جامعة محمد خيضر _ بسكرة _
كلية الحقوق و العلوم السياسية
فسم الحقوق

سلطة القاضي الجنائي في تقدير حالة الدفاع الشرعي

مذكرة مكمّلة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصّص: قانون جنائي

من إعداد الطالبة:
سلامي صورية

تحت إشراف الأستاذة:
أ/أقوجيل نبيلة

الموسم الجامعي : 2016/2015

بسم الله الرحمان الرحيم

بسم الله الرحمان الرحيم

﴿سُبْحَانَكَ لاَ عِلْمَ لَنَا إِلا مَا عَلمْتَنَا إِنَكَ أَنْتَ اَلْعَلِيمُ اَلْحَكِيمْ ﴾

الإهداء

إلى كل قاض يتصف بالعدل والحق.....

ثم إلى الوالدين العزيزين.....

إلى أخوتي وأخواتي الأحباء.....

إلى أصدقائي الأوفياء وزملائي وزميلاتي في الدراسة.....

إلى

حميدة.....سليمة.....إسماعيل.....مريم.....

.....حدة.

وإلى كل من نسيهم قلمي ولم ينسيهم قلبي

شكر وعرفان

أشكر الله عز وجل الذي وفقني في هذا العمل وبه أستعين وأشكر والدي

عزيزان الذي لم يبخلا علي بالدعاء والأستاذة الكريمة أقوجيل نبيلة التي لم تبخل

علي ولو بقليل التي أدعمتني حتى نهاية مشواري الدراسي وكل من قدم لي يد العون

من قريب ومن بعيد.

مقدمة:

إن البشرية في صراعها الأزلي ضد الجريمة، كانت دوما بين إقدام وإحجام في محاولة للظفر بالمواجهة التي طال احتدامها، وما كان لها إلا أن تطول لتعدد أنواع الإجرام وكثرة دروبه وتفنن محترفيه، والجريمة ظاهرة واقعية لا خلاص للمجتمع منها، فهي عند البعض أمر طبيعي لكل تطور اجتماعي وأمارة من أماراته، إذ تعبر عن وجود قدر من الحرية في المجتمع بحيث إذا انقطع دابرها كان ذلك علامة من علامات جمود المجتمع وبشير فنائه، "فالجريمة ظاهرة محسوسة في كل مجتمع بشري، وإن تغيرت صورها وبواعثها وطرق مواجهتها بانتقال البشرية من مرحلة إلى أخرى، وقد دأبت التشريعات الجنائية على وضع الجزاءات لمواجهة الجريمة، على هدى ماديات موضوعية وشخصية ، لغرض درء خطر حال أو محتمل يمس بمصلحة يرى أنها جديرة بالحماية القانونية، غير أن مدى تناسب ما يقره من جزاء بالنسبة لشخصية مقترف الفعل المجرم، يبقى غير مقطوع له من ذي بدأ لاعتماده على عناصر يستعصي عليه حصرها سلفا، لذلك حدد المشرع الجزاء الذي يبدو له عادلا حيال مجرم عادي في ظروف عادية، مسلما في الوقت ذاته باحتمال عدم ملاءمته لمجرم آخر له من الظروف التي لم تكن حين سن قاعدة التجريم ؟،ومن هنا يبرز دور القاضي الجنائي من خلال تمتعه بالسلطة التقديرية في تكملة عمل المشرع، حينما يجتهد في استخراج التحديد الواقعي للعقوبة، فالمشرع ومهما أوتي من بعد النظر، لا يستطيع أن يحيط بكل الأشكال التي يمكن أن يظهر عليها السلوك الضار بالمصالح محل الحماية الجنائية، كما لا يمكنه الإحاطة بفروض الخطورة الإجرامية في كل جاني، وهذا الواقع هو الذي فرض الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي الجنائي في التشريعات المعاصرة، فالقاضي الجنائي ومن خلال ما يتمتع به من سلطة مشرع تقديرية، يقوم بتكملة عمل المشرع حينما يعمل على التطبيق الواقعي للتحديد التشريعي المجرد، ابتغاء الملائمة بين تجريدية التحديد وواقعيته، إن هذه الوسطية في توزيع الاختصاص بين المشرع والقاضي وهي الأكثر اعتمادا في التشريعات المعاصرة، بعد القول الاتجاه الذي كان

يرى وجوب تحديد المشرع لكل عقوبة ثابتة، مما يزيل حرية القاضي في التحديد، ومن ثم عدم الاستفادة من إمكانية تشديد أو تخفيف العقوبة، ولم يكن هذا الاتجاه بأحسن حال من المذهب تأذي خول القاضي سلطة شبه مطلقة في تحديد عقوبة كل مجرم، إذ لا تحكمه سوى بعض القواعد والمبادئ العامة التي من خلالها يتسنى للقاضي أن يحدد لكل مجرم العقوبة المناسبة لظروفه مع مراعاة الأعراف السائدة، فالقاضي عند تقديره مثل حالة الدفاع الشرعي وهذا من خلال السلطة التي وضعها المشرع للقاضي الجنائي باعتباره عادل ومتقن للغة العربية ويكون ذا خبرة عالية في المجال الجنائي وله معرفة تامة لكل علوم جنائية حتى يمكنه تقديره حالة الدفاع الشرعي التي تعتبر من بين الأدلة التي يقدرها ما إذا كان الشخص في حالة الدفاع أو متجاوز لحدود الدفاع حتى يتمكن من تسليط العقاب أو تخفيف وله كامل السلطة في تقدير العقوبة بأشد أو أخف بحسب الحالة التي كان عليها المدافع لإعطاء لكل ذي حق حقه ولحماية النظام العام والآداب العامة، حتى يتمكن لكل شخص قبل إقدام على كل فعل مجرم أن يعرف بأن القانون هو الذي يطبق عليه عقوبات صارمة حتى نتمكن من تحقيق العدالة بمفهوها الواسع وحتى نتمكن من إرضاء كل من الطرفين المتضرر والمعتدي لنيل الجزاء الذي يستحقه، لهذا بات من الضروري أن يتحمل القاضي الجنائي المسؤولية الكاملة الملقاة علة عاتقه للتطبيق الصحيح للقانون.

منهج بحث الدراسة:

أمليت طبيعة الدراسة سلطة القاضي الجنائي في تقدير حالة الدفاع الشرعي بإتباع المنهج الإستقرائي أي الوصفي في حالة الدفاع الشرعي وسلطة القاضي الجنائي كما استعنت بالمنهج المقارن لمحاولة أخذ نظريات في حالة الدفاع الشرعي ومن جهة نظرة الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي و المقارن، وهو ما يقودنا إلى ربط القاعدة القانونية وتطبيقاتها العملية ليظهر التوافق بين النص وسبل تطبيقه لنخرج بنتائج معينة إثرى هذا الإستقراء والربط بينهما.

ومن هنا تبدأ إشكالية هذا البحث التي تترجم في:

ما مدى السلطة التي وضعها المشرع للقاضي الجنائي في تقدير حالة الدفاع الشرعي؟

وللإجابة عن الإشكالية المطروحة في الموضوع، قسمناه إلى فصلين أساسين الفصل الأول تناولنا فيه المبحث الأول لأسباب الإباحة يشكل عام ونظرة تشريعات القانون الجزائري والمقارن ومن ثم تطرقت إلى المبحث الثاني الذي يتضمن الإطار المفاهيمي للدفاع الشرعي في الشرعية وفي القانون الجزائري والمقارن ثم المبحث الثالث الذي يتناول الدفاع الشرعي في الشرعية الإسلامية أما الفصل الثاني الذي ينقسم إلى مبحثين المبحث الأول يدور حول مفهوم السلطة التقديرية للقاضي الجزائي أما المبحث الثاني الذي يتناول تطبيقات السلطة التقديرية للقاضي الجنائي وحدودها.

أهمية الدراسة:

_ تكمن في حماية الأفراد وأخذ حقوقهم دون التعسف في ذلك.

_ تتولى في إمكانية التي يتولها القاضي من صدور الحكم وإعطاء الضحية فيما سلبه الغير.

_ ترجع كذلك إلى الأهمية الميدانية العلمية المعاشة يوميا.

أهداف الدراسة:

_ معرفة مقياس حقيقة العدالة

_ تتمثل في تطبيقات التي يكرسها القانون للقاضي الجنائي وإعماله بما يحمي حقوق الأفراد.

_ تظهر في حماية النظام العام والسكينة العامة للمجتمع من المخاطر.

أسباب الدراسة:

الأسباب الذاتية:

_ مقدار المعيار الذي يأخذ به القاضي الجنائي لإصدار الحكم.

_ معرفة الدرجة العلمية للقاضي الجنائي في دراسة وتقدير حالة الدفاع الشرعي.

الأسباب الموضوعية:

_ تتجلى في قيمة الموضوع من تطبيقات التي يقوم بها القاضي الجنائي لتمحيص الدليل المطروح لديه.

_ تتجلى كذلك في المرآة العاكسة بعنوان الحقيقة التي يصدرها القاضي جراء تقييم الدليل كحالة الدفاع الشرعي.

المبحث الأول: ماهية الأسباب الإباحة

إنه لا يكفي أن يكون السلوك المرتكب منطوي على جميع العناصر واقعة النموذجية للقول بانطباق النص عليه، بل لا بد أن يكون ذلك السلوك المرتكب غير متلازم مع الظروف التي تضفي عليه صفة المشروعية لأن عدم مشروعية السلوك هي التي تضفي على النص التجريمي صفة الشرعية، تأسيسا على أن عدم المشروعية هو حكم يقيني يضيف على ماديات معينة ويؤدي إلى توقيع العقوبة على من يأتيها ، لذلك فإنه من الخطأ القول بأن الفعل غير مشروع هو ما يمنعه القانون، إذا كان الواقع أن القانون يمنع ما هو غير مشروع ،وعليه فإن عدم المشروعية هي علة التجريم، فالمشرع يلاحظ أن سلوكا ما يتنافى أو ينتهك مقتضيات الحياة الاجتماعية في نص تجريمي، غير أن علة التجريم هذه التي أساسها عدم المشروعية، يمكن أن تنتفي إذا ما توافرت بجانبها علة إباحة فيصبح السلوك المرتكب والمتطابق في عناصره مع الواقعة النموذجية مباحا، وفي هذا المبحث سنتعرض إلى الدفاع الشرعي كسبب من أسباب الإباحة التي تضفي السلوك المجرم صفة المشروعية وتعطل أحكام النص التجريمي [1].

المطلب الأول: أساس الإباحة وطبيعتها

سنتاول أساس الإباحة وطبيعتها في فرعين:

الفرع الأول: أساس الإباحة:

إن حماية المصالح المعتبرة ودفع العدوان واستعمال الحق دون إساءة ، من الأسس التي تقوم عليها أسباب الإباحة والتبرير، وغرض الشارع من ذلك المحافظة على حق الحياة وعلى الأموال وحق الملكية وعلى الشرف والعرض، وإذا تبين للشارع أن الفعل الذي يشكل اعتداء على حق معين، لا يحقق في حالات معينة اعتداء على هذا الحق، فيكون هذا الفعل غير جدير بالتجريم لانتفاء علة التجريم والعقاب ، كأعمال الطب و الجراحة، فهي غير جديرة بالتجريم ويقرر القانون إباحتها ، وكذلك إذا تبين للشارع أن الفعل المرتكب هو اعتداء على

1 بارش سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، الجزء الأول: شرعية التجريم، مطبقة عمار قرفي، باتنة، 1992، ص 78 .

حق معين من أجل المحافظة على حق اخر أكثر جدارة بالصيانة من الحق الأول فالمشرع هنا يقرر إباحة الفعل، ومثال القتل في الدفاع الشرعي، فدفع الفرد للاعتداء الخطير[1].

المحقق الذي هم المعتدى عليه في تنفيذه للمحافظة على حقه في الحياة.[2]

واستنادا إلى ذلك الأسباب التي تبني عليها أسباب الإباحة والتبرير رغم تعددها تقوم على ما يلي:

أولا_ انتفاء علة التجريم والعقاب: فانتفاء علة التجريم والعقاب في فعل معين، يبيح من الفعل، كأعمال الطبيب في الجراحة الطبية التي تقتضيها مصلحة المريض

ثانيا_ صيانة مصلحة أو حق أجدر بالحماية من الحق أو المصلحة الأخرى: فالقتل دفاعا عن النفس يترتب عليه انعدام الصفة الإجرامية للفعل لأن الدفاع الشرعي حق للإنسان ينفي عنه صفة العدوان، فصيانة حق المعتدى عليه أجدر من حق المعتدي بالحماية والرعاية في نظر المجتمع، وفي حقه في الحياة.

الفرع الثاني: طبيعة أسباب التبرير والإباحة:

أسباب التبرير أو الإباحة تتعلق بالفعل وليس الفاعل وتزيل عنه صفة الجرمية فيصبح الفعل مباحا، فهي تتعلق بالموضوع وليس بالشخص، مصدرها نص القانون المكتوب، كما أن مصدر تجريم الفعل هو نص القانون المكتوب أيضا ولذلك فإن الأحكام العامة لقانون العقوبات هي التي تحكم قاعدتي التجريم والإباحة، واستنادا إلى مما ذكر بشأن الطبيعة المادية الموضوعية لأسباب التبرير والإباحة فإنه يترتب عليه ما يلي:

الفرع الثالث: أسباب الإباحة وموانع العقاب والأعذار المحلة

1_ إن إزالة صفة الجرمية عن الفعل المقترف وجعله مشروعا، بناءا على توفر أحد أسباب الاباحة يفيد كل من ساهم مع الفاعل كشريك أو متدخل أو محرض، ذلك لأن الفعل قد

1 محمد علي السالم العلي، أكرم طراد الفايز، شرح قانون العقوبات، القسم العام، عمان، دار الثقافة، 2011، ص 104.

2 نفس المرجع، ص 104.

أصبح مباحا وزالت عنه صفة الجرمية، كمن يدافع عن نفسه بقتل المعتدي فكل من ساهم معه يستفيد من الإباحة[1].

أما فيما يتعلق بموانع العقاب فلا يستفيد منها إلا من تتوافر فيه دون بقية المساهمين في الجريمة، كمن يحرض مجنونا على ارتكاب جريمة، فيستفيد المجنون من مانع العقاب، أما المحرض فتبقى مسؤولية جنائية قائمة.

لقد نص القانون على أسباب التبرير أو الإباحة بصورة واضحة ومحددة على سبيل الحصر، وتختلف أسباب التبرير أو الإباحة عن موانع العقاب فيما يلي:

1_ تقوم أسباب التبرير أو الإباحة وقت ارتكاب المظهر المادي للجريمة، أما موانع العقاب فتطرأ بعد اكتمال عناصر المسؤولية الجنائية.

2_ إن أسباب الإباحة أو التبرير عبارة عن وقائع خاصة نص عليها الشارع حصرا، وصح بأنها رافقت الفعل أزالت عنه الصفة الجرمية، وأصبح فعلا مباحا لا تترتب على مرتكبه أي مسؤولية جزائية أو مدنية أما موانع العقاب فهي أسباب تعرض لمرتكب الفعل فتجعل إرادته غير معتبرة قانونا، وتفترض توافر أركان الجريمة.

3 _ أسباب الإباحة هي أسباب مادية وموضوعية ملتصقة بالفعل نفسه وليس الفاعل وتسقط عنه الصفة الجرمية ويصبح الفعل مشروعا بحيث ينتفي الركن القانوني للجريمة، أما موانع العقاب فهي بالعكس من ذلك[2] تتعلق بالفاعل بصورة شخصية دون الفعل وتجعله أهلا للمسؤولية الجنائية، بحيث ينتفي الركن المعنوي للجريمة، أما موانع المسؤولية فهي أسباب شخصية بحتة تعرض لمرتكب الفعل فتجعل إرادته غير معتبرة قانونا لأنها تجردها من التميز أو حرية الإختيار، فموانع المسؤولية ذات طبيعة شخصية ومجالها إرادة الجانين ومثالها الصغر والجنون والإكراه وينصرف تأثيرها إلى القصد الجرمي فيهدمه فلا تقوم المسؤولية الجنائية وأما عن أسباب الإباحة تنفي عن الفعل المرتكب صفة الجرمية ولا يترتب على الفاعل أية مسؤولية جنائية كانت أم مدنية إذا توافرت هذه الأسباب.

1 محمد علي سالم الحلبي، أكرم طراد الفايز، مرجع سابق، ص 106، 107

2 نفس المرجع ، ص 105، 106.

المطلب الثاني: آثار الإباحة

سنتاول آثار الإباحة في ثلاثة فروع:

الفرع الأول: الجهل بالإباحة

يتحقق الجهل بالإباحة إذا توفر سببها وشروطها القانونية ولم يكف مرتكب الفعل على علم بذلك، فهل في مثل هذه الحالة تنتج الإباحة أثرها رغم الجهل بها، ومثال ذلك الموظف الذي ينفذ أمر بالقبض صحيح من الناحية الشكلية ولكنه يعتقد في نفس الوقت أنه باطل، فما حكم هذه الحالة؟

إن أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية ومن ثم فإن توافرها غير مرتبط بعناصر شخصية كالعلم بها، وما دامت أسباب الإباحة بهذه الصفة فإنها تنتج أثرها في إسقاط وصف التجريم عن الفعل بصرف النظر عما إذا كان مرتكب الفعل عالما بها أو جاهلا بها، غير أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء لأنه في بعض الحالات تكون أسباب الإباحة مبنية على عناصر شخصية ومنها العلم، كحالة استعمال الحق للإباحة إذ يشترط فيه توافر حسن النية، ولذلك فالجهل يحول دون توافرها إذا جعل القانون العلم من شروطها[1]

الفرع الثاني: الغلط في الإباحة

يتحقق الغلط في الإباحة إذا توهم مرتكب الفعل توافر سبب الإباحة بكل شروطه في حين أن هذا السبب غير متوفر، فهل يتيح هذا الوهم أثره في إباحة الفعل؟ ومثال ذلك من يعتقد أن شخصا سيتعدى لقتله فيبادر بقتله في الإباحة .

إن الغلط في الإباحة هو الغلط في الوقائع، إذا لا يتوافر الغلط "إذا أخطأ الشخص في فهم القانون العقوبات واعتقد خطأ أن القانون يبيح الجريمة، ففي هذه الحالة تكون حيال جهل بقانون العقوبات لا يعذر شأنه أحد."، وقد استقر الفقه على أن الغلط في الإباحة لا ينفي قيام الجريمة، إذا ما دامت أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية ومادية، فإنه يجب توافرها في الواقع وليس في مخيلة الجاني، فالبث في أسباب الإباحة يتجه إلى حقائق أشياء وماهيتها، "إلى اعتقاد الجاني الذي قد يكون بعيدا عن الحقيقة " غير أنه إذا كان الغلط في الإباحة لا يزيل الصفة الإجرامية عن الفعل إلا أنه ينفي القصد الجنائي، وقد ينفي الخطأ غير العمدي ويحول دون توقع العقاب.

1 بارش سليمان، المرجع السابق، ص 83،84،85

وعليه فإن اعتقاد الجاني خطأ بتوافر أحد الوقائع التي تقوم عليها الإباحة ينفي عنه القصد الجنائي تأسيا على أن القصد الجنائي يفترض علما محيطا بعناصر الجريمة وبالتالي يحول الجريمة إلى جريمة غير عمدية، غير أن الخطأ العمدي هذا قد ينتقي إذا كان الغلط في الإباحة مبينا على الاعتقاد بتوافر الوقائع التي يقوم عليها بسبب الإباحة وذلك إذا كان هذا الاعتقاد مؤسسا على أسباب معقولة تجعل الشخص المعتاد يقع في هذا الغلط ومن ثم فلا يكون وجه لنسبة التقصير إلى الجاني، أما إذا كان الغلط في الإباحة غير مستندا إلى أسباب معقولة فإن الغلط ينفي مع ذلك القصد الجنائي ولكنه يبقى الخطأ غير العمدي متوافرا.

الفرع الثالث: حكم تجاوز الإباحة

إذا كان تجاوز الإباحة راجعا إلى التعمد سئل مرتكب الفعل مسؤولية عمدية، فمن يضرب ابنه ضربا مبرحا متجاوز حدود حق التأديب فيؤدي إلى موته، يسأل عن ضرب مقضي إلى الموت.

و إذا كان التجاوز نتيجة خطأ غير عمدي، كأن لا يكون المتهم غير عالم بهذا الأمر بسبب خطأ تقدير الظروف التي ارتكب فيها جريمته، فإنه يسأل عن فعله بوصفه جريمة غير عمدية، ومثال ذلك من يكون في دفاع شرعي، فيصوب سلاحه ضد المعتدي، فيقتل شخصا يتصادف وجوده فإنه يسأل عن قتل خطأ[1]

المطلب الثالث: الأسباب الإباحة في التشريع العقابي الجزائري والمقارن

وتتمثل الأسباب الإباحة في:

الفرع الأول: أمر القانون وأداء الواجبordre de la loi

القانون الذي ينص على أن فعل ما يعد جريمة، وكذا توجد نصوص قانونية تنص على إن الفعل المعتبر جريمة لو ارتكب في ظروف معينة فإنه يصبح مبررا، ويكون هذا الأمر إما قد نص عليه القانون أو صادر عن سلطة مختصة بناءا على نص قانوني.

مثال الحالة الأولى ان يأمر القانون أحيانا بالتبليغ عن الأمراض المعدية إلى السلطات المختصة، ويعتبر ذلك إفشاء السر المهني لا يعاقب عنه لوجود سبب تبرير[2] و هو أمر

1 بارش سليمان، مرجع سابق، ص 85، 86.

2 بن شيخ لحسين، مبادئ القانون الجزائي العام، الجزائر، دار هومة، د. س. ن، ص 115.

القانون، وقد جاء في م 206 من قانون الصحة المعدل بتاريخ 31 يوليو 1990 من أنه: لا يلزم الطبيب أو الجراح أو الصيدلي سواء كان مطلوبا أمام القضاء أو خبيرا لديه بكتمان السر المهني أمام القاضي فيما يخص موضوع محدد يرتبط بمهنته "كما أوجب عليهم قانون العقوبات (301 ف 2) الإدلاء بشهاداتهم في قضايا الإجهاض أمام المحكمة دون التقيد بالسر المهني مثال الحالة الثانية: هي الأوامر الصادرة من سلطة مختصة طبقا للقانون، ففتح أو كسر أقفال الباب يعد من الجرائم المعاقب عليها قانونا، لكن لو فرضنا بأن السلطة المختصة، تريد التفتيش منزل لا يوجد به صاحبه، فطلبت من النجار أو الحداد القيام بكسر الباب أو القفل، فهذا الفعل يعتبر من الجرائم ، لولا سبب التبرير وهو أمر قانوني صادر من السلطة المختصة يشرط أن تكون تلك الأوامر مشروعة[1].

وأداء الواجب باعتباره سببا من أسباب الإباحة، منصوص عليه م 63 من قانون العقوبات المصري ونصها:" لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أميري في أحوال الآتية: (أولا) إذا ارتكب الفعل تنفيذ الأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه إطاعته أو اعتقد أنها واجبة عليه (ثانيا) إذا أحسنت نيته وارتكب فعلا تنفيذا لما أمرت به القوانين أو اعتقد أن إجراءه من اختصاصه، ويلاحظ على هذا النص أمران: أولهما أن الشارع ضيق من مجاله فقصره على الموظفين العموميين، وثانيهما، أنه وسع فيه على الموظفين فأسقط مسؤوليتهم جنائيا في حالات يكون عملهم فيها مخالفا للقانون[2]

الفرع الثاني: إذن القانون أو استعمال الحق permission de la loi

أولا: استعمال الحق

1_ تحديد معنى إستعمال الحق:

يقصد باستعمال الحق الحالات التي يكون فيها الفعل المرتكب قد وقع استعمالا لحق خاص يقرره القانون لمرتكبه ولو تمثل في صورة سلطة يمارسها على غيره، كسلطة الأب في تأديب ولده وحق التبليغ عن الجرائم تحقيقا لمصلحة عامة أو الطعن في أوامر موظف مادام صاحب الحق بهذا المعنى، سببه ألا يباشره بغير أن يتعرض للمؤاخذة الجنائية أو التأديبية ولا

1 بن شيخ لحسين، ص 116

2 السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، القاهرة ، الطبعة الثانية، مكتبة النهضة المصرية،1978 ، ص 194.

دخل في نطاق الواجبات، مقصود بالحق سببا عاما للإباحة في جميع الجرائم م 60 من قانون العقوبات المصري وفضلا عن ذلك ينص على تطبيقات خاصة لهذا المبدأ العام بالقياس إلى جرائم معينة.

_ استعمال الحق باعتباره سببا عاما للإباحة:

المبدأ العام: تنص م 60 من ق. ع. م على أنه " لا تسري أحكام هذا القانون عل كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر 96 وتنص الشريعة " والمبدأ المقرر في هذا النص من الأمور المسلمة بداهة، وهو مقرر في فرنسا مع عدم وجود نص صريح في القانون الفرنسي، ومن أجل ذلك قد يبدو أن النص عليه في القانون جاء من قبيل التزيد، والواقع أن النص[1] عليه لم يكن لشبهة في أساس المبدأ، وإنما كان لدفع شبهة قامت في مدى تطبيقه.

2_ شروط تطبيق م 60 من قانون العقوبات المصري: يشرط الإباحة الفعل على أساس استعمال الحق شرطان: أولهما: أن يكون الفعل قد وقع استعمالا لحق مقرر بمقتضى القانون، وثانيهما أن يكون قد ارتكب بحسن النية كما ينص المشرع الجزائري في قانون العقوبات على هذا الشرط م 39 السالف لا حقا.

الشرط الأول: استعمال مقرر بمقتضى القانون: وقد عبرت م 60 من ق. ع. مصري عن القانون بكلمة (الشريعة) ولكن من المتفق عليه أن المقصود بذلك القانون عموما، والصيغة الفرنسية للنص صريحة في ذلك، ويؤيده الأعمال التحضيرية للقانون، وإذا كانت الأمثلة التي جاءت بها تشير إلى حقوق مرجعها الشريعة الإسلامية، فإن ذلك لم يكن في شأنها للاختلاف في شأنها فقط، أما الحقوق المقررة بالقوانين الوضعية فلم تكن محل للخلاف، كما تقدم والحقوق منها ما هو يريع إلى قوانين المهد ولوائحها كحق الطبيب والصيدلي في حيازة المواد المخدرة، وحق الطبيب في إجراء العمليات الجراحية وعلاج المرض، وبالجملة كل حق يقرره نص صريح، أو تقرره النصوص العامة في القانون، ويدخل في ذلك ما تقرره أحكام الشريعة الإسلامية المعمول بها، كحق الزوج في تأديب زوجته والولي في تأديب من في ولايته.

الشرط الثاني: حسن النية: يجب أن يكون الفعل قد ارتكب بنية سليمة[2] والنص صريح في ذلك، والمقصود بسلامة النية هو أن يكون الفاعل قد ارتكب الفعل استعمالا لحقه، وفي

1 السعيد مصطفى السعيد، مرجع سابق، ص 168، 169.

2 نفس المرجع، ص 173، 174، 175.

حدود هذا الحق فلا يعتبر الفعل مرتكبا بنية سليمة إذا كان الفاعل يشير بالحق في الظاهر ليخفي قصدا إجراميا لا يمت حقه بسبب كالمعلم يضرب تلميذه انتقاما من أبيه، والزوج يضرب زوجته بعامل الكراهية والبغض لا رغبة في تأديبها، والطبيب يسهل لغيره تعاطي المواد المخدرة لغير العلاج.

3_ تطبيقات استعمال الحق: وأهم هذه الحقوق حق التأديب، حق ممارسة الألعاب الرياضية وحق ممارسة الأعمال الطبية.

أ_ حق التأديب: تتمثل علة الإباحة في ممارسة حق التأديب في تقدير المشرع لمصلحة الأسرة ومصلحة المجتمع، حيث تقتضي هذه المصلحة منح بعض أفراد الأسرة سلطة على بعضهم الأخر، وتدعم هذه السلطة بالحق في توقيع الجزاء على من يخرج عليها[1] وهذه المصلحة التي ترقى إلى مرتبة اعتبارها حق للمجتمع ترجع على حق الخاضع لسلطة التأديب في سلامة جسمه، والغاية من التأديب والتهذيب من يخضع له وحمله على السلوك الذي يتفق مع مصلحة الأسرة ومصلحة المجتمع.

1_ تأديب الزوج زوجته: للزوج وفق لأحكام الشريعة الإسلامية، حق تأديب زوجته عن كل معصية لم يرد في شأنها حد مقرر وهذا الحق غير مطلق بل إنه مقيد من وجهين[2]

- فهو مقيد من حيث وسيلة التأديب، فلا يكون إلا بوسيلة من ثلاث، الوعظ والهجر في المضجع والضرب، وبهذا الترتيب، بحيث لا يجوز للزوج أن يلجأ إلى وسيلة إلا إذ أظهر ما دونها لم ينتج في إصلاح الزوجة. والوسيلة الثالثة أي الضرب هي التي يبدو تعارضها مع أحكام قانون العقوبات ومن المتفق عليه بين فقهاء الشريعة أن الضرب المباح للتأديب هو الذي لا يكون شديدا ولا شائنا، حق أنه إذا غلب على ظن الزوج أنه لا تترك النشوز إلا بضرب شديد لم يجز أصلا أن يؤديها بذلك، ثم إن هذا الحق مقيد من وجه أخر، هو وجوب أن يكون عمل الزوج مقصود به تحقيق الغاية من أجلها شرع التأديب، وهو إصلاح حال المرأة، وأن يكون لسبب شرعي، ولا يجوز أصلا إذا كان مقصود به غرض أخر، كأن يكون للانتقام، أو لمجرد الإيذاء، ففي هذه الحدود يكون عمل الزوج مباحا ولا عقابا عليه فإذا خرج عنها بأن تجاوز الحد المقرر شرعا للتأديب أو كان سيئ النية يخفي قصدا إجراميا تحت ستار استعمال

1 بارش سليمان، مرجع سابق، ص 101.

2 السعيد مصطفى السعيد، مرجع سابق، ص 176، 178.

حق التأديب، فلا يكون فعله استعمالا لحق وإنما يكون مستحقا العقوبة التي يقررها القانون كقول الله تعالى في سورة النساء "وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنَهُمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَآ إِصْلَاحًا يُوَفَقُ اللهُ بَيْنَهُمَا إِنَ اللهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا"[1].

2_ تأديب الصغار: تبيع الشريعة الإسلامية ضرب الصغار للتعليم والتأديب بل أن فقهاء الشريعة الإسلامية صرحوا بأن ضرب الصغير للتعليم واجب وهذا الحق مقرر للأب والوصي بالإجماع، كما أنه مقرر للأم للتعليم للإخلاف وللتأديب أيضا على رأي، ولمن تثبت له ولاية النفس على الصغير عند عدم وجود الأب، كالجد والأخ والعم، ضد الحق أيضا وإن لم يصرحوا به ولكنه مقتضى النصوص الفقهية في هذا الشأن.

حق الأعمال الطبية: تستلزم أعمال الطبيب والجراحة التي يجريها الأطباء لعلاج المرض المساس بأجسامهم كما يحدث في العمليات الجراحية وإعطاء الأدوية والعقاقير التي تسبب الآلام للمريض، الأمر الذي يدخل في ظاهرة تحت أحكام القانون العقوبات الخاصة بالضرب وإحداث الجروح، بل قد تؤدي هذه الأعمال إلى وفاة المريض ومن المتفق عليه أن الطبيب أو الجراح لا يسأل عما يجريه من الأعمال من هذا القيل بقصد علاج المرض، ولا عما يترتب عليها من النتائج، ولا ترجع علة انتقاء مسؤوليته أو في عدم قيامها، وهي قاعدة عامة في التشريع المصيري، كما لا ترجع إلى انتقاء القصد الجنائي، بالاعتبار أن قصد الطبيب شفاء المريض، كما قضت بذلك من الأحكام الآن القصد الجنائي في جريمة الضرب و إحداث الجروح يتوفر قانون متى ارتكب الجاني فعل الضرب أو جرح عن إرادة العلم بأن الفعل يترتب عليه المساس سلامة الجسم الشخص المصاب وصحته، وهو بهذا المعنى متوافر في حق الطبيب، والأساس الصحيح لانتقاد مسؤولية الطبيب أو الجراح هو أنه يقوم عمله استعمالا لحق مقرر بمقتضى القانون، فقد حول الشارع، بالقوانين التي وضعها لتنظيم مزاولة مهنة الطب، الأطباء حق تعرض لأجسام الغير ولو لإجراء عمليات جراحية مهما بلغت جسامتها، وعليه لكي يباح سلوك الطبيب ويحق ممارسة العمل الطبي لابد من توافر الشروط الثلاث هي:[2]

1 سورة النساء، الآية 34، ربع الحزب 9، الجزء الخامس.

2 بارش سليمان، مرجع سابق، ص103، 104.

الترخيص القانوني: بحيث يجب أن يكون الطبيب قد حصل الترخيص القانوني لممارسة المهنة، وعلى الترخيص أن المشرع لا يتفق في غير من الرخص لهم بالعلاج

رضي المريض: أن المشرع يرخص للطبيب المهنة وعلاج المريض إذا دعاه لذلك، وبالتالي يجب أن يكون المريض راضيا بالعلاج حتى يباح فعل الطبيب

قصد العلاج: يجب أن يهدف الطبيب من خلال ممارسته للطب إلى غاية تتمثل في علاج المريض وشفائه وتخليصه من الآلام أو التخفيف منها، هذا ولا يهم إذا حصل الطبيب من خلال ذلك على نتائج علمية أخرى، إذا توافرت الأخطاء الطبية في شروط الإباحة في العمل الطبي، فإن السلوك الطبيب يعتبر مشروعا ولو ساءت حالة المريض.

ج_ ممارسة الألعاب الرياضة: لا شبهة في الإباحة النشاط الرياضي بصفة عامة، وكثير من الألعاب الرياضية لا يتعارض مع أحكام قانون العقوبات على أن من هذه الألعاب ما يستلزم أعمال العنف، وقد يترتب عليها إصابات مما يقع تحت الأحكام القانون ، بالمصارعة والملاكمة واللعب العصا وما إلى ذلك ، وفي هذه شأن الألعاب يثار البحث في مسؤولية اللاعبين عما يحدثونه من إصابات والمتفق عليه أن هذه الألعاب لا تقرب عليها المسؤولية الجنائية ما دام اللعب لم يخرج عن حدود اللعب وقواعده، حق في الألعاب العنيفة التي جوهرتها المماس بالجسم بالملاكمة فقد استقر الرأي فيها بعد تردد على عدم المسؤولية، وقد اختلف الرأي في أساس عدم المسؤولية، كما حدث في شأن أعمال الطب وإن كان بصورة أظهر، فقيل إنها ترجع إلى الرضى المجني عليه، وهو الرأي غير السليم لأن الرضى المجني عليه ليس السبب لعدم المسؤولية في القانون المصيري، وقيل إنها ترجع إلى انتقاء القصد الجنائي[1].

أساس الإباحة: أن أساس الإباحة مرجعه اعتراف القانون وتقنينه للعرف الرياضي الذي يخول للاعب هذا الحق[2] .

ولكي تتوافر الإباحة لابد من توافر شروط ثلاث:

1 السعيد مصطفى السعيد، مرجع سابق، ص 168.

2 بارش سليمان، مرجع سابق، ص 105.

_ أن تكون اللعبة من الألعاب المعترف بها قانونا، أي يجب أن تكون لها قواعد متعارف عليها.

_ أن يكون أفعال العنف قد ارتكبت أثناء المباراة الرياضية "ويقتضي هذا الشرط أن يكون المجني عليه قد رضي بالاشتراك في المباراة"

_ يتعين اتساق الفعل الذي يمس بسلامة جسم وقواعد اللعبة المتعارف عليها، فإن خرج اللاعب عليها عمدا سئل عن جريمة عمدية وإن خرج عليها بخطأ سئل عن جريمة غير عمدية.

ثانيا: إذن القانون:

المقصود بالإذن في مجال أسباب التبرير ما يعرف فقها وتشريعا باستعمال الحق أي استعمال الحق كسبب من أسباب التبرير، فالإنسان إذا استعمل حقه المقرر في القانون يرتكب في الأصل جريمة لكن لا يعاقب عليهما لكون الفعل مبررا، وأهم تلك الحقوق التأديب المقرر للوالدين تجاه أبنائهم وكذا فيما يخص عمل الطبيب إذا كشف عن عورة المريض قصد فحصه أو علاجه لكن يجب عدم ضد الحق، وغلا اعتبر ذلك جريمة، وفقد صفته كسبب من أسباب الإباحة، وإضافة إلى ذلك يقصد بإذن القانون ترخيص القانون لصاحب الحق في استعمال حقه، ولفظ القانون الذي استعمله المشرع فقط واسع يتسع يشمل كل قاعدة قانونية سواء كانت كانت محددة في نص تشرعي أو قاعدة واردة بالشريعة الإسلامية أو عرف ساريا وقد سبق و أن قلت أن مبدأ الشريعة يرخص التفسير الواسع في مجال أسباب الإباحة وقد نص المشرع المصري م 60 من ق. ع على عدم سريان أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة، أما في القانون الفرنسي فلا يوجد نص يشير إلى هذه الحالة والسبب في ذلك أن قاعدة بديهية لا تحتاج إلى نص، إذ أن المشرع عندما يقرر حقا فإنه يرخص بالضرورة لصاحبه استعماله في حدود معينة (م ق مدني)[1].

1 بن شيخ لحسن، مرجع سابق، ص 116.

ومن شروط ممارسة الحق كسبب إباحة ما يلي:

أولا وجود الحق: المقصود بالحق في هذا المجال هو الحق في مدلوله القانوني العام، أي تلك المصلحة التي يعترف القانون ويحميها، فيبيح تبعا لذلك استعمال ما هو ملائم لتحقيق هذه المصلحة، هذا و لا يشترط أن تكون المصلحة مقررة لمن يستفيد من الإباحة، فقد تكون مقررة لشخص غيره أو للمجتمع فحق التأديب مثلا هو مصلحة للأسرة والمجتمع وليس لمن يباشر حق التأديب.

ثانيا_ التزام حدود الحق: يجب على صاحب الحق أن يلتزم حدود الحق أثناء ممارسته، إذ أن الحقوق ليست مطلقة من كل قيد بل هي نسبية ومن ثم كان متعين التحقق من دخول الفعل في نطاق الفعل ومحددا وفق لكل ما يتطلبه القانون من شروط، وقيود تتمثل في ممارسة الحق بواسطة صاحبه أو الأفعال التي أتاها لازمة لممارسة الحق ولا يقبل من غيره ممارسته كحق تأديب الزوجة وحق ممارسة الأعمال الطبية التي يقوم بها صاحب الحق الذي يقرره له القانون بذاته وليس غيره[1].

ثالثا_ توافر حسن النية: فضرب الزوج زوجته يجب أن يكون غرضه هو مجرد التأديب فقط.

الفرع الثالث: الدفاع الشرعي

أولا: تعريفه

حق الدفاع حق مطلق يستفيد منه كل من ساهم في رد الاعتداء سواء بصفة فاعل أو شريك في جريمة وهو سبب عام من أسباب الإباحة حيث لا يبيح فقط جرائم القتل والضرب وإنما أية جريمة لازمة لدر الاعتداء ولا يؤيد هذا النظر أن المشرع الجزائري أورد أحكام الدفاع الشرعي في الجزء الأول الخاص بالمبادئ العامة التي ينطبق على كافة الجرائم هذا بالإضافة إلى أن المشرع قد عبر عن الدفاع بلفظ "فعل" وهو لفظ مطلق يحتمل ارتكابه أك جريمة لرد الاعتداء وبناء على ذلك يجوز للمعتدي عليه أن يرد الاعتداء بإتلاف السلاح الذي يستعمله المعتدي.

1 بارش سليمان، مرجع سابق ص 99، 100، 101.

1_الدفاع الشرعي بمدلوله الفقهي: لقد عبر عنه الأستاذ عبد الله سليمان بالقول: " هو الحق باستعمال القوة اللازمة الذي يقرره القانون لمصلحة المدافع لرد الاعتداء الحال عليه أو على ماله أو على نفس الغير أو ماله[1].

2_الدفاع الشرعي بمدلوله القانوني: وقد نصت م 39 من قانون العقوبات الجزائري بقولها: "لا جريمة"

1_ إذا كان الفعل قد أمر وأذن به القانون

2_ إذا الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة الدفاع الشرعي عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك لشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء

وكما نصت م 40 من قانون العقوبات ج بالقول: "يدخل ضمن حالات الضرورة لحالة الدفاع الشرعي.[2]

3_ القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء أو على حياة شخص أو سلامة جسمه أو لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منهما أثناء الليل.

4_ الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكب السرقات أو النهب بالقوة، وهذا بالرجوع إلى نص م 341 التي تؤكد على أنه "لا عقاب على قتل غيره أو أذاه أثناء استعماله حق الدفاع الشرعي عن نفسه أو ماله أو عرضه.ومن خلال النصوص نستنتج أن المشرع لم يضع تعريفا للدفاع الشرعي، بل بين فقط الحالات التي يسمح فيها بالدفاع الشرعي.

ثانيا: أساس حق الدفاع الشرعي

الدفاع الشرعي حق طبيعي يمارسه الإنسان منذ الأزل البعيد عبر العصور التاريخية إلى يومنا هذا وأقرته الشرائع القديمة، على أساس أن الحق الإنسان المعتدي عليه في الحياة أولى

1 فتيحة مقراني، جميلة بشكى، وهيبة جزار،الدفاع الشرعي بين القانون الوضعي الجزائري والشريعة الإسلامية، (ليسانس)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2006،2007، ص 11،13.

2 يوسف ولاتدة، قانون العقوبات الجزائري، الجزائر، دار هومة، 2002، ص 17.

من حق المعتدى الآثم في حياته وقد أخذت[1] الشريعة الإسلامية بحق الدفاع الشرعي عملا بقوله تعالى: " فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُم فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ" [2] وأقرت مبدأ الدفاع عن النفس، وأطلق عليه الفقهاء "دفع الصائل".

ثالثا: شروط الدفاع الشرعي

أولا التعرض: إن الشروط الواجب توافرها في التعرض

الشرط الأول: حصول تعرض غير محق (غير مشروع)

يعني هذا الشرط حلول اعتداء من ضرر أو خطر بفعل يعد جريمة، والعلاقة بين الضرر والخلل أن الضرر قد تحقق في حين أن الخطر هو ضرر لم[3] يتحقق بعد وإنما هو من التحقق قاب قوسين أو أدنى، والذي يبرر الدفاع من الخطر في الدرجة الأولى، وكذلك الضرر، فلا مجال للدفاع، فالدفاع جائز في المرحلة السابقة على انتهاء جريمة سواء بدء المعتدي في تنفيذها أو كان البدء في تنفيذها وشيكا ويفهم من النص انه إذا لم يقم هناك أي خطر لعدم قيام المجني عليه بأي سلوك محظور فلا محل للدفاع، ويفهم من النص أيضا أنه إذا كان مبعث الخطر فعلا لا يعد جريمة لأنه يخضع لسبب من أسباب التبرير محل للدفاع هذا القانون الخطر مستوجب الاحتمال بحكم القانون.

الشرط الثاني: أن يكون التعرض غير مثار: بمعنى التعرض الذي يصدر من المعتدي لم يقابله استفزاز من المدافع يراد بهذا الشرط ألا يكون المدافع هو الذي خضع الوضع الذي اضطر فيه المعتدي إلى ارتكاب الفعل الذي يهدده بالخطر، بمعنى أن يكون العدوان نتاح فكره الحر وإرادته الخالصة، فلا محل للتحدي بالدفاع إذا كان المدافع هو الذي أثار الخطر من حوله وتردي في الوضع الذي تردي فيه، لأن قبول الدفاع في هذه الأحوال سيكون ذريعة للاعتداء على حقوق الغير ومثال ذلك إذا فجأ الشخص لصا مسلحا في منزله ليلا دخله بطريق السور كان صاحب المنزل في هذا الظرف في حالة الدفاع الشرعي.

---

1 أكرم طراد الفايز، شرح قانون العقوبات القسم العام،عمان، دار الثقافة، 2011، ص 115.

2 سورة البقرة الآية 194، .

3 كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دراسة مقارنة، عمان دار الثقافة، الطبعة الثالثة، 2011، ص 132، 133، 137.

الشرط الثالث: أن يكون الاعتداء واقعا على النفس أو مال تصح المدافعة عنه:

ففعل من يقتل غيره أو يصيبه بجراح أو بأي فعل مؤثر دفاعا عن ماله أو عرضه أو نفس غيره أو عرضه يكون في دائره الإباحة بشرط :

أ_ أن يقع الدفاع حال وقوع الاعتداء

ب_ أن يكون الاعتداء غير محق

ج_ أن لا يكون في استطاعة المعتدي عليه التخلص من هذا الاعتداء إلا بالقتل أو الجرح أو الفعل المؤثر

ومن جهة اخرى فعل من يقتل غيره أو يصيبه بجراح أو بأي فعل مؤثر دفاعا عن ماله أو مال غيره الذي هو في حفظه بشرط:[1] أن يقع الدفاع أثناء النهب أو السرقة المرافقين للعنف أو المسروق منه ويقيد اختياره ولو يرافقها حذف، وإن لا يمكن في كلتا الحالتين المذكورتين أيضا دفع السارقين والناهبين واسترداد المال بغير القتل أو الجرح أو الفعل المؤثر[2].

الشرط الرابع: أن يكون الخطر حالا:

يكفي لتحقيق هذه الحالة أن يبرر من المعتدي فعل ايجابي يجعل الاعتداء من المعتدي عليه أن يصبح المعتدي عليه سبب هذا الفعل في موقف بالغ الحرج إلى حد الذي يتعين عليه أن يضرب أو يجرح أو يقتل وإلا كان هو المضروب أو الجريح أو القتيل لا محالة وتطبيقا لهذا لو هدد شخص أخر بالقتل ثم أخرج مسدده غير معبأ وأخذ يعبئه يجوز للمهدد بهذا الخطر أن يدافع عن نفسه.

ثانيا: يجب أن يكون الدفاع حالا وضروريا ومتناسبا مع الاعتداء:

1_ الدفاع الحال: يجب أن يجد نفسه لشخص الواقع عليه الاعتداء في حالة تجعل التدخل من قبله ضروريا وحالة لدفع الاعتداء، فإذا زال الخطر فإنه لا يبقى مبرر للدفاع،

1 كامل السعيد، مرجع سابق، 138، 139 ص 151.

2 بن شيخ لحسين، مرجع سابق، ص 118.

والفعل المرتكب يصبح من قبيل الانتقام، وكذا الحالة إذا كان الاعتداء المستقبلي أو احتماليا، إذ توجد وسائل أخرى غير الجريمة[1] لدفعه كاللجوء إلى السلطات.

2_الدفاع الضروري: أي يكون استعمال العنف هو السبيل الوحيد للخلاص، أي أن يكون الدفاع متزامن للاعتداء، فإذا حاول شخص ضرب أخر غير أن المعتدي عليه أخافه فهرب، فإن الخطر قد زال، ولا يبرر استعمال الضف بأن يتبعه ويضر به فالضرورة تستوجب أن يكون الخطر لا يمكن تفاديه باللجوء إلى وسائل أخرى غير القتل أو الجرح، وخارج هده الفرضية تكون بعدد تجاوز للدفاع الشرعي [2].

3_الدفاع المتناسب مع الاعتداء: يجب أن يكون الدفاع محدد أي متناسب مع الاعتداء، أو علي الأقل متناسبا مع الفكرة التي يعطيها المعتدي عليه للاعتداء الذي كان يتهدده فهذا الشرط يسمح بتبيان حدود الدفاع الشرعي والحالات التي توجد فيها بصدد تجاوز الدفاع، ويجب على القاضي معاينة ذلك عند إصدار حكمه للقول بأن حالة الدفاع غير متوفرة، وهذا بمعاينة مدى تناسب الدفاع مع طبيعة وخطورة الاعتداء.[3]

رابعا: تجاوز حدود الدفاع الشرعي وأثاره

1_ تجاوز حدود الدفاع الشرعي:

عندما قرر المشرع إباحة الدفاع الشرعي، جعله بسبب من أسباب التبرير الرئيسية، إنما هدف بذلك إلى مقاومة العدوان ومنعه والتخلص منه، وليست إباحته من أجل الانتقام من المعتدي أو معاقبته، ولذلك فإنه على المدافع أو المعتدي عليه أن يلتزم بحدود هذا الحق ولا يفرط في ممارسته، والتجاوز يعني الخروج عن الحدود المقيدة لاستعمال حالة الدفاع الشرعي، وعدم التناسب بين قوة رد الفعل الدفاع ومقدار خطورة الاعتداء.

1 بن شيخ لحسن، مرجع سابق، ص 118.

2 كامل السعيد، مرجع سابق، ص 151.

3 بن شيخ لحسن، مرجع سابق، ص 119.

2_ أثر الدفاع الشرعي:

أ_ إباحة فعل الدفاع: إذا توافرت حالة الدفاع الشرعي وكان الدفاع متناسبا مع خطر الاعتداء، فإن كل ما وقع من أفعال من قبل المدافع إذا ما توافرت شروط الاعتداء والدفاع، فإنها تكون مبرر تبريرات ما وأن على الإدعاء العام منع محاكمة المدافع وحفظ الأوراق والأمر بألا وجه لإقامة الدعوى إذا كانت الدعوى قد رفعت، فعلى المحكمة أن تقضي فيها بالبراءة.

ب_ المساهمون: وكذا فإن أمر الدفاع الشرعي يمتد إلى كل من ساهم في الدفاع بوصف فاعل أو شريك، وأنه لا يترتب عل المدافع في حالة الدفاع الشرعي المستوفية للشروط أية مسؤولية جنائية أو مدنية[1]

الفرع الرابع: حالة الضرورة

أولا: نبذة تاريخية عن حالة الضرورة

أسس عدم العقاب على حالة الضرورة على انعدام التدليس، وفي القانون الفرنسي القديم وتحت تأثير القانون الكنسي أخذ بالسرقة الضرورية والتي لا يعاقب عليها وبرر ذلك بفكرة أن الأموال مشتركة في حالة الخطر، وبقرينة رضا الشخص المسروق الذي لم يكن يقبل موت شخص أخر من الجوع.

_ وجود الفعل المبرر: لا يوجد في القانون نص عام بحالة الضرورة كما هو عليه الحال بالنسبة للدفاع الشرعي، لكن توجد فقط بعض التطبيقات المتفرقة في قانون العقوبات، ومثالها الأشخاص الذين يضعون دون ضرورة المواد في الطريق العام م (م 444 ق. ع) أو قتلوا ـ دون ضرورة ـ دوابا للجر أو للركوب أو الجمل أو المواشي (م 443 ق. ع) فواقعه التصرف بحالة الاضطرار تبرر تصرف الشخص في الحالات الخاصة.

_ وتوجد حالة أخرى نص عليها قانون العقوبات في م 308 ق. ع الجزائري بقولها: " لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجب ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه الطبيب

1 محمد علي السالم الحلبي، مرجع سابق، ص 129، 132.

أو جراح في غير خفاء، وبعد إبلاغه السلطات الإدارية، وفيما عدا هذه الحالات فإن الضرورة لا تعد فعلا مبررا ولكن تعتبر ظرفا مخففا للعقوبة إذا أخذت بها المحاكم الجزائية[1].

ثانيا: تعريف الضرورة في الاصطلاح الشرعي والقانوني

1_ تعريفها في الاصطلاح الشرعي: تكلم فقهاء الشريعة الإسلامية عن المحظورات التي تباح للمضطر عن الضرورة، ولم يضع معظمهم تعريفا للضرورة بل بينوا دورها في معرض شرحهم لأحكام الاضطرار و(الاضطرار هو تصريفه افتعل من الضرر كقوله افتتن من الفتنة أي إدراكه ضرر ووجود به)[2] كما عرفها الحنفية بأنها (بلوغه ـ أي المضطر ـ حد إن لم يتناول الممنوع هلك)، و عرفها المالكية بالقول (هي الخوف على النفس من الهلاك علما أو ظنا)، كما عرفها الشافعية بالقول (من خاف من عدم الأكل على نفسه موتا أو مرض مخوف أو زيارته أو أطول مدته أو انقطاعه عن رفقته أو موت أو ضعف عن مشي أو ركوب ولم يجد حلالا يأكله ووجد لزمه أكله)، كما عرفها الحنابلة بالقول (هي التي يخاف بها التلف أن ترك الأكل)، فقد عرفها الفقيه علي حيدر في معرض شرحه لمجلة الأحكام العدلية بالقول: (الضرورة هي الحاجة الملجئة إلى تناول الممنوع شرعا).

2_ تعريفها في الاصطلاح القانوني:

أوردت معظم التشريعات الجزائية العربية والغربية تقريبا نصوص خاصة لحالة الضرورة غير أن تلك التشريعات اقتصرت في تلك النصوص على بيان عناصر حالة الضرورة وأحكامها دون أن يرد فيها تعريف جامع مانع يمكن الاستناد إليه قانونا، الأمر الذي دعا العديد من شراح القانون الجنائي إلى وضع مثل هذه التعريفات

فقد عرفها الأستاذ الدكتور أكرم نشأت إبراهيم بالقول (حالة الضرورة هي الحالة التي يكون فيها الإنسان نفسه أو غيره مهدد بالضرر جسيم على وشك الوقوع به أو غيره، فلا يرى مجالا للخلاص منه إلا بارتكاب الفعل المكون لجريمة مرغم على ارتكابها)

1 بن شيخ لحسين، مرجع سابق، 121، 122.

2 عمار عباس الحسيني، حالة الضرورة وأثرها في المسؤولية الجنائية، دراسة مقارنة، عمان دار منشورات،، الحلبية الحقوقية، طبعة أولى، 2011، ص 27، 28.

كما عرفها الأستاذ محسن بالقول (حالة الضرورة هي ظروف تحيط بالفاعل وتهدده بخطر جسيم محدق لا وسيلة إلى تلافيه إلا بارتكاب جريمة)[1]

والتعريف الذي نراه راجحا هو تعريف الأستاذ Forier كونه يتميز بالشمول والإيجاز والدقة بالقول (بأنها حالة التي يوجد فيها شخص لا يستطيع ـ ليس لسبب معقول ـ إنقاذ حق أو مال أو مصلحة إلا بارتكاب الفعل الذي يعتبر إجراميا)[2]

ثالثا: أثر الضرورة وتمييزها عن غيرها من المصطلحات المشابهة لها

1_ حالة الضرورة وتأثيرها في الركن المعنوي للجريمة:

أغلب القوانين الجنائية الحديثة تؤسس المسؤولية الجنائية على نظرية الإسناد، وإن السياسة الجنائية تعني مواكبة القانون الجنائي للضرورات الاجتماعية المتجددة، والتطورات التي لحقت بالأوضاع السياسية والاجتماعية والاقتصادية في المجتمعات البشرية، لأنه من الطبيعي أن تتأثر القيم و المصالح المحمية بحسب ضرورات المجتمع وأفكاره الفلسفية والسياسية التي يستند إليها نظام الحكم، وترد هناك إرادات تختلف تبعا لاختلاف الظروف التي تحيط بكل واقعة على حدة وفق نظرية الإسناد إذ الإرادة المتسمة بالإثم يعتد الأساس المذكور بوجودها، كذلك فإن الظاهرة المعروفة في أوقات الأزمات وظروف الحرب تتمثل في لجوء السلطة إلى ما يطلق عليه بقانون الضرورة الجنائية، وحالة الضرورة يترتب على توافرها امتناع المسؤولية الجزائية، فالامتناع هذا لا يجعل من الفعل مباحا، فالجريمة متحققة لكن النشاط الإجرامي لم يصدر عن إرادة واختيار عاملين والأصح أنه يوجد اختلاف في الاتجاهات لدى رجال الفقه فيما يتعلق بتأثير حالة الضرورة على حرية الاختيار.

_ تأثير حالة الضرورة والوصف الجرمي للفعل:

إن مرتكب الفعل الجرمي في حالة الضرورة كان اختياره سليما في موازنته بين الضرر الحامل من الفعل الضروري والضرر المحتمل للمصلحة التي قصد إنقاذها، وفي هذه الحالة نجد أن الفعل حصل بترو هدوء في اختيار الفاعل المتمثل في إهدار مصلحة في سبيل تجنيب

1 عمار عباس الحسني، مرجع سابق، ص 28، 33.

2 نفس المرجع، ص 36.

مصلحة أكبر أهمية من الناحية الاجتماعية لا يمكن إنكارها، فالقواعد القانونية تهدف دائما إلى حماية المصلحة العامة[1].

2_الفرق بين حالة الضرورة وغير من المصطلحات المشابهة لها:

أ_ التميز بين الإكراه المعنوي وحالة الضرورة:

الأولى من حيث المصدر: فالإكراه المعنوي يصدر دائما عن إنسان بقصد حمل غيره على ارتكاب جريمة، أما الضرورة فالغالب أن يكون مصدرها ظروف طبيعية تدفع إلى سلوك الجريمة، وقد يكون مصدرها فعل إنسان أوجد الخطر الذي يحاول المضطر النجاة منه أو إنقاذ غيره منه

أما الثانية من حيث مدى تأثير في حرية الاختيار: فالإكراه ينقص حرية الاختيار أو يسلبها تماما حسب جسامة الخطر المهدد به المكره، لذلك لا يكون أمام المكره إلا ارتكاب الجريمة للخلاص من الخطر الذي يهدده أو يهدد غيره، أما حالة الضرورة فقد لا تؤدي إلى سلب حرية الاختيار أو الانتقاص منها على نحو ملحوظ، بل تضيق منها بحيث يظل في استطاعة الجاني رغم ذلك أن يختار بين طريقين فيرجع أحدهما بعد الموازنة بين المصالح المتعارضة، وبالنظر إلى هذا الاعتبار يسهل تعليل امتناع المسؤولية في حالة الإكراه عنه في حالة الضرورة[2].

ثانيا :تمييزها عن الدفاع الشرعي

حيث أنه لا يوجد اعتداء من شخص أخر بل مصلحة الغير، والتي هي مشروعة، هي التي يضحي بها.

1 راسم مسير الشمري، أداء الواجب وحالة الضرورة في قانون العقوبات، دراسة مقارنة، عمان، دار المنهاج للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2011، ص 184، 185.

2 علي عبد القادر القهوجي، فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة لجريمة، المسؤولية والجزاء الجنائي، إسكندرية، دار الهدى للمطبوعات، د. طبعة، 2002، ص 158.

أولا أوجه الشبه: قبل بيان أوجه الاختلاف بين الدفاع الشرعي وحالة الضرورة، لا بد من بيان أهمية الأوجه التي تتفق فيها هاتان الحالتان[1]:

1/ تتفق حالة الضرورة مع الدفاع الشرعي: في أن كل منهما يقوم على معنى واحد هو اللجوء إلى قيام بالفعل المحرم، فكما أن المضطر ملجأ إلى تناول شراب محرم عليه لينقذ نفسه من الهلاك، فإن المعتدي عليه في الدفاع الشرعي ملجأ أيضا إلى ارتكاب فعل معين غير مشروع في ذاته وطبيعته ليدفع به عدوان المعتدي، فالمدافع في حالة الدفاع الشرعي[2] قد لا تكون نيته ارتكاب الفعل الجرمي للاعتداء على الغير في الظروف الاعتيادية، غير أنه مواجهة للخطر الذي يداهمه أو يداهم غيره، فإنه يضطر لارتكاب الفعل الجرمي تأباه نفسه وكذلك المضطر قد لا يكون متقبلا الإجراء الفعل الممنوع في الظروف الاعتيادية كشرب الخمر أو الاعتداء على نفس الغير، غير أنه تحت وطأة الضرورة يجد نفسه ملجأ إلى ارتكاب ذلك الممنوع.

فالفعل الذي يتخذه الفاعل لدفع خطر حالة الضرورة أو الدفاع الشرعي لا يصور _الواقع_ أي أثر في سمعة فاعله. فالفاعل في كلتا الحالتين مضطر لإجراء ذلك الممنوع لدفع خطر حال يواجهه في نفسه أو نفس غيره أو يواجهه في ماله أو مال غيره.

لذلك نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية يجعلون من حالتي الدفاع الشرعي (دفع الصائل) والضرورة تطبيقا للقاعدة الشرعية الضرر يزال أو قاعدة الضرورات تبيح المحظورات.

2_ يتفق حق الدفاع الشرعي مع حالة الضرورة في أن كليهما يفترض وجود خطر حال ويستلزم كلاهما التصرف الضروري اللازم المتناسب مع درجة الخطورة.

1 بن شيخ لحسين، مرجع سابق، ص 124.

2 عمار عباس الحسني، مرجع سابق، ص 64.

3_ يتفق حق الدفاع الشرعي مع حالة الضرورة في أن الاعتقاد بقيام الخطر الوهمي يعد مقبولا في كليهما متى كان ذلك الاعتقاد مبنيا على أسباب معقولة وسنرى بإذن الله شروط خطر الضرورة.

ثانيا: أوجه الاختلاف: تختلف حالة الضرورة عن حق الدفاع الشرعي في العديد من الأوجه لعلى أهمها:

1_ فمن حيث سبب الخطر تختلف حالة الضرورة عن الدفاع الشرعي في أن الخطر فيها غالب ما يكون ناشئا عن طريق ظروف طبيعية لا دخل لإرادة الإنسان فيها، أما في حالة الدفاع الشرعي، فيغلب أن يكون المصدر الخطر الإنسان وأن يكون فضلا عن ذلك جريمة،

ويترتب على ذلك أنه لا قيام للدفاع الشرعي إذا كان فعل الاعتداء لا يمثل جريمة بينما تقوم حالة الضرورة في مثل هذه الصورة[1]

2_ في الدفاع الشرعي يقوم فعل الدفاع وإذا كان خطر الاعتداء غير جسيم حسب ما نهب إليه البعض، وهو ما لا تؤيده.

حسب ما ذهب إليه البعض، وهو مالا تؤيده، بينما حالة الضرورة نجد أنه لا قيام لحالة الضرورة إلا إذا كان خطر الاعتداء جسيما، ويترتب على هذا الفرق أن فعل الدفاع يوجه ضد معتد باع أثيم، بينما الفعل الذي يرتكب في حالة الضرورة يغلب توجيهه ضد شخص لا شأن له بنشوب الخطر.

كما ان شروط حالة الضرورة تعبر عن وجه الاختلاف الواضح بينها وبين الدفاع الشرعي فهذه الشروط متعلقة بالمضطر و خطر الضرورة و محلها وهي:

أ_ بالنسبة للمضطر يجب:

_ أن لا يكون لإرادة المضطر دخل في حلول الخطر عمدا

_ أن لا يكون المضطر ملزم قانونا بتحمل الخطر

1 عمار عباس الحسني، مرجع سابق، ص 65،66،67.

ب_ اما خطر الضرورة فيجب :

_ أن يكون الخطر جسيما (الخطر التصوري)

_ أن يكون الخطر حالا أو وشيك الوقوع (الخطر المستقبلي)

ج_و يشترط في محل الضرورة ما يلي:

_ الامتناع عن الإغاثة

د_ فعل الضرورة:

_ أن يكون فعل الضرورة لازما لدفع الخطر

_ أن يكون فعل الضرورة متناسبا مع الخطر تجاوز حدود التناسب[1]

1 عمار عباس الحسني، مرجع سابق، ص 178، ص231.

المبحث الثاني: مفهوم الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية

قد أقرت الشريعة الإسلامية الدفاع الشرعي وسمته" دفع الصائل" فالمعتدي صائل " مستوجب" استنادا إلى قوله تعالى " فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُم فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ" [1]

وما رواه عبد الله بن عمرو من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم" من أريد ماله بغير حق فقاتل فهو شهيد. وما رواه أبو هريرة عن رسول الله أنه قال" لو أن امرء اطلع عليك بغير حق فحدفته بحصاة وقفأت عينه لم يكن عليك جناح"[2]

المطلب الأول: شروط حالة الدفاع في الفقه الإسلامي

لقد وضعت الشريعة شروط للدفاع الشرعي المتعلقة بالاعتداء والدفاع

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالاعتداء: حتى يكون الاعتداء مستوجبا يشترط فيه

أولا: أن يكون فعل الاعتداء غير مشروع:

يشترط في الفعل الموجب لدفع الصائل أن يكون اعتداء على حق محمي شرعا وأن يكون المعتدى يقصد من فعله مجرد الاعتداء لا تحصيل حق شرعي مثلا، فإن لم يكن كذلك لم يجز دفعه، فالأب إذا ضرب ولده أو زوجته للتأديب، والمعلم إذا أدب الصبي كل هؤلاء لا يعتبر فعلهم عدوان أو اعتداء، وإنما هو استعمال لحق أو أراء الواجب، ويترتب على اشتراط الاعتداء أو العدوان في الفعل أن كل عمل أوجبته الشريعة أو أجازته لا يعتبر اعتداء إذا باشره صاحب الحق فيه كالقبض والتفتيش والجلد والحبس وغير ذلك من الحقوق والواجبات المقررة للأفراد والسلطات العامة أو عليهم.

ثانيا: الاعتداء يهدد بضرر غير مشروع:

والفعل يكون غير مشروع في ذاته إذا كانت الشريعة تعتبره حق لا محرما وليس من الضروري في رأي المالكية والشافعية والحنابلة أن يكون الاعتداء جريمة معاقب عليها ولكن يكفي أن يكون عملا غير مشروع تحرمه الشريعة وليس من الضروري أن يكون الصائل "

---

1. سورة البقرة، الآية 194، ثمن حزب، الجزء الثاني.

2 السنة النبوية قال رسول الله "ص" " من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد"

المعتدي" مسؤولا جنائيا عن فعله فيصح أن يكون الصائل مجنونا أو طفلا ويكفي لقيام حالة الدفاع الشرعي أن يكون فعل الصائل أيا كان غير مشروع أما أبو حنيفة وأصحابه فيشترطون أن يكون الاعتداء مما يعتبر جريمة معاقب عليها وأن يكون الصائل مسؤولا جنائيا ؟ وإلا كان الدفاع قائما على حالة الضرورة ويخالفهم أبو يوسف في هذا الشرط حيث يشترط أن يكون الفعل جريمة دون حاجة لأن يكون الصائل مسؤولا جنائيا عن الجريمة جنائيا[1]

ورأي أبي يوسف يتفق تماما مع نص القانون المصري الذي يشترط أن يكون الفعل سببا لجريمته غير أن أغلب الفقهاء يرون أن الاعتداء لا يجب أن يكون جريمة معاقب عليها لأن هذا يقيد حق الدفاع الشرعي كثيرا إذ هناك كثيرا من أعمال غير مشروعة من شأنها أن تلحق الضرر بالحق المحمي شرعا دون إعطائها بضرورة وصف الجريمة فيكفي أن يكون فعل الاعتداء غير مشروع وليس الاعتداء حد مقرر فقد يكون الاعتداء شديدا وقد يكون بسيطا وبساطة الاعتداء لا تمنع من الدفاع ولكنها تقيد المدافع بأن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة لدفعه، ويعتبر الفعل اعتداء سواء كان مصدره إنسان أو حيوان أو عديم المسؤولية كالصبي والمجنون ولكن اختلف الفقهاء في حكم الاعتداء الصبي والمجنون والحيوان إذا كان يجيز الدفاع أم لا وذهبوا في ذلك إلى 3 آراء:

الرأي الأول: يرى المالكية والشافعية والحنابلة أن المعتدى عليه يكون في حالة دفاع إذا كان الصائل صبيا أو مجنونا كأداة للاعتداء عليه طالما يحتمل وقو ضرر منهم وللمصول عليه دفع الاعتداء ولو بالقتل ما لم يكن في استطاعته رد اعتدائهم إلا بالقتل ولا مسؤولية عليه سواء من الناحية الجنائية أو المدنية.[2]

الرأي الثاني: رأى الحنفية وأبي يوسف: حيث يرون أن المصول عليه إذا قام بقتل الصبي أو المجنون أو الحيوان يكون مسؤولا مدنيا وعليه يلزم بدفع دية الصبي والمجنون وقيمة الحيوان وعلى أن فعل المعتدي صبي ليس جريمة وبالتالي فلا وجود للدفاع المشروع الذي قرر لفعل الجرائم فقط.[3]

1 فتيحة مقراني، ومن معها، مرجع سابق ص 67.66.

2 نفس المرجع ، ص 67.

3 مرجع نفسه، ص 69،70.

الرأي الثالث: رأى أبو يوسف: ذهب إلى التفريق بين الاعتداء الصبي والمجنون واعتداء الحيوان حيث في الحالة الأولى يعتبر الاعتداء جريمة توجب الدفاع أما الحيوان فعله لا يوصف بالجريمة لأن الجريمة تقع إلا من إنسان وبالتالي يوجب الدفاع وتدفع قيمته، ولمعرفة بداية الاعتداء ونهايته أهمية قصوى لأن الدفاع يتولد عن الاعتداء وينتهي بانتهائه فلا دفاع قبل الاعتداء ولا دفاع بعد الاعتداء لزوال الخطر أو فعل الاعتداء الغير مشروع.

إن كل من القانون والفقه في خصوص دراسة هذا الشرط يتضح أن ما أتى به القانون الوضعي لا يخرج عما هو مقرر في الشريعة كما هو الحال في الفقه الغربي وقال تعالى أيضا" ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب"[1]

فالاعتداء المأخوذ به لقيام حالة الدفاع الشرعي هو الاعتداء القائم والحال لقوله تعالى"وقاتلو في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين" سورة البقرة الآية 190، وعلى هذا الحال لا يجوز الدفاع متى انتهى الاعتداء أو زوال الخطر لأن هذا أعدوانا جديدا أو أعمال انتقامية وذلك لقوله تعالى" فَإِنْ اعْتَزَلُوكُمْ فَلَمْ يُقَاتِلُوكُمْ وَأَلْقَوا إِلَيْكُمَ السَلْمَ فَمَا جَعَلَ اللهُ لَكُمْ عَلَيْهِمْ سَبِيلاُ"[2]

ثالثا: أن يكون الفعل جريمة على المال أو النفس:

ولذلك يجب أن يكون فعل الدفاع على المال أو النفس و هذا ما سنوضحه تباعا

1,الدفاع الشرعي عن النفس:

يرى الحنفية والمالكية والشافعية أن الدفاع عن النفس واجب ويرى بعض الحنابلة ورأي ضعيف للمالكية والشافعية أنه جائز وليس واجب ففي حالة الفتنة تقول الحنابلة أن الدفاع الشرعي هنا جائز فقط استنادا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم" اجلس في بيتك فإن خفت أن يهرك شعاع السيف فغط وجهك"[3]

1 سورة البقرة، الآية 179، نصف الحزب 3، الجزء الثاني.

2 سورة البقرة الآية 190 ثلاثة أرباع ، الحزب3، الجزء الثاني.

3 السنة النبوية قول رسول الله صلى الله عليه وسلم المذكور أعلاه.

فالدفاع عن النفس واجب تبعا لرأي الأغلبية والأدلة على ذلك كثيرة فما ورد في المفني: ما رواه يعلى بن أمية قال: كان لي أجير فقاتل إنسانا فعض يد أحدهما يد الآخر قال. فانتزع المعضوض من فم العاض فانتزع إحدى ثنيته، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فأهدر ثنيته فحسبت أنه قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم" (أفيدع يده فمك تقضمها قضم الفحل"[1]

2- الدفاع الشرعي عن المال:

الدفاع الشرعي عن المال لا يتقيد بأن يكون المسروق أو المشرع في سرقته يبلغ نصاب القطع وإن كان بعض الفقهاء يقيد القتل يكون المسروق يبلغ عشرة الدراهم وهي نصاب القطع في بعض المذاهب وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد"

3- الدفاع عن النفس ومال الغير:

كما يجوز في الشريعة الإسلامية الدفاع عن نفسه ومال الغير وذلك امتثالا لقول الرسول "ص" " أنصر أخالك ظالما أو مظلوما"

4- الدفاع الشرعي عن العرض:

يجوز الدفاع الشرعي عن العرض، قال أحمد في امرأة أرادها رجل على نفسها فقتله لتدفاع عن نفسها، إذا علمت أنه لا يريد إلا نفسها فقتلته لتدفع عن نفسها فلا شيء عليها ولا يباح الدفاع الشرعي للدفاع عن القذف الذي يقع على الشخص[2]

موقف القانون من هذا الشرط:

من خلال ما تطرقنا إليه نجد أن الحالات التي تناولها القانون فيما يخص الجرائم التي تقع على المال والنفس مستمدة أصلا من الشريعة الإسلامية التي هي مرجع لكل القوانين العربية لمالها من فضل الأسبقية في كثير من الأمور باعتبارها صالحة لكل زمان ومكان على

1 فتيحة مقراني ومن معها، مرجع سابق، 74.73.

2 نفس المرجع، ص 76.75.

خلاف القانون الذي يرتبط في معظم الأحيان بأزمان وبيئة معينة مثال ذلك ففي م 40 من ق. عقوبات جزائري[1]

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بفعل الدفاع

هناك شرطين متعلقين بالفعل الدفاع وهما

أولا:اللزوم:

وذلك بأن تكون أفعال الدفاع لازمة لرد العدوان ومفاد ذلك أن يكون الدفاع دفع الصائل. هو الوسيلة الوحيدة لرد الاعتداء والتخلص منه فإذا كانت وسيلة أخرى لدفع الصائل فإنه لا يجوز للموصول عليه اللجوء إلى فعل المحرم في ذاته لدفع الاعتداء ويشترط في الدفاع أن يكون بالقدر اللازم والضروري لدفع الاعتداء وبالتالي يكون الدفاع حدود المأذون شرعا والشريعة أذنت للمعتدي عليه بالعمل لكل ما من شأنه رد اعتداء الصائل أو تفادي أذاه وضرره بضربه أو جرحه أو قتله إذا لزم ذلك[2] ونجد أن القانون قد اتخذ في موقفه مع الشريعة الإسلامية في الجملة. مع أن الشريعة تناولت أدلة شرعية فيما يخص هذا الشرط من مفهومه والحالات التي يكون فيها الدفاع لازما حقا من عدمه ورأي القانون مثل في الهرب كوسيلة كفاح.... إلخ

ثانيا_ التناسب: وهذا الشرط كما قلنا متعلق بكمية أو درجة الدفاع أو التناسب بين فعل الدفاع للمعتدي عليه مع فعل الاعتداء الصائل ومفاد ذلك ان يدفع المصول عليه اعتداء الصائل بالقدر اللازم من القوة لرده فإن زاد على ذلك القدر فهو اعتداء غير مشروع وليس دفاعا وبصفة عامة فتناسب الدفاع مع جسامة[3] الاعتداء تحكمه قاعدة عامة الآية الكريمة " " فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُم فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُواَ اَللهَ وَاعْلَمُوا أَنَ اللهَ مَعَ المُتَقِينْ"[4]

1 فتيحة مقراني ومن معها، مرجع سابق، ص 77.

2 نفس المرجع السابق، ص 78.

3 نفس المرجع، ص 81.

4 سورة البقرة الأية 194، ثمن الحزب، الجزء الثاني.

المطلب الثاني: حالات الدفاع الشرعي في الشريعة

وحالات الدفاع تتمثل في الدفاع العام والخاص وهي كالأتي:

الفرع الأول: الدفاع الشرعي العام:

أو ما يسمى بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وهذا ما يؤكده القرءان الكريم حيث نجده في قوله تعالى: " وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَةٌ يَدْعُوْنَ إِلَى اَلْخَيْرِ وَيَأْمُرُوْنَ بِاَلْمَعْرُوْفَ وَيَنْهُوْنَ عَنْ اَلْمُنْكَرِ وَأُوْلَئِكَ هُمْ اَلْمُفْلِحُوْنْ"[1] والمنكر هو كل معصية تحرمها الشريعة الإسلامية سواء وقعت من مكلف أو غير مكلف وأن تتوافر في المنكر مايلي:

_أن يكون هناك منكر أي معصية تحرمها الشريعة.

_أن يكون وجود المنكر في حال أي لا يكون قد انتهى أو لم يبدأ وجوده بعد.

_أن يكون المنكر ظاهرا لغير الحاجة إلى التجسس لإظهاره.

_دفع المنكر بأيسر ما ينتفع به، فلا يجوز دفعه بأقل أو بأكثر مما يدفع به.

أما وسائل دفع المنكر فهي: التعرف، النصح والوعظ، التعنيف والتغيير باليد، التمهيد إلخ، وحكم تجاوز الدفع عن المنكر كحكم الدفع الصائل لأن متى كان هناك تجاوز أعتبر معتديا وليس دفاعا عاما.

الفرع الثاني: الدفاع الشرعي عن العرض (الخاص)

يجوز الدفاع الشرعي عن العرض لأن الأعراض حرمها الله ورسوله إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها وبالتالي فإن الاعتداء على الأعراض يعد اعتداء على حق محمي شرعا، وأساس الإباحة في الدفاع عن العرض قول الرسول (ص) "من مات دون عرضه فهو شهيد"[2]، كما يجوز للشخص أن يدافع عن عرض الغير، ويلحق بالاعتداء عن الأعراض في الشريعة الإسلامية الاعتداء على حرمة المسكن ويجوز لمن أعتدي على حرمة مسكنه الدفاع عنه ولو

1 سورة أل عمران، الأية 104، ربع الحزب 7، الجزء الرابع.

2 فتيحة مقراني ومن معها، مرجع سابق ص 93، 94.

بفعل محرما شرعا كأن يجوز له مثلا فقأ ين المتطلع على المسكن تجسسا وبغير إذن وفي هذا قال الشوكاني " وقد استدلا بأحاديث الباب من قال إن من قصد النظر إلى مكان لا يجوز له الدخول إليه بغير إذن جاز للمتطور إلى مكانه أن يفقأ عينه ولا قصاص عليه ولا دية.[1]

1 نفس المرجع، ص 95، 96.

المبحث الثالث: مفهوم الدفاع الشرعي في التشريع العقابي الجزائري والمقارن

يقصد بالدفاع الشرعي: استعمال الكوة اللازمة، لمواجهة خطر اعتداء حال غير محق ولا مثال يهدد بضرب يصيب حقا يحميه القانون إذا لم يكن باستطاعة المعتدي عليه التخلص من هذا الاعتداء أو الخطر إلا بالقتل أو الجرح أو الفعل المؤثر، وهذا التعريف مستمد نص م 341 من قانون العقوبات الأردني ولقد اعتبر الدفاع الشرعي سبب من أسباب الإباحة منذ القديم وإن طرأ على أساسه التغيير والتطور عبر التاريخ، ففي القانون الروماني اعتبره شيشرون خطيب روما لشهير قبل الميلاد من مبادئ القانون الطبيعي الذي مصدره الطبيعة وما يكشفه العقل من روح المساواة والعدالة الكامنة في النفس، وفي القانون الفرنسي القديم وتحت تأثير تاكنيسة فقد الدفاع الشرعي صفته كحق وأصبح مجرد ضرورة دفعت بالمعتدي عليه إلى استعمال العنف ضد المعتدي مما يبيح التغاضي عن عقابها ويجيز التسامح فيها، فكان مرتكب فعل القتل في حلة الدفاع الشرعي يطلب من الملك العفو تماما كمذنب يحتاج إلى عفو، وعندما صدر القانون الفرنسي عام 1971 أعطى للدفاع الشرعي صفة الحق واعتبره من أسباب الإباحة وعالجه في المادتين 328 و329 من ق. ع. فرنسي[1] أما تعريفه بمعناه في التشريع الجزائري "يعتبر حالة الدفاع الشرعي (legistime defense) عن حق الإنسان في حماية نفسه أو نفس غيره، أو حماية ماله، أو مال غيره من كل اعتداء غير مشروع" وقد نص عليه في م 2139 وم 40 من ق. ع. الجزائري[2] ومن الناحية مفهومه في القانون الدولي "يعد حق الدفاع الشرعي نتيجة لحق الدولة بالبقاء فلا يمكن للدولة الاستمرار بالبقاء ما لم تمنح الوسائل اللازمة للمحافظة على هذا لبقاء ومن أولى هذه الوسائل حقها بالدفاع الشرعي عن نفسها" ومعنى حق الدفاع الشرعي أن للشخص حق استخدام جميع الوسائل، لأن يمنع عنه الخطر الذي يهدده[3] والمقصود بحق الدفاع الشرعي طبقا لنظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ليس حق الدولة بالدفاع الشرعي، بل حق الفرد بالدفاع الشرعي عندما يتعرض لحالة تستوجب أن يستخدم حق الدفاع الشرعي ليس حماية دولته بل لحماية نفسه.

1 محمد صبحي نجم، قانون العقوبات الصين العام، عمان الطبعة الخامسة، دار الثقافة، 2014، ص 154.

2 عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري، نفس العام، الجزائر، الطبعة الثانية، 2013، ص 116.

3 سهيل حسين الفتلاوي، موسوعة القانون الدولي الجنائي، عمان، الطبعة الأولى، دار الثقافة، 2011، ص 206، 207.

المطلب الأول: أساس وشروط الدفاع الشرعي

لحالة الدفاع شروط أساس لقيامها وهي:

الفرع الأول: أساس قيام حالة الدفاع الشرعي:

اختلف فقهاء القانون الجنائي فيما يتعلق بأساس الدفاع الشرعي فذهبوا إلى أراء مختلفة وعديدة في تفسيره وسنذكر ستة أراء ثم نبين الرأي السابع وهو رأي المشرع الأردني وكما يلي:

1_ لقد رده بعض الفقهاء من الأردن إلى فكرة الحقوق الطبيعية حيث قال هؤلاء أن الدفاع الشخص عن نفسه عن تعرضه للاعتداء يعتبرها من حقوقه الطبيعية وقال الرأي أن الدفاع المشروع يعتبر حقا طبيعيا للإنسان في يثأر لنفسه بنفسه من المعتدي

2_ وقال بعضهم أخر من فقهاء أردنيين أن الدفاع الشرعي ليس حقا فقط وإنما هو واجب في نفس الوقت فالمعتدي عليه عندما يدافع عن نفسه فإنه لا يدافع عن نفسه فقط وإنما هو يدافع عن نفسه وعن المجتمع في أن واحد

3_ وقال آخرون أن أساس الدفاع الشرعي هو العدالة المطلقة، فالاعتداء شر ومن العدل أن يقابل الشر بالشر

4_ وقال البعض إن الدفاع المشروع هو حالة من حالات الضرورة، أي يعتبر فعل الدافع جريمة لكنه لا يعاقب

5_ ثم قال آخرون أن أساس الدفاع الشرعي مستمد نظرية العقد الإجتماعي الذي نادى بها جان جاك روسو

6- وقال بعض الفقهاء أن أساس الدفاع الشرعي هو الإكراه المعنوي لأن الشخص المهدد بعدوان يفقد حريته واختياره

7_ أما المشرع الأردني فقد اعتبر الدفاع الشرعي من قبيل ممارسة الحق م 60 ن ق. ع. الأردني، وجعله سببا من أسباب التبرير أو الإباحة ثم نص على الحالة الممتازة للدفاع في م 342 منه[1].

ويبدو أن الدفاع المشروع حالة معينة كما سبق القول أن الدفاع الشرعي استعمال القوة اللازمة لمواجهة خطر اعتداء حال غير محق ولا شار ومعنى غير محق أي غير مشروع، ومعنى غير شار أي أن التعرض الذي يصدر عن المعتدي لم يقابله استقرار من المدافع لذلك فقد اعتبر المشرع الأردني الدفاع الشرعي سببا من أسباب الإباحة أو التبرير وفق ظروف معينة ووجود مصلحتين مصلحة المعتدي ومصلحة المدافع المعتدي عليه ولا بد من ترجيح مصلحة المعتدي عليه لأنها أجدر بالحماية من مصلحة المعتدي[2]، كما نصت المادة (40) 39 ف 2 من قانون العقوبات الجزائري "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[3].

وهذا إذا كان تبرير إتيان فعل يعتبر جريمة أثناء ممارسة الشخص لحق الدفاع الشرعي متفق عليه ولا خلاف بشأنه، فقها أو تشريعا، فإن الأساس الذي يقوم عليه مازال لم يستقر بعد في الفقه أو في الأقل مختلف حوله ويمكن أن نميز فيه بين اتجاهين الأول الذي يرى حالة الدفاع الشرعي تكف بالإكراه المعنوي على اعتبار أن الشخص الموجود في حالة دفاع شرعي عن نفسه يكون واقعا تحت تأثير إكراه معنوي يفقده حرية اختيار ويعيب هذا التأسيب أن الاعتداء الذي يصيب المدافع لا يشترط فيه أن يصل إلى الحد الذي يفقده فيه حرية الاختيار كما أن الإكراه المعنوي مانع من موانع المسؤولية الجزائية أما الدفاع الشرعي فهو سبب من أسباب التبرير فضلا عن أي منطق هذا الرأي لا يستقيم مع إباحة الدفاع الشرعي عن نفس ومال الغير وينهي رأي أخر إلى أن الدفاع الشرعي يقوم على أساس التفويض القانوني، على اعتبار أن المدافع في رده للاعتداء إنما ينوب عن الدولة في ممارسة سلطتها في منع الجرائم إذا تقدر عليها التدخل في الوقت المناسب لرد هذا الإعتداء ويؤيد على هذا الرأي، ان التفويض

1 محمد أحمد المشهوداني، الوسيط في شرح قانون العقوبات، عمان، الطبعة الأولى 2006.

2 نفس المرجع، ص 203.

3 أحمد لعور، نبيل صقر، قانون العقوبات نص وتطبيق، الجزائر، دار الهدى، د. ط، 2007، ص 38

يمنح المفوض إليه ذات السلطات للمفوض، وهذا لا يتحقق في الدفاع الشرعي حيث يرتكب المدافع أفعالا يباح لرجال السلطة العامة ارتكابها[1] وهذا بالإضافة إلى أن التفويض بطبيعته لا يبيح للمفوض إليه ما يمتنع على المفوض، والراجح أن أساس الدفاع الشرعي يرجع إلى فكرة الموازنة بين المصالح المتعارضة وتغييب ما كان منها أولى بالرعاية، فرغم انفعل الدفاع قد هدد مصلحة المعتدي عليه، وهذه المصلحة الأخيرة هي الأجدر بالحماية في نظر المجتمع، أي أن مصلحة المدافع في حماية حقوقه كانت أولى بالاعتبار من حماية مصلحة المعتدي لأن اعتداء المعتدي قد هبط بالقيمة الاجتماعية لمصلحته، مما يقتضي تبرير فعل المعتدي عليه[2]

ولهذا السبب تقيم التشريعات الجزائية المختلفة خططها على أساس إطلاع الدفاع الشرعي ليس بالنسبة للمدافع فقط، وإنما بالنسبة للغير أيضا، وهذا ما هو مستفاد أيضا من نص المادتين 60 و341 من قانون العقوبات الأردني[3].

وكما قضت به م 240 من ق. عقوبات الجزائري " الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة[4] ومادة 2/39: "إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو لغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع حساسة الاعتداء".

الفرع الثاني: شروط الدفاع الشرعي

ونذكر الشروط المتعلقة بالدفاع وهي:

أولا: الشروط المتعلقة بالاعتداء:

أي فعل الاعتداء الشروط الخاصة بالتعرض أو الاعتداء أربعة وهي:

1_ وجود تعرض وهو خطر الاعتداء

1 فخري عبد الرزاق الحديثي، خالد حميدي الزعبي، الموسوعة الجنائية، شرح قانون العقوبات القسم العام، عمان، دار الثقافة، د: 14300، 2009، ص 218.

2 نفس المرجع، ص 218، 219.

3 كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 131.

4 عبيدي الشافعي، قانون العقوبات باجتهاد القضاء الجنائي، الجزائر، دار الهدى، د. ط، 2011، ص 35.

2_ أن يكون التعرض غير محق ولا مشروع: ويقصد بالتعرض غير المحق أي غير مشروع لأن المدافع لم يأت فعلا أو قولا يحمل المعتدي على استعمال القذف ضده، لذا لا يجوز للمعتدي أن يدافع عن نفسه ضد صاحب الحق، أما التعرض غير الشار فهو التعرض الذي يصدر عن المعتدي دون أن يستفزه المدافع

3_ أن يكون التعرض حالا أي واقع ومحقق

4_ أن يهدد التعرض أو المال أو الإثنين معا، كالقتل والضرب والجرح والسرقة والإحتيال[1].

أما الشروط المتطلبة في القانون الجزائري حسب نص م 2/39 صور كالأتي:

1_ الشروط المتعلقة بالخطر: الخطر هو اعتداء المحتمل أي أنه اعتداء لم يتحقق بعد ويستهدف الدفاع الحيلولة دون تحقيقه بتحويل ويستوي ألا يتحقق الاعتداء على الإطلاق[2]ء أو أن يتحقق جزء منه، فالخطر قائم في كلتا الحالتين والدفاع متصور، أما إذا تحقق الاعتداء كله فلا محل للدفاع كما أنه إذا لم يكن ثمة الخطر على الإطلاق لأنه لم يتركب فعل أو ارتكب فعل ولكنه لا يهدد بخطر ولا محل للدفاع وقد اشترط القضاء والفقه في فرنسا شروط معينة وهي شروط يتضمنها أيضا نص قانون العقوبات الجزائري وهذه الحياة هي:

ا_ الشرط الأول: أن يهدد الخطر النفس أو المال

توسع المشرع الجزائري في تحديد الخطر الذي يقوم به الدفاع الشرعي فنص على أن الدفاع قد يكون عن النفس أو أن الغير كما قد يكون عن المال سواء مال المدافع أو مال الغير ولم يتطلب النص أي صلة تربط بين صاحب الحق والمعتدي عليه كما جاء في نص م 39 / 2 " إذا كان الفعل قد دفعت اليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال المملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع حسانة الاعتداء"[3]

1محمد أحمد المشهداني، مرجع سابق، ص 204.

2 رضا فرح، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزائر، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، طبعة 76، ص 181.

3 مرجع نفسه، ص 154،155.

ب_الشرط الثاني: أن يكون الخطر حالا

وهو ما يعبر عنه نص المادة2/39 بلفظ الضرورة الحالة " للدفاع المشروع فإذا زال الخطر أو تحقق الاعتداء فلا محل للدفاع ويسأل المعتدى عليه جنائيا عن العنف الذي استعمله ضد المعتدي بعد وقوع الاعتداء لأن القانون يعتبر استعمال العنف في هذه الحالة من قبيل الانتقام الفردي الذي يعاقب عليه، ومع ذلك فإن المعتدى عليه يستفيد في هذه الحالة من الظروف المخففة بسبب الاعتداء الذي وقع عليه ويكون الخطر حالا في حالتين[1]

الحالة الأولى: أن يكون الاعتداء الذي يقدر بالضرر لم يبدأ بعد ولكنه على وشك أن يبدأ، وهو يتحقق في الأحوال الذي يبدأ فيها المعتدي اتخاذ الأفعال التي تجعل وقوع الاعتداء وفق المجرى العادي للأمور وشيكا، كمن يتشاجر مع خصمه ثم ينطلق نحو سيارته ويستخرج منها مسدسا ويبدأ في عملية حشوه بالرصاص.

وترتيبا على ما تقدم لا يعد تهديد شخص لشخصا آخر و لو بارتكاب جناية الاعتداء يخول لصاحبه حق الدفاع الشرعي، ذلك أن هذا التهديد و إن شكل جريمة معاقب عليها م284_287 ق.ع.ج، إلا أن وسيلة دفعه و إبلاغ السلطة العامة عن التهديد.

الحالة الثانية: أن يبدأ الضرر الناجم عن الاعتداء في الوقوع ولكنه لم ينته بعد كضرب المجني عليه واستمراره لضربه، إذ تظل حالة الدفاع الشرعي قائمة طالما كان الإعتداء مستمرا، فإذا انتهى الاعتداء كما لو كف الجاني عن الضرب وسار في حال سبيله فإن حالة الدفاع الشرعي تكون قد انتهت بانتهاء حالة الاعتداء، وأي رد صادر من جاني المعتدى عليه أو غيره عن الجاني يعد انتقاما وليس دفاعا[2]

ويتحقق شرط أن يكون الاعتداء حالا حتى في الأحوال التي تكتمل فيها عناصر الجريمة غير أن هناك احتمالا لاستمرارها سلوك الجاني، كما هو الشأن بالنسبة للجرائم المستمرة، من الأمثلة على ذلك حجز إنسان بدون وجه حق، إذ تتوافر حالة الدفاع الشرعي طالما ا ستمر الحجز، وهذا على الرغم من أن الجريمة قد اكتملت كمن يقوم بسرقة أشياء

1 عبد القادر عدو، مرجع سابق، ص 121.

2 المرجع نفسه، ص 121.

موجودة في المنزل ثم حاول الخروج من منزل المجني عليه فحاول التخلص منه فإن الاعتداء غير سببه إلا بعد خروج الجاني من منزل المجني عليه.

_ أما انتهاء الاعتداء فله صورتين:[1]

فالأولى هي انتهاء الاعتداء بتحقيق النتيجة الإجرامية الذي يسعى إليها المعتدي مثال: كالقتل متعمدا أي تحقيق نتيجة إجرامية.

أما الصورة الثانية: فهي عندما ينتهي الاعتداء بوقف المعتدي نشاطه الإجرامي، ولو لم تتحقق النتيجة الإجرامية التي يسعى إليها سواء كان توقف نشاطه اختياريا أو جبرا، كما لو أطلق المعتدي عيارا ناريا لم يصب المعتدي عليه ثم كف عن الاستمرار في إطلاق النار من سلاحه سواء باختياره بسبب تدخل عوامل خارجة عن إرادته.

ج _الشرط الثالث: الخطر غير المشروع (الاعتداء غير المشروع)

يعتبر الخطر غير المشروع إذا كان يهدد الاعتداء على حق يحميه القانون الجنائي، المعني أن يهدد بتحقق[2] نتيجة إجرامية معينة، فمن يهدد شخص بسلاح في يده ينشب بفعله خطرا يهدد حق فيترتب على اعتبار القضية غير مشروعة للخطر شرطا من شروط الدفاع الشرعي نتيجة:

النتيجة الأولى:

أنه لا محل لقيام الدفاع الشرعي إذا كان الخطر الذي يتهدد الشخص هو خطر مشروع ويترتب على هذه النتيجة الأولى أنه لا محل للدفاع الشرعي إذا كان الفعل المنشأ للخطر خاضعا لسبب إباحة فالخطر يكون مشروعا في هذه الحالة.

النتيجة الثانية:

إن الدفاع الشرعي جائز ضد كل خطر غير مشروع ويترتب على ذلك:

رضا فرج، مرجع سابق، ص 156، ص157، ص1.158

2 المرجع السابق، ص 158.

أن هناك خطرا غير مشروع ولو كان منشأ هذا الخطر يستفيد من أسباب امتناع المسؤولية أو يستفيد من عذر قانوني.

2_ : تطبيقات الخطر غير المشروع

وعلى ضوء ما تقدم تستطيع دراسة تطبيقات مختلفة للخطر غير المشروع:

ا_ انتفاء الدفاع الشرعي إذا توافر سبب من أسباب الإباحة:

إذا كان فعل المعتدي خاضعا لسبب إباحة فإن الخطر الناشئ عنه يعتبر مشروعا ولا يجوز لمن يهدده هذا الخطر الاحتجاج بالدفاع الشرعي، وسبق أن ذكرنا أربعة أسباب للإباحة، أمر أو إذن القانون، الدفاع الشرعي، حالة الضرورة مثل من يتعرض لتنفيذ حكم الإعدام واجب التنفيذ لا يعتبر في حالة الدفاع الشرعي إذا قاوم تنفيذ هذه الأوامر[1]

ب_ جواز الدفاع ولو كان المعتدي غير مسؤولا جنائيا:

المستقر عليه هو جواز الدفاع الشرعي ولو كان الاعتداء صادر عن شخص مسؤولا جنائيا بسبب توافر مانع من موانع المسؤولية، كالجنون، وصغر السن دون سن الثالثة عشر، أو من هو في حالة الضرورة، والسبب في ذلك هو أن هذه الموانع لا تجرد السلوك من صفته الإجرامية، إذ يظل اعتداء غير مشروع في ذاته يهدد حق يحميه القانون[2]

ج_ جواز الدفاع الشرعي ولو كان المعتدي يستفيد من عذر قانوني مخفف:

كما يجوز الدفاع الشرعي ولو كان المعتدي يستفيد من عذر قانوني مخفف، ومثال ذلك الزوج الذي يفاجئ زوجه الآخر متلبسا بجريمة الزنا فيقدم على قتله، أو قتل شريكه، أو ضربه، أو جرحه، إذ يستفيد من عذر مخفف للعقوبة[3]

رضا فرج، مرجع سابق، ص152،ص1601

2 عبد القادر عدو، مرجع سابق، ص118

3 نفس المرجع، ص119

د_ جواز الدفاع الشرعي ولو كان المعتدي يستفيد من حصانة عائلية:

حيث يجوز الدفاع الشرعي ولو كان ثمة حصانة عائلية تحول دون توقيع أية عقوبة، ذلك أن هذه الحصانة لا تزيل وصف الجريمة، وإنما ترفع العقوبة فقط[1]

وترتيبا على تقدم يجوز لأحد الأصول أن يدرأ بالعنف الجريمة يوشك أن يرتكبها أحد أبنائه على ماله ولو كان ينوي بعد ذلك العفو عليه ويملك حق الدفاع أيضا كل شخص في غيبة الأب، كالخادم ونحوه

هـ_ جواز الدفاع الشرعي ولو كان المعتدي غير خاضع للقانون الوطني:

يكون الاعتداء غير مشروع وبالتالي يجوز لدفعه حتى ولو كان صادر من شخص يمتع بالحصانة الإجرائية، ذلك أن أثر هذه الحصانة يقتصر على إمتناع تطبيق القانون الوطني مع بقاء فعل الجريمة يجوز متابعتها من طرف الدولة الأجنبية وفق لمبدأ الشخصية[2]

و_ حكم الدفاع الشرعي ضد حيوان:

لا تثور مسألة الدفاع الشرعي ضد حيوان في قانون العقوبات، إذ نص المشرع الجزائري على معاقبة كل من قتل حيوان دون مقتضى م 443، ويفهم من ذلك توافر المقتضي وبالتالي انتقاء الجريمة إذا كان القتل أو الإضرار بحيوان قد تم لدفع خطر يهدد النفس أو المال أو كلاهما معا[3].

بينما الواقع في قانون العقوبات الأردني بمعنى أنه لا حاجة للإنجاح بحالة الضرورة لدرء خطر الحيوان، إذ لا يعتبر قتل لحيوان في هذه الحالة جريمة طالما قد وقع تحت ضغط الاضطرار، والاضطرار ينبغي قيام جريمة قتل الحيوان المنصوص عليه م 2/452 من قانون العقوبات الأردني وهنا نميز بين حالتين حالة ما إذا استعمل الحيوان كأداة للاعتداء بتسليط من صاحبه، فلا محل للتردد بالإعتراف للشخص المهدد بالخطر بقيام حالة الدفاع الشرعي ضده، ذلك لأن المعتدي هنا هو صاحب الحيوان لا الحيوان، فصاحب الحيوان هو الفاعل المعنوي

1 نفس المرجع، ص120

2 عبد القادر عدو، مرجع سابق، ص 120.

3 نفس المرجع، ص 120.

(المحرض) وما الحيوان إلا أداة لا تعقل، على أن يوجه فعل الدفاع إلى وسيلة الخطر ذاتها. أما الحالة الثانية إذا تعرض شخص لخطر حيوان دون أن يكون هذا الحيوان مسلطا من طرف صاحبه، فلم يوجز الفقه درء الخطر استنادا لحق الدفاع الشرعي. أن الدفاع الشرعي لا يوجه إلا لفعل يعد جريمة ولا على غير أفعال الإنسان وعليه فإنه يحتج بمواجهة الخطر بحالة الضرورة متى توافرت شروطها حيث لا تطلب بأن يكون الخطر غير مشروع ولكنها تتطلب كونه جسيما[1].

كما عددت التشريعات المقارنة شروط الاعتداء وهي: وجود التعرض، وما يكون غير محق وغير مثار، وأن يكون حالا، وأن يهدد النفس أو المال أو الاثنين معا [2] ومنصوص عليها في م 1/60 من قانون العقوبات الأردني.

1_ الشرط الأول: وجود التعرض

التعرض هو خطر الاعتداء أي خطر وقوعه أو خطر استمراره، فإذا كان خطر الاعتداء لم يتحقق أصلا فإنه في هذه الحالة الدفاع الشرعي لا يقوم، أما إذا كان هذا الخطر قد تحقق وتحول بالفعل إلى اعتداء بدأ وانتهى فإن حالة الدفاع الشرعي تكون قد انتهت وزالت، مثل مجرد حمل السلاح أو نقله دون أن يبدر من حامله أي عمل من شأنه توافر الخطر لا يحقق الدفاع الشرعي تجاه من تمسك به[3]

2_ الشرط الثاني: حصول تعرض غير محق

يعني هذا الشرط حصول اعتداء من ضرر أو خطر بفعل يعد جريمة، والعلاقة بين الضرر والخطر أن الضرر خطر قد تحقق في حين أن الخطر ضرر لم يتحقق بعد وإنما هو من التحقق قاب قوسين أو أدنى[4]

3_الشرط الثالث: أن يكون خطر حالا(حلول الخطر)

1 كامل السعيد، مرجع سابق، ص136.

2 قانون العقوبات رقم 16 سنة 1960 مع كامل التعديلات حتى سنة 2011.

3 محمد صبحي نجم، مرجع سابق، ص 157، 158.

4 كامل سعيد، مرجع سابق، ص 133.

وعبر المشرع الأردني عن هذا الشرط في موضوعين الأول نص م 60 من قانون العقوبات الأردني رقم 16 سنة 1960 إلى 2011. التي جاء في فقرتها الأولى: يعد ممارسة للحق كل فعل قضت به ضرورة حالية، ثم أكد هذا المشرع على هذا الشرط في م 341 من ق.ع التي جاء في فقرتها الأولى يعد دفاعا مشروعا فعل من يقتل غيره بشرط أن يقع الدفاع حال وقوع الاعتداء.

4/ الشرط الرابع: وقوع الاعتداء على النفس أو المال التي تصح المدافعة عنه

ا_ إطلاق حق الدفاع الشرعي في مواجهة الجرائم الواقعة على النفس: وقد أباح المشرع الأردني الدفاع الشرعي ضد كل فعل يعتبر جريمة على النفس، وهذا ما نصت عليه صراحة م60 و341 من ق. ع الأردني وجاء في م 1/341 أنه " لقت الأفعال التالية دفاعا مشروعا : فعل من يقتل غيره أو يصبه بجراح أو بأي فعل مؤثر دفاعا عن نفسه أو عرضه أو نفسي غيره أو عرضه" وهذا ما أكدته م 60 من ق. ع نفسه، ويقصد بجرائم النفس كجرائم الاعتداء على الحق في الحياة بصورة قصدية م 326 أو بصورة الخصام م 343، وجرائم الاعتداء على الحق في سلامة الجسم م (333. 344) كل هذا الجرائم مرتبطة بشخص مجني عليه كإنسان[1]

ب_ تقييد حق الدفاع الشرعي عن المال:[2]

وتشير خطة المشرع الأردني نحو التضييق من نطاق الدفاع الشرعي عن المال، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من م 341 والتي جاء فيها " لقد الأفعال الآتية دفاعا مشروعا، فعل من يقتل غيره أو يصيبه بجراح بأي فعل مؤثرا دفاعا عن ماله أو مال غيره الذي هو في حفظه بشرط:

_ أن يقع الدفاع أثناء النهب والسرقة المرافقين للعنف أو

[1] نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام، دراسة تحليلة في النظرية العامة والمسؤولية الجزائية، عمان، دار الثقافة، 1430_2004، ص 183، 187.

[2] نظام توفيق المحالة، مرجع سابق، ص 188،

_ أن تكون السرقة مؤدية إلى ضرر جسيم من شأنه أن يخجل بإرادة المسروق منه ويفسد اختياره ولو لم يرافقها عنف.

3_ حكم الدفاع الشرعي في حالة الخطر الوهمي في القانون الجزائري المقارن: :[1]

على أن الخطر الحال يقودنا إلى بحث ما يسمى بالخطر الوهمي أو الخطر التصوري، فقد يعتقد شخص أنه مهدد بخطر حال فيقوم بأعمال الدفاع ثم يتبين أن هذا الخطر لم يكن له وجود في مخيلته فهو يجوز له الإحتجاج بالدفاع الشرعي لإباحة أفعاله ومثال ذلك أن يبصر شخصا مقبلا نحوه في الظلام وبيده شيء يحسبه سلاحا موجها إليه فيعاجله بإطلاق الرصاص عليه فيجرحه أو يقتله، ثم يتبين أن هذا الشخص هو صديقه وأن ما يحمله لم يكن سلاحا، إن معيار التميز بين الخطر الوهمي والخطر الحال شأنه في ذلك شأن أسباب الإباحة هو معيار موضوعي، ويقتضي المعيار الموضوعي توافر أسباب الإباحة حتى تنتج أثارها، فإذا اشترط أن يكون الخطر حالا حقيقيا فإن ذلك يعني ضرورة وجود الخطر حقيقة وليس في مخيلة المدافع، فإن كان وهميا فلا محل للقيام الدفاع الشرعي، على أنه يجب التفرقة بين حالتين:[2]

حالة ما إذا كان الاعتقاد بوجود الخطر الحقيقي يستند إلى أسباب معقولة أي أن هذا الاعتقاد يمكن أن يقع فيه الشخص المعتاد فليس هناك وجه لمساءلة من قام بالدفاع عن نفسه

والحالة الثانية هي حالة إذا ما كان الاعتقاد بوجود خطر لا يستند إلى أسباب معقولة أي أن الشخص المعتاد لا يقع في مثل هذا الغلط ففي هذه الحالة يسئل من قام بالدفاع مسؤولية جنائية غير عمدية إذ أن الغلط ينفي القضية الجنائية ولكن يبقى الخطأ غير العمدي متوفر ومثال ذلة، تعتبر إرادة العنصر الآخر في القصد فمن يكره على إتيان الفعل لا يسأل جنائي، ولا عبرة في قيام القصد بالبواحث على الجريمة أو الأغراض التي يهدف إليها الجاني، وبناء عليه حكم بمعاقبة الزوجة التي تضبط وهي تحاول إخفاء المادة المخدرة التي يحرزها لا زوجها ولا يقبل منها الدفاع بأنها حاولت إخفاء المخدرات لدفع التهمة عن زوجها[3]

1 رضا فرح، مرجع سابق، ص 157.

2 نفس المرجع، ص 158.

3 محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، مرجع سابق، ص 210.

ولم يتعرض المشرع الجزائري إلى هذه الحالة، وكذلك المشرع المصري، غير أن القضاء المصري قرر في أحكام عديدة قيام حالة الدفاع الشرعي ولو كان الخطر وهميا، متى كانت الظروف والملابسات ألقت في ردع المدافع وجود خطر حقيقي موجه إليه بناء على أسباب معقولة، وقد انتقد بعض الفقه المصري هذا الإتجاه، إذ رأيهم عدم صحة الدفاع الشرعي في حالة الخطر الوهمي ولو قام على أسباب معقولة، إذ يأخذ حكم الغلط في الواقع الذي ينفي القصد الجنائي، كما ينفي الخطأ غير العمدي، والسبب في ذلك أن أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية لا شخصية، ومن ثم يلزم توافرها في الواقع وليس في مخيلة الشخص، ولما كان فعل المدافع ضد الخطر الوهمي من جهة هذا الرأي غير مبرر فإنه يجوز الدفاع الشرعي ضده باعتبار هذا الفعل يشكل اعتداء غير مشروع ولو انتفت المسؤولية الجنائية عن فعل المدافع بسبب انتفاء القصد الجنائي[1].

ثانيا _ الشروط المتعلقة بفعل الدفاع:

1_ أن يكون الدفاع لازما لدرء الخطر

2_ أن يكون الدفاع متناسبا مع الاعتداء

1_ أن يكون الدفاع لازما:

هذا الشرط بديهي إذا كانت المعتدي عليه الفرصة لمراجعة السلطة العامة أو أية وسيلة أخرى غير رد العدوان بالقوة، ولم يلجأ إليها، فإنه سيكون مسؤولا بدوره إن هو التجأ إلى الدفاع بدل استنفاذه لتلك الوسيلة بمعنى أن يكون الدفاع لازما عندما تكون القوة المادية المستعملة فيه هي الوسيلة الوحيدة لدفع التعرض، فالدفاع وسيلة احتياطية لا يجوز اللجوء إليها إلا إذا تقدر رد التعرض بوسائل أخرى غيرها، ومثال ذلك من يضرب شخصا صغيرا أو ضعيف الجسم يتوجه نحوه بعصا، في الوقت الذي يستطيع فيه انتزاع العصا من يده دون ضربه، ومن يستطيع رد المعتدي على أعقابه بالتهديد أو بالصراخ، فليجأ إلى الضرب، ومن يقتل لصا وهو يهم بدخول منزله، في الوقت الذي يستطيع فيه رده لمجرد أن ينتهزه أو يصيح به، ولقد ثار التساؤل بشأن الهرب إذا كان هو الوسيلة المتاحة لتفادي الاعتداء غير استخدام القوة، الحقيقية

1 عبد لقادر عدو، مرجع سابق، ص 122، 123.

أن الهرب من وجه المعتدي يعتبر في أغلب الأحيان إمكانية أو فرصة ناجعة وفعالة في[1] تجنب رد العدوان بمثله، ولكنها وسيلة وضيعة تحط من الكرامة، وتلفظ الملتجأ إليها إلى السخرية قد لا يقبل اللجوء إليها أغلب المعتدي عليهم، ولا يليق بالقانون أن يجبر إنسان على أن يكون جبانا يفر أمام المخاطر ولا يدافع عن نفسه ضد العدوان، وهذا هو الرأي الغالب في الفقه والقضاء وعدم مطالبة المعتدي عليه بالهرب لما ينطوي عليه الهرب من الجبن وضعف وتخاذل ماس بكرامة الإنسان واعتباره عند أهل وطنه

وأن يكون فعل الدفاع لازما وما يعني ذلك:[2]

أ_ أن يثبت أن المدافع لا يستطيع التخلص من الخطر إلا بالفعل الذي ارتكبه

ب_ أن يثبت اتجاه الفعل إلى مصدر الخطر

وهذا الشرط يثير مشكلتين:

بالنسبة للمشكلة الأولى فباستطاعة المدافع الالتجاء إلى السلطات العامة تحول دون احتجاجه بالدفاع الشرعي فإن نص م 2/39 عقوبات جزائري يقضي بأن تكون هناك ضرورة حالة الدفاع، أما إذا كان لدى المهدد بالخطر فسحة من الوقت تكفي لالتجائه إلى السلطات العامة لطلب حمايتها فيعني ذلك أنه ليست هناك ضرورة حالة الدفاع الشرعي وبذلك لا يتحقق شرط الخطر الحال، وبالتالي لا يمكن للمهدد بالخطر الاحتجاج بالدفاع الشرعي اذ لجأ إلى أعمال العنف، أما بالنسبة للمشكلة الثانية: استطاعة المدافع الهرب من المعتدي تحول دون إباحة فعل الدفاع: فالقاعدة أن للمهدد بالخطر الصمود ومواجهة الخطر بأفعال الدفاع الملائمة، فالدفاع حق، والهرب مشين ولا يجبر صاحب الحق على النزول حن حقه والالتجاء إلى مسلك يشينه، ولكن الهرب قد يكون في بعض الظروف غير مشين، ومحل ذلك أن تبرره اعتبارات تنفي عنه دلالته على هذا الجبن، وفي هذه الحالة يتعين على المهدد بالخطر أن يلجا إليه ويخطر عليه استعمال العنف ضد المعتدي إذ لم يعد الدفاع لازما.[3]

1 فخري عبد الرزاق، خاد حميدي الزعبي، مرجع سابق، ص 225، 226.

2 محمد أحمد المشهداني، مرجع سابق، ص 205.

3 رضا فرح، مرجع سابق، ص 164، 165.

أما شروط لزوم فعل الدفاع هو أن يثبت اتجاه فعل الدفاع إلى مصدر الخطر فلا محل لإباحة فعل الدفاع، إذا وجه غير مصدر الخطر، فإذا ترك المعتدي عليه مصدر الخطر يهدده ووجه فعله إلى شخص أخر لا يصدر عنه خطر فلا محل لاحتجاجه بالدفاع الشرعي، فمن يهاجمه شخص لا يجوز له أن يوجه فعل دفاعه إلى غيره، ومن يهاجمه لا يجوز له أن يترك الحيوان ويطلق النار على مالكه.

2_ أن يكون الدفاع متناسبا مع الاعتداء: بمعنى أن يتصرف بطريقة تتناسب مع درجة الخطر Le danger الذي يتعرض له[1]لدفاع الشرعي

من المسلم به أنه إذا أباح القانون لمن يهدده الخطر الاعتداء أن يلجأ إلى العنف ليتخلص من هذا الخطر، فإنه يبيح له ذلك بالقدر الضروري لدرئه وما زاد عن هذا القدر فغير مباح له، إذ يكون خارجا عن نطاق الدفاع الشرعي[2]

والصعوبة الحقيقية هي في تحديد المعيار الذي يمكن التعويل عليه في معرفة مقدار التناسب بين فعل الدفاع وجسامة الخطر، لاسيما أنه قد تعرض في الحياة العملية إلى أمور و قضايا كثيرة تدعو إلى التردد في القول بتوافر التناسب المطلوب في الدفاع الشرعي أو عدم توافره و هذا ما نوضحه في البنود التالية:

لمعيار التناسب: وعليه يعد فعل الدفاع متناسبا مع جسامة الخطر إذ انطوى على استعمال قدر من العنف لا يجاوز القدر الذي كان يستخدمه شخص معتاد أحاطت به ذات الظروف التي أحاطت بالمدافع، فالمعيار أصله موضوعي قوامه الشخص المعتاد، أي الشخص الذي يقدر الأمور و يتصرف في وواجهتها على النحو المألوف المتفق مع الخبرة الإنسانية العامة، وللقاضي أن يعتبر نفسه هذا الشخص، فيضع نفسه موضع الفاعل ويتساءل عما إذا كان يرد الخطر بالفعل الذي التجأ إليه، أم أنه يلجأ إلى أفعال أقل جسامة[3]

1 سهيل حسين الفتلاوي، مرجع سابق، ص 207.

2 نظام توفيق المجالي، مرجع سابق، ص 196.

3 نفس المرجع، ص196، 197.

والمعيار الذي يستعان به في تحديد التناسب بالمعنى السابق معيار موضوعي وشخص في نفس الوقت، فهو موضوعي يقوم على أساس الرجل العادي الذي يوجد في ظروف المعتدي عليه، وشخص لا يهمل الظروف الشخصية لهذا الأخير، فعلى القاضي عند تحديد التناسب بين فعل الدفاع وفعل التعرض أن يتصور رجلا عاديا يضعه موضع المدافع مع إحاطته بذات الظروف الشخصية التي أحاطت بالمعتدي عليه كقوته البدنية وسنه وجنسه ومكان وزمان فعل التعرض، ويساءل عما إذا كان سيصد فعل التعرض بذات الفعل الذي لجأ إليه المدافع أم بفعل أقل منه جسامة أو ضرر، فالتناسب يكون قائما إذا كان الرجل العادي قد استعمل من القوة القدر الذي يلجأ إليه المدافع إذا وجد في نفس ظروفه وتتوافر شروط الدفاع الشرعي[1] وعلى العكس ينتفي التناسب إذا كان الرجل العادي يلجأ إلى فعل أقل جسامة أو أقل ضررا إذا وجد في نفس الظروف التي وجد فيها المدافع، وتقدير توافر حالة الدفاع الشرعي من الأمور الموضوعية البحتة التي تختص بها المحاكم الموضوع دون أن يكون لمحكمة التمييز(المحكمة العليا) أية رقابة على ذلك[2]

المطلب الثاني: حالات الدفاع الشرعي

حالات الدفاع الشرعي هي:

الفرع الأول: حالات المتعلقة بالدفاع الشرعي

أولا: استعمال الدفاع الشرعي ضد الخطر الوهمي

ولقد تبين في نص م249 من قانون العقوبات المصري (حق الدفاع الشرعي عن النفس لا يجوز أن يبيح القتل العمد إلا إذا مقصودا به دفع فعل لتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة) فلفظ التخوف حالة نفسية يمكن أن تبنى عن الحقيقة كما و يمكن أن تبنى على الوهمي وقد ساير القضاء السوري القضاء المصري في نظرته لقيام حالة الدفاع الشرعي عندما يكون الخطر وهميا فقررت محكمة النقض السورية (من

1 فخري عبد الرزاق،خالد حميدي الزعبي، مرجع سابق، ص227.

2 نفس المرجع، ص228.

غير اللازم قانونا لتوافر شروط الدفاع الشرعي أن يأتي المجني عليه من جانبه فعلا ماديا بل يكفي أن تكون الظروف و الملابسات التي وجد فيها الجاني بقرار الأسباب المعقولة) وقضت محكمة النقض المصرية (أن مفاجئة شخص أثناء سيره وسط المزروعات في ليلة حالكة الظلمة تستحيل معها الرؤية وفي مكان ينأى عن العمران بطلق ناري نحوه هو فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو الجراح البالغة يبرر رد الإعتداء بالوسيلة التي تصل إلى يد المدافع ويعتبر في حالة الدفاع الشرعي نفسه)[1]

فما هي في مسؤولية الجاني؟ وهل يستطيع الاحتجاج بالدفاع؟

للإجابة على هذا السؤال يجب التفرقة بين الحالتين:

الحالة الأولى: إذا كان الاعتقاد بوجود الخطر يستند إلى أسباب معقولة، وإن هذا الاعتقاد يمكن أن يقع في الشخص المعتاد، فلا يسأل الشخص عن فعله ويعتبر دفاعا مشروعا في هذه الحالة.

الحالة الثانية: أما إذا كان الاعتقاد بوجود الخطر لا يستند إلى أسباب ، و أن الشخص المعتاد لا يقع في مثل هذا الغلط، فيسأل الشخص مسؤولية غير عمدية في هذه الحالة لأن الغلط ينفي القصد الجرمي.

ثانيا: وضع الزجاج أو أسلاك الكهرباء على أسوار الدور أو المنازل أو ملحقاتها:[2]

إذا وضع صاحب المنزل (الدار) الزجاج أو الأسلاك الكهربائية على سياج داره في منزل أو مزرعته وجاء الشخص ليلا وتسلق السياج فمات أو جرح بسبب الزجاج أو الصعق الكهربائي فهل يسأل صاحب الدار عن فعله الذي أدى إلى جرح أو موت الشخص يجب التفرقة بين حالتين:

الأولى: إذا كان الشخص الذي تسلق السياج فمات أو جرح لصا أو عدوا لصاحب الدار فلا يسأل صاحب الدار لأن شروط الدفاع الشرعي متوفرة

[1] نظام توفيق المجالي، مرجع سابق، 196،197.

[2] محمد أحمد المشهداني، مرجع سابق، ص 205،206.

أما الحالة الثانية: إذا كان الشخص الذي تسلق سياج الدار فجرح أو مات هو أحد موظفي الماء أو الكهرباء أو الهاتف فإن صاحب الدار يسأل عن جريمة غير عمدية، لأن هؤلاء لهم الحق بالعمل ليلا و نهارا.

الفرع الثاني: الحالة الممتازة للدفاع الشرعي(المشرع):

1_ اعتبر المشرع الأردني القتل أو الضرب من حالات الدفاع المشروع واتفق فقهيا على تسميتها بالحالة الممتازة، وذلك لأنه نص عليها صراحة ضمن شروط[1] خاصة وردت في م 342 من قانون العقوبات الأردني رقم 16 من سنة 1960 إلى 2011 وقد نصت على ما يلي:

1/ يعد دفاعا مشروعا كل قتل أو إصابة بجراح أو ارتكاب أي فعل مؤثر يتم لحماية النفس أو العرض أو المال من اعتداء شخص يدخل أو يحاول الدخول ليلا أو نهارا إلى منزل آهل بالسكان أو إلى بيت سكن وذلك بتسلق سياج أو سور أو جدران أي منهما بالتواجد في ساحة داخل السياج أو السور دون مبرر أو باقتحام مداخله أو أبوابه بثقبها أو كسرها أو خلعها أو باستعمال المفاتيح أو أدوات خاصة لهذه الغاية.

2/ إذا تم ارتكاب أي من الأفعال الواردة في الفقرة (1) من هذه المادة تقوم الجهة المختصة بالتحقيق مع مرتكب الفعل دون توقيفه أو اعتقاله وتحيل ملف التحقيق إلى المدعي العام المختص لاستكمال التحقيق اللازم واتخاذ قرار بنتيجة التحقيق فإذا اعتبر فعله دفاعا مشروعا يقر عدم ملاحقته ومنع محاكمته ويغلق الملف الخاص بهذه القضية وذلك على الرغم من أي نص مخالف ورد في هذا القانون أو أي تشريع آخر.

وعدلت هذه المادة بالقانون المؤقت رقم 86 لسنة 2001 و أصبحت تشمل ما يلي:

[1] محمد صبحي نجم، مرجع سابق، ص181.

1_ يعد دفاعا مشروعا كل قتل أو إصابة بجراح أو ارتكاب أي فعل مؤثر يتم لحماية النفس أو العرض أو المال من اعتداء شخص يدخل أو يحاول الدخول ليلا أو نهارا إلى منزل آهل بالسكان أو بيت السكن[1]

2_ لا يوقف ولا يعتقل ولا يلاحقه وتمنع محاكمة ويغلق ملف القضية إذا اعتبر فعله دفاعا مشروعا، ويتضح من هذا النص أن الحالة الممتازة للدفاع المشروع تضع المدافع في موقف أقوى من موقفه في الحالات العامة المنصوص عليها في المادة 341 والمادة 60 منت قانون العقوبات الأردني لأن من شأن هذه الحالة الممتازة أن تقيم قرينة قانونية على توافر شروط الدفاع فليس على المدافع أن يثبت توافر شروط الدفاع في فعله فهناك قرينة على ذلك ولكن عليه فقط أن يثبت أنه قام بفعل الدفاع في حالة من الحالات المنصوص عليها في م342 و العلة من هذه القرينة تعود إلى الخطورة التي تنطوي عليها أفعال المعتدي إذ فيها اعتداء على الأموال والممتلكات عن طريق السطو والكسر والتسلق، وفيها اعتداء على الأشخاص و حياتهم وأعراضهم و آمنهم وسكينتهم بما[2] تثيره من رعب في النفوس والتهديد بوقوع أضرار جسمية غير محددة، لهذا منح المشرع صاحب المنزل حقا قانونيا مطلقا في إطلاق النار دفاعا عن مسكنه دون أن يناقشه أحد لحماية منزله وهذا يؤدي إلى احترام الناس لحرمة مساكن الغير وعدم التجرؤ على دخولها بدون إذن أصحابها[3]

لكن هذه القرينة التي تشهدها م342 هي قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها على عكس القرينة المطلقة حسب القواعد العامة والظروف الواقعة ونية الجاني وإرادته.

لقد تردد القضاء الفرنسي في هذا الشأن حيث صدرت بعض الأحكام عن القضاء الفرنسي في القرن 19 تعتبر القرينة القانونية قاطعة لا يمكن إثبات عكسها، ثم عاد القانون الفرنسي وأصدر أحكاما أنكر فيها القرينة القانونية القاطعة الواردة بالمادة 329 من قانون العقوبات الفرنسي، كما أن محكمة الجنايات الفرنسية لقد اعترفت بذلك واعتبرت بذلك واعتبرت القرينة القانونية غير قاطعة يمكن إثبات نفسها.

---

[1] محمد صبحي نجم، مرجع سابق، ص182.

2 نفس المرجع، ص 182.

3 المرجع نفسه، ص182.

لقد اعتبر المشرع الأردني أنه يحق للمدافع (المعتدى عليه) أن يستعمل أقضى ما يمكن استعماله للدفاع عن نفسه أو عرضه أو عن نيته حتى لو اقتضى الأمر إلى القتل، لأن الخطر الجسيم لا يصلح درؤه إلا بالقوة حتى لو بالقتل، وقد بينا أن هذه الحالة غير قاطعة فيجوز إثبات عكسها[1]

2_ الحالات الممتازة في ق.ع الجزائري:

تنص المادة من ق.ع على ما يلي: "يدخل ضمن حالات الضرورة للدفاع المشروع "

1/ "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/ " الفعل الذي يرتكب أثناء للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة "، ويحتوي نص المادة المذكورة على ثلاث حالات:

الحالة الأولى: القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه أثناء الليل فهو نص استحدثته المادة 40 ولم تكن منصوصا عليه بالمادة 329 ق.فرنسي[2] ولكن انتهى إلى شمال الدفاع عن النفس ضمن نطاق الحالات الممتازة للدفع الشرعي أن النص لم يحدد بسبب تسلق الحيطان أو الحواجز أو مداخل المنازل، وبديهي أن يهدد هذا الخطر حياة وسلامة أصحاب المنزل وتشترط المادة 40 ق. ع. ج حدوث هذا الاعتداء أثناء الليل وهو الشرط الوحيد الذي يجب أن يتوافر في هذه الحالة

الحالة الثانية: القتل أو الجرح أو الضرب لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منها أثناء الليل ويشترط في هذه الحالة الشروط الآتية:

1 محمد أحمد المشهداني، مرجع سابق، ص207.

1_ يشترط الإباحة أفعال الدفاع أن يحدث القتل أو الجرح أو الضرب أثناء التسلق أو الكسر، وبديهي أن الدفاع مباح أيضا إذا تم التسلق أو الكسر ودخل المعتدي إلى مسكن المعتدي عليه أو توابعه

2_ إن المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها تشتمل على الحديقة المحيطة مهما بلغ اتساعها مادام يدخل في نطاقها المنزل المسكون، والنص يشترط أن يكون المنزل مسكونا بالفعل فلا يكفي في كونه معد للسكن ولم يسكنه أحد، فاشتراط المنزل مسكونا هو الذي دفع بالمشرع إلى إباحة الدفاع الشرعي لحماية السكان، ولكن هذا القانون لا يشترط وجود سكانه فيه وقت دخول المعتدي، فقد يقع الاعتداء حين يغادره سكانه مؤقتا وحينئذ يصدر فعل الدفاع من الجيران مثلا أو من الحارس فيكون هذا الفعل مباحا، ويقصد بتوابع المنزل أماكن ليست مسكونة أو مخصصة للسكن ولكنها متصلة به.

3_ يشترط لقيام الدفاع الشرعي أن يحدث الاعتداء ليلا ويقصد بالليل الفترة مابين غروب الشمس وشروقها، أما إذا وقع الاعتداء نهارا فإنه يفقد الإمتياز الممنوح بالمادة 40 التي تقوم قرينة قانونية على توافر شروط الدفاع

الحالة الثالثة: المنصوص عليها بالفقرة الثانية من المادة 40 وتنص على:

"يدخل ضمن الحالات الضرورة للدفاع المشروع.....الفعل الذي يرتكب للدفاع عن أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة" وهو نص قصد به المشرع الفرنسي 2/329 ردع أعمال قطاع الطرق وعصابات السطو المسلحة التي تهاجم المسافرين في الطرق العامة والتي انتشرت في أعقاب الثورة الفرنسية واستمرت حتى عام 1799، وربما أبقى المشرع الجزائري على هذا النص لتأمين سلامة الأفراد في الطرق ولردع أعمال السطو المسلح، ولا يشترط في هذه الحالة أن يرتكب الاعتداء ليلا، فتقوم حالة الدفاع الشرعي في أية لحظة متى تعرض الشخص لاعتداء يقع باستعمال العنف بقصد السرقة أو النهب[1].

[1] رضا فرج، مرجع سابق، ص 172.

المطلب الثالث: أثار الدفاع الشرعي وحكم تجاوزه:

للدفاع الشرعي أثار ويترتب على حالة الدفاع تجاوزات نذكر كما يلي الآثار ثم حكم تجاوز الدفاع الشرعي:

الفرع الأول: أثار الدفاع الشرعي: لغرض بيان أثر الدفاع الشرعي فلا بد التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا أصاب فعل الدفاع حق المعتدي: فهذه الحالة يبيح الدفاع الشرعي إذا توافرت الشروط القانونية، فلا تقوم أية مسؤولية ولا يوقع أي عقاب على المدافع المعتدي عليه، فإذا كانت الدعوى لدى النيابة العامة فعليها أن تقرر حفظها لثبوت الدفاع الشرعي، وإذا كانت الدعوى أمام المدعي العام فعليه أن يقرر محاكمة المتهم (المدافع) وبهذا كانت الدعوى أمام المحكمة المختصة فعليها أن تقرر براءة المتهم

الحالة الثانية: إذا أصاب فعل الدفاع حق غير المعتدي:

ففي هذه الحالة يجب التفرقة بين حالتين:[1]

أولا: إصابة حق الغير دون عمدا فإذا أخطأ المعتدي عليه في توجيه فعل الدفاع وأصاب شخصا أخر غير المعتدي، فإنه يسأل عن جريمة غير عمدية متى أثبت أنه بذل العناية اللازمة لمنع إصابة الغير[2] .

الفرض الثاني: إصابة حق الغير عن عمد: فقد يجد المدافع نفسه مضطرا إلى الاعتداء على حق الغير لدرء الخطر الذي يهدده كإتلاف شجرة الغير للحصول على عصا، ففي هذه الحالة لا يستطيع المدافع الإحتجاج بالدفاع الشرعي في مواجهة الغير وإنما يحق له الإحتجاج بحالة الضرورة[3].

1 محمد أحمد المشهداني، مرجع سابق، ص 268.

2 بارش سليمان، مرجع سابق، ص 135.

3 المرجع نفسه،ص 135.

بمجرد توافر شروط الدفاع الشرعي والتزام المدافع بحدود الدفاع، يفقد الفعل الصفة الإجرامية، بحيث يصبح هذا الفعل مشروعا فلا تترتب عليه المسؤولية الجزائية أو المدنية، ونظرا لشمول حق الدفاع الشرعي موضوعيته، فإن كل من يساهم في أعمال الدفاع، من فاعل وشريك ومحرض ومتدخل، يستفيد من هذا الحق وتطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز الأردنية في حكم لها بقولها (تشترط المادة 341 عقوبات لاعتبار الفعل دفاعا مشروعا أن يقع الفعل دفاعا عن النفس أو العرض وأن يقع الدفع حال وقوع الاعتداء وأن لا يكون غير محق (غير مشروع) وأن لا يكون باستطاعة المتهم التخلص من الاعتداء إلا بالقتل أو الجرح أو الفعل مؤثر) وحيث إن تقرير حالة الدفاع الشرعي هي مسألة موضوعية فإن حق تقديرها يعود لمحكمة الموضوع وحدها بحسب ما يقدم لديها من الأدلة والظروف إثباتا أو نفيا ولا رقابة للمحكمة العليا عليها في ذلك إلا في حالة ما إذا كانت الأدلة وهذه الظروف لا حقيقة بها أو أنها لا توصل عقلا إلى النتيجة التي انتهى إليها الحكم[1] أو إذا كانت الدعوى

سلطة القضاء في التحقق من توافر شروط الدفاع:

لمحكمة النقض مراقبة حكم محكمة الموضوع من حيث تسبيبه، فمحكمة الموضوع ملزمة بالفصل في الدفاع الشرعي إذا تمسك به المتهم أو إذا كانت الدعوى تثبت قيامه فيتعين على المحكمة أن تفرق به ولو يتمسك به المتهم، فتستطيع محكمة النقض إلغاء الحكم إذا لم يفصل في قيام الدفاع من عدمه بالرغم من تمسك المتهم به أو بالرغم من أن الوقائع الدعوى التي تضمنها الحكم تؤدي إلى القول بتوافر شروطه[2]

الفرع الثاني: حكم تجاوز الدفاع الشرعي:

يتحقق تجاوز حدود الدفاع الشرعي

إذ تخلف شرط التناسب بين جسامة الاعتداء والدفاع وللتجاوز عنصران اثنان، عنصر مادي يتمثل في الإضرار بالمعتدي بقدر يفوق الخطر الذي كان يتهدد المعتدي عليه وعنصر نفسي يتمثل في الموقف النفسي قد يكون بنية سليمة، وقد يكون متعمدا، وقد يكون مبنيا على مجرد

1 فخري عبد الرزاق الحديثي، خالد حميدي الزعبي، مرجع سابق، ص 228.

2 رضا فرج، مرجع سابق، ص 175.

إهمال أو عدم الاحتياط، وتختلف مسؤولية الشخص المتجاوز باختلاف العنصر النفسي فإذا أثبت أن هذا التجاوز صادر منه كان مبنيا على أسباب معقولة، ففي هذه الحالة تنتفي المسؤولية الجنائية لانعدام القصد الجنائي والخطأ غير عمدي، وإذا أثبت أن تجاوزه كان متعمدا فإنه يسأل عن جريمة عمدية، بخلاف الحال إذا كان هذا التجاوز مبنيا خطأ مرده عدم تقديره السليم لحجم الخطر الذي يتهدده، حيث يسأل عن جريمة غير عمدية، وفي الحالتين الأخيرتين فإن للقاضي أن يستعمل سلطة التقديرية لتخفيف العقوبة إعمالا للظروف القضائية المخففة ويمكن بصفة استثنائية وفق ما يراه البعض، استنادا إلى أحكام القضاء الفرنسي، الأخذ بنظرية الإكراه، ومن ثم انعدام المسؤولية الجزائية لمن تجاوز حدود الدفاع الشرعي[1]

إذا اعتدى المعتدي على المعتدي عليه فيحقق للمعتدي عليه أو المدافع أن يرد الاعتداء عن نفسه بقدر جسامته أما إذا تجاوزت المدافع أو المعتدي عليه حق الدفاع الشرعي أي لم يكن فعل الدفاع متناسبا مع فعل الاعتداء فإن فعل المدافع يشكل جريمة يعاقب عليها المدافع ولا يعفى من العقاب بموجب الفقرة الثالثة من المادة 60 من ق. ع الأردني، فإذا تجاوز المدافع حدود الدفاع الشرعي عمدا فإن المدافع يسأل مسؤولية جنائيةعمدية كاملة، أما إذا تجاوز المدافع يسأل عن جريمة غير عمدية لأن التجاوز لم يكن بسوء نية[2].

فإذا كان التجاوز بحسن نية فنميز حالتين:

أولا: حالة تجاوز الفاعل حدود الدفاع الشرعي نتيجة انفعال شديد:

هذه الحالة عالجها المشرع الأردني في م(3/60) من قانون العقوبات التي جاء فيما يلي: (إذا وقع تجاوز في الدفاع أمكن إعفاء فاعل الجريمة من العقوبة في الشروط المذكورة في م 89 ونصت م 89 من ق. ع على أن "يعاقب الفاعل على فعل ألجأته الضرورة إلى أن يدفع به في الحال عن نفسه أو غيره أو عن ملكه أو ملك غيره خطرا جسيما محدقا لم يتسبب هو فيه قصدا شرط أن يكون الفعل متناسبا مع الخطر[3]

1 عبد القادر عدو، مرجع سابق، ص 131، 132.

2 محمد أحمد المشهداني، مرجع سابق، ص 209.

3 فخري عبد الرزاق الحديثي، خالد حميدي الزعبي، مرجع سابق، ص 230.

ثانيا: حالة تجاوز الفاعل حدود الدفاع الشرعي نتيجة سوء غضب شديد أنقضت قوة وعيه أو إرادته وهذه الحالة تطبيق للغدر المنصوص عليه في م 98 من قانون العقوبات والتي جاء فيها (يستفيد من الغدر المخفف فاعل الجريمة الذي أقدم عليها بسوء غضب شديد ناجم عن عمل غير محق وعلى جانب من الخطورة أتاه المجني عليه)، فإذا أثار فعل المعتدي غضب المتهم الشديد، فإنه يستفيد من غدر قانوني مخفف[1].

الحالة الثالثة: حالة غلط الفاعل في تقدير حجم الاعتداء أو في تقدير حجم الدفاع، وبالتالي تفريطه في استعمال حقه: يتحقق التجاوز في هذه الحالة بموقف أنه صادر عن شخص واحد فقط، ومن يصوب سلامة الناري نحو قدمي المعتدي فلا يحكم الشديد فيصبه في صدره، ومن يطلق النار في الهواء ليخيف المهاجم فيصبه في رأسه، ومن يعتقد أن رده سيحدث بالمعتدي جرحا بسيطا، فإذا به يحدث عاهة دائمة، وبالنسبة لحالة تحقق التجاوز بالخطأ دون القصد، فلم يرد في شأنه نص، هما يعني ارتضاء المشرع في شأنه حكم القواعد العامة، وهي تقضي بمساءلة المتجاوز عن فعله مسؤولية غير قصدية

الحالة الرابعة: تجاوز المدافع حدود الدفاع الشرعي قصدا:

ولا خلاف في أن من يتجاوز حدود الدفاع الشرعي قصدا يسري عليه حكم القاعدة العامة التي تقرر مسؤولية المتجاوز عن جريمة مقصودة، إذ انتفى شرط التبريرفعاد الفعل إلى أصله إلى عدم المشروعية، ثم إن المتجاوز يدرك ماهية فعله وخطورته ويعلم أنه يجاوز ما يقتضيه دفاعه في استطاعته أن يأتي بالفعل المتناسب مع جسامة الخطر الذي يتهدده، ومن شأن هذا الفعل درء الخطر عنه، ولكنهيقصد إلى تجاوز الحدود الموضوعة لسلوكه، ويقصد تبعا لذلك إهدار حق غيره، وإن ساغ للمحكمة أن تخفف العقوبة_حسب سلطتها التقديرية_ إذا وجدت في ظروف المتهم ما يستوجب مثل هذا التخفيف[2]

[1] نفس المرجع، ص 231، 232.

[2] فخري عبد الرزاق الحديثي، خالد حميدي الزعبي، مرجع سابق، ص 232.

_الحالات المنصوص عليها لتجاوز الدفاع الشرعي في القانون الجزائري:

تعرض المشرع الجزائري إلى أربعة حالات لتجاوز الدفاع الشرعي في المواد من 277 إلى 281 ق. ع، وقرر بشأنها استفادة المتجاوز من أعذار مخففة للعقوبة، وهذه الحالات هي:

1_ جرائم القتل، أو الجرح، أو الضرب، إذا كان الدفاع إلى ارتكابها وقوع ضرب شديد، ويدخل في مضمون هذه الجرائم جرائم الضرب، أو الجرح المفضي إلى عاهة مستديمة، ولا يشترط لسريان هذا الغدر على هذه الحالة لتجاوز الدفاع الشرعي أن يكون القتل أو الجرح، أو الضرب من فعل المعتدي عليه نفسه، إذ يجوز التمسك بهذا العذر إذا وقع القتل، أو الجرح، أو الضرب من الغير، والسبب في ذلك أن المشرع قد أباح الدفاع الشرعي عن النفس وعن نفس الغير بمقتضى م 40 من ق. ع [1]

2_ جرائم القتل، أو الجرح، أو الضرب المرتكبة لدفع تسلق، أو ثقب أسوار، أو حيطان، أو تحطيم مداخل المنازل، أو الأماكن المسكونة، أو ملحقاتها إذا حدث ذلك أثناء النهار.

3_ جناية الخصاء إذ ارتكبت من المجني عليه لحظة وقوع فعل مخل بالحياء عليه، ويقصد بجناية الخصاء استئصال أو بتر العضو الطبيعي للإتصال الجنسي.

4_ جرائم الجرح أو الضرب المرتكبة ضد الشخص بالغ يفاجأ في حالة تلبس بهتك عرض قاصر دون السادسة عشرة ساء بالعنف أو بغير العنف[2].

_ ماهو الحكم التجاوز في الحالتين حالة التجاوز العمدي وغير العمدي:

لم يضع المشرع الفرنسي أحكامه خاصة لحالات تجاوز حدود الدفاع الشرعي: فحتى تنظيمه للدفاع الشرعي نفسه لم يضع _كما رأينا_ إلا من خلال أحكام القضاء، أما المشرع المصري فقد نظم حالة واحدة من حالات التجاوز بنص م 251 ق. ع مصري وهي حالة انتفاء التناسب بين فعل الدفاع وجسامة الخطر المحدق بالمدافع مع تحقق شروط الدفاع الشرعي

1 عبد القادر عدو، مرجع سابق، ص 132.

2 مرجع نفسه، ص 133.

جميعها، وبشرط أن يكون تعدي حدود الدفاع بنية سليمة، أما المشرع الجزائري فقد رأى أن تنظيم هذه الحالات خلال تنظيمه للأعذار القانونية، لذلك جاءت نصوص المادتين 277

و278 متضمنة حالات يمكن تفسيرها على أنها حالات تجاوز الدفاع الشرعي ونحاول تفسير هذين عذريين فيمايلي:[1]

أ_ عذر قانوني لتي تضمنته م 277 ق. ع: نظم المشرع الأعذار القانونية بنص م 52 عقوبات وهي: "حالات محددة على سبيل الحصريترتب عليها مع قيام الجريمة والمسؤولية إما عقابة المتهم وإما تخفيف العقوبة وتنص المادة لا يستفيد مرتكب جرائم القتل أو الجرح أو الضرب من الأعذار إذا دفعه إلى ارتكابها وقوع ضرب شديد من أحد الأشخاص".

ب_ العذر القانوني الوارد بنص م 278 ق. ع "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[2].

1 رضا فرج، مرجع سابق، ص 177.

2 نفس المرجع، ص 178، 179.

المبحث الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي الجزائري

المطلب الأول: تعريف السلطة التقديرية وضوابطها

الفرع الأول: تعريفها

أولا: السلطة

1_ يقصد بكلمة السلطة من الناحية اللغوية الملك والقدرة فيقال سلطة عليه بمعنى غلب عليه وأطلق له عليه القدرة والقهر وهي من الناحية السياسية تعني السيادة فيقال أن الدولة صاحبة السلطة أي صاحبة السيادة.

أما من الناحية القانونية فيقصد بها إرادة الشخص لإرادة شخص قانوني آخر فهي علاقة قانونية بين إرادتين إحداهما خاضعة والأخرى متفوقة عليها.

ثانيا:التقدير

أما كلمة التقدير digestion في اللغة تعني إمكان التقدير الجزافي، والتصرف طبقا لإرادة صاحب التصرف ووفقا لمحض رغبته الخاصة وهو ما يعبر عنه بتعبير التصرف الحر.[1]

ويجري فقه القانون الإداري على تعريف السلطة التقديرية على بأنها تمنع صاحب الاختصاص بقسط من الحرية وهو يمارس مختلف اختصاصاته القانونية[2].

وفي المجال الجنائي يذهب البعض بتعريف السلطة التقديرية للقاضي الجنائي بأنها ما يتمتع به القاضي من اختيار النشاط الذهني الذي يسلكه بغية الوصول إلى حل ما يطرح عليه من قضايا، ونحن نرى أن ماهية السلطة التقديرية يتوقف على تحديد الخطوط العامة المقررة

1 محمد علي الكيك، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، دار المطبوعات الجامعية، د.ط، الإسكندرية،2007،ص27،28.

2 نفس المرجع،ص27.

لها، فالمشرع حينما يقع قاعدة قانونية أمره على وعلى سبيل الإلزام يسعى من وراء ذلك لتحقيق هدف معين فإنه يلزم على القائم تطبيقها المسلك الذي يجب في هذا الصدد.[1]

والسلطة التقديرية في المجال الجنائي للقاضي الجنائي فعندما يمنح للقاضي اختصاص معين فهو أما أن يفرض عليه الالتزام بهدف معين يعمل على تحقيقه ويحدد له الأوضاع التي يجب أن يسعى إليها لتحقيق أهدافه وأما أن يترك له قدرا من الحرية في التصرف يستعمله وفقا للظروف التي يراها دون معقب عليه كأصل عام، ويكون له الكلمة الأخيرة فيما يتخذ، وفي الحالة الأولى يكون له سلطة مقيدة أما في الحالة الثانية يكون له سلطة تقديرية حيث يترك للقاضي قدرا من حرية التصرف يستعمله وفقا للظروف دون معقب على إرادته ويكون له الرخصة في ذلك بحيث تكون كلمته الأخيرة دون تنازع، وفي ظل ما تقدم يمكن تعريف السلطة التقديرية للقاضي الجنائي بأنها ما عساه أن تخوله القواعد القانونية تشريعه كانت أم غير تشريعية من رخص يتيح له السبيل نحو اختيار ما يراه من حل مناسب من بين الخيارات المطروحة عليه مقيدا بذلك بالملابسات الواقعية وبمشروعية العقوبة[2] ويجب على القاضي الجنائي أن يتحلى بصفات التدين وذلك طبقا للآية الكريمة قال تعالى:"فاحكم بين الناس بالحق"[3].

فلا بد على القاضي أن يكون قويا مؤمنا بالله تعالى عفيفا، والحرية، كما أن جميع آيات القرآن الكريم لم توجه خطابا واحدا للأدوار دون العبيد لقوله تعالى:" إنما المؤمنون إخوة" فقد حصرت الآية الكريمة العلاقة بين المؤمنين في الأخوة دون النظر لأي اعتبار آخر، وخلاصة ذلك في يقين العدالة، أوجب الله سبحانه جل جلاله التكاليف على البشر لتهذيب أخلاقهم وقد اشترط جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة ويعقب الحنفية بجوار تولية القاضي أن يكون عادلا، الأخلاق[4]، إيمان القاضي برسالته واتصافه بالهدوء والاتزان والدقة، من أهم الصفات الخلقية لديه، كونها من المؤهلات المطلوبة للفصل بنزاهة في أي دعوة مرفوعة أمامه،

1 محمد علي الكيك، مرجع سابق، ص28.

2 نفس المرجع، ص28،29.

3 سورة الحجرات، ثمن الحزب، الجزء السادس والعشرون.

إيمان محمد علي الجابري، القاضي الجنائي، منشأة المعارف، د.ط، الإسكندرية، 2005، ص4.26،29،31

ومن مقومات نجاح القاضي وعدالته، إيمانه بالله تعالى ورسالته، وهدفه النابع من اعتقاده هو الوصول للحقيقة لتحقيق العدل، لأن العدل أمر به الله تعالى لقوله تعالى: "إن الله يأمر بالعدل والإحسان"[1] أما الوسيلة لتحقيق العدل هو أن يجرد القاضي نفسه من أي تأثير ينتج من القضية المعروضة أمامه بعيدا عن المجادلة أو ما ينشر في الجرائد لإثارة الرأي العام الذي قد يكون بعيدا كل البعد عن الحقيقة ومن مقتضيات هدوء النفس التحلي بالصبر وعدم التعجل لإصدار الأحكام.[2]

كما أن مؤهلات القاضي يكون له مؤهلات علمية علمه بالقواعد الدستورية والجنائية ويكون له الثقافة العامة من التأهيل اللغوي، أصول اللغة العربية، دراسته علم أصول الفقه أي سائر العلوم الفلسفية فهو ميزان يضبط العقل واللسان والقلم، إضافة إلى علم النفس الجنائي الدوافع التي دفعت الجاني لارتكاب الجريمة، أيضا علم النفس القضائي وهو العلم الذي يتصل بعلم النفس الجنائي، من حيث تفرعها معا من علم النفس العام باعتبارها من العلوم المساعدة للقانون الجنائي كما أن علم النفس القضائي يختص بدراسة نفسية الأشخاص ذوي العلاقة بالدعوة أثناء سير إجراءاتها، علم النفس الجنائي يدرس العوامل النفسية للجريمة[3].

ونفى بالسلطة التقديرية للقاضي اختصاص القاضي في وجوب اختيار العقوبة الملائمة للتطبيق على المتهم بحسب النصوص القانونية فإذا كان المشرع يحدد العقوبة على نحو عام و مجرد، حيث يقتصر تفريد العقوبات في العملية التشريعية على مجرد التفريق بين عقوبة البالغين وعقوبة الأحداث، أو عقوبة الأشخاص العاديين وعقوبة المجانين أو التمييز في العقاب بين مرتكب الجرائم عن قصد أو بإهمال تتخذ في شأنهم تدابير وقائية وكذلك التمييز بين العاديين (التكرار الجريمة) والمبتدئين أي لأول مرة، وهو تفريد أولى يقوم على أسس تقليدية فإن القاضي باختياره العقوبة الملائمة على المحكوم عليه يحول ذلك التجريد العام والمجرد إلى تفريد خاص وواقعي، وكل ما يلتزم به القاضي هو احترام الشروط القانونية التي يفرضها

1 سورة النحل، رقم 90، نصف الحزب، الجزء الرابع عشر.

2 إيمان محمد علي الجابري، المرجع السابق، ص59،37،35.

3 نفس المرجع،ص59.

القانون، وبهذا يساهم القاضي في إقرار العدالة على نحو فعال و مؤثر، بوصفه موضع الثقة من المشرع الذي يرى في حكمته ونزاهته وخبرته ما يكفل التطبيق الحسن للقانون.[1]

ويقر القانون للقاضي الجنائي سلطة تقديرية في تحديد العقوبة، تحقيقا للتفريد القضائي للعقوبة، أو السلطة التقديرية في تقدير العقوبة فقط تتمثل في أبسط صورها في التحرك بين الحدين الأدنى والأقصى للعقوبة كما يقررهما نص القانون، ويعني ذلك أن تفاصيل حالة الدفاع الشرعي من شروطها (حالة) السلطة التقديرية للقاضي الجنائي لها حدود وضوابط تحكم ممارستها للغرض منها.[2]

الفرع الثاني: ضوابط السلطة التقديرية: وضوابط السلطة تتمثل في

أولا: الضوابط القضائية

1_ أن يقوم تقديمه على أدلة قضائية: من الأسس التي يقوم عليها الأدلة عملية تقدير أن القاضي لا يمكن مباشرة سلطته في تقديرها مالم تطرح هذه الأدلة في الجلسة، وبحضور الخصوم، وثم مناقشتها[3] وقد أرست هذا الضابط المادة (212) من قانون أصول المحاكمات الجزائية بقولها (لا يجوز للمحكمة أن تستند في حكمها إلى دليل لم يطرح للمناقشة أو لم يشير إليه في الجلسة ولا إلى ورقة قدمها أحد الخصوم دون أن يمكن باقي الخصوم من الإطلاع عليها، وليس للقاضي أن يحكم في الدعوى بناء على علمه الشخصي، وقد عبرت محكمة النقض المصرية عن هذا الضابط بقولها (من المقرر أن لمحكمة الموضوع أن تستخلص من جماع الأدلة المطروحة أمامها على بساط البحث الصورة الصحيحة لواقعة الدعوى حسبما يؤدي إليه اقتناعها، وأن تطرح ما يخالفها من صور أخرى لم تقتنع بصحتها، مادام استخلاصها سائغا مستندا إلى أدلة مقبولة في العقل والمنطق ولها أصل في الأوراق وهذا الضابط يستنجد

1 عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الثاني، الجزاء الجنائي، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ط، الجزائر، 1996، ص492،493.

2 فتوح الشاذلي، علي القهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، المسؤولية والجزاء الجنائي، دار الهدى للمطبوعات، د.ط، الإسكندرية، 2002، ص310.

3 فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دراسة مقارنة، دار الثقافة، الطبعة الثالثة، عمان، 2010، ص250.

فيه مبدأ الشفهية المحاكمات الجنائية وحياد القاضي الجنائي والعلم الشخصي للقاضي[1] وهذا ما سيتم توضيحه تباعا.

2_ مبدأ الشفهية في المحاكمات الجنائية: بمقتضى هذا المبدأ فإن القاضي لا يكتفي في تقديره الأدلة ما دون بمحاضر التحقيق الإبتدائي، وإنما يتوجب عليه أن يسمع الشهود واعتراف المتهم بنفسه وما يدلي به الخبراء ويطرح جميع الأدلة الأخرى للمناقشة الشفوية، وغاية ذلك حتى يتاح لكل طرف في الدعوى أن يواجه خصمه بما لديه من أدلة إزاءه وبين موقفه منها، كما أن الشفاهية صلة قوية بمبدأ القناعة القضائية، والذي يفترض فيه أن يستمد القاضي قناعته من حصيلة المناقشات التي تجرى أمامه في الجلسة وأن من شأن هذا الضابط أن يحقق رقابة فعالة على جدية الأدلة التي تحصلت في مرحلة التحقيق الإبتدائي حيث أنها تعرض من جديد ومراقبة التقدير الذي كانت سلطة التحقيق قد انتهت عنده، ومن مقتضيات هذا الضابط أن تعرض أدلة الدعوى جميعها في جلسة المحاكمة وتطرح للمناقشات الشفوية.[2]

كما نصت المادة 212 من قانون أصول قانون المحاكمات الجزائية اللبنانية: "تقبل الاستئناف الأحكام الصادرة في قضايا الجنح.

لا تقبل الاستئناف الأحكام الصادرة في المخالفات إلا إذا قضت:

أ_ بالحبس أو التوقيف التكديري (التعسفي) أو بغرامة تزيد على خمسمائة ألف ليرة.

ب_ بعقوبة إضافية أو فرعية أو بتعويضات شخصية تزيد على خمسمائة ألف ليرة.

ج_ برد دفع من الدفوع المنصوص عليها في م83 من هذا القانون.

د_ بعقوبة لمخالفة متلازمة مع جنحة وهذا النص غير مماثل في التشريع الجزائري."

3_ حياد القاضي: المقصود بحياد القاضي في مجا تقدير الأدلة هو تجرده من كل مصلحة شخصية مادية أو معنوية عند تقديره لها، وإنما يزنها مستهدفا تحقيق العدالة بالوصول إلى المكشف عن الحقيقة، وقد أدركت شريعتنا الإسلامية السمحاء هذا الحياد، ولم تقتصر

---

1. فاضل زيدان محمد، المرجع السابق، ص254،253،252،251.

2 نفس المرجع، ص254،253.

مطالبتها على حياد القاضي فحسب، وإنما تطلب منه حماية مظهر الحيدة الذي يتحلى به ولنا في رسالة الخليفة العادل عمر بن الخطاب(رضي الله عنه) إلى أبي موسى الأشعري وهي تمثل وثيقة رائعة في العمل القضائي، فهما ناضجا لمفهوم حياد القاضي حيث يقول أما بعد، فإن القضاء فريضة محكمة، وسنة متبعة فافهم إذا أدلى إليك، وأنفذ إذا تبين لك، فإنه لا ينفع تكلم بحق لإنفاذ له أي بين الناس في مجلسك وفي وجهك وفي قضائك، حتى لا يطمع شريف في حينك ولا ييأس ضعيف من عدلك، وتستلزم الحيدة القضائية، أن يقدر القاضي الأدلة بروح موضوعية، ومن غير أن يتأثر تقديرها بمصلحة أو رأي سابق أو أي مؤثر آخر، وإنما عليه أن يتجرد عن التأثير وضمانا لحياد القاضي فقد أخذت التشريعية الإجرائية بمبدأ الفصل بين الاتهام والمحاكمة وبين السلطات التي تتولى مباشرة إجراءات الدعوى تحقيقا لهذا المبدأ حيث يضمن خلو ذهن القاضي من أي تقدير مسبق لقيمة الدلة قبل طرحه في الجلسة ومناقشته.

ثالثا: العلم الشخصي للقاضي: القاعدة في العمل القضائي، هي أنه يمتنع عن القاضي أن يقضي بعلمه الشخص، وبقصد علم القاضي الشخصي معلوماته الشخصية التي يكون قد حصل عليها من خارج نطاق الدعوى المطروحة عليه، والتي من الممكن أن تؤثر في تكوين قناعته عند تقديره لأدلتها.[1]

ثانيا: الضوابط الموضوعية: تتعلق هذه الضوابط بجسامة الماديات الإجرامية، والتكييف الذي يسبغه المشرع عليها لتقدير عدم مشروعيتها[2] وتتمثل الضوابط الموضوعية للسلطة التقديرية في عدة أمور:

1_ جسامة الاعتداء على الحق محل الحماية الجنائية، وما يطرأ بعد ارتكاب الجريمة من اعتبارات تؤثر في مقدار هذه الجسامة، زيادة أو نقصا.

2_ أسلوب تنفيذ السلوك الإجرامي: ومدى ما ينطوي عليه من خطورة على الحق محل الحماية الجنائية.

1 فاضل زيدان محمد، مرجع السابق، ص256، 257، 258.

2 علي القهوجي، فتوح الشاذلي، مرجع السابق، ص311.

3_ العلاقة بين المتهم والمجني عليه، وما تحدثه الجريمة من إخلال بالثقة الموضوعية فيه، والتي كانت تفرض عليه عن مصالح المجني عليه وليس العدوان عليها من جانبه.

ثالثا: الضوابط الشخصية

تتعلق هذه الضوابط بالركن المعنوي للجريمة، ومدى أهلية المتهم للمسؤولية الجنائية، ودرجة خطورته الإجرامية أو مقدار تأثره بإيلام العقوبة.

1_ مقدار ما ينطوي عليه الركن المعنوي من إثم و خطيئة، فالقصد المباشر يقتضي عقابا أشد من القصد الاحتمالي، والخطأ مع التوقع يستوجب عقابا أشد من الخطأ بدون توقع، ويدخل في هذا المجال دور الباحث في تحديد مقدار العقوبة.

2_ جزاء المتهم من الأهلية للمسؤولية الجنائية، في غير الحالات التي تتوافر فيها شروط موانع المسؤولية، فتوافر بعض الشروط دون بعضها الآخر من شأنه أن يدفع القاضي إلى تحقيق العقاب.

3_ درجة الإجرامية للمتهم، ويراعيها القاضي الجنائي لتحديد القدر من العقوبة اللازم للقضاء على هذه الخطورة.[1]

ويسترشد القاضي الجنائي في تحديد هذه الخطورة باعتبارات عدة أهمها، الماضي الإجرامي للمتهم ودرجة إصراره على فعله أو سلوكه عقب ارتكاب الجريمة أو أثناء إجراءات التحقيق والمحاكمة، والظروف الاجتماعية للمتهم.

4_ مقدار تأثر المتهم بإيلام العقوبة، وتحديده الظروف الشخصية للمتهم على تنوعها، فيدخل فيها سنه وحالته الصحية وجنسه وغير ذلك من الظروف.[2]

_ ضمانات ضوابط السلطة التقديرية: لاشك أن السلطة التقديرية تمنح القاضي قدرا من الحرية في اختيار العقوبة كما ونوعا وأثناء تنفيذها خاصة في النظم القانونية التي توسع من نطاق هذه الحرية لذا كان من المناسب البحث عن ضمانات كفالة حسن استخدام هذه السلطة

1 علي القهوجي، فتوح الشاذلي، مرجع سابق، ص312،311.

2 نفس المرجع، ص312.

التي هي في الدفع، فالقاضي بشر يصيب ويخطئ وهو بطبيعة كونه إنسانا فإن تصرفاته تحمل بصماته وهذا يعني أن الخطأ ليس من الأمور المستبعدة عليه لا فرق في ذلك بين كونه حسن و سيئ النية، فضلا على أن ملكاته القانونية لا تسعفه في اختيار الحل المناسب، ونحن نرى أن التزامه بتبيين سلطته التقديرية وإخضاعه لرقابة من محتكم الطعن وتوسيع دون محكمة النقض في فرض رقابتها على هذه السلطة خير ضمان لنجاحها ولا يفوتنا أن نشير إلى وجود نظام التفتيش القضائي من الضمانات الهامة في حسن استخدام السلطة التقديرية وعدم الجنوح بها.[1]

المطلب الثاني: أساس السلطة التقديرية للقاضي الجنائي

الفرع الأول: الأساس القانوني للسلطة التقديرية في اختيار العقوبة

كما نجد هذه السلطة سندها القانوني في النصوص التشريعية العقابية، وقد استندت هذه السلطة تشريعات في مختلف النظم القانونية على ما تضمنته[2] هذه التشريعات من نصوص قانونية، حيث يضع المشرع للعقوبة حدين أحدهما أعلى والآخر أدنى، بصرف النظر كون الحدين عامين أو خاصين أو أن أحدهما عام والآخر خاص دون اعتداء بما إذا كان العام أو الخاص هو الأعلى أو الأدنى، وأيضا نجد هذه المكانة أساسها فيما نصت عليه م28 من قانون العقوبات الليبي إذ جاء فيها "يحكم القاضي بالعقوبة التي يراها مناسبة في حدود ما نص عليه القانون، وعليه أن يبين الأسباب التي تبرر تقديره، ولا يجوز له تعدي الحدود التي نص عليها القانون لكل عقوبة بزيادتها أو إنقاصها إلا في الأحوال التي يقررها القانون.[3]

الفرع الثاني: الأساس الفني للسلطة التقديرية

لا شك أن مجرد وجود القاعدة القانونية لا يؤدي حتما إلى تحقيق من فاعلية الحقيقة وبدون هذه الفاعلية تبقى القاعدة في حكم الهدف. وتتحقق هنا الفاعلية لهذه القاعدة من خلال السلطة القضائية هي حجر الزاوية في أي نظام قانوني بل هي أداة الحفاظ على مقومات

1 محمد علي الكيك، مرجع السابق، ص43.

2 يوسف جوادي، حدود سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، دار الجامعة الجديدة، د.ط،الإسكندرية، 2011، ص20.

3 مرجع نفسه، ص20،21.

وجوده فلا قانون بغير قاضي، ودور القاضي في النزاع المطروح عليه يتحدد في النطاق اللازم لتقرير التدبير الملائم، كما وكيفيا لمواجهة الحالة المطروحة عليه. فهو يتدخل إزالة العارض المطروح عليه من خلال ولايته القضائية التي تفسح أمامه السبيل لتطبيق القانون، ومن هنا ثم يمكن القول بأن ولاية القضاء هي الأساس الفكري للسلطة التقديرية للقاضي بصرف النظر عن الميدان القانوني الذي يباشر في نطاقه نشاطه وبصرف النظر عن طبيعة النزاع الذي يتولى النظر فيه تمهيدا لإصدار حكم في صدده.[1]

كما أنه من جانب آخر: السلطة التقديرية ليست وقفا على طائفة معينة من المنازعات بل يتسع مجالها لتشمل كافة المنازعات أيا كانت طبيعتها سواء كانت مدنية أو تجارية أو بنائية أو إدارية فطبيعة النزاع ليست ذات أثر على جوهر السلطة التقديرية للقاضي فهو يسعى لإزالة أي تهديد أو إضراب في المجال القانوني ومن ثم جرى الفقه والقضاء المصري على أن مجال السلطة التقديرية ليس وقفا على فرع بذاته من فروع القانون بل مجالها كافة الفروع القانونية فقد ظهرت السلطة التقديرية في نطاق القانون المدني وفي مختلف فرعياته وتعددها حيث بدأت واضحة في تقدير القاضي للروابط القانونية الخاصة في صدد انعقاد العقد وصحته وانحلاله وفيما أورده المشرع من القواعد الخاصة بتنظيم نظرية التعسف في استعمال السلطة ولم تقف السلطة التقديرية في نطاق القانون المدني عند الرابطة العقدية بل ظهرت أيضا في نطاق المسؤولية المدنية سواء في مجال الخطر أو الضرر أو رابطة السببية وعند الكلام عن السبب الأجنبي وتقدير التعويض، ولقد ظهرت السلطة التقديرية في مجال القانون الجنائي وفي عديد من نصوصه سواء في مجال القواعد القانونية الموضوعية التي أوردت في القسم العام أو تلك التي وردت في القسم الخاص كما ظهرت في مجال القواعد الشكلية التي تضمنها قانون الإجراءات الجنائية، وإذا كانت السلطة التقديرية تجد مجالها في كافة فروع القانون فإن محلها دائما و أبدا في الشرائع المكتوبة حيث يواجه القاضي حالة قانونية أو واقعة قانونية غير محددة

1 محمد علي الكيك، مرجع السابق، ص16،17.

أو جزاء لم يقرر له المشرع تحديدا قاطعا بل يكون للقاضي تقرير الحل في الإطار الذي يرسه القانون.[1]

وأساس هذه السلطة يتضح من وجهتين:

الوجهة الأولى أساسها الثقة التي يفترضها المشرع في القاضي وهي ثقة يستحقها القاضي في العصر الحديث لعمله وخبرته، ثم لاستقلاله ونزاهته، ويقتضي الاستعمال السليم لهذه السلطة أن تتعاون أجهزة الدولة المختلفة مع القاضي في توفير جميع الإمكانيات للفحص الفني لشخصية المتهم، من يتعرف عليها تماما، فيحدد ما يراه مناسبا لتلك الحالة.

أما الوجهة الثانية أساسها نابع عن شعور المشرع بالقصور والعجز عن وضع جميع مفترضات القاعدة التجريمية، حتى يتم ترتيب آثارها مباشرة، هذا القصور جعله يتنازل عن جزء من سلطاته للقاضي الذي يلتزم بتطبيق القاعدة القانونية وفقا لمقتضيات الواقع المتطور، فالمشرع يقدر وجود نوعيات مختلفة ومتعددة من صور ارتكاب الجريمة، ومن أجل ذلك ترك تقديرها للقاضي، وأساس السلطة التقديرية إذن يرجع إلى قصور المشرع في تحديد جميع الأشكال التي يظهر عليها السلوك الإجرامي الضار بالمجتمع، لذلك مع هذه الرخصة للقاضي حتى يكمل عمل المشرع من خلال التطبيق الواقعي للتحديد التجريمي، وهذا لا يتعارض مطلقا مع مبدأ الشرعية، لأن عمله ينحصر في تقدير الجزاء الجنائي الملائم من بين الجزاءات التي رصدها المشرع لتلك الجريمة، وتأسيا على ذلك فإن السلطة التقديرية للقاضي الجنائي تتسع وتضيق تبعا لسياسة المشرع في التجريم والعقاب، فهذه السلطة تعكس تطور القانون الجنائي عبر الحقب التاريخية المتعاقبة، كما نجد أساس هذه السلطة في طبيعة وظيفة القاضي.[2]

1 محمد علي الكيك، مرجع السابق، ص20،19،18،17،16.

2 قريمس سارة، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة ،(مذكرة لنيل شهادة الماجيستر فرع الجنائي والعلوم الجنائية)، 2011_2012، ص34،33.

المبحث الثاني: تطبيقات السلطة التقديرية للقاضي الجنائي وحدودها

المطلب الأول: سلطة القاضي الجنائي في تقدير الدفاع الشرعي

ستناول حرية القاضي في استبعاد بالأدلة والأخذ بها:

الفرع الأول: حرية القاضي الجنائي في استبعاد الأدلة

للقاضي وهو يمارس سلطته في تقدير الأدلة، أن يطرح أي دليل لا يطمأن إليه خلال تقديمه لا قبل ذلك، فلا يجوز له استبعاد أحد الشهود قبل سماعه فقد قضت محكمة التمييز الأردنية (ليست للمحكمة أن بنت في قضية قبل استماع شهود الدفاع حتى ولو أرادت أن تقرر البراءة وقضت أن عدم استماع المحكمة إلى شهادات شهود الدفاع دون بيان الأسباب يخل بصحة قراري الإدانة والحكم) وقضت محكمة التعقيب التونسية (لمحكمة الموضوع الحق في رفض طلب سماع الشهود أن يتبين لها عدم وجاهته، وذلك بشرط التعليل ولو تلميحا طبقا لنص م144 من مجلة الإجراءات الجنائية)، وقضت محكمة النقض المصرية (القول بعدم جدوى سماع الشهود وهو افتراض من عندها يدحضه الواقع[1] ففي حالة الدفاع الشرعي التي يجب عليه لتحديد التناسب بين فعل الدفاع والعدوان يجب اعتماد فكرة الرجل المعتاد "بحيث يعد فعل الدفاع الشرعي متناسبا مع جسامة العدوان أذا انطوى على استخدام قدر من العنف لا يجاوز القدر الذي كان يستخدمه شخص معتاد أحاطت به نفس الظروف التي أحاطت بالمدافع إذ يجب على القاضي اعتماد معيار موضوعي قوامه الشخص المعتاد غير أنه يجب على القاضي أن يعتبر نفسه هذا الشخص ويضع نفسه موضع المدافع لحظة الدفاع.[2]

1 فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تحديد الأدلة، دراسة مقارنة، دار الثقافة، الطبعة الأولى، عمان، 2006، ص128،127

2 بارش سليمان، مرجع السابق، ص131.

ولكن يجب عليه أن يضع في نفسه ما استقر في نفس المدافع لا ما استقر في نفس غيره، فلا يجوز له وهو هادئ مطمئن في مجلس القضاء أن يجرد الموقف من بعض عناصره، وأن يحل نفسه محل المدافع ثم يحكم على سلوكه بمقتضى تذكيره المتزن، وهناك بعض الاعتبارات تفيد في تحديد مدى التناسب بين فعل الدفاع والعدوان منها الظروف والملابسات التي لازمت عملية الدفاع والعدوان مثل طبيعة الوسيلة والتفاوت في القوة البدنية ورغم تقرير محكمة النقض الفرنسية بأن مسألة تحديد التناسب مسألة وموضوعية، إلا أنها تؤكد بأنه يجب على قضاة الحكم تحديد بوضوح مسألة التناسب لكي تتمكن من التحقق من مدى توافره ومن طبيعته أن سلطة محكمة الموضوع التي تثبت مسألة الدفاع الشرعي بحيث تضبط نقاط تالية سواء من حيث شروط فعل العدوان أو فعل الدفاع تعتبر من الأمور المتعلقة بالدعوى، بحيث يكون من اختصاص محكمة الموضوع الفصل فيها بحسب ما يتبين لها من خلال الأدلة ويجب عليها الفصل في الدفاع الشرعي إذا تمسك المتهم أو كانت دفائع القضية ناطقة به، وأن سلطة محكمة الموضوع في تقرير توافر حالة الدفاع الشرعي إنتفائة ليست مطلقة، بل تخضع المحكمة في ذلك لرقابة المحكمة العليا، بحيث يحق لها تراقب كيفية استنتاج محكمة الموضوع لمدى توافر أو انتفاء الدفاع الشرعي من وقائع الدعوى" فلو كانت وقائع الدعوى ناطقة بقيام حالة الدفاع الشرعي ولكن محكمة الموضوع قضت بانتفائه فإن للمحكمة العليا إلغاء هذا الحكم لأنه الخطأ في فهم تفريق الدفاع الشرعي وتحديد أركانه وهذا خطأ في تطبيق القانون.[1]

الفرع الثاني: حرية القاضي في الأخذ بالدليل

وحرية القاضي في هذا المجال تأخذ صور متعددة، فهو أما أن يأخذ بالدليل كاملا دون تجزئته، أو أن يأخذ جزءا منه وهو الذي يقتنع به ويهدر باقيه، أو أن يأخذ به بالنسبة لمتهم دون آخر في ذات الدعوى، وقد قضت محكمة التمييز (للمحكمة أن تأخذ أقوال الشاهد في إثبات التحقيق إذا أيدت بأدلة أخرى واقتنعت بصحتها، ولو رجع عنها في المحكمة) وقضت

1 بارش سليمان، مرجع السابق، ص132.

المحكمة الأخذ بشهادة الأخرس المدلاة بإشارته المعهودة ونطقه بأسماء المتهمين، كما لها الأخذ بشهادات أقرباء المجني عليه، كما له أن يجزأ الدليل، ويأخذ بالجزء الذي يطمئن إليه، وفي هذا الشأن قضت محكمة التمييز (لمحكمة أن تجزأ الشهادة فتأخذ بالجزء الذي يقتنع بصحته)[1].

لحالة الدفاع الشرعي التي نصت عليها م40 من ق.ع الجزائري "الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد السرقات أو النهب بالقوة وتسمى هذه الحالة من الحالات الممتازة لأم مرتكب الفعل أثناء الليل وأثناء التسلق أو يكون الفعل لمواجهة مرتكبي السرقات في الطريق العام فالمادة 40 أنشأت قرينة قانونية على توافر الدفاع الشرعي. ومن جهة نجد القضاء الفرنسي قد اعتبرها بداية قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس وثبت القضاء بها في قضية مادام جوفوس التي قتلت بواسطة حارسها أحد جيرانها أثناء الليل عندما كان يتسلق سور الحديقة لوضع خطاب غرام لابنتها، غير أنها عادت معتبرة هذه القرينة بسيطة حيث أدانت محكمة الجنايات في باريس أحد الأشخاص لأنه جرح آخر بعد أن فاجئه في مكتبه ليلا وكان الأخير قد حضر بناء على موعد مع الجاني.[2] غير أن الفقه الفرنسي هاجم هذا القضاء وانتقده مؤكدا على ضرورة إعفاء هذه القرينة صفة الإطلاق حتى يحجم الكافة عند دخول منازل الغير دون علمهم والهدف الذي يسعى إليه المشرع، والواقع أن هذه القرينة تعتبر قاطعة من حيث أنه لا يكلف المدافع بإثبات شروط الدفاع الشرعي، ولكنها تعتبر بسيطة من حيث أنه يمكن لجهة الاتهام تقديم الدليل على عدم توافر الحالة الممتازة كعدم توافر ظرف الليل أو انعدام أو العكس يأخذ بالدليل إذا وجد توافر الحالة الممتازة كتوفر حالة الدفاع عن النفس.[3]

1 فاضل زيدان محمد، الطبعة الأولى، مرجع السابق، ص129.

2 بارش سليمان، مرجع السابق، ص134.

3 مرجع نفسه، ص132.

الفرع الثالث: اجتهادات قضائية في الدفاع الشرعي

أولا: طرح سؤال خاص بحالة الدفاع الشرعي: القرارات التي تتضمنها حالة الدفاع الشرعي

م1573: لما كانت الأسئلة والأجوبة هي بمثابة تعليل أمام محكمة الجنايات فلقد استقر قضاء المجلس الأعلى على أن طرح سؤال مستقل خاص بالدفاع الشرعي غير لزومي لأن الإجابة بالإيجاب على السؤال الرئيسي المتعلق باللإدانة تدل ضمنيا على عدم توافر هذا الفعل المبرر لدى المتهم.

(قرار صادر يوم 28 فبراير 1981 من الغرفة الجنائية الأولى في الطعن رقم 22680)

م1575: ولا حرج في طرح سؤال خاص بحالة الدفاع الشرعي إذا كانت الإجابة عليه لا تتناقض مع الإجابة على السؤال الرئيسي المتعلق بالإدانة.

(قرار صادر عن الغرفة الجنائية الأولى، الأول رقم 7 ماي 1985 في الطعن رقم 38996، والثاني يوم 27 مارس 1990 في الطعن رقم 64901)

ثانيا: توافر حالة الدفاع الشرعي

م1572: يرى أغلب العلماء في القانون الجنائي أن دفاع شخص عن نفسه أو ماله أو نفس أو مال غيره أمام عدوان أو خطر وشيك الوقوع هو[1] استخدام طبيعي لغريزة الحرص على الكيان والبقاء "لذلك اعتبروا سلوك المدافع في هذه الحالة سلوكا مشروعا ومبررا."

ولقد أخذ المشرع الجزائري بهذا المبدأ وعبر عنه في المادة 39 من ق.ع كما رأينا ذلك سابقا. فبتوافر هذه الشروط يصبح فعل المدافع سلوكا مشروعا ومبررا.

1 جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجنائية الجزء الثاني، الجزائر، الطبعة الأولى، 2001، ص72،71.

ولما كان من المستقر قضاء أن الأحكام والقرارات الصادرة في مواد الجنح لا بد وأن تعلل تعليلا كافيا حتى يتسنى للمحكمة العليا مراقبة صحة تطبيق القانون تعين على قضاة الاستئناف عند تطبيقهم المادة39 من قانون العقوبات أن يبينوا في قراراتهم توافر شروط حالة الدفاع الشرعي وهي:

أولا: أن يجد المدافع نفسه أمام خطر الاعتداء على نفسه أو ماله أو نفس أو مال غيره.

ثانيا: أن يكون هذا الخطر وشيك الوقوع يلزم درؤه ودفعه فورد إلا صار أمرا واقعا.

ثالثا: أن يكون الاعتداء المخوف وقوعه غير مشروع له وصف الجريمة قانونا.

رابعا: أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء أي أن لا يكون في وسع المدافع أن يدرأ الخطر بطريقة أخرى من شأنها أن تحدث ضررا أخف من الذي أصاب فعلا المعتدي.

(قراران صادران عن الغرفة الجنائية الثانية يوم 10 نوفمبر 1987، الأول تحت رقم 1005 والثاني تحت رقم1023)[1].

ثالثا: الفصل في مسألة الدفاع الشرعي[2]

م1577: متى كان من الثابت أن الدفاع تمسك بحالة الدفاع الشرعي عن النفس أمام محكمة الدرجة الأولى والمجلس القضائي وأن قضاة الموضوع قرروا إجابة المتهم دون تعرضهم للدفاع المثار أمامهم بحيث لم يفصلوا فيه لا بالرفض ولا بالقبول كان قضاؤهم مشوبا بالقصور في التعليل ومخلا بحقوق الدفاع وترتب على ذلك النقض.

(قرار صادر يوم 29 ماي 1984 من القسم الأول للغرفة الجنائية الثانية في الطعن رقم27369 المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد4، سنة1989، صفحة335).

1 جيلالي بغدادي، المرجع السابق، ص70،71.

2 نفس المرجع، ص 72.

م1578: لما كان من اللازم أن يتداول جميع أعضاء محكمة الجنايات بما فيهم القضاة المحترفون والمحلفون المساعدون في الأسئلة المتعلقة بالإدانة تعني نقض الحكم الفاصل في مسألة الدفاع الشرعي دون إشراك المساعدين المحلفين.

(قرار صادر يوم 6 يناير 1970 من الغرفة الجنائية الأولى نشرة قضاة العدد1، سنة1970، ص52).

م1579: متى وقع طرح سؤال خاص بحالة الدفاع الشرعي وكانت الإجابة عليه تتناقض مع الإجابة على السؤال الرئيسي المتعلق بالادانة يترتب على هذا التناقض نقض الحكم الصادر في الدعوى.

(قرار صادر يوم 27 مارس 1990، من الغرفة الجنائية الأولى في الطعن رقم 64901).

المطلب الثاني: نطاق السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير الأدلة والعقوبة

الفرع الأول: حدود السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير الأدلة

حدود القاضي الجنائي في تقدير الأدلة ترد عليها استثناءات

أولا: الاستثناءات التي ترد على تحديد قيمة الأدلة

أ_ قيمة القرائن القانونية في الإثبات

الإثبات بالقرينة هو استنتاج الواقعة المطلوب إثباتها من واقعة أخرى قام عليها دليل إثبات، وفي هذه الحالة يقال أن إثبات واقعة التي قام عليها الدليل قرينة على ثبوت الواقعة التي لم يرد عليها دليل.

وعرفت المادة 98 من قانون الإثبات العراقي القرينة القانونية بأنها، استنباط المشرع أمر غير ثابت من أمر ثابت، فهي القرائن التي يقررها المشرع مقدما ويلزم القاضي بقيمتها في الإثبات أما إذا كانت قاطعة، كافتراض انعدام التمييز من لم يتم التاسعة من عمره، وكذلك افتراض توافر الإدراك أو الإرادة بمرتكب الجريمة إذا كان فقد الإدراك أو الإرادة ناتجا عن مواد مسكرة أو مخذرة باختياره وعلمه، وقرائن قانونية يجوز إثبات عكسها، كاعتبار تخلف الشاهد عن الحضور أمام المحكمة على الرغم من تبليغه قرينة امتناعه عن أداء الشهادة، وفي جريمة الزنا يفترض علم الجاني بقيام الزوجية ما لم يثبت من جانبه أنه لم يكن في مقدوره بحال العلم بها، فالمشرع حينما قدر قيمة القرينة القانونية القاطعة في الإثبات، استنادا إلى التجربة المبنية على القواعد العلمية، عندما وجد أن من بين بعض الأسباب والنتائج علاقة محتملة جدا، وأن تكن ليس بالأكيدة دوما، وهذه الحالات المقررة كثيرة ولا يمكن حصرها وهذا حد بالفقيه جارو إلى القول "إن القاضي يعيش ويتحرك في جو من القرائن"[1]

وأمام هذه القرائن تتلاشى سلطة القاضي في تقدير الأدلة، حيث أن المشرع يلزمه بقيمتها، فالصغير الذي لم يتم التاسعة سنا عند ارتكاب جريمة ما لا يمكن للقاضي أن يثبت توافر القصد لديه مهما توافرت الأدلة واقتنع القاضي بها فالمشرع ألزمه بانعدام، حيث هو الذي افترض ذلك طبقا لقناعته التشريعية وعليه فإن القرائن القانونية تشكل استثناءا حقيقيا على سلطة القاضي في تقدير الأدلة حيث أنه حيالها لا يستطيع أن يمارس هذه السلطة، مادام المشرع قد منحها قوتها وحجيتها في الإثبات، والصواب أن هذه القرائن لم يثبتها المشرع بصورة عفوية، وأن أساس أغلبها في كونها قرائن قضائية، اضطر القضاء على الأخذ بها، بحيث لم يصبح هذه القرينة متغيرة الأدلة من قضية إلى أخرى مما يجعلها جديرة بأن ينص عل توحيد دلالتها فتصبح بذلك قرينة قانونية[2].

1 فاضل زيدان محمد، المرجع السابق، ص186.

نفس المرجع، ص2.185

ب_ الحجية القانونية لبعض المحاضر:

ولذلك فإن القاضي الجزائي يتمتع بمطلق الحرية في تقدير الوقائع التي ترد في الأوراق والمحاضر المختلفة المتعلقة بالدعوى وله أن يكون اقتناعه بوقوعها أو عدم وقوعها ملتجئا بذلك إلى جميع طرق الإثبات من بين المحاضر والمحاضر التي لها حجية إلى أن يثبت العكس والقراءة م215 و400 ق إجراءات جزائية يثبت لنا أنه يقصد بها تلك المحاضر والتقارير التي خول القانون فيها بضباط الشرطة القضائية وأعوانهم أو الموظفون وأعوانهم الموكلة لهم بعض مهام الضبط القضائي سلطة تحريرها لإثبات جنح ومخالفات وتكون لهذه المحاضر أو التقارير حجتيها ما لم يدحضها دليل عكسي بالكتابة أو شهادة الشهود إذن المحاضر التي تحوز حجية لا تحبط إلا بإثبات العكس نقيد اقتناع القاضي ولا يمكن له أن يستعدها ما لم يدحضها دليل عكسي بالكتابة أو شهادة الشهود.[1]

ومن بين المحاضر التي لها حجية إلى أن ثبت بالعكس المحاضر المحررة تطبيقا لقانون رقم 14/01 المتعلقة بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها، وذلك طبقا لنص المادة 136 من نفس القانون والمحاضر محررة من قبل أعوان قمع الغش طبقا لنص م 31 من القانون رقم 03/09 المتعلقة بحماية المستهلك بقمع الغش[2]

ج_ تحديد القيمة القانونية للشهادة وحضرها:

1. النظرية الأولى: نظرية الاستبعاد أو الرد

بمقتضى هذه النظرية، فإن سلطة القاضي مقيدة بقيمة الشهادة، بحيث لا تشكل دليلا وإنما مجرد استدلال أو تحديد نصاب لها لا يمكن القضاء بمفردها أو عدم بوار سماعة

1 بن طاية عبد الرزاق، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون جنائي، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014/2013، ص106،105،104.

مرجع نفسه، ص 2.106

شهادة بعض الأشخاص كالأزواج والأصول والفروع مثل عدم سماع شهادة لحالة الدفاع الشرعي للأصول لأنها مجرد استدلال.

2. **نظرية التشكك:** ورائدها الفيلسوف بنتام بمقتضاها تسمع كل الشهادات ولا نقيد قيمة القاضي بقيمة مستقبلها، أو تحديد نصاب لها، أو يمنع من سماع شهادة بعض الأشخاص وإنما يمنع القاضي حرية واسعة في تمحيص وتقدير الشهادات، وأغلب التشريعات تجمع بين هاتين النظريتين، فالأصل فيها أن لا يقيد القاضي بقيمة الشهادة، ولكنها تورد استثناء على هذا الأصل، فقد تقدر قيمتها مسبقا بكونها لا تشكل إلا استدلالا ولا تأخذ بها كدليل كامن، أو تحدد نصاب لها فلا تعتد بقيمة الشهادة الواحدة ما لم تقترن بدليلة أو قرينة، أو تمنع القاضي من سماع شهادة بعض الأشخاص وعلى ضوء ذلك يمكننا معالجة الاستثناءات التي ترد على سلطة القاضي في مجال تقدير الشهادة بثلاث حالات هي:

- **القيمة القانونية للشهادة دون حلف اليمين:** من الناحية التطبيقية قي تقدير الأدلة، وحريته في تقدير قيمة الشهادة سواء أدبيا[1]
- **القيمة القانونية للشهادة الواحدة:** وهناك استثناء آخر يرد على سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، وفيما يتعلق بتحديد نص بالشهادة، وعدم اعتبار الشهادة الواحدة دليلا كاملا ما لم تعزز بدليل أو قرينة، وهذا ما نصت عليه المادة 213 (ب) من قانون أصول المحاكمات الجزائية لقولها (تكفي الشهادة الواحد سببا للحكم ما لم تأيد بقرينة أو أدلة أخرى مقنعة أو بإقرار من المتهم، إلا إذا رسم القانون من طريقا معينا للإثبات فيجب التقيد به)، فهذا النص يشكل استثناءا حقيقيا على سلطة القاضي في تقدير الأدلة، حيث لا يمكنه الاستناد في حكمه إلى شهادة واحدة مهما بلغت قيمته وقناعته بصحتها، من السائد في الفقه الإسلامي أن ثبات جرائم الحدود والقصاص لا يكون

[1] فاضل زيدان محمد، مرجع السابق، ص 196، 197.

بشهادة واحدة أما في جرائم التعازير فإن هذا الفقه ترك القاضي الحرية في الاقتناع بالشهادة دون تحديده نصابا لها، ومثال سماع شهادة الدفاع الشرعي لمن رأى واقعة وهذا ينطوي على قناعة القاضي لسماعها.

- **الحرض القانوني لشهادة بعض الأشخاص:** الأصل أن شهادة كل شخص يتوجب سماعها، إلا أن المشرع قد منع شهادة بعض الأشخاص، وذلك مراعاة لاعتبارات معينة من الضروري لا يأخذ بها وأن ما تحمله من الاعتبارات من مصالح تفوق أداء الشهادة وسماعها، حيث ترجح كفة عدم السماع، إزاء تحقيق هذه المصالح محل اعتبار المشرع، وتوسع الفقه في تحديد فئات الممنوعين من الشهادة، فيسر هذا المنع على عديمي الأهلية وفقا م 65 من ق أصول المحاكمات الجزائية، والحق بهم الصغير طبقا م 60 والمحكوم عليهم وفقا م 69 من ق ع وفي رأينا هدا التوسع بالإضافة إلى خطورته على سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، فإنه لا يجد له سندا في القانون[1] وقد نصت م2111 من اجتهاد الغرفة الجنائية للمحكمة العليا أن شهادة الشهود كغيرها من أدلة الإثبات يقدرها القضاة الموضوع تبعا لاقتناعهم الشخص مالم ينص القانون صراحة على خلاف ذلك[2]

ثانيا: الاستثناءات التي ترد على طبيعة الجريمة أو الإثبات أو القناعة

أ_ أدلة إثبات ضد شريك الزوجة الزانية: المبدأ الذي يسود الإثبات الجنائي، هو عدم حصر الأدلة بعدد أنوع معين فيها فجمع الأدلة مقبولة في الإثبات ما دامت قد تحصلت بصورة مشروعة طبقا للقواعد الإجرائية الخاصة بتحصيلها

1_ التلبس بالزنا: فتقدير قيام حالة التلبس متروكة لقاضي الموضوع، فله ان يقدر قيمة الظروف التي شوهد فيها الشريك، ومدى دلالتها على ارتكاب الفعل، والتلبس بالزنا أن

1 فاضل زيدان محمد، مرجع سابق، ص 204، 205.

2 جلالي بغدادي، مرجع السابق، ص 243.

يكون شريك الزانية قد شوهد معها في ظروف لا تترك مجالا للشك عقلا في أن الزنا قد وقع وبهذا القاضي مقيد في البحث عن الحقيقة عن أدلة أخرى غير ما نصت عليه وتنحصر الأدلة من بينها التلبس بالزنا.

2_ الاعتراف: ويقصد به إقرار الشريك نفسه بأنه ارتكب الزنا، فلا يكفي لتحققه اعتراف الزوجة على نفسها، ويثبت الاشتراك معها، إذ يثبت ذلك اعترافا من الشريك، فقد يكون المقصود الكبير لهذا الشخص أو التستر على الشريك الحقيقي أو قد يكون الباعث عليه مجرد الحصول على الطلاق أو على التعويض لمصلحة زوجها بناء على تواطؤ بينهما ومثال حالة اعتراف الضحية بأنه في حالة دفاع شرعي.

3_ المكاتب والأوراق: ويقصد به الأوراق التي حررها الشريك، بصرف النظر عن ماهيتها، سواء اتخذت بصورة رسائل، فالمشرع يشترط أن تكون هذه المحررات صادرة عن الشريك ويخضع هذا الدليل للقاعدة العامة التي توجب أن يكون الحصول عليه بطريقة مشروعة.

4_ وجود شريك في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم: ولهذا فقد اعتبر المشرع وجود الشريك في المحل المخصص للنساء من البيت دون سبب مشروع دليل على اشتراكه في الزنا[1] ، ويترتب على ذلك أن هذه القرينة لا تتوفر إذا كان الزوج غير مسلم، أو إذا وجد المتهم في مكان غير خاص بالزوجة في منزل زوج مسلم أو إذا وجد المتهم مع الزوجة المقيمة في منزل آخر لا يساكنها فيه الزوج وهذه القرينة غير قاطعة فيجوز إثبات عكسها بكل طرق الإثبات.

1 فاضل زيدان محمد، المرجع السابق،ص214،212،211،210.

ب_ إتباع طرق الإثبات الخاصة في الوسائل غير الجنائية

قد تعرض على القاضي الجنائي أثناء نظره للدعوة الجنائية مسألة مدنية أو تجارية أو إدارية، في هذه الحالة توجب عليه إتباع طرق الإثبات الخاصة بتلك المسائل كما هو الحال في عقود الأمانة كالوديعة، فالقاضي الجنائي الذي ينظر في جريمة جناية الأمانة يختص بالبحث وإثبات وجود العقد الذي سلم الشيء بمقتضى إلى المتهم ذلك أن المقرر طبقا للقاعدة السابقة أن القاضي المختص بالفصل في قضية ما ينعقد اختصاصه أيضا بالفصل في المسائل التي تنشأ عن هذه القضية، ولو كان غير مختص بنظرها أو رفعت له بصفة أصلية وهو ما يعرف بقاعدة قاضي الأصل وهو قاضي الفرع أو قاضي الدعوى وهو قاضي الدفع مثال حالة الدفاع الشرعي لمن أراد نكران وجود عقد.

ج_ مبدأ ضم القناعات: قد يكون تشكيل المحكمة من قاضي واحد، كما هو الحال عليه في قسم الجنح، أو من قضاة متعددين كما هو الحال في محاكم الجنايات وتشكيلات الغرفة الجنائية "المحكمة العليا"، والأصل أن كل قاضي يستقل في تكوين قناعته عن غيره من القضاة، فيما توصل إليه نتيجة بشأن الواقعة محل نظرة من خلال تقديره لأدلته أنها تشكيل حالة دفاع شرعي لا يمكن سلبها منه أو فر ض قناعة أخرى، فذلك يتنافى مع طبيعة القناعة القضائية والأساس الذي تقوم عليه[1].

الفرع الثاني: حدود السلطة التقديرية للقاضي في تقدير العقوبة لحالة الدفاع الشرعي:

نصت م 1865 من المحكمة العليا: من المبادئ الأساسية التي تقيد سلطة المحكمة في نظر الدعوى أن يلتزم قضاة الموضوع للفصل في الوقائع المحالة إليهم وأن لا يتعددها ولا تجاوز سلطتهم وترتب على ذلك نقض حكمهم[2]

1 فاضل زيدان محمد، مرجع السابق، ص224،216.

2 جيلالي بغدادي، مرجع السابق، ص 172.

أولا سلطة القاضي الجنائي في التدرج الكمي للعقوبة:

أخذ المشرع الجنائي في العصر الحديث على عاتقه إضفاء المرونة على حدود العقاب بتخويل القضاة سلطة واسعة في تطبيق العقاب، فإن كانت الجريمة واحدة إلا أن شخصيات مرتكبيها ليست كذلك، الأمر الذي ساعد في تغير أغراض العقاب وأصبح هدفه الإصلاح والتأهيل[1]

بدلا مما كان عليه من مثال ، وبهذا تصبح العقوبة في الفكر العقابي الحديث تتدرج في مقدرها ونوعها[2] وقد تسع لسلطة إلى أبعد من حصرها بين الحدين: الأقصى والأدنى وذلك في الحالات التي يسمح القانون للقاضي للهبوط إلى ما دونى الحد الأدني عند توافر الظروف المخففة (راجع المادة 3 م ق ع) وتجاوز الحد الأقصى إذا ما توافرت ظروف التجديد المنصوص عليها ولا تقتصر السلطة التقديرية للقاضي على تقدير العقوبة ضمن الحدين المنصوص عليهما أو تجاوزهما عندما يسمح القانون، إذا أضاف المشرع له سلطة اختيار العقوبة في العديد من الحالات التي ينص عليها القانون على التخيير ففي جريمة التحريض على التجمهر على سبيل المثال يعاقب القانون بالحبس والغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين، فالقاضي هنا يستطيع أن يحدد العقوبة ويختار نوعها، تبعا لسلطته التقديرية في التحديد والخيار

لقد منح المشرع للقاضي سلطة تقديرية ورسم له حدودها، فإذا استجاب القاضي للشروط القانونية والتزم وجود سلطته ولا رقابة عليه ولا تثريب على أحكامه[3]

1 يوسف شوالي، مرجع السابق، ص 18.

2 يوسف جوادي، مرجع السابق، ص 190.

3 عبد الله سليمان، مرجع السابق، ص 493.

ثانيا: سلطة القاضي الجنائي في الاختيار النوعي للعقوبة:

1_ نظام العقوبة التخيرية: فجوهر حرية القاضي في الاختيار وجود العديد من العقوبات التي يرصدها المشرع لجريمة معينة بحيث يكون للقاضي حرية الاختيار ليس لضوء طبعيه الجريمة بل في ضوء شخصية المجرم والظروف والملابسات التي تحيط بالواقعة

أ_ العقوبات التخيرية الحرة: وفقا لهذا النظام يتمتع القاضي بالحرية التامة في اختيار العقوبة التي ينزلها على الجاني من بين العقوبات التي رصدها المشرع للجريمة لا فرق بين كونهما عقوبتين أو أكثر[1]

ب_نظام العقوبات التخيرية المقيدة:

العقوبات التخيرية المقيدة بالباحث: وفي ظل هذا النظام يضع المشرع عقوبتين متبانيتين ويلتزم القاضي الحكم بالأشد متى وجد الباحث على الجريمة دينيئا فلا يجوز له في هذه الحالة توقيع العقوبة الأخف

- **نظام العقوبات التخيرية المقيدة بالملائمة:** إذا كانت الملائمة من المعيار العام الذي يحكم السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي إلا أن المشرع في بعض النظم القانونية يتخذ منه ضابط بنية القاضي إلى أن ثمة عقوبة أساسية و أخرى استثنائية بحيث لا يجوز له تطبيق الأخيرة إلا إذا ظهر عدم ملائمة العقوبة الأساسية وذلك في ضوء المتهم والجريمة.
- **نظام العقوبات التخيرية المقيدة بحسبان الفعل:** وهو ما يطلق عليه بعض الفقه شفاعة الجريمة أو خطرة المجرم: وطبقا لهذا النظام تتغير العقوبات التي يرصد المشرع ولكن لا يتمتع القاضي بحرية الاختيار فيما بينها بل يكون مقيد في اختياره وفقا لجسامة الفعل المؤثم ودرجة الخطورة المتهم على الأمن العام.

1 محمد علي الكيك، مرجع السابق، ص 97، 98.

- **نظام العقوبات التخيرية المقيدة بتوافر شروط معينة:** قد يحدد المشرع لبعض الجرائم الاقتصادية جزاء إداريا خاصا بالمخالفات أو عقوبات خاصة ويلزم القاضي بعدم تطبيق عقوبة الجنحة إلا بعد توقيع الجزاء الإداري على المتهم في واقعة مماثلة أو بشرط ممارسة للصناعة المحظورة

2_ نظام العقوبات البديلة:

أ_ صور العقوبات البديلة:

- **عقوبة الغرامة كبديل للعقوبات السالبة كحرية:** فيجيز المشرع للقاضي استبدال عقوبة سالبة للحرية بعقوبة غرامة وتقدير هذه المسألة المرجع فيها للتشريعات الداخلية في النظم القانونية التبانية ويلاحظ أن الحسب في هذه الحالة يعد عقوبة وليس مجرد وسيلة لإكراه المحكوم عليه على سداد الغرامة كما وأن قوة الحبس البديل تخضع لتقدير المحكمة[1]
- **عقوبة العمل قد تكون بديلة لعقوبة الغرامة:** بعض النظم القانونية تخول للقاضي سلطة تبديل عقوبة العمل الإلزامي دون سلب الحرية بغرامة يتعذر تحصيلها ويكون الاستبدال بقرار من المحكمة وفقا لما تراه.
- عقوبة بديلة قد تكون بدنية بعقوبة الغرامة: ينذر في النظم القانونية الحديثة استبدال عقوبات بدنية بعقوبة الغرامة لاختيار الأولى فيما عدا حالات استثنائية.
- العقوبة السالبة للحرية قد تكون بديلة لعقوبة الغرامة: لم يعرف القانون المصري هذه الصورة من صور العقوبات البديلة وإن كانت نظما قانونية أخرى قد عرفتها وجوهرها أن يكون للقاضي ولاية اخلال عقوبة سالبة لحرية بعقوبة غرامة.

1 محمد علي الكيك، مرجع السابق، ص 99،100، 101.

- إحلال عقوبة العمل كبديل لعقوبة سالبة للحرية: لقد عرف النظام القانوني المصري هذه الصورة من صور العقوبات البديلة حيث أورد تطبيق لها في 2/18 من ق. ع. م التي تنص على أنه" لكل محكوم عليه بالحبس البسيط لمدة لا تجاوز ثلاثة أشهر أن يطلب بدلا من تنفيذ حكم الحبس عليه تشغيله خارج السجن طبقا لما هو مقرر من القيود بقانون تحقيق الجنايات، مالم ينص الحكم من حرماته من هذا الخيار.
- استبدال عقوبة بدينة بعقوبة سالبة للحرية: وهو نظام غير معروف في النظم القانونية الحديثة ومثالها استبدال عقوبة الجلد بالسوط بعقوبة الحبس للبالغين.
- استبدال عقوبة الغرامة بعقوبة العمل: وهو نظام عرفته بعض النظم المقارنة دون النظام المصري، والواقع أن النظم التي أخذت به حولت القاضي مطلق حرية في إحلال الغرامة محل العلم التقويمي وأن تمارس سلطة تقديرية في تحديد مبلغ الغرامة إذا لم يحدده القانون.
- استبدال عقوبة سالبة للحرية بعقوبة العمل: وجوهر هذا النظام أنه كلما كان الشخص غير قادر لأدار العل بسبب قدراته البدنية[1]

ثالثا: سلطة القاضي الجنائي في التحقيق والشديد ووقف التنفيذ القاضي للعقوبة:

1_ سلطة القاضي الجنائي في تحقيق العقوبة:

كما هو معروف أن المشرع يعترف للقاضي بسلطة تقديرية، لكي يحدد لكل حالة العقوبة الملائمة، وتحديد هذه العقوبة يتطلب دراسة دقيقة لظروف هذه الحالة واجتهادا في تحديد العقوبة التي تلائمها وتتمثل في الحدود التي يفرضها القانون على هذه السلطة، في وضعه حد أدنى للعقاب وحد أقصى له و لا يجوز أن يحكم بأكثر أو أقل من هاذين الحدين، حيث أن للقاضي أن يحكم بعقوبة تتوسط بين الحدين، و يكون للقاضي رأيه في العقوبة

1 نفس المرجع، ص 101 إلى 103.

الملائمة المعروضة عليه، مراعيا لكل ظروفها ولا اعتبارات ي راعها القاضي حين يستعمل سلطته،وتستطيع ردها إلى اعتبارين الأول درجة جسامة الاعتداء التي يترتب على الجريمة والثاني هو درجة خطورة الإرادة الجنائية التي توافرت لدى المتهم كحالة الدفاع الشرعي مثلا من خلال اعتبارين يمكن للقاضي أن يشدد أو يخفف العقوبة.

2_ سلطة القاضي الجنائي في تشديد العقوبة:

يجب على القاضي عند النطق بالعقوبة أن يلتزم بحلها الأدنى والأقصى التي نص عليها القانون تطبيقا لمبدأ قانون العقوبات، وقد يقترب القاضي من الحد الأقصى للعقوبة أو يصل إليه إذا وجد في ظروف الجريمة وشخصية المجرم ما يستدعي أخذه بالشدة، ومع ذلك لا يعد مسلك القاضي على النحو تشديدا للعقوبة قانونا لأنه التزم حدودها كما قررها القانون للفعل في الأحوال العادية وأسباب التشديد، إذن أسباب من شأنها أن تؤثر على نطاق السلطة التقديرية للقاضي، إذ توجب عليه حتما إذا كانت أسباب التشديد رجولية أن يحكم على المتهم بعقوبة أشد نوعا من العقوبة المقررة للجريمة أصلا[1]

أ_ حالا ت التشديد الوجوبي: يخرج التشديد الوجوبي تماما عن نطاق السلطة التقديرية للقاضي الجنائي لا يتمتع بأي سلطة تقديرية في صدده فحيث يكون بصدد حالة من حالات التشديد الوجوبي فإن السلطة[2] التقديرية للقاضي تنعدم تماما ولا يكون أمام القاضي سوى الحكم وتطبيق النص المشدد وتوقيع العقوبة الأشد دون خيار له في ذلك سواء من ناحية تطبيق النص وإيقاع العقوبة المشددة وإنزال أي عقوبة أدنى لما قرته النصوص التي أوردها المشرع وهكذا يمكن القول أن السلطة التقديرية للقاضي تجد مجالها في التشديد الجوازي أي الاختياري دون الوجوبي.

1 محمد علي الكيك، مرجع السابق، ص 68.

2 كريم هاشم، دور القاضي الجنائي في تقدير العقوبة: (مذكرة مكلمة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون جنائي)، جامعمة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسة، 2016/2015، ص 61.

ب_ حالات التشديد الجوازي: إذا كانت السلطة التقديرية للقاضي الجنائي تنعدم في حالات التشديد الوجوبي فإنها تجد مجالها الحقيقي في حالات التشديد الجوازي فإنها يتمتع القاضي الجنائي بسلطة تقديرية لا يمكن إنكارها وإن كانت لا تصل في مداها إلى ما يتمتع به في مجال التخفيف وهكذا فإذا كان القاضي الجنائي يتمتع بالسلطة تشديد العقوبة في حالات التشديد الجوازي فهو يملك إنزال العقوبة الأصلية ويلتفت عن تشديدها دون رقابة عليه في هذا الصدد ومن ناحية أخرى فإن التشديد الجوازي يجب أن يقف عند تشديد العقوبة الأصلية دون التكميلية، وأن القاضي مهما بلغت سلطته التقديرية فإنه يعمل في حدود الشرعية وربما لا يضع قيود على سلطة المشرع وفضلا عن ذلك فإن السلطة التقديرية للقاضي في حالات التشديد الجوازي إنما تقف وتقتصر على الحد الأقصى المقرر للعقوبة[1].

3_ سلطة القاضي الجنائي في وقف تنفيذ العقوبة:

تمكين القاضي من الحكم بالعقوبة مع وقف تنفيذها بشروط معينة[2] ولا شك أن تقرير نظام وقف التنفيذ يستهدف صالح المتهم فهي سلطة تقديرية خولها المشرع للقاضي الجنائي سواء لها نظرة الخصومة في غيبة المتهم عند تصديه للفصل بالمعارضة التي عسى أن يقام في شأنها وهي سلطة تقديرية أيضا مقررة لمحكمة الاستئناف بل ولمحكمة النقض في حالة نظر الطعن للمرة الثانية بل وفي حالة تصديها له وإعمالها رقابة التصحيح في شأنه[3].

أ_ السلطة التقديرية في شأن وقف التنفيذ وحدوده ومدته:

واضح من نصوص التشريع وما جرى عليه الفقه والقضاء أن تقرير توافر مبررات وقف التنفيذ من شأن قاضي الموضوع بوجع عام بل وقاضي النقض في الحدود السابق بيانها وهي بهذه الصورة سلطة جوازية إما أن يطبقها أو يلتفت عنها لأمر فالأمر بالإيقاف إختياري متروك

كريم هاشم، مرجع سابق، ص62،1.61

2 علي عبد القادر القهوجي، فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع السابق، ص310.

3 محمد علي الكيك، مرجع السابق، ص155.

لمطلق تقدير القاضي في حدود التزامه بالشرعية وهذه السلطة التقديرية يطبقها القاضي الجنائي من تلقاء نفسه سواء طلبها المتهم أو لم يطلبها وإذا كان القاضي صاحب الشأن في الأمر بوقف التنفيذ فلا تثريب عليه إذا كان قد امتنع عن تطبيقه فهي رخصة منها له المشرع ورخص له بها وترك الأمر لمشيأته لا يسأل عنها حسابا ولا يلزم بإعمالها وإذا أغفل تطبيقها رغم طلبها ولم يعبأ بالرد عليها فلا يسأل عن ذلك حسابا وخروجا عن السلطة الواسعة ففي شأن مدة الإيقاف فإن سلطة القاضي تضيق بل تنعدم تماما إذ حددها المشرع بثلاث سنوات تبدأ من تاريخ الحكم وليس للقاضي أن يعدل فيها بالتقصير أو الزيادة فإذا أعلن قراره بتطبيقها فليس أمامه سوى تقرير المدة المحددة قانونا في المادة 55 أي ثلاث سنوات وبالجملة فلا يملك القاضي في شأن مدة وقف التنفيذ سوى أن يعلن تطبيقها أو يسكت عن أعمالها وفي هذه الحالة يتعين تطبيق العقوبة إعمالا للأصل العام.[1]

ب_ السلطة التقديرية لوقف التنفيذ من حيث التي يوقف تنفيذها:

قد يقضي القاضي بعقاب المتهم بعقوبة واحدة وقد تتعد العقوبات التي ينزلها على المتهم، وللقاضي سلطة تقديرية في تحديد ما إذا كان يشملها جميعا وقف التنفيذ أو يشتمل بعضها الآخر.[2]

ومن ناحية ثانية فإن سلطته التقديرية تقف عند وقف العقوبة الأصلية، وقد تمتد لشمل العقوبات التبعية والتكميلية أو بعضها وقد يرد وقف التنفيذ على الآثار الجنائية بالحكم كلها بعضها وخروجا عن السلطة التقديرية للقاضي في وقف التنفيذ فلا يجوز له أن يأمر بوقف تنفيذ جزء من العقوبة كأن يأمر بوقف تنفيذ جزء من عقوبة الحبس أو الغرامة، فالغض الذي يستهدف من وقف سلوك القاضي من ازدواج معاملة المتهم في شأن العقوبة الواحدة وأيضا فلا

1 محمد علي الكيك، مرجع السابق، ص 156، 157.

2 يوسف جوادي، مرجع السابق، ص 106، 107.

يتمتع القاضي بأي سلطة تقديرية في شأن وقف التنفيذ، أي من التدابير في خصوصها فتنعدم أي سلطة تقديرية للقاضي.

ج_ السلطة التقديرية فيوقف التنفيذ بالنسبة للمتهم:

إذا كان يجوز للقاضي أن يوقف تنفيذ العقوبة في تنفيذ الجاني فإن السلطة المذكورة تبقى بيده إذا تعدد الجناة، فهو يقضي بوقف التنفيذ بصدد أحد الجناة دون الباقين، وقد يعمل سلطته هذه إذا طلبها المتهم أو لم يطلبها، ويجوز له إعمال هذه السلطة للمتهم ولو كان غائبا، كما يقضي بوقف التنفيذ فيشأن متهم عائد أو سبق أن تمتع بوقف التنفيذ، أما القانون الجزائري فقد تناول إلغاء وقف تنفيذ الحكم، وذلك في قانون الإجراءات الجزائية الكتاب السادس الباب الأول، وذلك حسب المواد التالية 592" يجوز للمجالس القضائية وللمحاكم في حالة الحكم عليه بالحبس لجناية أو جنحة من جرائم القانون العام أن تأمر بحكم مسببا بإيقاف كلي أو جزئي لتنفيذ العقوبة الأصلية" والمادة 593: " إذا لم يصدر ضد المحكوم عليه بعد ذلك خلال مدة خمس سنوات من تاريخ الحكم الصادر من المحكمة أو المجلس حكم بعقوبة الحبس أو عقوبة أشد منها لارتكاب جناية أو جنحة اعتبر الحكم بإدانته غير ذي أثر، في حالة العكسية تنفذ أولا العقوبة الصادر بها الحكم الأول دون أن يتلبس بالعقوبة التالية."[1]

1 يوسف جوادي، مرجع السابق، ص 107، 108.

الخاتمة:

إن مهمة القاضي مهمة شاقة، والوصول إلى الحقيقة أمر في غاية الصعوبة، لأن العمل القضائي يتطلبا تعاملا مع نفوس بشرية تحيط بها ظروف مختلفة، لذلك كان لا بد من الاهتمام بهذا المجال، وتخصيص دراسات وأبحاث تتعلق بهذا الميدان، فالسلطة القضائية هي التي تعطي الفاعلية للقانون بوجه عام، من خلال تطبيقه، اعتمادا على ما تمتع به من سلطة تقديرية.

ووقوفا على مفهوم هذه السلطة كان لازما علينا _في هذه الدراسة_ تتبع الإطار المفاهيمي للدفاع الشرعي، وإعطاء سلطة وحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي، حيث بين أن هذه السلطة تعني الملائمة بين تقدير الجريمة والعقوبة المناسبة لها، تحقيقا لما يعرف بالتفريد القضائي، حيث يساهم القاضي في إقرار العدالة على نحو فعال ومؤثر.

وإذا سلمنا بسلطة القاضي في تقدير مثال حالة الدفاع الشرعي، كان علينا أن نحدد نطاقها أي السلطة، ذلك أن المشرع عندما وضع العقوبة بين حدين، فقد جعلهما حدا لهذه السلطة، وهي تتسع تدريجيا باتساع بينهما، كما رصده عدة عقوبات للجريمة واحدة وأعطى للقاضي مكنة اختيار ما يراه مناسبا للحالة المعروضة بين يديه.

وفصلنا القول فذكرنا أن التقدير الكمي للعقوبة تنشط في رحابة أربعة أنماط تدريجية ولاحظنا كيف أن المشرع الجزائري أخذ بهذه الأنماط لكن بنسب متفاوتة، سواء تعلق المر بالشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي أما عن الاختيار النوعي للعقوبة، باعتباره وسيلة من وسائل التفريد القضائي، فبينا أنه في ظله يتمتع القاضي بسلطة في تقدير العقوبة المناسبة للتطبيق على مرتكبي الجريمة، من خلال اختيار نوع العقوبة التي تتلاءم ظروف المجرم الشخصية، ورأينا كيف أن التشريعات تباينت في الأخذ بهذا النظام بين موسع ومضيق، ولاحظنا أن المشرع الجزائري لا يميل إلى التوسع في الأخذ بالنظام التخييري، ولعل العبرة في

ذلك تكمن في ضمان تحقيق الحماية الكافية للمتهم، من تحكم وتعسف القضاة، أما عن النوع الثاني من الاختيار النوعي ونقصد به النظام الابتدائي. ففي الوقت الذي تبنته العديد من التشريعات منذ مدة، نجد المشرع الجزائري تدارك الأمر مؤخرا، وأخذ بهذا النظام بموجب القانون رقم 09_01 المعدل والمتمم لقانون العقوبات وتفادي لمساوئ العقوبات السالبة للحرية، وما ينجر عنها من آثار تنعكس على الفرد والمجتمع، وتطبيقا لأفكار السياسة الجنائية الحديثة التي تكفل تأهيل المحكوم عليه وإصلاحه، منح للقاضي الجنائي سلطة تقديرية وبالتالي يكون عادلا في إصدار الأحكام التي يقررها وهذا ضمانة لتحقيق محاكمة عادلة.

توصلت من خلال الدراسة أن:

_ الدفاع الشرعي له شروط سواء الأمر يتعلق بالتناسب وتلازم في الشريعة الإسلامية أو القانون الجزائري أو المقارن.

_ أن القاضي الجنائي إلى جانب سلطته التقديرية المطلقة إلا أنه وضع له القانون ويكون حكمه مشيبا بعيب.

والإقتراحات التي وضعتها في الدراسة:

_ أن الدفاع الشرعي حالة كمثل حالة الضرورة إلا أنه يجب معرفة حدود حالة الدفاع الشرعي.

_ على القاضي الجنائي تقدير حالة الدفاع الشرعي أو الحالات الأخرى المماثلة لكي لا يكون حكمه مخالف للقانون بذلك يتعسف في سلطته.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: المصادر

1_ القرآن الكريم

2_ السنة النبوية

ثانيا: القوانين

3_ قانون رقم 11_14 المؤرخ في 02_08_2011 المعدل والمتمم للأمر رقم 66_ 156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية عدد 44 بتاريخ 10_08_2011.

4_ أمر رقم 11_ 02 المؤرخ في 23 فبراير سنة 2011 المعدل والمتمم للأمر رقم 66_155 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية.

5_ أمر رقم 15 المؤرخ في 07 شوال عام 1436 هـ الموافق ل 23 يوليو سنة 2015 م، يعدل ويتمم المر رقم 66_155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386هـ الموافق ل 08 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية.

6_ قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960 مع كامل التعديلات حتى سنة 2011.

ثالثا: الكتب والمؤلفات

7_ الدكتور بارش سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، الجزء الأول، شرعية التجريم، مطبعة باتنة، عمار قرفي، 1992.

8_ الدكتور علي السلم الحلبي، الدكتور أكرم طراد فايز، شرح قانون العقوبات القسم العام، عمان، دار الثقافة، 2011.

9_ الأستاذ بن شيخ لحسين، مبادئ القانون الجزائي العام، الجزائر، دار هومة،د.س.ط.

10_ الدكتور السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، القاهرة، مكتبة النهضة المصرية،الطبعة الثانية، 1372_1954.

11_ الدكتور كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دراسة مقارنة، عمان، دار الثقافة، الطبعة الثالثة، 2011.

12_ الدكتور عمار عباس الحسنى، حالة الضرورة وأثرها في المسؤولية الجنائية، دراسة مقارنة، عمان، دار المنشورات الحلبية الحقوقية، الطبعة الأولى، 2011.

13_ الدكتور مسير الشمري، أداء الواجب وحالة الضرورة في قانون العقوبات، دراسة مقارنة، عمان، دار المناهج للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2011.

14_ الدكتور علي عبد القادر القهوجي، الدكتور عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات القسم العام، النظرية العامة للجريمة، المسؤولية والجزاء الجنائي، الإسكندرية، دار الهدى للمطبوعات، د.ط، 2002.

15_ الدكتور محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 2000.

16_ الأستاذ عبيد الشافعي، قانون العقوبات منيل باجتهاد القضاء الجنائي، الجزائر، دار الهدى، د.ط، 2011.

17_ الدكتور محمد صبحي نجم، قانون العقوبات القسم العام، النظرية العامة للجريمة،عمان، دار الثقافة، الطبعة الرابعة،2012_1433.

18_ الأستاذ أحمد لعور، الأستاذ نبيل صقر، موسوعة الفكر القانوني، قانون العقوبات نصا وتطبيقا، الجزائر، دار الهدى، د.ط، 2007.

19_ الدكتور عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، نظرية الجريمة، نظرية الجزاء الجنائي، الجزائر، دار الهدى، الطبعة الثانية، 2013.

20_ الدكتور محمد أحمد المشهداني، الوسيط في شرح قانون العقوبات، عمان، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2006.

21_ الدكتور فخري عبد الرزاق الحديثي، الدكتور خالد حميدي الزعبي، الموسوعة الجنائية، شرح قانون العقوبات القسم العام، عمان، دار الثقافة، د.ط، 2009_1430.

22_ الدكتور نظام التوفيق المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام، دراسة تحليلية في النظرية العامة للجريمة والمسؤولية الجنائية، عمان، دار الثقافة، د.ط، 2009_1430.

23_ رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، الكتاب الأول، قانون العقوبات القسم العام، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الطبعة 1976.

24_ الدكتور سهيل الحسين القتلاوي، موسوعة القانون الدولي الجنائي، القضاء الدولي الجنائي، عمان، دار الثقافة، الطبعة الأولى، 2011.

25_ أستاذ المعهد الوطني للقضاء جيلالي البغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجنائية، الجزء الثاني، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2011.

26_ أستاذ ماجيستير يوسف جوادي، حدود سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، د.ط، 2011.

27_ الأستاذ عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الثاني، الجزاء الجنائي، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ط، 1996.

28_ الدكتور فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دراسة مقارنة، عمان، دار الثقافة، الطبعة الثالثة، 2010.

29_ الدكتور فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دراسة مقارنة، عمان، دار الثقافة، الطبعة الأولى، 2005.

30_ الدكتور محمد علي الكيك، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تطبيق العقوبة وتشديدها ووقف تنفيذها، الإسكندرية، دار المطبوعات الجنائية، 2007.

31_ الدكتورة إيمان علي الجابري، يقين القاضي الجنائي، دراسة مقارنة في القوانين المصرية والإمارتية والدول العربية والأجنبية، الإسكندرية، منشأة المعارف، د.ط، 2005.

32_ المحامي إلياس أبو عيد، أصول المحاكمات الجزائية بين النص والاجتهاد والفقه، دراسة مقارنة، الجزء الثاني، لبنان، المنشورات الحلبية الحقوقية، د.ط، 2003.

رابعا: الرسائل الجامعية

33_ فتيحة مقراني، جميلة بشكا، وهيبة جزار، الدفاع الشرعي بين القانون الوضعي الجزائري والشريعة الإسلامية، (ليسانس)، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2006_2007.

34_ كريم هاشم، دور القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، (مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون جنائي)، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014_2015.

35_ بن طاية عبد الرزاق، (الحدود القانونية لسلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة)، (مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون جنائي)، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013_2014.

36_ قريمس سارة، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، (مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجيستر في فرع القانون الجنائي والعلوم الجنائية)، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2012.

الفهرس:

مقدمة

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للدفاع الشرعي.....10

المبحث الأول: ماهية الأسباب الإباحة.....10

المطلب الأول: أساس الإباحة وطبيعتها.....10

الفرع الأول: أساس الإباحة..... 10

الفرع الثاني: طبيعة أسباب التبرير والإباحة.....11

الفرع الثالث: أسباب التبرير أو الإباحة وموانع العقاب والأعذار المحلة.....11

المطلب الثاني: آثار الإباحة..... 13

الفرع الأول: الجهل بالإباحة.....13

الفرع الثاني: الغلط في الإباحة.....13

الفرع الثالث: حكم تجاوز الإباحة.....14

المطلب الثالث: أسباب الإباحة في التشريع العقابي الجزائري والمقارن.....14

الفرع الأول: إذن القانون أو استعمال الحق.....14

الفرع الثاني: أمر القانون أو أداء الواجب.....15

الفرع الثالث: الدفاع الشرعي.....21

الفرع الرابع: حالة الضرورة.....26

المبحث الثاني: مفهوم الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية.....33

المطلب الأول: شروط حالة الدفاع في الفقه الإسلامي 33

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالاعتداء..... 33
الفرع الثاني: شروط المتعلقة بفعل الدفاع.....36
المطلب الثاني: حالات الدفاع الشرعي في الشريعة.....38
الفرع الأول: الدفاع الشرعي العام.....38
الفرع الثاني: الدفاع الشرعي عن العرض (الخاص).....38
المبحث الثالث: مفهوم الدفاع الشرعي في التشريع العقابي الجزائري والمقارن.....40
المطلب الأول: أساس وشروط الدفاع الشرعي.....40
الفرع الأول: أساس قيام حالة الدفاع الشرعي.....41
الفرع الثاني: شروط الدفاع الشرعي.....43
المطلب الثاني: حالات الدفاع الشرعي.....55
الفرع الأول: حالات المتعلقة بالدفاع الشرعي.....55
الفرع الثاني: الحالة الممتازة للدفاع الشرعي(المشرع).....57
المطلب الثالث: أثار الدفاع الشرعي وحكم تجاوزه.....61
الفرع الأول: أثار الدفاع الشرعي.....62
الفرع الثاني: حكم تجاوز الدفاع الشرعي.....62
الفصل الثاني: حدود سلطة القاضي في تقدير حالة الدفاع الشرعي.....68
المبحث الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي الجزائري.....68
المطلب الأول: تعريف السلطة التقديرية وضوابطها.....68
الفرع الأول: تعريفها.....68
الفرع الثاني: ضوابط السلطة التقديرية.....71

المطلب الثاني: أساس السلطة التقديرية للقاضي الجنائي.....75
المبحث الثاني: تطبيقات السلطة التقديرية للقاضي الجنائي وحدودها.....78
المطلب الأول: سلطة القاضي الجنائي في تقدير الدفاع الشرعي.....78
الفرع الأول: حرية القاضي الجنائي في استبعاد الأدلة.....78
الفرع الثاني: حرية القاضي في الأخذ بالدليل.....79
الفرع الثالث: اجتهادات قضائية في الدفاع الشرعي.....81
المطلب الثاني: نطاق السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير الأدلة والعقوبة.....83
الفرع الأول: حدود السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير الأدلة.....83
الفرع الثاني: حدود السلطة التقديرية للقاضي في تقدير العقوبة لحالة الدفاع الشرعي.....89
الخاتمة.....99
قائمة المراجع والمصادر.....101
الفهرس.....105

ملخص المذكرة

إن ممارسة القاضي الجنائي لسلطته في تقدير الأدلة و بالأخص في حالة الدفاع الشرعي،طبقا لاقتناعه وما استقر في وجدانه هو الضمان الوحيد لأحكام عادلة ،تتميز باليقين لأنه يضمن له ممارسة سلطة تقديرية فيما يخص العقوبة و علة وجهها المطلوب، حيث يوفر له استقلالا كاملا لتكوين قناعته القضائية بشأن العقوبة الملائمة أو انه أمام حالة دفاع شرعي فلا عقوبة ،فيتوصل إلى الحكم من خلال تقديره للدليل المطروح أمامه، إذ يتولى مهمة الكشف عن عنوان الحقيقة في الحدود القانونية التي وضعها المشرع له ،ولا يتجاوز هذه السلطة وإلا أعتبر حكمه معيبا ثم يرد عليه نقضه، لأنه معرض لرقابة المحكمة العليا من حيث مدى التطبيق السليم للقانون ويجب على القاضي عند حكمه على المتهم أن يتميز بالعدل واللين لأنه إنسان في مختلف الأحوال فيضع نفسه محل الشخص المدان ويحترم مبدأ الشرعية ابتغاء ملائمة العقوبة مع الجزاء أي الحكم الذي يصدره مع مراعاة الضوابط الموضوعية والشخصية والقضائية ومعايير يقاس من خلالها مدى سلامة تقديره في التشخيص والتمحيص من أجل الوصول و تحقيق سياسة عقابية فعالة وفي نفس الوقت ترضي الرأي العام والخصوم.