ضد الجماعة على اعتبار أن القانون في مثل هذه المسائل يحمي قيمًا عامة. وإن شئنا نستطيع القول إنها حق لله تعالى فلا يجوز من ثم التنازل عنها. [2]

وفي القانون الوضعي، ليس هناك ما يمنع الشخص من التخلي عن ممارسة هذا الحق مهما كانت طبيعة العدوان المهدد به، وهذا لا يمنع من أن هناك من يدعي أن الدفاع الشرعي يعتبر صورة من صور أداء الواجب وهذا مردود كما قلنا لأن أداء الواجب يقتضي تقرير جزاء معين على المخالفة والقانون لا يرتب أي جزاء على من يمتنع عن الدفاع. [3]

ومنهم من قال إن أساس الدفاع الشرعي هو تخلف حرية الإرادة وبهذا فهو يعتبر صورة من صور الإكراه، وهذا مردود كذلك لأنه لو كان الأمر كذلك لما اشترط القانون شروطًا ومنها

---

[1] الإمام محمد أبو زهرة: "الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي"، دار الفكر العربي - القاهرة 1976. ص. 155.

[2] الدكتور محمد سليم العوا: "في أصول النظام الجنائي الإسلامي"، دراسة مقارنة، دار المعارف، القاهرة، 1983، الطبعة الثانية. ص: 83.

[3] الدكتور: محمد الرازقي: "محاضرات في القانون الجنائي"، دار الكتاب الجديد، بيروت، لبنان، 1999. ص 64.

التناسب، فكيف تطلب ممن فقدت حريته هذا الشرط فضلاً عن ذلك فإن كثيرًا من حالات الدفاع المشروع، كالدفاع دون المال أو دون الغير، لا يتصور فيها فقدان حرية الاختيار[1].

ولهذا، فإن الدفاع المشروع لا يكون إلا حقًا، وهذا هو موقف القوانين المعاصرة.

وحيث أن الدفاع المشروع يتكون من عنصرين رئيسيين وهما الاعتداء أو التهديد به والدفاع، فإن القانون حدد شروطًا معينة في الاعتداء وفي الدفاع حتى يستفيد من وقع عليه الاعتداء من مزايا هذا الحق، فينتج آثاره القانونية.

ولهذا فالحديث عن الدفاع المشروع يقتضي أن نبحث عن هذه الشروط، أولاً، وإثبات حالة الدفاع المشروع ثانيًا، وآثار الدفاع المشروع وتجاوز حدوده ثالثا. ولذلك قسمنا هذه الدراسة إلى ثلاثة مطالب، خصصنا لكل نقطة من النقاط المذكورة مطلبا.

المطلب الأول: شروط الدفاع المشروع:

للدفاع المشروع شروطا يجب توافرها في الاعتداء، وشروطا يجب توافرها في الهجوم، سنتطرق إليها ضمن الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الشروط الواجب توافرها في الاعتداء:

يجب أن نلاحظ أولاً، أن الاعتداء الحال والغير مشروع هو سبب الإباحة الحقيقي، وليس "الدفاع الشرعي"، فالاعتداء الظالم هو السبب المبيح لفعل المدافع.

فإن أفعال الدفاع هذه لا تشكل جريمة بأي حال من الأحوال، وقد يقال إنها جريمة فعلاً ولكنها جريمة مباحة ولهذا نتكلم عن "أسباب الإباحة"، وهذه مغالطة لأن المشرع لا يتصور أن يبيح الجرائم. [2]

أولا: شروط الاعتداء:

1 . **يجب أن يكون الاعتداء حالاً** Actuel: فليس لحق الدفاع المشروع وجود متى كان من الممكن الاحتماء في الوقت المناسب برجال السلطة العامة". وهذا منطقي، لأن الدفاع لا يصبح ضروريًا إلا إذا كان الخطر حالاً، بمعنى ألا يكون لدى المهدد بالعدوان من الوقت ما يكفيه إلى الاحتماء برجال السلطة العمومية، فالدفاع عن أفراد المجتمع موكول أساسًا إلى المجتمع أي إلى السلطة العامة، لأنه وفقًا لنظرية العقد الاجتماعي، يتنازل الأفراد عن بعض

---

[1] Alain Prothais: « Tentative et attentat » Paris L. G. D. J. 1985 P 56

[2] Adophe Chauveau et Faustin Hélie: «Théorie du code pénal» cujas Paris 1987. p: 123.

حقوقهم ومنها حقهم في الحماية الخاصة ضد أي اعتداء ظالم في مقابل حماية المجتمع لهم. وحيث أنه يستحيل على السلطة العامة، في كل الأوقات والظروف، تنفيذ بنود هذا العقد وبسط حمايتها الكاملة، فإنه لا يمكن الإدعاء بوجود هذه الحماية إلا إذا أعطينا لهؤلاء الأفراد الحق في حماية أنفسهم بأنفسهم عند الضرورة، وتتحقق الضرورة عندما يكون الخطر حالاً بالمعنى الذي قررناه.

ولكن ما معيار الحالية؟

هناك حالتان نستطيع أن نتصور فيهما وجود الحق في الدفاع:

الحالة الأولى: الاعتداء لم يبدأ بعد ولكن هناك تهديد جدي به. لأن الحكمة من الدفاع الشرعي تكمن في تفادي الضرر، فالمشرع الجنائي لا يمكن أن يبيح الدفاع وتحييد المعتدي من جهة، ويطلب من جهة أخرى من المهدد بالاعتداء، انتظار وقوع الضرر أو الطلقة الأولى، فالدفاع حينئذ قد يكون لا معنى له البتة، إذ يكون الوقت متأخرًا، وقد بلغ المعتدي هدفه، ومن ثم يفقد حق الدفاع الشرعي معناه.

فالشخص الذي يرى آخر وهو بصدد تعبئة بندقيته ليصوبها إليه، ليس مضطرًا قانونًا أن ينتظر حتى يفرغ من عمله ويسدد له الطلقة الأولى، فيستطيع أن ينتزع منه سلاحه أو أن يضربه بحيث يجعله يعدل عن هذه الفكرة وحتى قتله إذا كانت الظروف الواقعة تسمح بهذا النوع من الدفاع، يعني إما أن يكون قاتلاً أو مقتولاً، ومن البديهي أن حق المعتدى عليه يغلب حق المعتدي، فالحق في الحياة بالنسبة للأول أولى بالرعاية من حق الأخير[1].

الحالة الثانية: المعتدي شرع في اعتدائه فعلاً ولكنه لم يفرغ منه بعد، ففي هذه الحالة، ومن باب أولى، يحق للمعتدى عليه أن يستعمل كل الوسائل المناسبة لدرء الضرر ودفع هذا الاعتداء الفعلي الواقع عليه، وهو في الحالة الأولى يحاول بدفاعه أن يتفادى حلول الضرر بدفع خطره، وفي الحالة الثانية يحاول أن يقلل من الآثار الضارة للاعتداء. ولكن المدافع هنا هو في حقيقة الأمر، في موقف حرج للغاية، فالظرف يقتضي ردًا سريعًا ومحسوبًا على العدوان، لأن المدافع بعد أن يحيد الاعتداء ويدفع الخطر، قد يستمر في "دفاعه" رغم ذلك ولكن القانونً لا يعتبر هذا - التمادي - دفاعًا مشروعًا، فهو قد تجاوز حدوده دفاعه وأصبح عدوانًا غير

---

[1] الدكتور: أحمد محمد خليفة: "النظرية العامة للتجريم" كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1995 رسالة دكتوراه، ص 104.

مشروع يعاقب عليه القانون، إذ لا يحق للمدافع سوى إيقاف حالة استمرار الاعتداء الظالم الواقع عليه، لا أن يتحول هو بدوره إلى معتد.

وقد يتعرض الفرد لاعتداء جسدي يضر بجسمه ولا يستطيع صده في الحال، ثم بعد مدة من انتهاء استمرار الخطر، يتعرض للمعتدي بالضرب أو القتل باسم الدفاع المشروع، فهذا لا يعد دفاعا مشروعا بل انتقاما واعتداء معاقبا عليه.

2 . **يجب أن يكون الاعتداء غير مشروع** (Injuste): إن أسباب الإباحة في القانون الوضعي مؤسسة على أداء الواجب أو استعمال الحق، وانطلاقًا من ذلك، فالخطر غير المشروع هو الذي لا يعتبر قيامًا بواجب أو استعمالاً لحق.

ويمكن تحديد هذا الشرط طبقا للقاعدة التالية: كل فعل مجرم هو دائمًا غير مشروع، والفعل غير المجرم ليس دائمًا مشروعًا، فهو مشروع فقط إذا كان أداء لواجب أو استعمالاً لحق. [1]

من هذه القاعدة نخلص إلى نتيجتين ها متين:

الأولى: الدفاع غير مشروع إذا كان الخطر أو الاعتداء مشروعًا.

الثانية: الدفاع مشروع إذا كان الخطر غير مشروع.

1- **الحالة الأولى**: إذا أباح القانون الفعل أو أمر به، فهذا معناه أنه يمنع أي تصرّف يعرقل ما أباحه أو أمر به كنتيجة مباشرة لهذه الإباحة أو لهذا الأمر، لأن الإباحة تخرج الفعل من دائرة التجريم ليصبح مشروعًا، ومن ثم فإن الدفاع الشرعي غير متصور قانونًا، لأن المشرع عندما يعترف بحق، فمن اللازم أن تكون وسيلة استعمال هذا الحق مشروعة وإلا أصبح الحق وهمًا.

ومن هذه الحقوق، حق التأديب وممارسة الأعمال الطبيعية وغيرها، فجميع هذه الحالات تتضمن اعتداءًا ماديًا لا يجوز استعمال حق الدفاع الشرعي دونه، لأن هذا الاعتداء – إذا صح التعبير – يعد مشروعا.

أما القيام بالواجب، فهناك ضمن الموظفين العموميين من تتطلب وظائفهم القيام بأعمال العنف، ويلجؤون في الغالب إلى القوة المادية للمحافظة على الأمن والنظام العام، والقانون لابد أن يمنع مقاومة هؤلاء الموظفين ويعتبر ذلك جريمة يعاقب عليها المشرع الجنائي، فتنفيذ عقوبة

[1] الدكتور: أحمد محمد خليفة: المرجع السابق. ص. 53.

الإعدام أو إيقاف أحد المجرمين الفارين أو الدخول إلى المساكن خلال تفتيش قضائي، تقييد حرية الأشخاص وفقًا للقانون، كل هذه التصرفات تعتبر مشروعة ولا يجوز لأي كان مقاومتها: فلا أحد يستطيع الاحتجاج باستعمال حق الدفاع المشروع ضد هؤلاء الموظفين ما داموا يقومون بواجباتهم وفقًا للقانون.

ولكن هل تجوز المقاومة عندما يتجاوز هؤلاء الموظفون حدود واجباتهم؟ بمعنى هل يجوز استعمال حق الدفاع الشرعي ضد الأعمال غير المشروعة لهؤلاء الموظفين العموميين؟

هناك عدة نظريات حول هذا الموضوع:

إحداها تسمى (نظرية الطاعة السلبية)، وهي عدم إباحة الدفاع المشروع ضد التصرفات غير المشروعة لهؤلاء الموظفين احترامًا لهم، فللمعتدى عليه الحق فقط في أن يرفع دعواه أمام القضاء ويطالب بحقه أمام المحاكم[1].

ثانيها تسمى (نظرية المقاومة المطلقة) وهي ترى أن للفرد حق المقاومة ضد كل من اعتدى على حقه ولو كان موظفا عموميا تجاوز حدود صلاحياته القانونية، فلا مجال للادعاء بعدم احترام القانون والدولة من قبل الفرد المعتدى عليه ظلمًا وعدوانًا، فهو على العكس من ذلك، يدافع عن القانون والدولة حينما يتصدى للتصرفات المخالفة لهذا القانون بالذات، فالقانون لا يمكن أن يقف مع الظلم والعدوان.[2]

ثالثها تسمى ب: (النظرية التوفيقية)، والتي تحاول أن تكون وسطًا بين الاتجاهين السابقين:

بعض الفقهاء يرون جواز المقاومة فقط إذا كانت المخالفة ظاهرة والآثار المترتبة عليها خطيرة.[3]

والبعض الآخر يفرق بين الاعتداء البدني، بعني الاعتداء الواقع على الجسم، وبين الاعتداء الواقع على المال، حيث تباح المقاومة في الحالة الأولى وتمنع في الثانية: فأعمال التعذيب تبرر

---

(1) الدكتور محمد زكي أبو عامر: "الحماية الجنائية للحريات الشخصية " منشأة المعارف، الإسكندرية 1979. ص. 49.

(2) الدكتور: محمد الرازقي. المرجع السابق. ص. 122.

(3) Adophe Chauveau et Faustin Hélie: «Théorie du code pénal» cujas Paris 1987. p. 72.

المقاومة، أما الاعتداء الواقع على المال فيمكن تعويضه لاحقًا، فلا بأس من تحمله في تلك اللحظة، لأن مقاومة رجال السلطة العامة أشد ضررًا من ضياع المال مؤقتًا. [1]

اتخذ المشرع الجزائري من هذه النظريات موقفًا وسطًا: فمقاومة الموظفين العموميين ممنوعة من حيث المبدأ، ولكنها مسموح بها في بعض الحالات فقط كما وضحت ذلك المادة 40 من قانون العقوبات في فقرتها الأولى، حيث جاء فيها: (يدخل ضمن حالة الضرورة الحالة للدفاع المشروع 1 – القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه....).

ويعد إثبات ذلك من الصعوبة بمكان، إذ لابد من الرجوع إلى العناصر الشخصية لإثبات وجود هذا الخطر من عدمه، ولهذا نستطيع أن نقبل هذا العذر من البعض دون البعض الآخر. كما أن الدفاع المشروع عادة غير متصور في العلاقة بين الأفراد العاديين ورجال السلطة العامة، مع التحفظ فيما يتعلق ببعض الفروض التي يراها البعض في صالح الدفاع المشروع ضد التصرفات غير المشروعة للموظفين العموميين، حيث يتطلب توفر حسن النية من قبل الموظفين العموميين لمنع مقاومتهم. وحيث أن المجني عليه هو الذي يقع عليه عبء الإثبات أي إثبات نية الموظف، لأنه من الاستثناءات، فمن الصعب دائمًا إثبات سوء النية هذا، فضلاً عن أن السلطة العامة لا تعدم وسيلة لتبرهن على حسن نية موظفيها، ولهذا فنحن نرى أن هذا الموضوع يستحق دراسة مستقلة ودقيقة، وقد نوهنا في بداية دراستنا على عدم الخوض فيه.

2. الحالة الثانية: هذه الحالة تتمثل في الخطر غير المشروع الذي يبيح الدفاع، ففي غالب الأحوال يكون مصدر الخطر غير المشروع إنسانًا مسؤولاً عن أفعاله.

ولكن قد يحدث أن يكون المعتدي شخصًا غير مسؤول أو غير معاقب أصلاً أو أن تكون العقوبة مخففة.

في **الفرض الأول**: أن يكون المعتدي غير مسؤول، كالصبي غير المميز والمجنون فهؤلاء الأشخاص هم فاقدو الشعور والإرادة، فهم لا يعاقبون، ولكن الفعل يبقى مع ذلك غير مشروع، فيحق لمن هو مستهدف به أن يدفعه لأن الدفاع المشروع، ليس عقوبة توقع على الفاعل، كما أنه لا يشكل جريمة، بنص المادة 39 عقوبات التي تستهل بلفظ: **لا جريمة** ولكن مجرد حماية حق أو مصلحة، ولكل إنسان الحق في حماية حقه أو مصلحته إذا تعرضت لعدوان غير مشروع مهما كان مصدره.

---

[1] H. Donnedieu de vabres: « Traite élémentaire de droit criminel et législation pénale comparé » 3ème Editions. Librairie de recueil Sirey. Paris 1967. P. 98.

ومع ذلك يرى بعض الكتاب، أن الخطر الذي يكون مصدره شخصًا غير مسؤول جنائيًا هو خطر مشروع من وجهة نظر شخصية، فلا يمكن استعمال حق الدفاع المشروع تجاهه.

وليس معنى ذلك أن المهدد بهذا الخطر ينبغي عليه أن يتخذ موقفًا سلبيًا ويعرض نفسه لعدوان ظالم محدق به، ولكن صد هذا العدوان مؤسس ليس على استعمال حق الدفاع المشروع بل على حالة الضرورة. [1] ونلاحظ هنا أولاً، أن المعتدي غير مسؤول جنائيًا لا يستحق عقوبة لأنه معدوم الإرادة، ولكن ليس معنى ذلك أن يسمح له بالإضرار بحقوق الآخرين، فالدفاع هنا ليس عقابًا بحال، وإنما هو إجراء وقائي محض.

ونلاحظ ثانيًا أن استعمال حق الدفاع المشروع ليس مسموحًا به إلا في حالات استثنائية، وهو عند غياب الحماية العامة للدولة، فلماذا يمنع على الشخص من التدخل استثنائيًا والقيام بمهمة الدولة في هذا الظرف الاستثنائي؟

ونلاحظ ثالثًا – أن القول بالمشروعية الشخصية للخطر الواقع من غير المسؤولين جنائيًا يتطلب شيئًا من المناقشة:

أولاً: ليس واضحًا تمامًا أن هذا الخطر يمكن أن يكون مشروعا، فحتى يكون كذلك يجب أن يكون له أصل من القانون والحال أنه ليس كذلك.

ثانيًا: إذا كان هذا الاعتداء مشروعًا من وجهة نظر شخصية، أي من وجهة نظر المعتدي، فهذا يعني أن لديه شعور وإرادة، بمعنى أنه يوجد في حالة عقلية تسمح له بالتمييز بين المشروع وغير المشروع، وعلى ذلك فهو مسؤول مسؤولية كاملة، وسوف يكون من آثار هذه المسؤولية تحمل العقوبة المفروضة قانونًا. [2]

في واقع الأمر: هؤلاء الفقهاء يريدون بلوغ هدفين:

الهدف الأول: وجوب الهروب أمام الصغير أو المجنون واستبعاد الدفاع من طريق العنف إلا عند الضرورة القصوى.

الهدف الثاني: ضرورة مراعاة التناسب المطلق بين الحق موضوع الحماية والحق المضحى به.

---

[1] الدكتور: عبد الله سليمان: " شرح قانون العقوبات "، القسم العام، دار الهدى، عين مليلة، بدون سنة. ص. 96.

[2] الأستاذ عبد القادر عودة: " التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي"، مكتبة دار العروبة - القاهرة - 1964، الجزء الثاني. ص 212.

Alain Prothais: « Tentative et attentat » Paris L. G. D. J. 1985. P. 132.

ولكن نحن نعتقد أن القواعد العامة التي تحكم الدفاع المشروع تكفي وحدها مراعاة كل هذه الاعتبارات: لأن المقصود بالدفاع المشروع هو تحييد الخطر، فليس بالضرورة أن يكون تحييد هذا الخطر باستعمال القوة المادية: فقد يكون عن طريق الابتعاد عن متناول يده أو نزع السلاح منه أو تهديده، وعلى كل حال فهذه مسألة موضوعية تترك لتقدير القاضي وفقاً للظروف الموضوعية للواقعة المعروضة وملابساتها المختلفة التي لا يمكن تحديدها نظريًا.

الفرض الثاني: قد يكون فيه مصدر الخطر شخصًا غير معاقب أو معاقب بعقوبة خفيفة فنحن نعرف أن هناك بعض الحالات التي يمنع فيها القانون رفع الدعوى العمومية كحالة الممثلين السياسيين فهم يتمتعون بحصانة تحميهم من توقيع العقوبة فقط، ولكن هذه الصفة لا تخوّل لهم الاعتداء على الآخرين بدون أن يكون لهؤلاء الحق في دفع هذا العدوان كما سبق وأشرنا وحالة الاستفزاز عذر من شأنه أن يخفف العقوبة على الفاعل كما جاء في المواد من 277 إلى 283 من قانون العقوبات، فالقتل في هذه الحالات حفظًا للعرض يعتبر عذرًا مخففًا للعقوبة وهذا من باب أولي يبيح الدفاع لأن الإعفاء الكامل أو الجزئي من العقاب لا يعني مشروعية الفعل ونحن قلنا أن الدفاع مشروع إذا كان الاعتداء غير مشروع كهذه الحالات وغيرها من الحالات المشابهة.

ثانيا: الخطر الوهمي:

الخطر الوهمي هو ما ليس له وجود في الواقع والحقيقة، فهو موجود فقط في مخيلة الشخص، فهل يبرر هذا الخطر الوهمي وجود حق الدفاع المشروع؟ سبقت الإشارة إلى أن الدفاع المشروع لا يمكن أن يكون له وجود قانوني إلا إذا توفرت شروطه الموضوعية [1]، أي لابد من وجود خطر حقيقي حال وغير مشروع، والخطر الوهمي غير موجود، مما ينفي الحق في استعمال الدفاع المشروع.

ولكن قد نستخلص من اجتهاد المحكمة العليا ما يوحي بجواز الأخذ بالخطر الوهمي، حيث جاء في أحد قراراتها: "لا يحتم حصول الخطر المطلوب درؤه فعلاً بل يكفي خشية الخطر والخوف من حصوله إذا كان لهذا الخوف أسباب معقولة، فلا يلزم في الفعل المتخوف منه والمسوغ للدفاع المشروع بصفة عامة أن يكون خطرًا حقيقيًا في ذاته، بل يكفي أن يبدو كذلك في اعتقاد المتهم بشرط أن يكون هذا الاعتقاد مبينًا على أسباب معقولة، إذ ليس من

[1] الدكتور: عبد الله سليمان: المرجع السابق ص 213.

الضروري أن ينتظر الشخص المهدد وقوع الضرر بالفعل كي يمكنه استعمال القوة، بل يجوز له استعمالها بمجرد أن يتحقق حلول الخطر"... "[1]

فهي تشير إلى حالة عدم حصول الاعتداء بالفعل، ولكن الخطر بالاعتداء قائم، وسبق أن قلنا بصدد هذه الحالة بجواز الدفاع ضد هذا الخطر قبل أن يتحول هذا الخطر إلى ضرر فعلي.

وجاء في قرار آخر ".. يصح قيام هذه الحالة (حالة الدفاع المشروع) ولو كان الاعتداء وهميًا أي لا أصل له في الواقع وحقيقة الأمر، متى كانت الظروف والملابسات تلقي في روع المدافع أن هناك اعتداء جديًا وحقيقيًا موجهًا إليه أو يكون اعتقد على الأقل لأسباب مقبولة وجود خطر حال على نفسه". [2] ".

والملاحظ من هذه الاجتهادات أنها لم تراع طبيعة الدفاع المشروع، فهو "حق" والحق لا يمكن أن يترتب من طرف واحد أي من اعتقاد المتهم أنه موجود. وقد تكون مثل هذه الفروض حالة من حالات الإكراه المعنوي، ولكن لابد أن ينص على ذلك صراحة فهي أضيق نطاقًا من الأخذ بالدفاع المشروع.

فهي تؤسس الدفاع المشروع على الإكراه وتعتبره صورة من صوره، وهي بذلك لا تعترف إلا بالدفاع عن النفس فقط، وهذا ما لا يتفق مع مفهوم الدفاع المشروع طبقا للمادة 39 عقوبات، فموقف المحكمة العليا منتقد لأن عدم المشروعية الذي يطلبه القانون في إباحة الدفاع صفة موضوعية تتعلق بتكييف السلوك في ذاته ولا تتوقف على أهلية صاحبه في تحمل المسؤولية الجنائية أو العقاب.

فالدفاع المشروع سبب موضوعي للإباحة يقتضي توفر شروطه الموضوعية أيضًا.

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في الدفاع:

يجب أن يكون الدفاع **ضروريا ومتناسبا**، وهما شرطان مرتبطان ببعضهما أشد الارتباط، فالدفاع يمكن أن يكون ضروريًا دون أن يكون متناسبًا، ولكن لا نستطيع أن نتحدث عن التناسب إذا لم يكن الدفاع ضروريًا، ولذلك ففكرة الضرورة تسبق شرط التناسب. [3]

الشرط الأول للدفاع: أن يكون الدفاع ضروريًا (Nécessaire).

---

[1] قرار بتاريخ 16. 03. 1981 ملف رقم 53 66 4. S. Chron. 1921/ 04/ 21. Crim.

[2] نقض جنائي للمحكمة العليا الليبية بتاريخ 05. 11. 1975. أنظر كذلك: نقض جنائي 02. 06. 1970.

[3] الدكتور: محمد الرازقي. المرجع السابق ص 165.

إذ جاء في الفقرة الثانية من المادة 39: (إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة).

أي أنه لا يمكن للشخص المهدد بالعدوان دفعه إلا باللجوء إلى القوة المادية فهو لا يستطيع أن يتحاشاه بوسيلة أخرى.

فالدفاع حتى يكون ضروريًا يقتضي وجود عنصرين:

1 . **غياب حماية الدولة**: وهو السبب الأول للضرورة، لأن المهمة الأولى للدولة هي بسط حمايتها لكافة أفراد المجتمع وفي كل وقت، ولكن من المستحيل عمليًا أن تستطيع الدولة حماية كل فرد في المجتمع بصفة مستمرة، وهذا يعتبر قصورًا من الدولة، وحتى نتفادى هذا القصور وتكون الحماية كاملة فلا أقل من أن تبيح لهم حماية أنفسهم بأنفسهم، ففكرة الدفاع المشروع تعتمد أساسًا على غياب الدولة المؤقت، فإذا استطاع المهدد بالعدوان الاحتماء برجال السلطة العامة في الوقت المناسب، فالخطر غير حال، وبالتالي فالدفاع غير ضروري، فلا مجال لاستعمال حق الدفاع المشروع، فاللجوء إلى الدفاع المشروع يجب أن يكون قد دفعت إليه الضرورة،

2 . **تحييد السبب المباشر للخطر**: يجب أن يكون الدفاع مقصودًا به دفع العدوان ولا يكون كذلك إلا إذا كان موجهًا إلى مصدر الخطر، فالغرض هو تحييد العدوان، ولكي يصل المعتدى عليه إلى هذه الغاية، ينبغي أن يختار الوسيلة الأقل ضررًا، أي تلك التي بواسطتها يمكن تحييد هذا الخطر بأقل كلفة ممكنة: كنزع السلاح من يد المعتدي، الاستنجاد بالجيران أو المارة، تخويف المعتدي، تقييد حرية المعتدي حتى يتم استدعاء رجال الأمن... الخ.

ولكن لابد أن نلاحظ هنا أنه يجب أن نبحث عن السبب الحقيقي للعدوان حتى نستطيع من ثم أن نحدد ضرورة أو عدم ضرورة الدفاع: نزع السلاح من يد المعتدي لا يعتبر وسيلة من وسائل الدفاع إلا إذا كان الهدف من الاعتداء هو القتل، ولكن إذا كان الهدف هو الضرب أو هتك العرض مثلاً فنزع السلاح وحده لا يكفي لتحييد الخطر الحقيقي، فاستعمال القوة أصبح ضروريًا في هذه الحالة.

وهكذا فمعيار الضرورة يكمن في تحييد أسباب الخطر، فإذا كان رغم تحييد بعض الأسباب لا زال الخطر قائمًا، فالدفاع يكون ضروريًا حتى يحيد الخطر بتحييد آخر أسبابه والقضاء على وسائله. [1]

[1] أحمد محمد خليفة. المرجع السابق ص 201.

ويطرح السؤال: هل يجوز للمعتدى عليه استعمال القوة المادية إذا كان بإمكانه يتحاشى العدوان عن طريق الهرب؟

أغلب الفقهاء يقولون بضرورة الدفاع حتى لو كان الهرب ممكنًا للمدافع: فيجب أن لا نخضع ونستسلم للظلم والعدوان[1]، فنحن لسنا مضطرين للهرب إذا كان يؤدي إلى الاعتراف بهذا العدوان. نستطيع أن نقول بالهرب إذا استطعنا بهذه الوسيلة أن نحيد جميع أسباب الخطر، فحالة الهرب أمام شروع في سرقة بالقوة تحيد عقبة واحدة وهي الخطر الذي يهدد النفس أو سلامة الجسم، ولكن لا نتحاشى الخطر الحقيقي وهو السرقة.

ولكن هل نستطيع أن نقول أن الدفاع لا معنى له في هذه الحالة أو غير مشروع؟

لابد هنا من إيراد ملاحظتين:

الملاحظة الأولى: الأولى وهي ما عليه أغلب رجال الفقه من أن الهروب غير مشرف ويعتبر عارًا يتنافى مع الشرف والكرامة الإنسانية وهذه القيم يحترمها القانون ويحميها. [2]

الملاحظة الثانية: أن المدافع عن نفسه أو عرضه أو ماله يدافع في نفس الوقت عن المصلحة العامة والنظام العام فهو يقوم بنفس الوظيفة والمهمة التي يقوم بها رجل الأمن.

3 **. الاختيار الملائم للسبب الحقيقي للخطر بين مجمل أسبابه:** فإذا رجعنا إلى فكرة الأسباب التي تحدثنا عنها آنفًا، فإنه يجب أن نحيد أولاً الأسباب الأكثر سهولة والأقل ضررًا، فالابتعاد عن المعتدي في الأمثلة السابقة معناه تحييد وسيلة الهجوم، فالخطر أصبح غير موجود، والابتعاد لا يعني الهرب على كل حال. لأننا بهذا التصرف نحيد أهم سلاح لدى المعتدي وهو حضورنا أمامه، فإذا كان هذا التصرف غير كاف، فليس ثمة ما يمنع من استعمال القوة فهي ضرورية في مثل هذه الحالة.

ولكن لا ينبغي أن ننسى مع ذلك أنه إذا قرر المهدد بالعدوان الهرب، فليس للشاهد أن يتدخل بحجة دفع العدوان، وليس معنى ذلك أن حق الدفاع المشروع متوقف على إرادة المجني عليه، ولكن لأن الخطر أصبح معدومًا في هذه الحالة، ونحن قلنا أن الخطر الحال وغير المشروع هو سبب الإباحة الحقيقي.

---

[1] الدكتور: عبد الله سليمان. المرجع السابق ص 111.

[2] الدكتور: عبد الله سليمان. المرجع السابق. ص 121.

فإذا فرضنا أن المهدد بالعدوان اتخذ موقفًا سلبيًا وترك للمعتدي حرية الاعتداء على شخصه أو ماله، فيحق لأي كان أن يدفع هذا العدوان لسبب واحد، وهو وجود سبب الإباحة وهو: العدوان الحال وغير المشروع على الغير. ومع ذلك، فإن هذا الحل لا يصدق في جميع الفروض، لأن القواعد العامة هي التي تحكمها.

الشرط الثاني للدفاع: يجب أن يكون الدفاع متناسبًا (Proportionnelle).

إن الهدف من الدفاع هو تحييد المعتدي أو القوة الظالمة. وعليه، فالدفاع يجب ألا يتجاوز هذه الغاية أو هذا الهدف وإلا أصبح غير مشروع.

ونعني بالتناسب، الدفاع الضروري الذي به يتم تحييد الخطر، بمعنى أن للمعتدى عليه الحق في الدفاع بالوسيلة التي من شأنها أن تبعد الخطر أو التهديد به.

والتناسب لا يعني أن الضرر الذي أحدثه الدفاع يجب ألا يتجاوز في شدته الضرر الذي كان سوف يحدثه العدوان، لأن التناسب لا يعني بالضرورة المساواة.

وتوجد عدة آراء فقهية:

1- **نظرية الوسائل:** حيث ترى أن التناسب يكمن بالذات في المساواة بين الوسائل المستعملة بمعنى أن سلاح المدافع يجب أن يكون من طبيعة سلاح المعتدي. [1]

ولكن هذا المعيار لا يصلح أساسًا لهذا الشرط لأن المعتدى عليه لا يملك في الغالب سلاحًا كسلاح المهاجم لضيق الوقت، ثم أن المعتدي غالبًا ما يكون أقوى جسديًا من المعتدي عليه الأمر الذي يقتضي من هذا الأخير اللجوء إلى استعمال سلاح معين ليدافع به عن نفسه ولو كان المعتدي مجردًا من كل سلاح.

كما أن المسألة لا تكمن في مساواة السلاح أو عدمها، إذ يجب أن يؤخذ في الاعتبار استعمال هذا السلاح نفسه عند تقدير وجود هذا الشرط أو عدم وجوده، وفي غالب الأحوال يكون السلاح الأكثر خطورة هو الأكثر جدوى وفعالية لتفادي العنف، فهو أفضل في جعل المعتدي يعدل عن تنفيذ مشروعه الإجرامي. فنظرية الوسائل وحدها منتقدة.

---

[1] H. Donnedieu de vabres OP. Cit. P 201.

2- **نظرية المصالح**: يرى بعض الفقهاء [1] أن التناسب يكمن في المقارنة بين شدة الخطر والمصالح المستهدفة بالعدوان، بمعنى أن التناسب يقاس دائمًا وفقًا للمصالح المتعارضة ليست مصلحة المعتدى عليه فحسب ولكن حتى مصلحة المعتدي كذلك.

وهذا الفقه لا يقر إلا تناسبًا فعليًا بين الدفاع وطبيعة العدوان: وهكذا، فالشخص المعتدى عليه لا يستطيع أن يلجأ إلى قتل المعتدي إلا إذا كان هذا الأخير يهدف إلى القضاء على حياته، والضرب لا يستطيع أن يدفعه إلا بالضرب.. الخ.

ولكن التناسب بهذا المعنى يقودنا بالضرورة إلى نتائج تتعارض والغاية من مشروعية الدفاع المشروع التي تكمن في تحييد العدوان، فهذه الغاية يمكن بلوغها ربما بوسائل أقل ضررًا من الخطر المستهدف أصلاً، فضلاً عن ذلك، فإن الدفاع مشروع حتى قبل أن يبدأ العدوان الفعلي، وفي هذه الحالة ربما لا نستطيع أن نتبين بصفة قاطعة الغرض منه.

وإذا اعتمدنا هذا المعيار في كل الأحوال فسنضطر إلى منع استعمال الدفاع المشروع في بعض الفروض إذا كانت المصالح متباينة: لنفترض أن المعتدي يهدف إلى الاستيلاء على المال فلا يستطيع المعتدى عليه الدفاع عن هذا الحق، لأنه قد يقتضي استعمال القوة المادية ضد شخص المعتدي.

وإذا كانت المصلحة المستهدفة بالعدوان تحدد في الغالب خطورته والتي يجب أن تقابلها شدة مناسبة، ولكن المصلحة غير قادرة قانونًا على تحديد القوة الدفاعية من جهة، لأن الدفاع يجب أن يكون دائمًا بالقدر الضروري فقط لتحييد الخطر، ومن جهة أخرى، فإن الدفاع المشروع كما يدل عليه اسمه، سابق على العدوان، فقد لا نعرف مسبقًا مدى إصرار المعتدي على تنفيذ عدوانه ولا الوسائل التي سوف يستعين بها في بلوغ هدفه حتى لو عرفنا هذا الهدف.

لا ننكر أن استعمال القوة قد يكون ضروريًا في كثير من حالات الدفاع المشروع ولكن كيف للقاضي أن يقدر وجود التناسب من عدمه.

وهذا التقدير لابد أن يعتمد على أساسين اثنين: موضوعي وشخصي.

ويقصد بالأساس الموضوعي، أنه ينبغي على القاضي تحليل العناصر الموضوعية للخطر والدفاع معًا: فالمصالح المستهدفة بالعدوان لابد أن تدخل ضمن عناصر هذا التقدير وكذلك الوسائل المستعملة، فلا نستطيع القول بأن كل وسيلة صالحة لردع العدوان يمكن اللجوء إليها مهما كانت خطورتها، فهذا يعتبر تعسفًا في استعمال هذا الحق، فلكي نتحاشى لطمة

[1] الدكتور: أحمد محمد خليفة. المرجع السابق. ص. 222.

لا ينبغي أن نقتل المعتدي، كما لا يعقل أن نكسر مرفق طفل لأنه يهدد الآخرين بالحجارة، أو نرمي أحد السكارى بعيار ناري لأنه يضايق الآخرين في محل عام.. الخ. ولهذا فالوسائل المستعملة تعتبر عاملاً مهمًا في تقدير هذا التناسب، فيدخل في الاعتبار، القوة الجسدية لكلا الطرفين، والمصالح المستهدفة بالعدوان بصفة عامة وجميع الظروف الموضوعية لهذا الفعل.

مع ذلك يجب أن لا نغفل بجانب الشخصي في الموضوع، لأن القرار الحكيم للقاضي يقتضي منه أن يحكم على الخطر كما هو بالنسبة للمعتدى عليه في اللحظات الحرجة والموقف الصعب الذي كان فيه، فلا ينبغي أن نطلب من المعتدى عليه الاحتفاظ ببرودة أعصابه وأن يكون هادئًا، بحيث يتمكن من تقدير الوضع الذي هو فيه التقدير الصحيح ويتخذ حياله القرار السليم، فغالبًا لا يملك الوقت الكافي للتفكير الهادئ المتزن فلا يتناسب دفاعه شيئًا ما مع شدة الخطر، فلابد للقاضي أن يتجاوز عن هذا الخطأ البسيط العارض.

فالمعول عليه في تقدير وجود الخطر، هو الرجوع إلى الزمن والظروف التي وقعت فيها الجريمة.. لا بالكيفية التي تظهر للقاضي وهو يفكر في هدوء واطمئنان فيما يتعلق بوجود الخطر من عدمه على حياة المعتدى عليه أو حياة غيره ممن يهمه أمرهم، ولكن بالطريقة التي ظهرت للمتهم وقت دفعه لهذا الخطر، أي أنه يجب مراعاة الخوف الذي اعتراه أو حالة الضعف الموجودة به، أو الأحوال التي كانت سببًا في ضياع رشده، مع مراعاة سنه ودرجة إدراكه والظروف المحيطة به، مما أوجب اعتقاده بنية سليمة أن الخطر حال، فالتقدير هنا لا يتصور إلا أن يكون اعتباريًا بالنسبة للشخص الذي فوجئ بفعل الاعتداء، في ظروفه الحرجة وملابساته الدقيقة التي كان هو وحده دون غيره المحيط بها، والمطلوب منه تقديرها والتفكير على الفور في محاولة الخروج من مأزقها، مما لا يصح معه مطالبته بمقتضى التفكير الهادئ المطمئن الذي كان يستحيل عليه وقتئذ. [1]

[1] الدكتور: محمد الرازقي. المرجع السابق. ص 213.

المعيار الخاص للتناسب:

لم يكتف المشرع الجزائري بالمعيار العام الذي ذكرناه، بل أورد معيارًا خاصًا للتناسب بمقتضى أحكام المادة 40 من قانون العقوبات، التي جاء فيها: (يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع المشروع:

1 ـ 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.

2 ـ الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة.).

فالظروف المحددة عن طريق هذا النص، تعتبر قرينة على توافر شرط التناسب بين القتل والخطر.

ولكن هذه القرينة ليست قرنية قاطعة على تناسب الدفاع مع الخطر في هذه الحالات بل هي قابلة لإثبات العكس.

فالمشرع لا يعطي في هذه الفروض تصريحاً بالقتل: لأن التناسب القانوني أو الشرعي لا يمكن أن يستبعد التناسب العام: فالقانون يشترط في الدفاع بالقتل نوعين من التناسب: تناسبًا قانونيًا بمعنى أن الدفاع بقتل المعتدي لا يكون قانونًا متناسبًا مع درجة الخطر إلا في هذه الحالات، وتناسبًا حقيقيًا، بمعنى أن القاضي يجب أن يعمل على تقدير الظروف الموضوعية والشخصية لفعل الدفاع، فليس من الضروري اللازم أن دفع الخطر لا يكون إلا بهذه الوسيلة، فقد تكون هناك وسائل أخرى أقل ضررًا ولها نفس النتائج لدرء الخطر، فلا يكون القتل مباحًا في هذه الحالة.

فالحالات الواردة في النص لا تعتبر قرينة مطلقة ولكنها قابلة لإثبات العكس: فإذا ثبت أن المدافع كان يستطيع أن يصد الخطر بوسيلة أخرى غير القتل، فسوف يكون مسؤولاً عن هذا التجاوز، بل يكون مسؤولاً عن قتل عمد إذا كان يعلم أن الشخص الداخل في منزله ليلاً لا يقصد ارتكاب جريمة وإنما لسبب آخر، فلا يمكن أن يستغل هذا النص لارتكاب الجرائم تحت ستار ممارسة حق الدفاع المشروع.

المطلب الثاني: إثبات حالة الدفاع المشروع:

على من يقع عبء الإثبات في حالة الدفاع المشروع؟ وفي حالات أسباب الإباحة بصفة عامة على المتهم أم على النيابة العامة؟ بمعنى هل يجب على المتهم أن يثبت أنه كان في حالة دفاع مشروع أم أن النيابة العامة هي الملزمة بإثبات العكس، وإذا لم تستطع ذلك يبرئ المتهم مما نسب إليه؟

اختلف الفقه حول هذا الموضوع، وهناك نظريتان: النظرية المدنية التي سنخصص لها الفرع الأول من هذا المطلب، والنظرية الاستقلالية التي سنتناولها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: النظرية المدنية:

ترى هذه النظرية أن أسباب الإباحة تعتبر ظروفًا استثنائية، فمن يدّعي وجود ظرف استثنائي يجب عليه إثبات ذلك، لأنه يدعي شيئا ضد المجرى العادي للأمور، فهو يصبح طالبًا، كما هو الحال في القانون المدني، فمن يدعي دفع الدين عليه إثبات ذلك، وفقا لقاعدة: "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه". فالنيابة العامة تثبت وقوع الجريمة من قبل المتهم، وعلى هذا الأخير إثبات أنه كان في حالة دفاع مشروع.

فقواعد القانون المدني تقول: "من يدعي باستثناء لابد أن يبرهن على ادعائه".

فهذه قاعدة عامة تطبق، ليس في القانون المدني وحده: ولكن في جميع فروع القانون.

فالمتهم ملزمً بإثبات حالة الدفاع المشروع، وعلى النيابة العامة إثبات العكس.

الفرع الثاني: النظرية الاستقلالية:

تقوم النظرية الاستقلالية على فكرة استقلال القانون الجنائي عن النظم القانونية الأخرى، فقواعد القانون المدني يجب أن لا تسري في المسائل الجنائية وذلك لسببين:

أولا: خصوصية الأدلة في المسائل الجنائية.

فنحن نعرف أن اكتشاف الحقيقة في المسائل الجنائية له أهمية بالغة، فلابد أن نضمن لسلطة الاتهام من الوسائل ما تصل بمقتضاها إلى هذه الغاية: فنظام الإثبات في القانون الجنائي ذو طبيعة خاصة يختلف عن المسائل المدنية. والقياس في المسائل الجنائية يؤدي إلى نتائج خطيرة، والتي من أهمها الأخطاء القضائية.

فالمدعى عليه في المسائل المدنية حينما يدعي بظرف استثنائي، فإنه يؤكد بأن العلاقة القانونية بينه وبين الدائن انقطعت، فهو حينما يدعي التخلص من الدين، يعترف بوجود هذه

العلاقة وهو الدين، وحين يدعي التخلص منه، فهو يثبت وجود هذه العلاقة أساسًا، ولهذا لابد أن يثبت انقطاعها تطبيقًا، للمبدأ المدني.

ولكن في المسائل الجنائية، فإن المتهم حينما يدعي أنه كان في حالة دفاع مشروع، فإنه لا يعترف بوجود الجريمة أساسًا حتى يثبت إباحتها من جانبه.

ثم أننا قد نحمل المتهم ما لا يطيق إذا فرضنا عليه، إثبات براء ته، لأنه في الغالب يكون مقبوضًا عليه.

ثانيا: قرينة البراءة:

لقرينة البراءة يقوم على قاعدة: أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته.

وينتج عن هذا المبدأ، أن النيابة العامة أو المدعي بالحق المدني، لابد أن يثبت وجود الجريمة كما نص عليها القانون، فإذا لم تأت النيابة العامة بالدليل الكافي، فلابد من تبرئة المتهم، لأن الشك يفسر دائمًا لصالح المتهم.

ويجب أن نلاحظ أن النيابة العامة وهي تدافع عن مصلحة المجتمع، لا تأخذ موقفًا معاديًا للمتهم، ولكن تطالب دائمًا بتطبيق القانون، فهي لا تثبت فقط أن المتهم قد ارتكب جريمة، ولكن أيضًا أنه لا يستفيد من أحد أسباب الإباحة.

ثم إن القاضي الجنائي يختلف عن القاضي المدني، فهذا الأخير محايد، بحيث يتخذ موقفًا سلبيًا يقارن بين أدلة الخصوم، فهو يكتفي بالحقيقة الشكلية كما هي لدى المدعي والمدعى عليه، ولكن القاضي الجنائي يبحث عن الحقيقة كما هي في الواقع وليست الحقيقة كما يتصورها طرفا النزاع.

وتجب الإشارة أخيرًا أن على المتهم أن يدفع بوجود حالة الدفاع المشروع حتى تستطيع المحكمة أن ترد على هذا الدفع، فهو من الدفوع الموضوعية التي يتعين إثارتها أمام محكمة الموضوع، فلا تجوز إقامتها لأول مرة أمام المحكمة العليا إلا إذا كانت الوقائع بذاتها كما صورها الحكم المطعون فيه دالة على تحقق الدفاع المشروع كما عرفه القانون، وفي هذه الحالة تتدخل محكمة النقض إذ مهما قصر المتهم في دفاعه لدى محكمة الموضوع، فإن ذلك لا يغير شيئًا من طبيعة فعله ولا من كيفية اعتبار القانون لهذا الفعل. "[1]

[1] Crim. 16/03/ 1955. Bullcrim. ref 391 et 420.

المطلب الثالث: آثار الدفاع المشروع وتجاوز حدوده:

لمعرفة آثار الدفاع المشروع وجزاء تجاوز حدود الدفاع المشروع كما حدده المشرع، قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، خصصنا الفرع الأول إلى آثار الدفاع المشروع، والفرع الثاني إلى تجاوز حدوده.

الفرع الأول: آثار الدفاع المشروع:

الآثار الجنائية واضحة من نص المادة 39 من قانون العقوبات: "لا جريمة... إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع... "، ومن ثم فلا عقوبة.

ويستفيد من ذلك كل من الفاعل والشريك بلا فرق، لأنه ليس هناك جريمة، سواء أكان الشخص يدافع عن نفسه أو عرضه أو ماله، أو عن نفس الغير أو عرضه أو ماله فالإباحة عامة إذا توفرت شروطها.

فإذا توفرت شروط الدفاع المشروع في قضية معروضة على القضاء، فإن المحكمة تصدر الحكم بالبراءة.

ويطرح السؤال، هل يستطيع المتضرر من فعل الدفاع المشروع، أو المدعي بالحق المدني، المطالبة بالتعويض أمام جهات القضاء المدني، بعد صدور الحكم بالبراءة؟

نصت المادة 128 من القانون المدني على أن "من أحدث ضررًا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه، أو عن ماله، أو نفس الغير، أو عن ماله، كان غير مسؤول، على أن لا يتجاوز في دفاعه القدر الضروري، وعند الاقتضاء يلزم بتعويض يحدده القاضي". فالمسؤولية المدنية في القانون الوضعي مؤسسة على الخطأ، ولا خطأ على من استعمل حقه استعمالاً مشروعًا كما قدمنا.

وهذا النص يمنع من إثارة أي إشكال قانوني، وذلك من وجهين:

أولا: ازدواجية الخطأين:

الخطأ الجنائي والخطأ المدني، بمعنى أنه حتى إذا بُرّئ المتهم اعتمادًا على استعمال حق الدفاع المشروع، فهذا لا يحول دون رفع الدعوى المدنية لأن الخطأ البسيط الذي قد يتجاوز عنه القاضي الجنائي كما وضحنا ذلك، قد يرى فيه القاضي المدني أساسًا للتعويض، ولكن نص المادة 127 مدني يحول دون ذلك، حيث جاء فيها: (إذا 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.).

ثانيا: التعسف في استعمال الحق.

يحول نص المادة 128 مدني كذلك، دون إثارة نظرية التعسف في استعمال الحق، لأن الحق ينتهي حين يبدأ التعسف، فلا يوجد استعمال متعسف لحق ما لسبب واحد، وهو أن نفس العمل لا يمكن أن يكون في آن واحد موافقًا للقانون ومخالفًا له، فإذا كان هناك تعسف في سلوك الأفراد، فلا يكون ذلك حينما يستعملون حقوقهم، وإنما حين يتجاوزون حدودها.. [1]، ولكن حين يظهر التجاوز في استعمال هذا الحق، فإن هذا الاستعمال يصبح غير مشروع جنائيًا ومدنيًا.

الفرع الثاني: تجاوز حدود الدفاع المشروع

لا نستطيع أن نبحث مسألة تجاوز حدود الدفاع المشروع من عدمه إلا إذا كانت كل الشروط المنصوص عليها قانونًا متوافرة ما عدا شرط التناسب.

ومسألة تجاوز حدود الدفاع المشروع تتطلب تحقق شرطين: وجود الحق في الدفاع وحسن النية.

أولا: وجود الحق في الدفاع:

فإذا لم يكن هناك خطر حال وغير مشروع، أو لم يكن الدفاع ضروريًا، فالقول بوجود الحق في الدفاع غير وارد أصلاً حتى يمكن لنا أن نبحث مسألة تجاوز حدود الدفاع المشروع، فإذا انتفى السبب وهو: "وجود الحق"، انتفى المسبب عنه بالضرورة وهو: "التجاوز".

فحالة حدود تجاوز الدفاع المشروع لا تقوم إلا إذا نشأ للمجني عليه حق في الدفاع عن نفسه.....

ثانيا: حسن النية:

قد يكون تجاوز حدود الدفاع المشروع، عن حسن نية، وقد يكون عن سوء نية.

ويحدث التجاوز عن حسن نية نتيجة خطأ، حيث يخطئ المدافع في تقدير دفاعه فيتجاوز به التناسب المطلوب بينه وبين الخطر المحدق به.

وتجاوز حدود الدفاع الشرعي عن حسن نية، يكيف قانونًا على أنه جريمة خطئية، (إذا نص القانون على إمكان ارتكاب تلك الجرائم خطأ)، لأن التجاوز هو وليد إهمال وسوء

---

[1] الدكتور إسحاق إبراهيم منصور: ـ " المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري "، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1982، ط 2.

تقدير للأمور لا يصدر عن الشخص العادي الذي يوجد في نفس ظروفه: فإذا كان يكفي في رد العدوان مجرد الضرب أو الجرح، فقتل المعتدي يعتبر تجاوزًا لحدود الدفاع المشروع فيسأل عن جريمة القتل الخطأ، حتى في الظروف المنصوص عليها في المادتين 39 و40 من قانون العقوبات.

أما تجاوز حدود الدفاع المشروع عن سوء نية، فيحدث إذا كانت إرادة المتهم منصرفة إلى غير رد الاعتداء الواقع عليه أو الذي سيقع، كأن يكون للقصاص أو للانتقام، فإن حالة الدفاع المشروع لا تكون متوفرة، فالمتهم هنا سيء النية يقصد الفعل لذاته، لأنه يعلم أن فعله كان أشد مما يستلزمه رد العدوان، فإنه في هذه الحالة لا يسأل عن جريمة خطئية باعتباره تجاوز حدود دفاعه الشرعي، وإنما عن جريمة عمدية.

أما إذا كانت الأفعال التي ارتكبت تجاوزًا لا يعاقب عليها القانون باعتبارها جرائم خطئية، فإن الفاعل لا يعاقب في مثل هذه الحالات، كأن يحجز على حرية المعتدي والحال أن الخطر المعرض له لا يستلزم هذا الإجراء، لأن القانون لا يعرف جريمة القبض أو الحبس غير العمدية.

المراجع:

القرآن الكريم.

1- الأستاذ عبد القادر عودة: " التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي"، مكتبة دار العروبة ـ القاهرة ـ 1964، الجزء الثاني.

2- الإمام محمد أبو زهرة: " الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي "، دار الفكر العربي ـ القاهرة 1976

3 ـ الدكتور محمد سليم العوا: " في أصول النظام الجنائي الإسلامي "، دراسة مقارنة، دار المعارف، القاهرة، 1983، الطبعة الثانية

4 ـ الدكتور: عبد الله سليمان: " شرح قانون العقوبات "، القسم العام، دار الهدى، عين مليلة، بدون سنة.

5- الدكتور إسحاق ابراهيم منصور: ـ "المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري "، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1982، ط 2.

6 ـ الدكتور: محمد الرازقي: "محاضرات في القانون الجنائي"، دار الكتاب الجديد، بيروت، لبنان، 1999.

7- الدكتور محمد زكي أبو عامر: " الحماية الجنائية للحريات الشخصية " منشأة المعارف، الإسكندرية 1979.

8- الدكتور: أحمد محمد خليفة: " النظرية العامة للتجريم " كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1995 رسالة دكتوراه.

. 9Adophe Chauveau et Faustin Hélie: «Théorie du code pénal» cujas Paris 1987 .

. 10Alain Prothais: « Tentative et attentat » Paris L. G. D. J. 1985.

. 11H. Donnedieu de vabres: « Traite élémentaire de droit criminel et législation pénale comparé » 3ème Editions. Librairie de recueil Sirey. Paris 1967 .