جامعة عمار ثليجي الأغواط

كلية العلوم الانسانية والعلوم الإسلامية والحضارة

قسم: العلوم الإسلامية

العنوان:

الدفاع الشرعي الخاص بين الفقه المالكي والقانون الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص فقه مقارن وأصوله

إعداد الطالبتين:

✓ هجيرة هزلون

✓ هدى بن محجوب

إشراف الأستاذ:

زيغمي النعيمي

السنة الدراسية: 1441/1440هـ-2020/2019م

جامعة عمار ثليجي الأغواط

كلية العلوم الانسانية والعلوم الإسلامية والحضارة

قسم: العلوم الإسلامية

العنوان:

الدفاع الشرعي الخاص بين الفقه المالكي والقانون الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص فقه مقارن وأصوله

إعداد الطالبتين:

✓ هجيـرة هزلون

✓ هدى بن محجوب

إشـراف الأستاذ:

زيغمي النعيمي

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
د.زيغمي النعيمي	جامعة عمار ثليجي الأغواط	مشرفا
د.دمانة لزهاري	جامعة عمار ثليجي الأغواط	مناقشا
د. رضا شوشة	جامعة عمار ثليجي الأغواط	رئيسا

السنة الدراسية: 1441/1440هـ-2020/2019م

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

الحمد لله واهب النعم ومقرر الخير حيث كان والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للأنام محمد عليه الصلاة والسلام . وبعد:

إلى الذين كانا سببا في وجودي وبين أحضانهما اشتد عودي إلى الروحين اللتان عاشتا معي أشد ساعات العسر فأوصلاني إلى شاطئ الأمان أمي وأبي أهديكما ثمرة جهدي هذا راجية من الله أن يسكنكما جنة الفردوس .

إلى توأم روحي أختي رحيمة وزوجها بغداد وأطفالهما حاتم. يعقوب. فارس. وملاكي روان.

إلى إخوتي سندي عبد الوهاب وزوجته أحلام وأطفالهما إسحاق وهيثم.

إلى مداني وزوجته أمينة. إلى هشام. عبد الرحمان. وعيسى.

إلى أختي التي لم تلدها أمي ورفيقة دربي وأنيستي سارة.

إلى أختي الثانية ورفيقة مشواري الجامعي ورفيقتي في هذا العمل هاجر.

الى اختي الثالثة التي ساندتني ودعمتني طيلة معرفتها عائشة .

إلى صديقات الدرب غالياتي: . أحلام. فاطمة. رقية. أمينة.

إلى كل من ساعدنا وساندنا في إتمام هذا العمل على رأسهم أستاذي زيغمي نعيمي. إلى كل من وسعهم قلبي ونسيهم قلمي.

هـدى

الإهداء

بسم الله والصلاة والسلام على رسول الله

إلى من كلله الله بالهيبة والوقار إلى من علمني العطاء بدون انتظار إلى من أحمل اسمه بكل افتخار أرجوا من الله أن يمد في عمرك لترى ثمارا قد حان قطافها بعد طول انتظار (والدي العزيز)

إلى من أرضعتني الحب والحنان إلى رمز الحب وبلسم الشفاء إلى القلب الناصع بالبياض (والدتي)

إلى زوجي الغالي الذي سهر وكد من أجلي وكان عونا لي في هذا الإنجاز (زوجي الغالي)

إلى الوجه المفعم بالبراءة ابنتي (سلمى رؤى)

إلى الذي تفضل بالإشراف على هذا البحث فجزاه الله عنا كل خير (الدكتور زيغمي النعيمي)

إلى من بوجودهم أكتسب قوة ومحبة إلى من عرفت معهم معنى الحياة أخواتي

(فاطمة . خديجة . أم الخير . فاطمة . سمية . رقية) .

إلى سندي وقوتي وملاذي بعد الله إخوتي (الماحي . لخضر . أحمد) .

إلى توأم روحي ورفيقة دربي إلى صاحبة القلب الطيب والنوايا الصادقة أختي (هدى)

إلى الأخوات اللواتي لم تلدهن أمي إلى من كانوا معي على طريق النجاح والخير صديقاتي

(أحلام . فاطمة . سارة . مباركة)

هـــاجر

كلمة شكر

الحمد لله الذي بعونه تتم الصالحات

الحمد لله الذي وفقنا في طلب العلم وأبلغنا ما نحب ويرضى

نسأل الله التوفيق والإخلاص في أعمالنا كلها

نتقدم بباقة مكللة بالشكر والعرفان للأستاذ المشرف زيغمي النعيمي

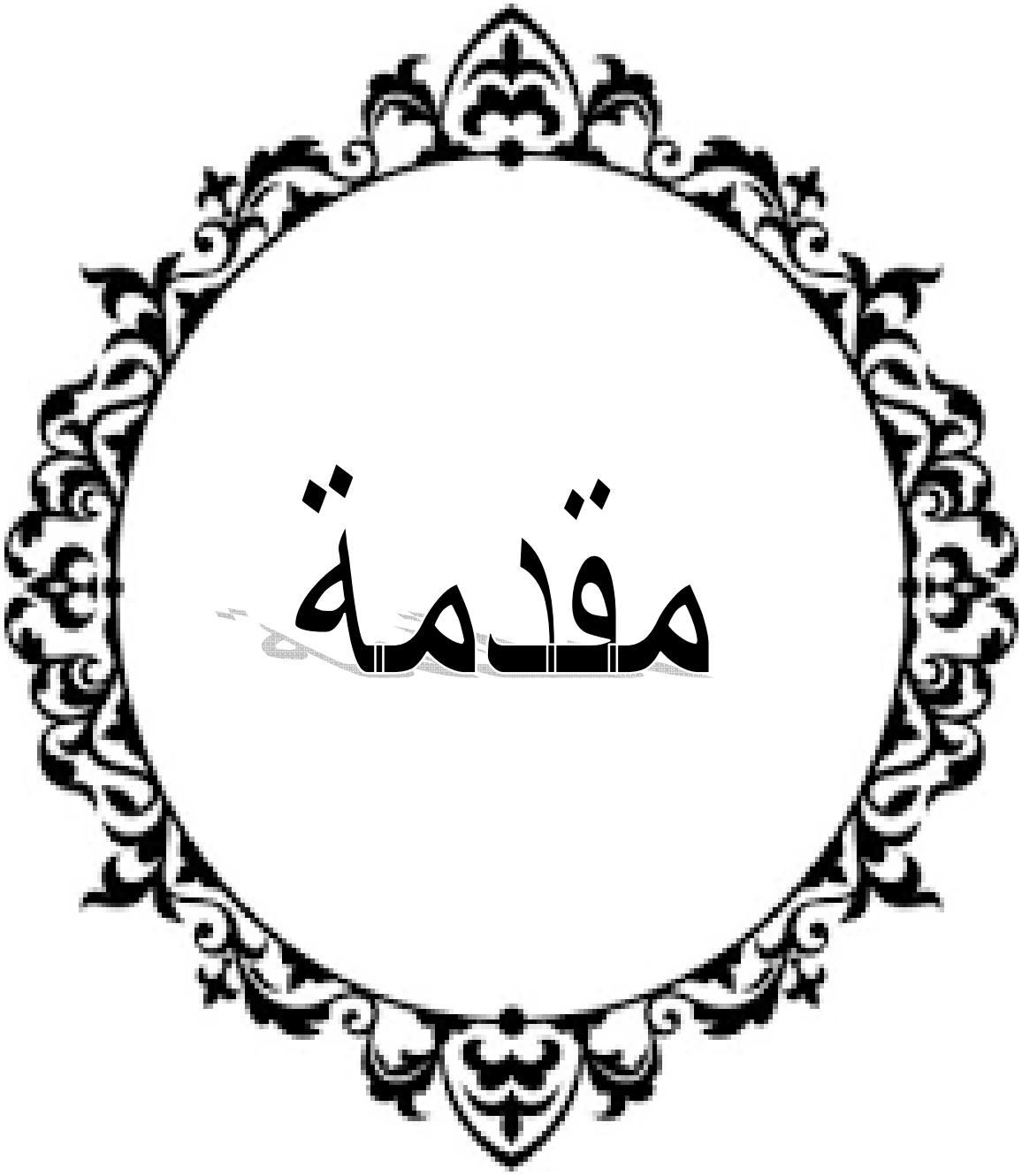
على ما أجاد به علينا من توجيه ونصح ورعاية علمية لإنجاز هذا العمل.

بكل ما تحمله كلمات الشكر والتقدير والاحترام لأساتذتنا الأفاضل

الذين رافقونا طيلة مشوارنا الجامعي

كما يسعدنا أن نشكر أعضاء اللجنة الموقرة الذين وافقوا على مناقشة

المذكرة


مقدمة

مقدمة:

الحمد لله حمدا يوافي نعمه ويكافي مزيده ويدفع عنا بلاءه ونقمه نسأل الله أن يبارك لنا في ديننا ودنيانا، وأن يزيدنا علما وسترا في الدنيا والآخرة، والصلاة والسلام على سيدنا محمد الذي أدى الأمانة وبلغ الرسالة خاتم الرسالات السماوية، صل اللهم عليه وعلى آله وأصحابه الذين آووه ونصروه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين وبعد:

الدفاع الشرعي الخاص قديم قدم التاريخ، جديد جدة العمر، ولأن الإنسان يعيش مع غيره يؤدي هذا التعايش إلى تضارب المصالح واختلافها وإلى وجود اختلاف وصراع.

هو فطرة فطر الله الناس عليها منذ أول نزاع ظهر على وجه الأرض بين بني آدم، وسيبقى إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها قال تعالى ﴿ وَلَا يَزَالُونَ مُخْتَلِفِينَ ﴿118﴾ إِلَّا مَن رَّحِمَ رَبُّكَ ﴾

الآية 118 سورة هود، إن من النفوس الطيبة الخيرة ومنها الخبيثة الشريرة، فالنفس البشرية عموما تحب التملك بطبعها قد تعتدي على حق غيرها بغير مسوغ وهي تسير وراء هذه الغريزة، ومن هنا شرع الله أحكاما جنائية عظيمة تحقق للبشرية مصالحها وتصون ضروريات حياتها التي لا تستقيم إلا بها، تقوم على العدل والإنصاف وإحقاق الحق وصون النفوس ومنع الإجرام، ذلك أن تحقيق المصلحة هي غاية الأحكام ومرادها والمقصد الأساسي من تشريعها حتى وإن كانت هذه الأحكام لا تعاقب على ارتكاب أفعال محرمة في حالات خاصة.

قد تتضمن القتل أو الجرح أو الضرب للصائل المعتدي، لكفه عن صياله واعتدائه ولمنع خطره وضرره عن النفس أو العرض أو المال، وعلى هذا كانت دراستنا لهذا الجانب تحت عنوان الدفاع الشرعي الخاص بين القانون الجزائري والفقه المالكي دراسة مقارنة.

مشكلة الدراسة: طرح الإشكال:

إذا تحقق اعتداء يهدد النفس أو ماله أو عرضه، ولم يجد من يحميه، كان في حالة دفاع شرعي خاص فله أن يدافع عن نفسه أو ماله أو عرضه، وانتفت عليه المسؤولية الجزائية والمدنية عن الأفعال التي يأتيها.

فمتى يقوم الدفاع الشرعي الخاص؟

وهل كل اعتداء يتعرض له الشخص يجوز الدفاع ضده؟

ما هي الضوابط التي يجب على المدافع أن يراعيها حتى يكون الفعل الذي يأتيه مشروعا؟

هل هناك اتفاق بين الفقه المالكي وقانون العقوبات الجزائري في تحديد مفهوم الدفاع الشرعي؟

أهمية الدراسة:

– موضوع الدفاع الشرعي الخاص له أهمية كبيرة لأنه موضوع حي ومتجدد بدأ مع بداية البشرية ويتطور بتطورها.

– كونه من أكثر المواضيع انتشارا في الحياة اليومية وارتباطه بمقاصد الشريعة الإسلامية والتي تعنى بحفظ مصالح العباد.

– يعتبر موضوع الدفاع الشرعي من المواضيع المهمة في قانون العقوبات والعصر الحاضر لما يترتب عليه من قضايا اجتماعية وأخلاقية تؤثر على الأفراد.

– نظرا للخلط بين حق الدفاع الشرعي والانتقام وذلك لعم معرفة الفروق بين الحالتين.

أهداف الدراسة:

هناك عدة أهداف مرجوة من هذا البحث وهي:

– التوضيح والإشارة إلى تجاوز الدفاع الشرعي الخاص وتحديد موقف الفقه المالكي والمشرع الجزائري منه.

– تكلم فقهاء القانون عن الدفاع الشرعي وشروطه وحدود إلا أن فقهاء المالكية لم يفردوا

هذا الموضوع بكلام مستقل، وسوف نحاول أن تكون هذه الدراسة مقارنة بين أقوال فقهاء المالكية والمشرع الجزائري في هذا الموضوع، كما سنحاول استخلاص ضوابط للدفاع الشرعي الخاص من خلال آرائهم الفقهية ومن خلال استخلاص حكم تجاوز حدود الدفاع الشرعي من خلال الأعذار القانونية المخففة.

- بيان مفهوم الدفاع الشرعي الخاص والتنبيه على أهميته في حفظ الحقوق.

أسباب اختيار الموضوع:

1- الرغبة الشخصية في الإطلاع أكثر حول الموضوع ومعرفته والاستفادة منه والإفادة به.

2- إن ظاهرة التعدي على الأنفس والأعراض والأموال تستدعي ضرورة تعريف الناس بحقهم في الدفاع الشرعي الخاص والوقوف عن حدوده، وذلك يحد من انتشار الجريمة.

3- جهل الكثير من الناس بهذا الموضوع استدعى اهتمامنا للوقوف على أحكام الدفاع وشروطه وآثاره.

الدراسات السابقة:

كان هناك عدة باحثين ممن تطرق لموضوع الدفاع الشرعي الخاص فهناك من أفرده بالدراسة، وهناك من تناوله بشكل عام، وهناك من درسه بشقيه الشرعي والقانوني، ولعل هذا ما يميز بحثنا، وكان من بين هذه الدراسات:

أولا: رسالة ماجستير بعنوان الدفاع الشرعي الخاص من إعداد مسفر رزق الله الزحامي، المركز العربي للدراسات بالرياض نوقشت سنة 1416هـ-1996م.

ثانيا: التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عودة.

ثالثا: شرح قانون العقوبات الجزائري لعبد الله سليمان.

صعوبات البحث:

لقد واجهتنا في هذا البحث عدة صعوبات كان من أبرزها:

1 – الظروف الراهنة للأمة، وبعد المسافة بين الطلبة، وبين الطلبة والأساتذة، وضعف الشبكة العنكبوتية ووسائل الاتصال، عفانا الله والأمة الإسلامية من كل داء، ورفع عنا الوباء.

2– صعوبة تقصي المعلومات واستنباط الأحكام خاصة المالكية والقانونية منها.

3– عدم توسع الباحثين السابقين في الجانب الموضوعي للبحث.

4– عدم إفراد فقهاء المالكية لهذا الموضوع بكلام مستقل.

5– أن المشرع الجزائري لم يفرد هذا الموضوع بكثير من النصوص القانونية وخاصة فيما يتعلق بشروط الدفاع الشرعي الخاص وتجاوز حدود الدفاع الشرعي الخاص.

منهج البحث:

اتبعنا في هذا البحث المنهج المقارن لإدراك أوجه التشابه والاختلاف بين الشريعة والقانون، كما قمنا بإعمال المنهج الاستقرائي الوصفي حيث قمنا بتتبع الأدلة والأمثلة واستنتاج الحكم منها.

منهجنا في هذا البحث:

– التزمنا بوضع تمهيدات تحت العناوين الرئيسية كمدخل لمعالجة الفكرة.

– قمنا بعزو الآيات القرآنية، بيان رقم الآية، واسم السورة على ما يوافق رواية الإمام ورش.

– خرجنا الأحاديث على النحو التالي: خرجنا الأحاديث من متونها فما كان منها في الصحيحين أو أحدهما اكتفينا به وماكان في غيرهم من كتب السنة خرجناه وبينا درجته

– ترجمة العلماء.

– وثقنا كل المعلومات الواردة في هذا البحث، بعزو كل نص إلى صاحبه، مع ذكر كامل البيانات المتعلقة به، من ذكر اسم المؤلف وعنوان الكتاب وذكر بيانات النشر كاملة، مع بيان الجزء والصفحة.

– استعملنا بعض الاختصارات:

- (مج): مجلد.

- (ج): الجزء.
- (ص): الصفحة.
- (ط): طبعة.
- (د.ط): دون رقم الطبعة.
- (د.ت): دون تاريخ النشر.
- (بتصرف): استعملنا أسلوبنا في تلك الفقرة التي ذكرناها.

خطة البحث:

اتبعنا في دراستنا لهذا الموضوع خطة مجملة في مقدمة وفصلين وخاتمة، حيث تناولنا في المقدمة تحديد الموضوع والتعريف به وطرح الإشكال، واحتوى كل فصل أربع مباحث وكل مبحث مطلبان :

مقدمة

الفصل الأول: ماهية الدفاع الشرعي الخاص

المبحث الأول: تعريف الدفاع الشرعي الخاص لغة واصطلاحا .

المطلب الأول: تعريف الدفاع الشرعي الخاص لغة

المطلب الثاني: تعريف الدفاع الشرعي الخاص اصطلاحا .

المبحث الثاني: مشروعية الدفاع الشرعي الخاص في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المطلب الأول:مشروعية الدفاع الشرعي الخاص في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني:مشروعية الدفاع الشرعي الخاص في الفقه القانوني.

المبحث الثالث: تكييف الدفاع الشرعي الخاص.

المطلب الأول: التكييف الشرعي للدفاع الشرعي الخاص .

المطلب الثاني: التكييف القانوني للدفاع الشرعي الخاص.

المبحث الرابع: أركان الدفاع الشرعي الخاص وأساسه .

المطلب الأول: أركان الدفاع الشرعي الخاص .

المطلب الثاني: أساس الدفاع الشرعي الخاص.

الفصل الثاني: تمييز الدفاع الشرعي الخاص عن العام وضوابط الدفاع الشرعي الخاص

المبحث الأول: الدفاع الشرعي العام وتميزه عن الدفاع الشرعي الخاص

المطلب الأول: تعريف الدفاع الشرعي العام لغة واصطلاحا

المطلب الثاني: تمييز الدفاع الشرعي الخاص عن الدفاع الشرعي العام

المبحث الثاني: شروط الدفاع الشرعي الخاص

المطلب الأول: شروط الدفاع الشرعي الخاص في الفقه المالكي.

المطلب الثاني: شروط الدفاع الشرعي الخاص في القانون الجزائري.

المبحث الثالث: تجاوز الدفاع الشرعي الخاص وأثره

المطلب الأول: تجاوز الدفاع الشرعي الخاص وصوره.

الفرع الأول: مفهوم التجاوز(لغة، اصطلاحا)

الفرع الثاني: مفهوم التجاوز(عند المالكية، وفي القانون الجزائري)

الفرع الثالث: صور تجاوز الدفاع الشرعي الخاص

المطلب الثاني: أثر الدفاع الشرعي الخاص.

المبحث الرابع: حالات الدفاع الشرعي الخاص وآثاره

المطلب الأول: حالات الدفاع الشرعي الخاص

المطلب الثاني: آثار الدفاع الشرعي الخاص.

خاتمة

قائمة المصادر والمراجع.

الفصل الأول: ماهية الدفاع الشرعي الخاص

المبحث الأول: تعريف الدفاع الشرعي الخاص لغة واصطلاحا

المبحث الثاني: مشروعية الدفاع الشرعي الخاص في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الثالث: تكييف الدفاع الشرعي الخاص.

المبحث الرابع: أركان الدفاع الشرعي الخاص وأساسه .

المبحث الأول: تعريف الدفاع الشرعي الخاص لغة

واصطلاحا (دفع الصائل)

المطلب الأول: التعريف لغة

المطلب الثاني: التعريف اصطلاحا

الفصل الأول: ماهية الدفاع الشرعي الخاص

إن موضوع الدفاع الشرعي الخاص موضوع شائع، وهو من المواضيع التي برزت من عهد النبي صلى الله عليه وسلم وتواصلت عبر الحقب، فكان لهذا الموضوع الأثر الفعال في استمرار الحضارات الإسلامية، ولذا ارتأينا في هذا الفصل أن نبين مفهومه فقسمنا هذا الفصل إلى أربعة مباحث.

المبحث الأول: تعريف الدفاع الشرعي الخاص لغة واصطلاحا (دفع الصائل)

لما أن كان هذا المصطلح جديدا كان الأجدر بنا أن نرجع إلى أصله فنعرفه حتى نحيط بالمعنى الذي وضع من أجله هذا المصطلح وعليه، فإن تعريف الدفاع الشرعي الخاص يكون من خلال تعرف (دفع الصائل)، ونلحظ أن هذا المصطلح مركب من كلمتين مضاف ومضاف إليه فيقتضي أن نعرف كل كلمة على حدة، فنعرفه لغة ثم شرعا ثم قانونا.

المطلب الأول: التعريف لغة

1 – الدفاع:

دفع، الدفع الإزالة بقوة، دفعه، يدفعه، دفعا، ودفاعا، ودافعه ودفعه فاندفع وتدفع وتدافع ،وتدافعوا الشيء: دفعة واحد منهم عن صاحبه، وتدافع القوم أي دفع بعضهم بعضا، ودافع عنه بمعنى دفع.

واستدفعت الله تعالى الأسواء أي طلبت منه أن يدفعها عني.

2 – الشرعي:

مصدر الفعل شرع : شرع الوارد يشرع وشروعا: تناول الماء بفيه، والشريعة والشراع والمشرعة: المواضع التي ينحدر إلى الماء منها.[1]

1:محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل .جمال الدين ابن منظور الأنصاري –لسان العرب –دار صادر – بيروت –ط3- 1414هـ- ج8ص87.

قال الليث وبها سمي ما شرع الله للعباد شريعة من الصوم والصلاة والحج والنكاح وغيره، والشرعة والشريعة في كلام العرب: مشرعة الماء وهي مورد الشاربة التي يشرعها الناس فيشربون منها ويستقون.

والشرعة: ما سن الله من الدين وأمر به كالصوم والصلاة والحج والزكاة وسائر أ عمال البر مشتق من شاطئ البحر.[1]

ومنه قوله تعالى:﴿ ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ ٱلْأَمْرِ ﴾[2].

3-الخاص:

هو كل لفظ وضع لمعنى معلوم على الانفراد والمراد بالمعنى الذي وضع له اللفظ عينا كان أو عرضا، وبانفراد اختصاص اللفظ بذلك المعنى، وإنما قيده بالانفراد ليتميز عن المشترك.[3]

4-الصائل:

هو اسم فاعل من الفعل صال.

صول: صال على قرنه صولا وصيالا وصؤولا وصولانا وصالا ومصالة: سطا.

والصؤول من الرجال: الذي يضرب الناس ويتطاول عليهم.

بك أصول، أصاول أي أسطو وأقهر.

الجمل الصؤول: الذي يأكل راعيه و يواثب الناس فيأكلهم. [4]

---

1 : علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني –التعريفات –دار الكتب العلمية-بيروت- ط1-1403هـ-1986م-ص95.

2: سورة المائدة الآية[48].

3: علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني- التعريفات- مرجع سابق –ص 95.

4: محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل .جمال الدين ابن منظور الأنصاري – لسان العرب –مرجع سابق- ج11ص 387.

المطلب الثاني: التعريف اصطلاحا

1 – الدفاع:

الدفع في الاصطلاح: [1]هو صرف الشيء قبل الورود، كما أن الرفع صرف الشيء بعد وروده وإذا عُدي (دفع فعله) ب(إلى) فمعناه الإخالة نحو: ﴿ فَادْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾[2] .

وإذا عُدي ب عن فمعناه الحماية، قال تعالى: ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يُدَٰفِعُ عَنِ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ ﴾ .[3]

والألفاظ ذات الصلة هي درء، رد ، رفع، منع.[4]

والدفاع يطلق في العصر الحاضر الآن على مهمة الوزارة المسؤولة عن الجيش لأن مسؤولية الجيش الدفاع عن البلد وهي مصدر الفعل دفع.[5]

2– الشرعي:

الشرع في الاصطلاح: ما سنه الله لعباده من الدين وأمرهم باتباعه[6]، ليس هناك خلاف بين المعنى اللغوي والاصطلاحي للفظ (شرعي) والذي يتصف به الدفاع في هذا البحث فالتعريف

---

[1]: أبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي–الكليات–مؤسسة الرسالة – بيروت – ط2–1419هـ–1998م– ص 450.

2 : سورة النساء الآية[06].

3: سورة الحج الآية[38].

[4]: الموسوعة الفقهية –وزارة الأوقاف والشؤون الدينية –ذات السلاسل –الكويت –ط2–1412هـ–1992م– ج21ص 5.

5: مسفر رزق الله محمد الزحامي –الدفاع الشرعي الخاص –الأستاذ الدكتور سالم بن علي الثقيفي –رسالة ماجستير–قسم العدالة الجنائية /المعهد العالي للعلوم الأمنية –المركز العربي للدراسات –الرياض – 1416هـ–1996م–ص 22.

6: وزارة الأوقاف والشؤون الدينية –الموسوعة الفقهية–مرجع سابق –ج 26 ص17.

الاصطلاحي هو تحديد للدفاع الشرعي فما اتفق مع الشريعة السمحة فهو دفاع شرعي وما اختلف عنها فليس منها ولا ينطبق على الدفاع. [1]

3- الخاص:

هو اللفظ يطلق باعتبارين:

الأول:هو اللفظ الواحد الذي لا يصلح مدلوله لاشتراك كثيرين فيه كأسماء الأعلام من زيد وعمرو ونحوه .

والثاني: ما خصوصيته بالنسبة إلى ما هو أعن منه وحده أنه اللفظ الذي يقال على مدلوله وعلى غير مدلوله لفظ آخر من جهة واحدة كلفظ الإنسان فإنه خاص، ويقال على مدلوله وعلى غيره كالفرس والحمار لفظ الحيوان من جهة واحدة.[2]

4- الصائل:

كل من قصد إنسان في نفسه، أو أهله، أو ماله، أو دخل منزله بغير إذنه فله دفعه.[3]

وقد عرف المالكية بأن الصائل هو مُرِيدُ الصول.[4]

وعرفه الشافعية ب: الوثوب على معصوم بغير حق.[5]

1: مسفر رزق الله محمد الزحامي – الدفاع الشرعي الخاص – مصدر سابق –ص 23.

[2]: علي بن محمد الآمدي –الإحكام في أصول الأحكام –د.ط–د.ت–ج2 ص197.

[3]: ابن قدامة –الكافي في فقه الإمام أحمد –دار الكتب العلمية –ط1–1414هـ/1994م– ج 4ص112.

[4]: محمد بن أحمد عرفة الدسوقي –حاشية الدسوقي على الشرح الكبير –دار الفكر –د.ط–د.ت– ج 4 ص 357.

5: البكري الدمياطي –إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين –دار الفكر –ط1– 1418هـ/1997م– ج 4 ص357.

5- الدفاع الشرعي الخاص: (تعريفه جملة)

أ- تعريف الدفاع الشرعي الخاص في الفقه الإسلامي:

عرفه الشيخ عبد القادر عودة [1]رحمه الله تعالى: الدفاع الشرعي الخاص في الشريعة هو واجب الإنسان في حماية نفسه أو نفس غيره، وحقه في حماية ماله أو مال غيره من كل اعتداء حال غير مشروع بالقوة اللازمة لدفع هذا الاعتداء.

والدفاع الشرعي الخاص سواء كان واجبا أو حقا مقصودا به دفع الاعتداء وليس عقوبة عليه بدليل أن دفع الاعتداء فعلا لا يمنع من عقاب المعتدي على اعتدائه.

ويصطلح الفقهاء على تسمية الدفاع الشرعي الخاص بدفع الصائل، وعلى تسمية المعتدي صائلا والمعتدي عليه مصولا عليه.[2]

تعريف دفع الصائل عند المالكية:

الصائل: المراد به هو التسلط على مالا يجوز من قتل أو جرح أو هتك حريم أو أخذ مال.[3]

دفع الصائل: وهو في المدفوع والمدفوع عنه.

أما المدفوع:فكل صائل إنسانا كان أو غيره.

أما المدفوع عنه: فكل معصوم من نفس وبضع ومال.[1]

---

[1]: عبد القادر عودة: ولد سنة 1903م، بقرية كفر الحاج الشربيني من أعمال مركز شبرين بمصر اشتهر كعالم وفقيه ورجل قانون محنك وخطيب مفوه ،حصل على قدر كبير من المعرفة بالقوانين الجنائية في مصر، وهو أحد أعلام الفقه الإسلامي المعاصرين استشهد في 9ديسمبر 1954م، له مجموعة من الكتب الموسوعية التي لا تستغني عنها أي مكتبة قانونية.

2: عبد القادر عودة -التشريع الجنائي الإسلامي-دار الكاتب العربي -بيروت -د.ط-د.ت- ج1ص473.

3: محمد بن محمد سالم المجللي الشنقيطي -لوامع الدرر في هتك أستار المختصر- تحقيق دار الرضوان-دار الرضوان-ط1-1436هـ/2015م-ج14-ص58.

والصائل هو الذي يصول ويعدو على الإنسان سواء كان آدميا كالمحارب أو غيره كالكلب العقور.[2]

وعرفوه أيضا: بأن الصائل دون لبس بأنه الطالب قتل النفس وقاطع الطرق لأخذ المال أو منع السلوك من إيصال. [3]

ب- تعريف الدفاع الشرعي الخاص في القانون:

هو الحق باستعمال القوة اللازمة الذي يقرره القانون لمصلحة المدافع لرد الاعتداء الحال عليه أو على ماله أو على نفس الغير أو ماله، وعلى ذلك تكون ممارسة الدفاع الشرعي ممارسة لحق يقرره القانون، وهو حق عام في مواجهة الناس كافة لا يجوز رده ولا مقاومته ويرى بعض الفقهاء أن الدفاع الشرعي هو حق وواجب أيضا، أي أنه واجب اجتماعي (لا نعني به أنه واجب قانوني ، بحيث يترتب على عدم ممارسته جزاء جنائي) فمن يدافع عن حقه لمن الاعتداء، يساهم في فعالية القانون والدفاع عن المجتمع، وأخيرا فإن حق الدفا ع الشرعي يبيح أفعالا لدفاع، وذلك باعتباره لا يتضمن معنى العدوان، في حين أن فعل المعتدي يظل وبالرغم مما ناله على يد المدافع عملا عدوانيا وبالتالي فإنه يبقى مسؤولا عن جريمته.[4]

في حين عرف المشرع الجزائري الدفاع الشرعي بأنه "رخصة يخولها القانون لمن يتعرض للاعتداء لتوافر فيه شروط معينة باستعمال القوة لرد الاعتداء عنه قبل وقوعه أو الحيلولة دون استمراره."

---

[1]: أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن نزار الجذامي-عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة-تحقيق حميد بن محمد لحمر-دار الغرب الإسلامي-ط1-1423هـ/2003م-ج3-ص1181.

[2]: أبو بكر بن حسين بن عبد الله الكشناوي-أهل المدارك "شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك"-دار الفكر –بيروت-ط2-ج1-ص495.

[3]: عثمان بن حسين بري الجعلي-سراج السالك شرح أسهل المسالك-دار صادر-بيروت-ط1-1994م-ج1-ص494.

4: عبد الله سليمان- شرح قانون العقوبات الجزائري-ديوان المطبوعات الجامعية -د.ط-1995-ج 1ص129.130.

والدفاع بهذا المعنى هو أحد أسباب الإباحة والذي يقتضي أن كل شخص يتعرض لعدوان على نفسه أو ماله أو على نفس ومال الغير أن يدفع هذا العدوان ولو عن طريق ارتكاب جريمة وإن كانت هذه الجريمة هي الوسيلة الوحيدة والملائمة لدرء هذا العدوان.[1]

فالدفاع الشرعي حق مطلق يستفيد منه كل من ساهم في رد الاعتداء سواء بصفة فاعل أو شريك في الجريمة، وهو سبب عام من أسباب الإباحة، حيث لا يبيع فقط جرائم القتل والضرب وإنما أية جريمة لازمة لدرء الاعتداء ويؤيد هذا النظر أن المشرع الجزائري أورد أحكام الدفاع الشرعي في الجزء الأول الخاص بالمبادئ العامة التي تنطبق على كافة الجرائم هذا لرد الاعتداء، وبناءا على ذلك يجوز للمعتدي عليه أن يرد الاعتداء بإتلاف السلاح، كما يجوز لمن يعتدي على عرضها أن تخرج إلى الطريق متجردة من الملابس دون أن يكون ذلك جريمة الفعل الفاضح العلني.2

وعرفه الدكتور عمر الخوري: بأنه استعمال القوة اللازمة لرد خطر حال وغير مشروع يهدد حق أو مصلحة يحميها القانون.3

1: عريرية بلال –الدفاع الشرعي في التشريع الجزائري –مذكرة ماستر –كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة عبد الحميد بن باديس –مستغانم –2018–ص10.

2: عريرية بلال –الدفاع الشرعي في التشريع الجزائري –مصدر سابق – ص10.

3: عمر الخوري –شرح قانون العقوبات –د.ط–د.ت–ص79.

المبحث الثاني: مشروعية الدفاع الشرعي الخاص في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المطلب الأول: مشروعية الدفاع الشرعي الخاص في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: مشروعية الدفاع الشرعي الخاص في القانون

المبحث الثاني: مشروعية الدفاع الشرعي الخاص في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

الدفاع الشرعي الخاص دلت عليه الآيات والسنة، والمعقول ، وكذلك تناولته القوانين الوضعية، وسنتطرق في إيضاح ذلك في مطلبين، المطلب الأول للمصادر الشرعية، والمطلب الثاني للمصادر القانونية.

المطلب الأول: مشروعية الدفاع الشرعي الخاص في الفقه الإسلامي

أولا: مشروعية الدفاع الشرعي الخاص من الكتاب: دل الكتاب على مشروعية الدفاع الشرعي الخاص(دفع الصائل) والرد على عدوان المعتدي بالنصوص التالية:

1- قوله تعالى: ﴿ فَمَنِ إِعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْعَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا إِعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ .[1]

وهذه الآية هي الأصل في الدفاع الشرعي الخاص، كما قال البكري[2] رحمه الله: والأصل في الصيال[3] قوله تعالى: ﴿ فَمَنِ إِعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾[4] .

قال الإمام الطبري[5] رحمه الله في تفسير هذه الآية: (فمن اعتدى عليكم: أي فمن شد عليكم ووثب بظلم، فاعدوا عليه أي فشدوا عليه وثبوا نحوه قصاصا لما فعل بكم لا ظلما).[1]

1: سورة البقرة الآية[194].

2: البكري: أبو بكر (عثمان)المشهور بالسيد البكري بن العارف السيد محمد زين العابدين شطا الدمياطي الشافعي ولد بمكة المكرمة سنة 1226هـ،حفظ القرآن وهو صغير أخذ من علماء عصره منهم أحمد دحلان ،وقد تصدى للتدريس بالمسجد الحرام وتخرج على يده جمع غفير من العلماء اشتهر بتدريس الفقه الشافعي والتفسير والحديث والسيرة، توفي بمكة المكرمة سنة 1330هـ .

3: البكري – إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين –مرجع سابق –ص194.

4: سورة البقرة الآية[194].

5: الإمام الطبري: هو أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن غالب ، إمام المفسرين ولد بطبر سنان سنة 224هـ وبدأ في طلب العلم في السادسة عشر من عمره ، أثنى العلماء عليه كثيرا فقالوا إنه ثقة عالم وأحد

2-قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ بَغَتِ إِحْدَىٰهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ ﴾.[2]

فالله عز وجل شرع مقاتلة الباغي وجعل بغي الطائفة الثانية على الطائفة الأولى موجبا لنصرة الطائفة الأولى، فقال بغت، اعتدت، والبغي: الاعتداء ومجاوزة الحد فإذا شرع الله لنا أن ندفع الظالم عمن ظلم، فمن باب أولى أن يكون مشروعا للشخص نفسه أن يدفع ذلك الظلم عن نفسه.[3]

3- قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ إِذَا أَصَابَهُمُ الْبَغْيُ هُمْ يَنْتَصِرُونَ ﴾.[4]

قال القرطبي[5]: (هو عام في بغي كل باغ من كافر وغيره، أي إذا نالهم ظلم من ظالم لم يستسلموا لظلمه، وهذه إشارة إلى الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

ويدل ظاهره على أن الانتصار في هذا الموضع أفضل.[6]

4- قال تعالى: ﴿ وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا ﴾ .[7]

قال القرطبي (فينتصر ممن ظلمه من غير أن يعتدي).[1]

أئمة أهل السنة الكبار ، يؤخذ بأقواله ويرجع إليه لسعة علمه وسلامة منهجه ، توفي في بغداد سنة 310هـ

1: أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن كثير الطبري -جامع البيان عن تأويل آي القرآن -دار هجر -ط1-1422هـ/2001م- ج 3ص312.

2: سورة الحجرات الآية[09].

3: محمد بن محمد المختار الشنقيطي -شرح زاد المستنقع -د.ط-د.ت- ج 4 ص233.

4: سورة الشورى الآية[39].

5: القرطبي: هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي ، فقيه ومفسر عالم باللغة ولد في مدينة قرطبة سنة 600هـ، ترك ثروة علمية تقدر بثلاثة عشركتابا مابين مطبوع ومخطوط أبرزها تفسيره الكبير، الجامع لأحكام القرآن الكريم، توفي في صعيد مصر سنة 671هـ.

6: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي القرطبي -الجامع لأحكام القرآن -دار الكتب المصرية -ط2-1384هـ/1964م- ج 16 ص39 .

7: سورة الشورى الآية[40].

5- قال تعالى: ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ ﴾ .[2]

ورد في أحكام القرآن للجصاص[3] أن المشركين لما مثلوا بقتلى أُحُدٍ قال المسلمون لئن أظهرنا الله عليهم لنمثلن بهم أعظم مما مثلوا فأنزل الله تعالى هذه الآية .[4]

وحكم هذه الآية باق لا ينسخ، وهي عامة يستدل بعمومها على أصل مشروعية الدفاع الشرعي ولو كان سبب نزولها خاصا لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.[5]

6-قال تعالى: ﴿ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾.[6]

قال النيسابوري[7] في تفسير هذه الآية (والامتناع عن الأكل سعي في قتل النفس، فيحرم كما لو ترك دفع أسباب الهلاك عن نفسه إذا صال عليه جمل أو فيل أو حية).

فالله سبحانه وتعالى نهى عن إلقاء النفس إلى التهلكة، ومن استسلم لمن يريد قتله فقد ألقى بنفسه إلى التهلكة، ووقع فيما نهى الله عنه.[1]

1: القرطبي -الجامع لأحكام القرآن -مرجع سابق -ص 39.

2: سورة النحل الآية[126].

3: الجصاص: هو أحمد بن علي المكني بأبي بكر الرازي الجصاص الحنفي، والرازي نسبة إلى الري، والجصاص نسبة إلى العمل بالجص ولد سنة 305هـ، درس الفقه على كبار الحنفية في عصره كان جادا في طلب العلم، حتى صار إمام الحنفية في عصره ببغداد له عدة مؤلفات منها الفصول في الأصول الشهير بأصول الجصاص، توفي سنة 370هـ.

4: أحمد بن علي بكر الرازي الجصاص -أحكام القرآن- دار إحياء التراث العربي -بيروت -د.ط- 1405هـ- ج5 ص16.

5: الصديق أبو الحسن محمد - حق الدفاع الشرعي -دار التوفيق -ط1-1412هـ/1992م-ص42.

6: سورة البقرة[195].

7: النيسابوري: هو نظام الدين حسن بن محمد بن حسين القمي النيسابوري المعروف بنظام الأعرج نشأ بديار نيسابور وموطن أهله وعشيرته مدينة قم ،كان من كبار الحفاظ والمفسرين، توفيسنة 850هـ.

ثانيا: مشروعية الدفاع الشرعي الخاص من السنة:

ورد في السنة أيضا أحاديث تدل على مشروعية الدفاع الشرعي نذكر منها:

1- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: " جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله، أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال: فلا تعطه مالك قال: أرأيت إن قاتلني؟ قال: قاتله قال: أرأيت إن قتلني؟ قال: فأنت شهيد، قال: أرأيت إن قتلته؟ قال: هو في النار ".[2]

وجه الدلالة في هذا الحديث ظاهرة وواضحة على مشروعية الدفاع الشرعي.

2- عن سعيد بن زيد رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" من قتل دون ماله فهو شهيد ومن قتل دون أهله فهو شهيد، ومن قتل دون دمه فهو شهيد ".[3]

دل الحديث على مشروعية الدفاع عن المال والأهل والنفس ضد كل اعتداء لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل المقتول في الدفاع الشرعي الخاص شهيدا، والشهادة لا تنال إلا بأمر مشروع.

3-عن عمران بن حصين رضي الله عنه، أن رجلا عض يد رجل، فنزع يده من فمه، فوقعت ثَنِيتاه، فاختصموا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال:يعضّ أحدكم أخاه كما يعض الفَحلُ ؟ لا دية لك " .[1]

---

[1]: نظام الدين حسن بن محمد بن حسين القمي النيسابوري-غرائب القرآن ورغائب الفرقان -دار الكتب العلمية -بيروت -ط1-1416هـ- ج1ص472.

[2]: رواه مسلم -كتاب الإيمان -باب الدليل على أن من قصد مال غيره بغير حق ، كان القاصد مهدر الدم في حقه -رقم 140-تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي -دار إحياء التراث -بيروت -د.ط-د.ت- ج1 ص 124.

[3]: سنن أبي داوود -كتاب السنة -باب في قتال اللصوص -رقم 4772-تحقيق محمد محي الدين عن الحميد -المكتبة العصرية -بيروت -د.ط-د.ت- ج4 ص246.

4- عن صفوان بن يعلى عن أبيه، رضي الله عنهما قال:"خرجت في غزوة، فعض رجل فانتزع ثنيته، فأبطلها النبي صلى الله عليه وسلم ".[2]

دل الحديثا أن المدافع عن نفسه لاشيء عليه لأن النبي صلى الله عليه وسلم أسقط دية العاض.

5- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال أبو القاسم صلى الله عليه وسلم " لو أن امرأً اطلع عليك بغير إذن، فخذفته بعصاة ففقأت عينه، لم يكن عليك جناح " .[3]

ويقال في وجه الدلالة من هذا الحديث كما قيل في وجه الدلالة من الحديثين السابقين.

6- عن سعد بن عبادة رضي الله عنه قال: لو رأيت رجلا مع امرأتي لضربته بالسيف غير مصفح، فقال النبي صلى الله عليه وسلم " أتعجبون من غيرة سعد لأنا أغير منه، والله أغير مني –".

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أقر بما قاله سعيد بن عبادة بشأن الرجل الذي يجده مع امرأته، وهذا نوع من أنواع الدفاع الشرعي الخاص وهو الدفاع عن العرض .[4]

---

[1]: رواه البخاري –كتاب الديات –باب إذا عض رجلا فوقعت ثناياه –رقم 6892–تحقيق محمد زهير بن ناصرالناصر –دار طوق النجاة –ط1–1422هـ– ج9ص8.

2: رواه البخاري –مرجع سابق –رقم 6893–ص 8.

[3]: رواه البخاري في كتابه صحيح البخاري –كتاب الديات –باب من اطلع في بيت قوم ففقئوا عينه فلا دية له –رقم 6902–محمد زهير بن ناصر الناصر –دار طوق النجاة –ط1–1422هـ– ج9ص11.

[4]: رواه البخاري في كتابه صحيح البخاري –كتاب الحدود –باب من رأى مع امرأته رجلا فقتله –رقم 6846–محمد زهير بن ناصر الناصر –دار طوق النجاة –ط1–1422هـ– ج8 ص173.

ثالثا: مشروعية الدفاع الشرعي الخاص من المعقول:

تضمنت الشريعة الإسلامية وجوب المحافظة على الضروريات الخمس، وعدم المساس بها، واعتبرت الاعتداء عليها جريمة تستحق العقاب في الدنيا والآخرة.

لو قيل بعدم مشروعية الدفاع عن النفس ورد الصائل لأدى ذلك إلى تلف المصول عليه وأذاه في نفسه وحرمته وماله، ولتسلط الناس بعضهم على بعض وكثر الهرج والمرج.[1]

وانتشر الفساد وغلب الظلمة والفجار، قال تعالى: ﴿وَلَوْلَا دِفَاعُ ٱللَّهِ ٱلنَّاسَ بَعْضَهُم بِبَعْضٍ لَّفَسَدَتِ ٱلْأَرْضُ﴾.[2]

فدفعا للضرر وتقريرا لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم، عن عبادة بن الصامت: " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن لا ضرر ولا ضرار ".[3]

وعملا بالقاعدة الفقهية (لا ضرر ولا ضرار).[4]

قال ابن قدامة [5]رحمه الله: (وإذا صال على إنسان صائل، يريد ماله أو نفسه ظلما، أو يريد امرأة ليزني بها، فلغير المصول عليه معونته في الدفع).[1]

---

[1]: إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح برهان الدين –المبدع في شرح المقنع –دار الكتب العلمية–لبنان –ط1–1418هـ/1997م– ج7 ص 465.

2 : سورة البقرة الآية[251].

[3]: سنن ابن ماجة /كتاب الأحكام–باب من بنى في ما يضر بجاره –رقم 2340–تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي –دار إحياء الكتب العربية –د.ط–د.ت– ج2 ص748–حكم الألباني صحيح .

[4]: عبد الرحمان بن أبي بكر جلال الدين السيوطي–الأشباه والنظائر –دار الكتب العلمية –ط1– 1411هـ/1990م–ص 83.

[5]: ابن قدامة: عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي ، فقيه ومحدث ولد في قرية بجماعيل بجبل نابلس بفلسطين سنة 541هـ،له كتب كثيرة أشهرها المغني في شرح الحزقي في الفقه، توفي سنة 620هـ.

لأن وقوع الاعتداء أو الظلم منكر وباطل يجب إزالته، وحق الدفاع الشرعي عن غيره يقوم على إزالة هذا المنكر، وعملا بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم " من رأى منكم منكرا فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان ".[2]

فدفاع الإنسان عن غيره فيه دفع للمنكر، وفيه نصرة للمظلوم وانتصار للحق، عن أنس رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " أنصر أخاك ظالما ومظلوما فقال رجل يا رسول الله، أنصره إذا كان مظلوما، أفرأيت إذا كان ظالما كيف أنصره؟ قال: تجزه أو تمنعه، من الظلم فإن ذلك نصرة ".[3]

فليس معقولا أن يتأخر الإنسان في الدفاع عن نفسه أو عرضه أو ماله، وهي الأمور التي لا تقوم الحياة مستقيمة إلا بالحفاظ عليها، كما أنه من التكليف بالمستحيل أو الهدر للحياة ألحقه، أن يطلب من الإنسان أن يضحي بضروريات حياته أو ضروريات أمنه ومجتمعه، كي يبقي على ضروريات الصائل المعتدي والتي أهدرها بنفسه عندما تعدى على حرمات الآخرين، لأن الضرب على يد الظالم ومنع الظلم وصد المعتدى وأن جزاء السيئة سيئة مثلها وجزاء العدوان عدوان مثله ، كلها أمور مقررة في شرعنا الحنيف يقول تعالى: ﴿ فَمَنِ إِعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا۟عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا إِعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ۚ وَاتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَاعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ مَعَ ٱلْمُتَّقِينَ ﴾.[4]

---

[1]: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة –مكتبة القاهرة –د.ط– 1388هـ/1968م– ج9 ص 183.

[2]:رواه البخاري في صحيحه كتاب الإيمان –باب بيان كون النهي عن المنكر من الإيمان –رقم 49–تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي –دار إحياء التراث العربي –بيروت –د.ط–د.ت– ج1 ص69.

[3]: رواه البخاري في صحيحه –كتاب الإكراه– رقم 6952–تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر –دار طوق النجاة –ط1–1422هـ–ج9 ص22.

4:سورة البقرة الآية[194].

ذلك أن الشريعة الإسلامية إنما جاءت لجلب المصالح ودرء المفاسد، ومحاربة كل ضرر يلحق بالفرد والمجتمع على حد سواء، وفي دفع الصائل دفع للضرر الذي نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم وفيه تجسيد للقاعدة الفقهية التي قررها الفقهاء (الضرر يزال).[1]

والأساس الذي يقوم عليه دفع الصائل هو إزالة الضرر، لأن الشريعة توازن بين مصلحتين الضرر الذي سيلحق بالمعتدي نتيجة فعل المدافع، والضرر الذي سيلحق بالمعتدي عليه نتيجة فعل الاعتداء، فإذا تعذر دفع مفسدتين، فيجب دفع الأكثر ضررا، عملا بالقاعدة الفقهية (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف).[2]

فلذلك كان تفضيل الشريعة الإسلامية لمصلحة المعتدى عليه المظلوم، على مصلحة المعتدي بإباحتها، فعل الدفاع الشرعي ضد المعتدي، الذي يقوم فعله على الظلم والأذى وفي هذا تحصيل للمصلحة وتحقيقها، وإبطال للمفسدة وتقليلها، يقول ابن تيمية [3]رحمه الله تعالى: (الواجب تحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها، فإذا تعارضت كان تحصيل عظم

[1]: عبد الرحمان بن أبي بكر جلال الدين السيوطي –الأشباه والنظائر –مرجع سابق –ص83.

[2]: مصطفى أحمد الزرقا –شرح القواعد الفقهية –دار القلم –سوريا –ط2–1409هـ/1989م– ص199.

[3]: ابن تيمية : تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد بن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي شيخ الإسلام في زمانه ،فقيه أصولي ومفتي الدين ،وصاحب الآثار الكبرى في علوم الدين والفكر الإسلامي ولد بحران بتركيا سنة 661هـ،كان من أشد مفكري الإسلام نقدا للفلسفة
قبله وتوفي بدمشق سنة 728هـ.

المصلحتين بتفويت أدناها ودفع أعظم المفسدتين مع احتمال أدناهما)[1]، لأن فيه حفظا للنفس والعرض و المال وقطعا للفساد والمفسدين، وصونا لأمن المجتمع المسلم وحرماته.[2]

المطلب الثاني: مشروعية الدفاع الشرعي الخاص في القانون الجزائري

الدفاع الشرعي أو الدفاع المشروع، هو حق قانوني نص عليه المشرع في المادة 39فقرة 2والمادة 40من قانون العقوبات، وقد عدل مصطلح الدفا ع بمصطلح الدفاع المشروع بموجب القانون رقم 06-23المؤرخ في ديسمبر 2006، وذلك لتقريب اللفظ القانوني من اللفظ اللغوي الصحيح وذلك للتفرقة بين ما هو شرعي وهو تعبير واسع يشمل ميادين الشريعة والقانون، وبين ما هو مشروع للدلالة على تبرير هذا الفعل من طرف المشرع الوضعي.[3]

فالقوانين الوضعية بعضها يضع الدفاع الشرعي ضمن جرائم القتل والجرح والضرب ،على اعتبار أن الدفاع الشرعي لا يكون إلا في الجرائم العمدية التي تقع على النفس أو المال وأما المشرع الجزائري فقد اقتبس المادتين 327-328من قانون العقوبات الفرنسي في المادتين 39و40من قانون العقوبات الجزائري وتنص المادة 327عقوبات فرنسي على أن القتل والجرح والضرب لا تعتبر جرائم إذا كانت قد دفعت إليها ضرورة حالة الدفاع الشرعي عن النفس وأفردت المادة 328نصا خاصا لحالتين من حالات الدفاع الشرعي وهي الحالات التي يطلق عليها المشرع الفرنسي حالات الممتازة للدفاع الشرعي.

---

[1]: ابن تيمية -السياسية الشرعية في إصلاح الراعي والرعية -وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد -المملكة العربية السعودية -ط1-1418هـ-ص40.

2: زياد حمدان محمود ساخن -الدفاع الشرعي الخاص في الفقه الإسلامي -الدكتور مأمون الرفاعي - جامعة النجاح الوطنية -2008-ص 45.

[3]: صلاح الدين جبار -الدفاع المشروع -نشر بمجلة صوت القانون -العدد الثاني -أكتوبر 2014- ص28.

وأما ضيق النصين فقد توسع الفقه والقضاء في تفسيرهما حتى أصبح من المستقر عليه حاليا، العمل أن الدفاع الشرعي يشمل عن النفس وعن المال.

ولقد أخذ المشرع الجزائري النصوص القديمة وأضاف إليها ما استقر عليه العمل في فرنسا وصاغ كل ذلك في المادتين 39 و40 من قانون العقوبات كما يلي:

- المادة 39: الفقرة 2 " لا جريمة 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".
- المادة 40: " يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع الشرعي:

1- القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه أو لمنع التسلق الحواجز أو الحيطان أو المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منها أثناء الليل.

2- الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي الجرائم أو السرقات أو النهب بقوة.[1]

[1] رضا فرج –شرح قانون العقوبات –الشركة الوطنية للنشر والتوزيع –د.ط–د.ت–ص 153.

المبحث الثالث: تكييف الدفاع الشرعي الخاص

المطلب الأول: تكييف للدفاع الشرعي الخاص الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: تكييف للدفاع الشرعي الخاص الفقه القانوني

المبحث الثالث: تكييف الدفاع الشرعي الخاص

إن الدفاع الشرعي الخاص كغيره من الأحكام له مجال يتكيف فيه وله ما يميزه عن غيره، و يتوضح هذا من خلال مطلبين: المطلب الأول: التكييف الشرعي الخاص، والمطلب الثاني: التكييف القانوني الخاص.

المطلب الأول: تكييف للدفاع الشرعي الخاص الفقه الإسلامي

التكييف الشرعي لدفع الصائل:

لا خلاف بين الفقهاء في أن دفع الصائل شرع ليحمي الإنسان نفسه أو غيره من الاعتداء على النفس والعرض والمال ولكنهم اختلفوا في التكييف الشرعي لدفع الصائل من وجهين:

أولهما: ماهية الدفاع وهل هو واجب على المدافع فليس له أن يتخلى عنه كلما كان في مقدوره، أم هو حق المدافع فله أن يدفع الاعتداء وله أن لا يدفعه؟

وقد اتفق الفقهاء على أن دفع الصائل واجب على المدافع في حالة الاعتداء على العرض، فإذا أراد رجل امرأة على نفسها ولم تستطيع دفعه إلا بالقتل كان من الواجب عليها أن تقتله إن أمكنها ذلك، لأن التمكين منها محرم، وفي ترك الدفاع تمكين منها للمعتدي، وكذلك شأن الرجل يرى غيره يزني بامرأة أو يحاول الزنا بها ولا يستطيع أن يدفعه عنها إلا بالقتل، فإنه يجب عليه أن يقتله إن أمكنه ذلك.

والواجب هو الذي يذم تاركه ويلام شرعا بوجه ما، وهو ما يعاقب على تركه طبقا لرأي آخر، ويستوي أن تكون العقوبة على الواجب دنيوية أو أخروية.

والدفاع الواجب قد لا يعاقب على تركه عقوبة دنيوية ولكن تاركه يعتبر آثما مستحقا للعقوبة الأخروية ، فانعدام المسؤولية الجنائية على ترك الواجب لا يغير شيئا من طبيعة الواجب ولا يعفى من آدائه.[1]

1: عبد القادر عودة–التشريع الجنائي الإسلامي – مرجع سابق –ص475.

واختلف الفقهاء في الدفاع عن النفس فظاهر مذهب أبي حنيفة يتفق مع الرأي الغالب في مذهب مالك والشافعي على أن دفع الصائل عن النفس واجب والرأي المرجوح في مذهب مالك والشافعي يتفق مع الرأي الراجح في مذهب أحمد على أن دفع الصائل عن النفس جائزا وليس واجبا وحجة هؤلاء عمل عثمان رضي الله عنه إذ ترك القتال مع إمكانه وهو يعلم أن الثوار يريدون نفسه.

وبعض الفقهاء الحنابلة يفرقون بين حالة الفتنة وغيرها، ويجعلون الدفاع جائزا مطلقا في حالة الفتنة، أما في غير حالة الفتنة فيجعلونه واجبا مطلقا، وهو رأي بعض الشافعية والمالكية.

أما الدفع عن المال فأغلب الفقهاء يرونه جائزا لا واجبا، فللمعتدى عليه أن يدفع الصائل إن شاء وأن لا يدفعه، والفرق بين المال والنفس، أن المال مما يباح بالإباحة أما النفس فلا تباح بالإباحة، ولكن بعض الفقهاء يرون أن الدفع عن المال واجب إذا كان مالا فيه روح، أي: ليس جمادا أو كان مالا للغير في يد المدافع كمال المحجور عليه أو الوقف، أو مالا مودعا، أو كان مالا للمدافع ولكن تعلق حق الغير كرهن أو إجارة.

ثانيهما: صيال الصبي والمجنون والحيوان: يرى مالك والشافعي وأحمد أن الإنسان إذا صال عليه صبي أو مجنون أو حيوان يكون في حالة دفاع، فإذا قتل الصبي أو المجنون أو الحيوان ولم يكن في وسعه أن يحمي نفسه من الصيال إلا بالقتل فلا مسؤولية عليه من الناحية الجنائية أو المدنية، لأنه كان يؤدي واجبه في دفع الصائل عن نفسه.

ولكن أبا حنيفة وأصحابه عدا أبا يوسف يرون أن يكون المصول عليه مسئولا مدينا عن دية الصبي والمجنون وقيمة الحيوان، وحجتهم في ذلك أن الدفاع شرع لدفع الجرائم، وعمل الصبي والمجنون لا يعتبر جريمة وكذلك فعل الحيوان الأعجم، ومن ثم فلا وجود للدفع في حالة صيال الصبي والمجنون والحيوان، ولكن للمعتدى عليه في هذه الحالة الحق في قتل الصائل أو جرحه أو[1]

1: عبد القادر عودة – التشريع الجنائي الإسلامي –مرجع سابق ص- 477.

إيذائه على أساس الضرورة الملجئة، والقاعدة أن الضرورة الملجئة لا تعفى من الضمان وإن أعفت من العقاب، لأن الدماء والأموال معصومة، ولأن الأعذار الشرعية لا تنافي هذه العصمة.

ويرى أبو يوسف أن يكون المصول عليه مسئولا عن قيمة الحيوان فقط لأن فعل الصبي والمجنون جريمة ولكن رفع عنها العقاب لانعدام الإدراك، أما فعل الحيوان الأعجم فليس جريمة، ويترتب على هذا أن يكون المصول عليه في حالة دفاع إذا صال عليه صبي أو مجنون، وفي حالة ضرورة ملجئة إذا صال عليه حيوان.

وحجة القائلين بقيام حالة الدفاع في كل حال أن من واجب الإنسان أن يحمي نفسه ونفس غيره من كل اعتداء يقع على النفس، ومن حقه ومن واجبه أحيانا أن يحمي ماله ومال غيره من كل اعتداء يقع على المال سواء كون الاعتداء جريمة، وأن فعل الاعتداء بذاته لا يحل دم الصائل ولكنه يوجب على المصول عليه أو يجيز له أن يمنع الاعتداء فإذا لم يكن في الإمكان منع الاعتداء إلا بالقتل فذلك هو القدر اللازم لرد الاعتداء، فمشروعية منع الاعتداء هو الذي أحل دم الصائل وليس الاعتداء في ذاته ،ومن ثم فليس من الضروري أن يكون الاعتداء جريمة.[1]

1: عبد القادر عودة – التشريع الجنائي الإسلامي –مرجع سابق –ص477.

المطلب الثاني: تكييف للدفاع الشرعي الخاص الفقه القانوني

اختلف فقهاء القانون في تكييف الدفاع الشرعي على أقوال أربعة بيناها على النحو التالي:

1- وهو ما ذهب إليه جمهورهم، حيث يرون أن الدفاع الشرعي يكيف على أنه حق ولكنه ليس حقا يقابله التزام في ذمة شخص معين، وإنما هو حق مقرر في مواجهة الكافة، فلا يجوز لأي منهم أن يحول دون استعماله، لأنه لا يقابله التزام في ذمة شخص معين، فلا يكون إذا حقا.

2- ويذهب إلى أن الدفاع الشرعي واجب، غير أنه ليس واجبا قانونيا يفرضه القانون، ويُرتب على الإخلال به جزاء ،وإنما هو واجب اجتماعي يفرضه الحرص على صيانة الحقوق ذات الأهمية الاجتماعية، واعترض عليه بعدم التسليم بذلك ،بدليل أنه لا جزاء على عدم القيام به عند اكتمال شروطه، وإنما هو مجرد رخصة.

3- ويرى أن الدفاع الشرعي يعتبر رخصة، لأنه لا جزاء على عدم القيام به عند عدم اكتمال شروطه.

4- حيث يرى أن الدفاع الشرعي ليسله حكم واحد، بل هو يتردد بين الأحكام الثلاثة التي تضمنتها الأقوال السابقة، فهو وإن كان في أغلب أحواله حق، إلا أنه يكون رخصة في بعض الأحيان، وواجبا أحيان أخرى، فهو يكون حقا عندما يقع العدوان على مطلق حق المدافع، على المدافع ويكون رخصة إذا كان المدافع يدافع عن غيره، ويكون واجبا عندما يفرض القانون حماية الحق المعتدى عليه، أو يحظر عليه التفريط فيه ومثاله: أن رجل الأمن مكلف بالمحافظة على حياة الناس، وعلى أموالهم وعليه فإنه عندما يرى جريمة توشك أن تقع على حق من هذه الحقوق، ولم يجد وسيلة لدفعها إلا استعمال القوة، وجب عليه في هذه الحالة الدفاع بهذه الطريقة، وإن لم يفعل سُئل إداريا، وقد يُسأل جنائيا.[1]

1: ناصر بن محمد الجوفان -الدفاع الشرعي (دراسة مقارنة)-د.ط-د.ت-ص25.

سبق أن بينا أن الدفاع عن العرض واجب عند الفقهاء جميعهم ولم يفرقوا بين أن يدفع الرجل أو تدفع المرأة، ولا كون المرأة ذات زوج، أو غير ذات زوج.

أما الدفاع عن النفس، فأوجبه الجمهور، وأجازه غيرهم، بمعنى أنه حق له، إن شاء استعمله، وإن شاء تركه، والدفاع عن المال لهم فيه عدة أقوال، فمنهم من أوجبه، ومنهم من جعل حكمه الجواز، ومنهم من فصل.

هذا وعند مقارنة ذلك بالقانون نجد أن شراح القانون يتفقون مع ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، من حيث الأصل، حيث يرى معظم أهل القانون أنه حق، ويرى بعضهم أنه رخصة، وفريق ثالث يرى أنه واجب، وفريق رابع يرى أن حكمه يتردد بين الأحكام الثلاثة السابقة، فحصل الاتفاق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في تكييف الدفاع الشرعي بأنه حق أو رخصة، لأن من قال من فقهاء المسلمين بالجواز لا يخرج عن ذلك، واتفق معه أيضا في كونه قد يكون واجبا أحيانا ،ونحن قلنا إنهما يتفقان من حيث الأصل، لأنهم اتفقوا في الحكم من حيث أصله ،واختلفوا في تنزيل هذه الأحكام على الصور أو الحالات.

بيد أننا نجد جانب اتفاق بينهما في إحدى الصور، وهي حالة دفاع المرأة عن عرضها فقد أوجب ذلك من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، إلا أن الفقه الإسلامي يوجبه مطلقا، أي سواء كانت المرأة ذات زوج أو غير ذات زوج ،والقانون إنما يوجبه على المرأة المتزوجة فقط لأن عرضها ليس حقا خالصا لها، بل لزوجها أيضا، لذا يعاقبها القانون –بناء على شكوى زوجها– إذا أحلت عرضها لغير زوجها، ومكنته من نفسها.[1]

[1]: ناصر بن محمد الجوفان– الدفاع الشرعي (دراسة مقارنة)– مرجع سابق –ص26.

وقد وجدنا أن الشيخ عبد القادر عودة رحمه الله قد كتب أيضا عن تكييف الدفاع في القوانين الوضعية وبين أنه اختلف عن التكييف الشرعي للدفاع باختلاف الأزمنة، ثم ختم ذلك بقوله "والظاهر من مقارنة هذه الآراء المختلفة باختلاف وتطوراتها المستمرة، أنها انتهت في القرن العشرين إلى ما بدأت به الشريعة الإسلامية في القرن السابع فالدفاع يكيف في الشريعة بأنه واجب في أكثر الحالات، حق في بعضها، وهو يكيف اليوم في القوانين الوضعية بأنه حق إن لم يكن واجبا". [1]

[1] : عبد القادر عودة – التشريع الجنائي الإسلامي –مرجع سابق –ص478.

المبحث الرابع: أركان الدفاع الشرعي الخاص وأساسه

المطلب الأول: أركان الدفاع الشرعي الخاص

المطلب الثاني: أساس الدفاع الشرعي الخاص

المبحث الرابع: أركان الدفاع الشرعي الخاص وأساسه

والدفاع الشرعي الخاص إذا نظرنا إليه في جملته رخصه بأمر مشروع، أي بمسوغ شرعي، وسنتطرق في إيضاح أركانه وأساسه، من خلال مطلبين: المطلب الأول ونذكر فيه أركان الدفاع الشرعي الخاص، والمطلب الثاني وفيه أساسه.

المطلب الأول: أركان الدفاع الشرعي الخاص

أركان الدفاع الشرعي الخاص ثلاثة، وسوف نتعرض في هذا المبحث إلى شرح كل ركن على حده حيث سنشرح الاعتداء و نوضح صورا له وكذلك الحال الدفاع سنوضح صورا له وشرحا له.

1- العدوان بلا حق (الصيال).

2-مشروعية الدفاع عن ما قصد الشارع المحافظة عليه من الضرورات.

3- الدفاع المقابل للاعتداء بما يمنعه.

الركن الأول: الاعتداء:

والاعتداء في اللغة الظلم ومجاوزة الحد.

ولتحقيق الدفاع الشرعي الخاص فلا بد من موجب له وهو الاعتداء ولا شك أن الاعتداء ينطوي على الفعل والفاعل أي من فعل الاعتداء ذاته وعلى المعتدي فليس هناك اعتداء بدون معتدى ولا يتصور معتدى بدون اعتداء أو تهديد بذلك الاعتداء.

والاعتداء قد يكون سلبيا أو ايجابيا فالسلبي كمن يمنع الماء عن طالبه أو الطعام عن الجائع وهو مهدد بالهلاك، أو كالأم تمتنع عن إرضاع ابنها المهدد بالهلاك، والإيجابي كما هو الحال فيمن يهاجم شخصا لأخذ ماله أو النيل من عرضه أو نفسه أو عقله أو إجباره على الكفر.[1]

1: مسفر رزق الله محمد الزحامي - الدفاع الشرعي الخاص -مرجع سابق -ص 52.

وقد يكون المعتدي كائنا حيا كالإنسان أو الحيوان والكائن الحي المعتدي قد يكون إنسانا مدركا مريدا وقد يكون مجنونا أو صبيا فاقدي الإدراك والإرادة وكالنائم الذي يكون مهدر الدم، وقد يكون حيوانا كالجمل الصائل، والكلب العقور والصقر المدرب الذي يهاجم طيور الآخرين الأليفة وكل ما شابه ذلك.[1]

وقد يكون الاعتداء بالمباشرة وقد يكون بالتسبب كمن يستخدم أداة بريئة، مثل الصبي والحيوان لتنفيذ الاعتداء.

وقد يكون الاعتداء من مفرد وقد يكون من مجموعة شركاء متماثلين، وقد يكون جاهلا بالحفر والحكم.

وقد يكون الاعتداء عن سابق إصرار وترصد وقد يكون المعتدي خاطئا في الظن أو الفعل والاعتداء ربما كان على إحدى الضرورات الشرعية مدار البحث وربما كان على أكثر من ضرورة مجتمعة وربما عليها جميعا في آن واحد.

وقد يكون الاعتداء حالا كمن بدأ بضرب شخص أو أمسك به للنيل من عرضه أو قد سارقا دخل الحرم وبدأ ينهب في الأموال وما شابه ذلك.

وقد يكون الاعتداء وشيك الوقوع كمن أقبل وبيده سيف أو هدد بالقتل لمن لم ينطق كلمة كفر، والمصول عليه يغلب على ظنه أن المهدد مصمم وقادر على تنفيذ تهديده، وإن لم يباشره بالدفاع فسوف يتمكن منه المعتدي وينال مبتغاه.

والاعتداء المسوغ لدفاع الشرعي ليس له حد أعلى وليس له حد أدنى فلا نصاب في المال ولا خوف ولا قتل في النفس وهكذا.

وكذلك قد يكون الكائن الحي المعتدي حيوانا، وهذا الحيوان قد يكون صائلا إما هياجا وهياما، أو به صعار وقد يغلب على الظن إلحاقه الضرر بالناس وقد لا يكون وهذا يعود [2]

[1]: مسفر رزق الله محمد الزحامي – الدفاع الشرعي الخاص –مرجع سابق –ص 52.

2: مجلة تاريخ العلوم–د/لريد محمد أحمد–جامعة زيان عاشور بالجلفة–العدد1–لسنة 2016–ص04.

تقديره إلى ظن المدافع.

وقد يكون ذلك الحيوان له راع أو مالك وقد يكون لا.

وقد يكون راعيه عاجزا عن منعه وقد يكون متهاونا أو غافلا، أو متعمدا.[1]

فركن فعل الاعتداء لا بد أن يتوافر فيه شرطين:[2]

الشرط الأول:

أن يكون هناك خطر اعتداء غير مشروع أي اعتداء بفعل يعد جريمة يعاتب عليها القانون أو الشرع إذ أن الشريعة الإسلامية كذلك تعتد بهذا الشرط لقيام دفع الصائل.

الشرط الثاني:

أن يكون الخطر حالا بحيث أنه لو ترك المعتدي وشأنه وفق المجرى العادي للأمور لأتم فعله ووقع ضرره على الفور وعلة ذلك أن الوظيفة الاجتماعية للدفاع هي وقاية حق من خطر لا تستطيع السلطات العامة أن تدرأه وهو ما تأخذ به الشريعة الإسلامية.[3]

الركن الثاني: المشروعية:

الضرورات التي قصد الشارع المحافظة عليها سواء بالمنع أو التحريم وترك العقوبة في الآخرة أو بالتحريم وإيقاع عقوبات

على مرتكبيها بالدنيا أو بالدفاع الشرعي الخاص وهي:

1- حفظ النفس: وذلك يشمل النفس وما دونها كالطرف والجرح وغير ذلك.

2- حفظ المال: وهو يشمل كل ما ملكته من الأشياء.

3- حفظ العرض والنسل.

4- حفظ الدين.

1: مسفر رزق الله محمد الزحامي -الدفاع الشرعي الخاص -مرجع سابق -ص 52.

2: مجلة تاريخ العلوم-د/لريد محمد أحمد-جامعة زيان عاشور بالجلفة-العدد1-لسنة 2016-ص04.

3: مجلة تاريخ العلوم -مرجع سابق -ص 04.

5- حفظ العقل.

ورخص الدفاع الشرعي الخاص تستمد مشروعيتها من الكتاب والسنة والإجماع وأفعال الصحابة وغيرها فقد قال تعالى: ﴿ فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ ﴾.[1]

وقوله تعالى: ﴿ وَلَا تُلۡقُواْ بِأَيۡدِيكُمۡ إِلَى ٱلتَّهۡلُكَةِۛ وَأَحۡسِنُوٓاْۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلۡمُحۡسِنِينَ ﴾.[2]

وقوله صلى الله عليه وسلم :" من قتل دون دينه فهو شهيد ومن قتل دون دمه فهو شهيد ومن قتل دون ماله فهو شهيد ،ومن قتل دون أهله فهو شهيد" .[3]

وقصة المرأة التي من هزيل عندما نزل عليهم ضيف وأراد أن يفعل بالمرأة الزنا بالإكراه فقتلته بحجر رمته به، وعند ما رفع أمره إلى عمر أهدر دمه، وغير ذلك من الأدلة (السابق ذكرها) كذلك فالأمة مجمعة على هذه الرخصة ويظهر ذلك من وروده في جميع مذاهب أهل السنة ومتواتر تطبيقه في أحكام المسلمين مع مرور السنين والأقوى من ذلك كتاب الله وسنة نبيه.

الركن الثالث: الدفاع:

وهو ضد الاعتداء والركن الثالث من أركان الدفاع الشرعي الخاص.

والدفاع يتضمن المدافع والمدافع به إن كان دفاعا عن غيره.

والمدافع قد يكون مفردا أو قد يكون أكثر، وقد يكون قولا أو فعلا ،مثل المناشدة فهي دفاع وكذلك رد الشتم للشاتم من المشتوم ما لم يحصل درجة القذف والفعل، مثل الضرب إلى القتل وهكذا.[4]

1: سورة البقرة الآية[194].

2: سورة البقرة الآية[195].

3: أخرجه أبي داوود -كتاب السنة -باب في قتال اللصوص -رقم 4772/تحقيق محمد محي الدين عن الحميد -المكتبة العصرية -بيروت -د.ط-د.ت-ج4 ص246.

4: مسفر رزق الله محمد الزحامي – الدفاع الشرعي الخاص – المرجع نفسه -ص 53.

كذلك يكون سلبيا كالامتناع عن الردة وسب الله وسب الرسول صلى الله عليه وسلم والصلاة إلى الصليب والضم، وقد يكون بالهرب متى تسنى له ذلك ولم ينتج عنه مضرة أو مذلة وقد يكون إيجابيا كالضرب والقتل دفاعا، وما شابه ذلك وقتل الزاني.

وليس للصائل أن يرد دفاع المدافع عليه بإدعائه الدفاع لأنهلا يعتبر به مدافع ولا فعله مدافعه وما حصل له من المدافع الأصلي هو مدافعه لصولة الصائل.[1]

ومثال ذلك: قضاء علي بن أبي طالب رضي الله عنه في المرأة التي أدخلت صديقها وعندما كشفها زوجها قاتلها فقتل الصديق، وتمكنت الزوجة أثناء ذلك من قتل زوجه، فقضى علي بن أبي طالب بقتل الزوجة، ولم يعتبرها في حالة الدفاع عن نفسها ولا دفاع ضد ما كان مشروعا،كأداء الواجب واستعمال الحق.

فليس للمحكوم عليه بالقتل حدا أو قصاصا أو تعزيرا أن يدافع عن نفسه ضد الجلاد أو السلطة وليس للمرأة الدفاع ضد زوجها الذي يستخدم حقه في تأديبها.

وليس للابن الدفاع ضد والديه اللذان يؤدبانه ،وكذلك الطالب مع أستاذه وهكذا.

وإشهار السلاح مزاحا لا يجعل الآخر محقا في الدفاع تلقاء ذلك المزاح.[2]

ويشترط في ركن الدفاع لكي يكون مباحا لا جريمة فيه تشترط القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية أن يكون الدفاع لازما ودفع الاعتداء لتجنب الخطر الحال ولا يكون هذا ضروريا إلا إذا كان هو الوسيلة الوحيدة التي يمكن بموجبها بلوغ الغاية المذكورة، أي لا يكون أما المعتدى على نفسه أو ماله أو عرضه وسيلة صالحة لدفع هذا الخطر.

كما يشترط أيضا أن يكون هذا الفعل متناسبا مع جسامة الخطر.[3]

1: مسفر رزق الله محمد الزحامي – الدفاع الشرعي الخاص – المرجع نفسه –ص 53.

2: مسفر رزق الله محمد الزحامي –الدفاع الشرعي الخاص – المرجع نفسه –ص 53.

3: مجلة تاريخ العلوم –مرجع سابق –ص 04.

هذا ولا يستغرب القارئ عدم ذكر القصد أو الركن الأدبي ضمن هذه الأركان، ذلك أن الصائل لا يشترط أن يعي ما يفعل أي أن القصد هو الإدراك والإرادة والصائل قد يكون حيوانا مما لا إدراك له ولا إرادة، وقد يكون الصائل إنسان مكرها إكراها ملجئا، فإذا تعلق الأمر بأي من الضرورات جاز الدفاع ضده بالرغم من أنه لا إرادة معتبرة له، وقد يكون صغيرا، مما لا يتوفر له القصد التام عن الإدراك والإرادة، فلا إدراك لهما أو أن الإدراك قاصر، وبالتالي فليس بالإمكان وضع القصد ضمن أركان الدفاع الشرعي فالدفاع قائم بوجود وبعدمه. [1]

1: مسفر رزق الله محمد الزحامي –الدفاع الشرعي الخاص – المرجع نفسه –ص 54.

المطلب الثاني: أساس الدفاع الشرعي الخاص

الدفاع الشرعي حق معروف ومقرر للمدافع في جميع الشرائع قديمها وحديثها،[1]فهو حق طبيعي يمارسه الإنسان منذ الأزل البعيد عبر العصور التاريخية إلى يومنا هذا، وأقرته الشرائع القديمة على أساس أن حق الإنسان المعتدي عليه في الحياة أولى من حق المعتدى الآثم في حياته،[2]فتعددت الآراء الفقهية حول تحديد الطبيعة القانونية للدفاع الشرعي فقد قيل أن الدفاع الشرعي نوع من الإكراه المعنوي يمنع المسؤولية الجنائية لأن المدافع بخضوعه لضغط الاعتداء، أصبحت إرادته غير معتبرة قانونا مما يعطل الركن المعنوي للجريمة الذي يتطلب أن تكون الإرادة حرة مختارة.

وفي رأي آخر قيل بأن المدافع يمارس وظيفة عامة نيابة عن الدولة، التي لا يمكنها ظروف الحادث من رد الاعتداء في حينه ولذلك يقوم الأفراد برد الاعتداء بسبب الضرورة، ولكن الرأي الغالب الذي عليه الفقه يرى بأن الدفاع الشرعي يقوم على فكرة المقابلة أو الموازنة بين المصالح المتعارضة للأفراد وإيثار مصلحة أولى بالرعاية تحقيقا للصالح العام، ففعل الدفاع وإن أهدر حق المعتدي فقد صان حق المعتدي بالقيمة الاجتماعية لحقه.[3]

[1]: منصور رحماني -الوجيز في القانون الجنائي العام -دار العلوم للنشر -د.ط-د.ت-ص222.

[2]: سلامي صورية -سلطة القاضي الجنائي في تقدير حالة الدفاع الشرعي -جامعة محمد خيضر- بسكرة -2016/2015م-ص23.

[3]: عبد الله سليمان – شرح قانون العقوبات الجزائري – مرجع سابق -ص131.

الفصل الثاني: تمييز الدفاع الشرعي الخاص عن العام وضوابط الدفاع الشرعي الخاص

المبحث الأول: الدفاع الشرعي العام وتمييزه عن الدفاع الشرعي الخاص

المبحث الثاني: شروط الدفاع الشرعي الخاص

المبحث الثالث: تجاوز الدفاع الشرعي الخاص وأثره

المبحث الرابع: حالات الدفاع الشرعي الخاص وآثاره

المبحث الأول: تمييز الدفاع الشرعي الخاص عن العام

المطلب الأول: تعريف الدفاع الشرعي العام

المطلب الثاني: تمييز الدفاع الشرعي الخاص عن الدفاع الشرعي العام

الفصل الثاني: تمييز الدفاع الشرعي الخاص عن العام وضوابط الدفاع الشرعي الخاص

بعد أن تطرقنا لمفهوم الدفاع الشرعي الخاص الذي أطلقه الفقهاء كرديف لمصطلح دفع الصائل، أصبح من الضروري أن يتضح معنى الدفاع الشرعي العام الذي وضع كبديل لمصطلح الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر حتى يتضح الفرق بينهما، ويتسنى لنا معرفة العلاقة بينهما لكن قبل أن نشرع في التمييز بينهما سنتطرق للتعريف بالدفاع الشرعي العام.

ثم نتطرق لضوابط الدفاع الشرعي الخاص، وعليه قسمنا هذا الفصل إلى أربع مباحث.

المبحث الأول: تمييز الدفاع الشرعي الخاص عن العام

المطلب الأول: تعريف الدفاع الشرعي العام

أولا: تعريف الأمر بالمعروف لغة:

1- الأمر: كلام دال على الفعل، أو هو قول القائل لمن دونه افعل.

والأمر نقيض النهي، فالعرب تقول أمرتك أن تفعل وبأن تفعل،فمن قال: أمرتك بأن تفعل فالباء للإلصاق والمعنى وقع الأمر بهذا الفعل.[1]

2- المعروف: المعروف ضد المنكر، والعرف ضد النكر، والمعروف ما يستحسن من الأفعال، والمعروف واحد: ضد النكر، وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتطمئن إليه[2]، والمعروف: النصح وحسن الصحبة مع الأهل وغيرهم من الناس، وهو من الصفات الغالبة

ثانيا: تعريف النهي عن المنكر لغة:

[1]: ابن منظور-لسان العرب-المصدر نفسه- مج5-ص297.

[2]: ابن منظور- لسان العرب-المصدر نفسه - مج4-ص403.

1- النهي: خلاف الأمر نهاه ينهاه نهيا فانتهى وتناهى:كفّ ، يقول الرجل للرجل إذا وليت ولاية فإنه أي كف عن القبيح.[1]

2-المنكر: المنكر ضد المعروف وكل ما قبحه الشرع وحرمه وكرهه فهو منكر، وفي البصائر: المنكر: كل فعل تحكم العقول الصحيحة بقبحه، أو تتوقف في استقباحه العقول فتحكم الشريعة بقبحه.[2]

ومن خلال هذه التعريفات نتوصل إلى تعريف لغوي شامل للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وهو: طلب فعل ما استحسنه العقول السليمة مما هو متعارف عليه، وكف عما هو قبيح ومنكر لديها.

تعريف الدفاع الشرعي العام اصطلاحا:

أو لا: في الشريعة الإسلامية:

الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بأن يأمر بكل قول أو فعل تقضي به أحكام الشريعة الإسلامية في مصادرها المختلفة، وهذا هو الأمر بالمعروف وأن ينهى عن كل قول أو فعل يناقض أحكام الشريعة الإسلامية وهذا هو النهي عن المنكر.[3]

وقد ظهر استعمال الفقهاء المحدثين لمصطلح الدفاع الشرعي العام كبديل للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فقد ذكروا نوعين من الدفاع الشرعي.

أ- دفاع شرعي خاص ويسمى اصطلاحا دفع الصائل.

ب- دفاع شرعي عام ويسمى اصطلاحا الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.[4]

---

[1]: ابن منظور- لسان العرب-مرجع سابق-مج6-ص587.

2: محمد مرتضى الحسيني الزبيدي-تاج العروس من جواهر القاموس- مصدر سابق-ج14-ص290.

3: محمود نجيب حسني –مدخل للفقه الجنائي الإسلامي –دار النهضة العربية- القاهرة-د.ط-1984م- ص 267.

4: عبد القادر عودة- التشريع الجنائي -مصدر سابق-ج1-ص355.

ثانيا: تعريف الدفاع الشرعي العام في القانون الوضعي:

لم تتطرق القوانين الوضعية إلى تحديد تعريف محدد للدفاع الشرعي العام على غرار الشريعة الإسلامية، إلا أنها كانت تعمل به في عدة قوانين حيث أنها تناولت بعض جوانبه دون الإلمام بجميعها مما فيه حفاظ على المصلحة العامة والأمن حيث راعت جلب المصالح ودفع المضار، حيث قيل: لم تعرف القوانين الوضعية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إلا ابتداء من القرن الماضي حيث بدأ التعرف للأفراد بحق النقد وحق التوجيه، وتعترف للأفراد بالقبض على المجرم في حالة التلبس وتسليمه إلى الجهات المختصة وتعطى في بعض الحالات للأفراد كالحق في الجاني بالقوة من ارتكاب الجريمة إذا كانت ماسة بصالح الجماعة، كقلب نظام الحكم وتخريب المنشآت العامة ولكن القوانين الوضعية مع هذا لم تأخذ بمبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر على إطلاقه، وإنما اقتصرت تطبيقاته على حالات معينة.[1]

المطلب الثاني: تمييز الدفاع الشرعي الخاص عن الدفاع الشرعي العام

من حيث المفهوم:

مفهوم الدفاع الشرعي: هو الحالة التي جعلها قانون العقوبات سببا للإباحة وقد ورد النص عليه في المادة 39 في الفقرة الثانية التي أفادت أنه فعل مبرر، ثم المادة 40 التي فصلت حالته، ويعرف الدفاع الشرعي بأنه الحق الذي يقرره القانون لاستعمال القوة اللازمة لمصلحة الدافع لرد الاعتداء عليه أو على نفس الغير أو ماله، ومن خلال هذا التعريف نستكشف أن هذا الدفاع مشروع بنص القانون، وأن للمدافع استعمالالقوة في رد الاعتداء على النفس والمال سواء كانت له أو لغيره شريطة أن تكون القوة المستعملة في ذلك لازمة، أي لا يمكن الدفع بأقل منها.[2]

---

[1]: عبد القادر عودة – التشريع الجنائي –مصدر سابق–ج1–ص355.

2: منصور رحماني– الوجيز في القانون الجنائي العام–مصدر سابق–ص 222.

الدفاع الشرعي بمفهومه الواسع يراد به: رد جميع الأخطار أو الاعتداء التي تهدد الأفراد أو المجتمع مهما كان مصدرها وتوفير الأمان لهم، سواء كان هذا الأمان أمانا فرديا، بالدفاع عن حق الشخص، أم أمانا اجتماعيا بالدفاع عن قيم المجتمع ومبادئه وأخلاقه، أم كان هذا الأمان دوليا، بالحفاظ على كيان الدولة وسيادتها وسلامة أراضيها.

وعلى هذا فالدفاع الشرعي بهذا المفهوم يشمل جانبا دوليا، يتمثل بحق دولة في التصدي لعدوان دولة أخرى وليس هذا محل البحث، وجانبا جنائيا يتمثل بدفاع الشخص أو الأفراد عن الدين، أو النفس أو العرض أو المال.[1] وهذا الجانب في نطاق الفقه الجنائي الإسلامي ينقسم إلى قسمين:

1- الدفاع الشرعي الخاص:

الدفاع الشرعي الخاص أو أطلق عليه اسم (دفع الصائل) وعرف على أنه: واجب الإنسان في حماية نفسه أو نفس غيره، وحقه في حماية ماله أو مال غيره من كل اعتداء حال غير مشروع وبالقوة اللازمة لدفع هذا الاعتداء.

ويرى كثير من الفقهاء المسلمين بأن أصل إباحة فعل الدفاع الشرعي قوله تعالى في كتابه ﴿ فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ .[2]

وما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم "من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد".

وقد اتفق جميع فقهاء المذاهب الإسلامية بأن الدفاع عن العرض واجب على المدافع، واختلفوا فيما عدا ذلك بين الوجوب والإجازة فما تعلق بالدفاع عن النفس والمال والرأي الراجح فما تعلق بالدفاع عن النفس بأنه واجب أما الدفاع عن المال فالراجح فيه بأنه جائز وليس واجب.[3]

---

[1]: زيد حمدان محمود-الدفاع الشرعي الخاص (دفع الصائل) في الفقه الإسلامي(دراسة مقارنة مع القانون الوضعي)-رسالة ماجستير-تخصص فقه وتشريع -جامعة النجاح الوطني -نابلس- فلسطين -2000م-ص 64.

2: سورة البقرة الآية [194].

3: عدنان بن عبد الله البروني- تجاوز حدود الدفاع الشرعي- سلطة عمان- د.ط-د.ت- ص4.

ويشمل الدفاع عن النفس والمال والعرض، أو نفس الغير وعرضه وماله، وهو حماية الإنسان لكل نفس معصومة، أو مال معصوم، أو عرض معصوم، من كل خطر حال أو اعتداء غير مشروع بالقوة اللازمة عند تعذر الدفع بالوسائل الأخرى المشروعة.

2- الدفاع الشرعي العام:

وهو الوضع الذي يدعو شخصا أو أفراد أو هيئات للدفاع عن الدين والمبادئ العليا التي تؤمن بها جماعة المسلمين، والدفاع عن أخلاقها وقيمها، لتقوم الجماعة على الخير وينشأ الأفراد على الفضائل، ولقطع الفساد في المجتمع الإسلامي، وهو ما عرف في الإسلام بمفهوم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والذي يعتبر ميزة عظيمة وصفة من صفات الأمة الإسلامية و به مدحها الله تعالى بقوله: ﴿ كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ ﴾.[1]

و به أمر النبي صلى الله عليه وسلم بقوله: " من رأى منكم منكرا فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان"[2]. ولكي يتضح لنا مفهوم الدفاع الشرعي العام جيدا، لابد أن نأخذ فكرة عن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.[3]

وقد عرف بأنه: "أمر بمعروف إذا ظهر تركه ونهي عن المنكر إذا ظهر دفعه."

والقائمون عليها إما أن يكونوا موظفين من الدولة يتقاضون أجرا، وإما أن يكونوا متطوعين من أنفسهم.

1:سورة آل عمران الآية [110].

2: رواه مسلم-باب بيان كون النهي عن المنكر من الإيمان وأن الإيمان يزيد وينقص وأن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجبان-رقم49-تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي-دار إحياء التراث-بيروت-د.ط-د.ت-ج1-ص69.

3: علاء الدين إبراهيم محمود- الدفاع الشرعي العام في التشريع الجنائي الإسلامي- دراسة فقهية مقارنة- رسالة ماجستير تخصص فقع وتشريع- جامعة النجاح الوطنية- نابلس- فلسطين-2008-ص81.

والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فرض كفائي إذا قام به البعض سقط عن الباقيين.[1]

من حيث الموضوع:

إن موضوع الدفاع الشرعي الخاص هو كل صيال أي هجوم أو اعتداء يمس سلامة الإنسان أو يمس ماله أو عرضه ويسمى هذا النوع من الدفاع بدفع الصائل، وموضوع الدفاع الشرعي العام هو ما عدا ذلك مما يمس حقوق الجماعة وأمنها ونظامها ويسمى هذا النوع من الدفاع بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

وقد يقال إن هذه التفرقة الموضوعية تفرقة اسمية، لأن أكثر ما يدفع فيه الفاعل باعتباره صائلا يمكن دفع الفعل فيه باعتباره منكرا، ولكن هذا القول غير صحيح، لأن ما يدفع فيه الفعل باعتباره صائلا، فدفع الصائل لا يكون إلا إذا وجد صيال أي: هجوم أو اعتداء على الاعتداء على الإنسان أو ماله أو عرضه، أما دفع المنكر فيكون كلما انعدم الصيال أو الهجوم أو الاعتداء، فمثلا هجم رجل على امرأة يريد اغتصابها فإنه يدفع عنها باعتباره صائلا فهنا دفاع شرعي خاص، أما إذا أتاها برضاها ففعلها يدفع باعتباره منكرا فهنا دفاع شرعي عام، ومن يحاول قتل غيره يدفع عنه باعتباره صائلا، ويكون الدفاع في حالة دفاع شرعي خاص.[2]

أما من يحاول الانتحار فيدفع فعله باعتباره منكرا ويكون الدفاع في حالة النهي عن المنكر أو تغييره، ومن يحرق مال غيره أو يتلفه يدفع باعتباره صائلا، ولكن من يحرق ماله أو يتلف مال الغير برضاه يدفع باعتباره فاعلا لمنكر، فالصيال أي: الهجوم أو الاعتداء هو ما يميز الدفاع الشرعي الخاص عن الدفاع الشرعي العام.[3]

1: مسفر رزق الله-الدفاع الشرعي الخاص- مصدر سابق- ص31.

2: عبد القادر عودة-التشريع الجنائي- مصدر سابق- ج1-ص384.

3: عبد القادر عودة- التشريع الجنائي -مصدر سابق- ج1- ص385.

كما يتبين أن الفرق بينهما يكمن في محل الاعتداء، إذ أنه في الدفاع الشرعي الخاص يكون مهددا للنفس أو المال أو العرض، أما في حالة الدفاع الشرعي العام، فإن الاعتداء يكون منصبا على حقوق الجماعة وأمنها ونظامها وقيمها وكذلك حقوق الله تعالى، فلا يكون فيه اعتداء على نفس الغير أو ماله أو عرضه، بل يكون باقترافه أمرا لا يستدعي ذلك، كشرب الخمر، أو زنا بالرضا أو ترك الصلاة جحودا لها ومنكرا لفرضيتها، وغير ذلك مما هو معلوم من الدين بالضرورة، وأساس هذه التفرقة بين موضوعي الدفاع الشرعي الخاص والعام، أن ما يدفع فيه الفاعل باعتباره منكرا، لا يندفع فيه الفاعل باعتباره صائلا، لأن دفع الصائل لا يكون إلا إذا وجد هجوم واعتداء على الإنسان أو عرضه أو ماله، ويمكن التمثيل لذلك بالأمثلة الآتية:

1- من يحاول أن يقتل غيره يجب دفعه على أساس أنه صائل، وذلك على عكس من يحاول أن ينتحر فإن فعله يجب دفعه على أساس أنه منكر.

2- وأيضا إذا اعتدى فاسق على امرأة في عرضها، فإنه يجب دفعه عنها على أساس أنه صائل، فهنا يعتبر دفاع شرعي خاص،أما إذا أتاها برضاها فإنه يجب دفعهما على أساس أن فعلهما منكر، واجب الإزالة والتغيير فهنا يعتبر دفاع شرعي عام.

3- وكذلك من يحاول الاعتداء على مال غيره بالإتلاف ونحوه فإن من يمنعه من تلك الاعتداء يكون في حالة دفاع شرعي خاص، أما من حرق نفسه فإنه يجب منعه من ذلك على أساس دفع المنكر، فالصيال والدفاع والهجوم هو ما يميز الدفاع الشرعي العام والخاص.[1]

من حيث الهدف:

إن الهدف في الدفاع الشرعي الخاص ينصب على حماية النفس والمال والعرض، لأن في حمايتهم حفظ ورعاية وصون لهذه الضروريات التي أقرتها الشريعة الغراء، وذلك كي تقوم الحياة على الأمن والاطمئنان والسكينة والاستقرار، ودفع الأذى والمنكر والتناصر، وحقن الدماء وحفظ

[1]: علاء الدين إبراهيم محمود- الدفاع الشرعي العام في التشريع الجنائي الإسلامي -مصدر سابق- ص85.

الأعراض والأموال والحقوق إلا بحقها، وأما هدف الدفاع الشرعي العام فينصب على حفظ وحماية الدين، والوقوف ضد كل منكر يقع في المجتمع المسلم والالتزام بالقيم التي دعا إليها الإسلام، والحفاظ على شريعة الله والدعوة إليها، والضرب بشدة على أولئك الذين يتطاولون على تعاليم هذا الدين الحنيف أو يقصرون ويفرطون فيه،[1] ليكون هذا المجتمع كما أراده الله عز وجل، يحمل أبناؤه على الدين والعقيدة قولا وعملا واعتقادا، فقد قال الله تعالى مبينا أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر هي مؤهلات الأمة التي تصلح لقيادة الناس في هذه الحياة: ﴿ كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ ﴾.[2]

فهذا المنصب العظيم لا يوصل إليه بمجرد الادعاء، ولا الوراثة ولا بمجرد الترقي في علوم المادة، وإنما بالإيمان بالله عز وجل ثم الدعوة إلى الخير والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فهذا هو سبيل هذه الأمة وأبنائها أمر بالمعروف ونهي عن المنكر، وقد لعن الله كفار بني إسرائيل ولعنهم أنبياؤهم لتركهم هذه الفريضة، فقال سبحانه وتعالى: ﴿ لُعِنَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِن بَنِي إِسْرَائِيلَ عَلَىٰ لِسَانِ دَاوُودَ وَعِيسَى ابْنِ مَرْيَمَ ۚ ذَٰلِكَ بِمَا عَصَوا وَّكَانُوا يَعْتَدُونَ ﴿78﴾ كَانُوا لَا يَتَنَاهَوْنَ عَن مُّنكَرٍ فَعَلُوهُ ۚ لَبِئْسَ مَا كَانُوا يَفْعَلُونَ ﴾[3].

1: أحمد بن محمد بن عبد الرحمان بن قدامة المقدسي- مختصر منهاج القاصدين- تحقيق: زهير شاويش- المكتب الإسلامي-بيروت-ط9-1421هـ/2000م- ص123.

2: سورة آل عمران الآية [110].

3: سورة المائدة الآية [79.78].

فهما يشتركان في دفع الضرر، ودرء المفسدة ومنع الاعتداء، الواقع على حقوق الله تعالى في الدفاع الشرعي العام، أو الواقع على حقوق الإنسان، من نفس أو مال أو عرض في الدفاع الشرعي الخاص، لأن كليهما على صلة وثيقة بالمقاصد العامة للتشريع الإسلامي، لكن الدفاع الشرعي العام هدفه أعظم وأعم وذلك لتعلقه دائما بحق الله تعالى، في حين الدفاع الشرعي الخاص قد يتعلق بحقوق الأفراد ومصالحهم الشخصية في بعض جوانبه، فهما متداخلان متصلان بحيث لا يمكن تصور انفكاك أحدهما عن الآخر أو انفصاله، وكذلك فالدفاع العام، يتضمن دفع كل منكر يقع في المجتمع الإسلامي وذلك من اعتداء على النفس أو العرض أو المال، أو على حرمات الله تعالى ودين الله عز وجل، فيدفع المعتدي، ويرد الظالم ويضرب على يده، ويتعاون المسلمون في ذلك، وينصر المظلوم، لأن المقررات الثابتة في الشريعة الإسلامية أن التعاون على دفع الإثم والتناصر واجب، ويتداخلان من حيث أن الدفاع الشرعي الخاص يتضمن الدفاع عن العرض بكل وجوهه، من انتهاك لحرمة أو قذف أو تشهير ونحو ذلك، أو أعراض المسلمين وحرماتهم، فالمدافع هنا إنما يدفع عن حرمات الله تعالى التي يجتمع فيها حق الله تعالى وحق العبد.[1]

من حيث التدرج:

الدفاع الشرعي العام والخاص يتفقان في وجوب التدرج بالأسهل والأخف في كل منهما.[2]

فإذا تجاوز المدافع حدوده المقررة له، بأن تجاوز الدفع بالأسهل والأخف، ولم يتدرج في فعل الدفاع، فإن ذلك محرم ويعد جريمة لأن فعله الذي تجاوز به حدود المشروعية لم يعد أداءاً لواجب، وإنما كان اعتداءا يوجب التحريم والضمان.[3]

من حيث المسؤولية:

---

[1]: الجصاص- أحكام القرآن- مرجع سابق-ص31.

2: أبو حامد الغزالي-إحياء علوم الدين- دار القلم –بيروت-ط3- د.ت-ج2-ص304.

3: عبد القادر عودة-التشريع الجنائي- مصدر سابق- ص505.

إذا مارس المدافع دفاعه في الدفاع الشرعي العام أو الدفاع الشرعي الخاص، فنهى عن المنكر وحاول تغييره قدر الإمكان مراعيا شروطه وقيوده، أو صد الصائل وحاول دفعه بالوسائل المشروعة متدرجا وغير متجاوز فإن عمله في كل منهما يعتبر مشروعا ولا يتحمل المدافع في كل منهما أية مسؤولية (جنائية أو مدنية)، لأنه أدى واجبا تفرضه الشريعة الإسلامية، ولأن الواجب لا يتقيد بشرط السلامة، أما إذا تجاوز المدافع دفاعه في الدفاع الشرعي العام أو الدفاع الشرعي الخاص، وذلك بأن استعمل المدافع قوة زائدة عما تقتضيه الضرورة لدفع الاعتداء، أو أمكنه دفع الاعتداء بوسيلة معينة فعدل إلى وسيلة أشد منها فإن المدافع في كل منهما يسأل جنائيا عن هذا التجاوز، لأن فعله الذي تجاوز به حدود المشروعية، لم يعد أداءً للواجب وإنما كان اعتداء على حقوق الغير، وإن كان الحال يقضي استعمال وسيلة العنف في الدفاع الشرعي العام، ولكنه أطلق لسانه بالسب والشتم والقذف فإنه يسأل عن هذا التعدي،[1]

و كذا إذا استعمل المدافع في الدفاع الشرعي الخاص القتل والضرب في الحادث الذي يقتضي الصياح والاستغاثة والمناشدة فإنه يسأل عن هذا التعدي، وإن علم أنه يندفع بعصا لم يضربه جديدة فإن ضربه جديدة يكون متعديا بسبب ذلك الاعتداء واقعا والخطر حالا، فإن لم يكن حالا، فعمل المصول عليه ليس دفاعا وإنما اعتداء، لأن الدفاع لا يوجد إلا إذا تحقق الاعتداء في الفعل أو الظن الغالب.[2]

أما المحتسب عليه المنع في مرحلة التحضير لارتكاب الجريمة كالذي يستعد لكنس المجلس وتزيينه وجمع الرياحين استعداد لشرب الخمر الذي لم يحضره بعد، فبادر المدافع إلى ضربه أو جرحه، لأن المدافع يعتبر مسؤولا عن هذا الضرب أو الجرح، لأن هذه الحالة يكفيها الوعظ والنصح أو

[1]: أبو حامد الغزالي- إحياء علوم الدين –مصدر سابق- ج2-ص302.

[2]: عبد القادر عودة- التشريع الجنائي –مصدر سابق-ج1-ص482.

الزجر، لأنه لا دفاع إلا بوجود المنكر وهذا المنكر مشكوك فيه إذ ربما يعوق على عائق فلا يرتكبه.[1]

ولا صد للعدوان إلا بوجود الاعتداء والصيال أو الاحتمال الغالب لحدوثها، حيث لا مجال لتغير المنكر أو لدفع الصائل قبل ارتكاب الجريمة ولا حتى بعد انقضائه.[2]

1: أبو حامد الغزالي- إحياء علوم الدين- مصدر سابق- ج2-ص196.197.

2: عبد القادر عودة- التشريع الجنائي -مصدر سابق-ج1-ص478.

المبحث الثاني: شروط الدفاع الشرعي الخاص

المطلب الأول:شروط الدفاع الشرعي الخاص في الفقه المالكي

المطلب الثاني: شروط الدفاع الشرعي الخاص في القانون الجزائري

المبحث الثاني: شروط الدفاع الشرعي الخاص

وسنقسم هذا المبحث إلى مطلبين: المطلب الأول: شروط الدفاع الشرعي الخاص في الفقه المالكي، والمطلب الثاني: شروط الدفاع الشرعي الخاص في القانون الجزائري.

المطلب الأول:شروط الدفاع الشرعي الخاص في الفقه المالكي

الشرط الأول: أن يكون فعل الدفاع لازما لرد الاعتداء ودفعه.

يشترط لقيام حالة الدفاع الشرعي ضد الصائل المعتدي، أن يكون فعل الدفاع هو الوسيلة الوحيدة التي يمكن للمعتدى عليه أن يتخلص بها من الاعتداء، أما إذا كان المعتدى عليه بإمكانه أن يتخلص من الاعتداء بوسيلة أخرى مشروعة وجب عليه استعمالها.

فلا يجوز له أن يلجأ إلى فعل الدفاع والمقاتلة ضد الصائل المعتدي، لأن ذلك ليس لازما لدرء الاعتداء والصيال، الذي قد يدفع بوسيلة أخرى مشروعة، أو قدر على الهروب من غير مشقة.[1]

فلزوم الدفاع يعني: أنه يجب أن يكون فعل الدفاع هو الوسيلة الوحيدة المتعينة التي يمكن التخلص بها من التهديد أو الخطر الحال.[2]

[1]: محمد بن عرفة الدسوقي- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير- دار الفكر- د.ط-د.ت-ج4-ص357.(بتصرف)

[2]: محمد بن عبد الله الخرشي- شرح مختصر خليل- دار الفكر- بيروت- د.ط-د.ت- ج5-ص354 .(بتصرف)

تعتبر المناشدة بالله تعالى، من أولى وسائل الدفاع والصد للعدوان، خاصة أنها كفيلة بتذكير المعتدي بخشية الله تعالى ومخافته والرجوع إلى الحق والصواب والكف عن العدوان.[1]

وذلك كقوله: (ناشدتك بالله ألا ما خليت سبيلي، ثلاث مرات)، فإذا لم يستجب المعتدي لذلك، وأصر على العدوان، يجوز للمصول عليه أن يدفعه بأيسر ما يندفع به.

فإذا لم ينفع ذلك ينتقل إلى وسيلة أشد منها.[2]

الشرط الثاني: أن يدفع الاعتداء بالقدر اللازم لرده.

يشترط في فعل الدفاع أن يكون بالقدر اللازم لدفع الاعتداء، وما زاد على ذلك فلا ضرورة له ولا مبرر لمشروعيته، وهو اعتداء وليس دفاعا لأن المصول عليه يلزمه أن يدفع الصائل المعتدي بالأخذ فالأخذ والأهون بالأهون،[3] وأن يتدرج في فعل الدفاع فلو أمكن دفع الصائل بالإنذار أو التهديد أو المناشدة بالله تعالى أو الاستغاثة بالناس حرم الضرب وإن أمكنه دفعه بالضرب فلا يدفعه بالجرح، وإن أمكنه دفعه بالجرح أو بقطع عضو فلا يدفعه بالقتل، والقتل يعتبر آخر الوسائل والطرق للنجاة من الصائل في فعل الدفاع.[4]

1: شمس الدين القرطبي- الجامع لأحكام القرآن- دار الكتب المصرية- القاهرة- ط2- 1384هـ.1964م-ج6-ص157. (بتصرف)

2: محمد بن عبد الله الخرشي- شرح مختصر خليل- مصدر سابق-ج8-ص112.

3: أبو العباس شهاب الدين أحمد القرافي-الفروق-عالم الكتب-د.ط-دت-ج 4-ص210. (بتصرف)

4: أبو العباس شهاب الدين أحمد القرافي-الذخيرة- تحقيق محمد بوخبزة- دار الغرب الإسلامي-بيروت- ط1-1994م-ج12-ص262. (بتصرف)

والزيادة على القدر ضرر ومعصية لأنه لا تدفع المعصية بالمعصية فالدفاع الشرعي لا بد فيه من التدرج ويجب تقدم الإنذار في كل موضع فيه دفع.[1]

أما إذا خرج الأمر عن السيطرة والضبط، وذلك كما لو أمر الصائل على صياله، أو هاجم واندفع مشاهدا لسيفه، أو كان الصيال ليلا، والتبس الأمر على المصول عليه أو كان الاعتداء في مكان لا غوث فيه، لا سيما إذا استخدم الصائل وسيلة بالغة النكاية سريعة التنكيل خطيرة الأثر، لا يحتمل معها التدرج بتاتا، أو كان الصائلون جماعة، لأن دفع أحدهم بأيسر ما يندفع به لا يجدي مع الآخرين أو إذا كان الصيال جريمة من الجرائم التي لا تستدرك بالصبر والأناة كجريمة الزنا، ففي مثل هذه الظروف لا يلزم المدافع الترتيب والدفع بالأهون، لأنه قد يفضي للهلاك وانتهاك حرماته، فله جرح الصائل أو قتله ابتدءا فلا ضمان عليه حينئذا مسؤولية.[2]

1: أبو العباس شهاب الدين أحمد القرافي-الفروق-مصدر سابق-ج4-ص210.

2: محمد بن عبد الله الخرشي- شرح مختصر خليل- مصدر سابق-ج8-ص112.

المطلب الثاني: شروط الدفاع الشرعي الخاص في القانون الجزائري

الشرط الأول: لزوم فعل الدفاع

يجب أن يكون فعل الدفاع لازما وضروريا لرد العدوان أو الاعتداء، إذيتحقق هذا الشرط متى كان فعل الدفاع هو الوسيلة الوحيدة لا مفر منها لدفع خطر الاعتداء بحيث لا يوجد بديل آخر لتحقيق الغاية في الرد، ويستحيل على المعتدي عليه اللجوء إلى السلطة العامة في الوقت المناسب.[1] لكن هل يتطلب القانون نية الدفاع؟

لم يرد نص صريح في القانون يتطلب نية الدفاع، لأن ورود مثل هذا النص معناه أنه: إذا لم يعلم المدافع بأنه ثمة خطر يهدده وكان مريدا بفعله الاعتداء على حق غيره ثم ثبت أن هذا الفعل قد درأ عنه خطراً ما فلا يكون له الاحتجاج بالدفاع الشرعي، كمن يطلق النار على عدوه فيقتله ثم يثبت أن هذا العدو كان يقصد قتله ومستعدا فعلا لإطلاق النار عليه.[2]

وما يؤيد هذا الرأي أن أسباب الإباحة ذات طبيعة مادية وقانونية، فإن توافرت لها شروطهما فعلا،فإنها تنتج آثارها دون اعتداءا بالحالة النفسية للمدافع، كما أنه لا يحول دون الاحتجاج بالدفاع الشرعي حتى ولو توافق لدى المدافع إضافة إلى نية الدفاع المستهدفة الانتقام من الجاني وحتى يقال إن فعل الدفاع "لازما" وبالتالي متوفر على شرط اللزومية فإنه يتعين أن تكون الجريمة التي يرتكبها المدافع والتي يبيحها القانون هي الوسيلة الوحيدة لرد الاعتداء، [3]

---

[1]: خلود سامي غرارة آل معجون- النظرية العامة للإباحة-دار الفكر العربي-د.ط- د.ت- ص318.

[2]: نظام توفيق المجالي- شرح قانون العقوبات-دار الثقافة-عمان-د.ط-2009م-ص198.

[3]: محمود نجيب حسني-أسباب الإباحة في التشريعات العربية- معهد الدراسات العربية العالية-د.ط-1962م-ص236.

فإذا ثبت أن المدافع كان بإمكانه رد الاعتداء بوسيلة أخرى لا تعتبر جريمة، فإن الدفاع عن طريق الجريمة يكون غير لازم، وإذا افترضنا أن المدافع كان باستطاعته الهرب من المعتدي ولكنه رفض الهرب وتمسك بحقه بالدفاع؟

الإجابة تكون بالإيجاب حيث إن القانون لا يفترض على الأفراد أن يكونوا جبناء في هذه الحالة، فإن إمكان الهروب من المعتدي لا يحول دون الاحتجاج بالدفاع الشرعي ومن المتفق عليه أن الهرب من الاعتداء لا يعد حجة عن الدفاع.[1]

أما إذا كان المعتدي في حالة جنون أو غير مميز فإن الهروب في مواجهته لا يعد جبنا إلا إذا كان الفعل الذي أتاه أحد من المذكورين يشكل خطرا حقيقيا لا يمكن التخلص منه إلا بدفعه أما فيما يخص قيود اللزوم في فعل الدفاع هو ضرورة توجيه القوة اللازمة إلى مصدر الاعتداء.[2] ذاته لأن توجيه الدفاع إلى غير هذا المصدر الدفاع عنه، ذلك لا يجوز للمعتدي عليه أن يترك مصدر الخطر يوجه فعله إلى شخص آخر لا يصدر عنه الخطر ومن يهاجمه حيوان شرس لا يجوز له أو يوجه فعله ضد مالكه، شرط أن يكون مالكه هو الموجه الوحيد.[3]

1: محمود نجيب حسني-أسباب الإباحة في التشريعات العربية-مصدر سابق-ص236.

2: مأمون محمد سلامة- أصول علم الإجرام وعلم العقاب- دار الفكر العربي- جامعة القاهرة - 1979م-ص234.

3: عبد الله سليمان- شرح قانون العقوبات الجزائري-مصدر سابق-ج1-ص137.

الشرط الثاني: معيار التناسب

أما بالنسبة للرد المتناسب مع الاعتداء فورد في نص المادة 2/39 من قانون العقوبات الجزائري والتي جاء فيها: يشترط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء ويقصد من التناسب تناسب القوة التي استعملت في الدفاع مع قوة الاعتداء، وذلك أن الدفاع الشرعي يبيح الفعل بالقدر الذي يكون فيه لازما لرد الخطر ومتناسبا معه والقول بغير ذلك يؤدي إلى تحويل الدفاع إلى انتقام وهذا لا يمكن أن يكون مشروعا. ولكن ما هو المعيار الذي يعتمد عليه لتقرير بأن فعل الدفاع كان متناسبا مع الاعتداء أم لا؟[1]

فقد اختلف الفقهاء في تحديد معيار التناسب، فمنهم من يوازن بين الحق الذي يهدده المعتدي والحق الذي يصيبه المدافع، ومنهم من يجري المقارنة بين الوسائل التي استخدمها المدافع والوسائل التي كانت متاحة له، ومنهم من يقارن بين الضرر الذي أحدثه المدافع والضرر الذي كان بوسعه إحداثه، ومنهم من يقارن بين العنف الذي بذله المدافع وما كان ليبذله شخص معتاد في نفس ظروفه.[2]

[1]: مجلة آفاق العلمية-لخضر بن عطية-جامعة عمار ثليجي الأغواط-العدد10-2018-ص351.

[2]: عبد العالي بوصنوبرة-تجاوز حدود الدفاع الشرعي في القانون الجزائري-مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون-العدد48ديسمبر2016-ص70.

غير أن الشراح لا يشترطون التكافؤ الحقيقي التام، فقد تكون القوة المبذولة للرد أزيد من فعل الاعتداء ولكن هذه الزيادة معقولة في مثل هذه الظروف التي كان فيها المدافع بالنسبة لسنه وقوته وحالته الشخصية، وعلى ذلك فهي متناسبة، ومرجع تقدير ذلك كله إلى محكمة الموضوع، وعليه فإن التناسب لا يعني التطابق بين الاعتداء والقوة، وإنما أن يكون هناك تناسب بين الوسيلة التي كانت في متناول المعتدي عليه وبين الوسيلة التي استعملها بالفعل، فيوجد تناسب إذا ثبت أن الوسيلة المستعملة كانت في ظرف استعمالها أنسب الوسائل لرد الاعتداء، أو كانت هي الوسيلة الوحيدة التي وجدت في متناول المهدد بالاعتداء.[1]

بعد أن حدد المشرع الجزائري في المادة 39من قانون العقوبات القواعد العامة للدفاع الشرعي، أضاف في المادة 40 من نفس القانون حالات خاصة للدفاع الشرعي وقد اتفق على تسميتها بالحالات الممتازة، حيث نصت هذه الأخيرة على ما يلي:

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

الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النصب– بالقوة فقد قدر المشرع أن هذه الحالات تجيز فعل الدفاع ضد مرتكبيها نظرا لخطورتها وبدون التقييد بالقواعد العامة لنظرية الدفاع الشرعي وما تتطلبه من ضرورة إثبات وجود خطر داهم غير مشروع على النفس أو على المال وما تقضيه قواعد الدفاع بعد ذلك من شرطي اللزوم والتناسب.[2]

1: عبد العالي بوصنوبرة–تجاوز حدود الدفاع الشرعي في القانون الجزائري–مرجع سابق–ص73.

2: عبد الله سليمان–شرح قانون العقوبات–مرجع سابق–ص138.

وخلاصة القول أن معيار التناسب هو معيار موضوعي واقعي قوامه الشخص المعتاد، وحدود هذا المعيار هي الظروف التي مر بها المدافع وقت رد الاعتداء، وشرط التناسب هذا كما سبق الإشارة إليه ليس شرطا لنشوء الحق وإنما شرط لاستعماله فانتفاؤه لا ينفي أصل الحق لأن نشوء الحق مرحلة سابقة أو تسبق استعماله، وتستقل عن مرحلة الاستعمال، وإذا كان المشرع يبرر فعل الدفاع إذا تم بالقدر اللازم والضروري لدفع الخطر إلا أنه لم يقيده في فعل معين.

كما نشير أن من قضاه الموضوع لم يطبق أحكام المادة 39 قانون العقوبات الجزائري التي تنص أنه...." لا مخالفة عندما يكون الفعل تمليه الضرورة الدفاع عن النفس ..عندما يكون الدفاع متناسبا مع ضرورة الاعتداء.

كما نوضح أن شكل فعل الدفاع يكون مستنتج من مضمون أسباب الإباحة وعليه:

ضرورة اتخاذ فعل الدفاع مظهر الجريمة أو الإجرام.

فعل الدفاع والجريمة غير الإرادية.

المبحث الثالث: تجاوز حدود الدفاع الشرعي الخاص وأثره

المطلب الأول: مفهوم التجاوز وصوره

الفرع الأول: مفهوم التجاوز (لغة،اصطلاحا)

الفرع الثاني: مفهوم التجاوز (عند المالكية، وفي القانون الجزائري)

الفرع الثالث: صور تجاوز الدفاع الشرعي

المطلب الثاني: أثر تجاوز حدود الدفاع الشرعي الخاص

المبحث الثالث: تجاوز حدود الدفاع الشرعي الخاص وأثره

لقد شرع الدفاع الشرعي دفعا للعدوان على المجتمع وعلى الأفراد، ولكن هذا الدفاع ليس على إطلاقه، وإنما له ضوابط، فإذا تجاوزها تحول من دفاع إلى عدوان.

المطلب الأول: مفهوم التجاوز وصوره

الفرع الأول: مفهوم التجاوز (لغة،اصطلاحا)

التجاوز لغة: هو الإفراط، وتجاوز في الشيء أي أفرط فيه.[1]

وفي الاصطلاح: هو إذا استعمل المدافع قوة أكثر مما تقضي الضرورة لدفع الاعتداء.[2]

وهو أيضا: أن يتخطى المدافع أثناء دفاعه حدود حقه المقرر له للدفاع عن نفسه أو ماله أو عن نفس أو مال الغير.

ويعرف التجاوز بأنه عدم قيام التناسب بين فعل الدفاع والخطر الناجم عن فعل الاعتداء حيث يقال في هذه الحالة إن الشخص قد تجاوز حدود الدفاع الشرعي.[3]

---

[1]: ابن منظور-لسان العرب-مصدر سابق-ج5-ص329.

[2]: عبد القادر عودة-التشريع الجنائي الإسلامي-مصدر سابق-ص476.

[3]:عبد العالي بوصنوبرة-تجاوز حدو د الدفاع الشرعي في القانون الجزائري-مصدر سابق-ص74.

الفرع الثاني: مفهوم التجاوز (عند المالكية، وفي القانون الجزائري)

1- عند المالكية:

لم يرد عند المالكية تعريف للتجاوز فيمكن استخلاصه من أقوالهم، وفهمه من اشتراطهم للتناسب من قولهم يدفع بالأخف فالأخف، وكل فعل زائد على اللزوم يعتبر تعديا يسأل عنه صاحبه، ويمكن القول أن التجاوز يتحقق إذا استعمل المدافع قدرا زائدا عن اللازم لدفع الاعتداء وهذا يمكن استنباطه من أقوالهم جاء في" تبصرة الحكام" وسئل عن رجل وجد رجلا عند زوجته فقاتله فكسر رجله أو جرحه هل عليه قصاص قال لا شيء عليه فيما دون النفس فإن قتله كان عليه قود إلا أن يكون معه شهود على دخول الفرج في الفرج فلا يكون عليه قود وإنما عليه الأدب.[1]

2- في القانون الجزائري

لتحديد المقصود بالتجاوز ينبغي التفرقة بين شرط الخطر وشرط لزوم الدفاع من ناحية وبين شروط التناسب من ناحية أخرى، ولذلك إذا تخلف التناسب مع بقاء جسامة الخطر والدفاع كنا في نطاق التجاوز، وهو ضروري لدفع الخطر في ظروف الاعتداء، وعليه لا بد لتحديد التجاوز في الدفاع المشروع الأخذ بعين الاعتبار المصلحة المعتدى عليها وكذا جسامة الخطر وجسامة الدفاع من حيث الأضرار والوسائل معا.[2]

[1]: ابراهيم بن علي بن محمد ابن فرحون-تبصرة الحكام في أصول القضية ومناهج الأحكام-مكتبة الكليات الأزهرية-ط1-1406هـ/1986م-ج2-ص148. (انظر)

[2]: كمال بلارو-أحكام الدفاع الشرعي في التشريع الجزائري-نشر بمجلة العلوم الإنسانية جامعة الأخوة – قسنطينة-العدد49-جوان2018-ص11.

ويقصد به أيضا: انتفاء التناسب بين أفعال الدفاع وخطر الاعتداء الذي هدد المعتدى عليه فليس المقصود في التجاوز حدود الدفاع الشرعي انتفاء أحد شروط الاعتداء أو الدفاع وإنما يقصد به انتفاء شرط التناسب بعينه بين الاعتداء والدفاع، فشرط التناسب ما هو إلا الإطار الذي يجب أن يباشر الدفاع في نطاقه ولذلك إذا تخلف التناسب كنا في حالة التجاوز.[1]

وعرف بأنه انتفاء التناسب بين جسامة فعل الدفاع، وفي تعبير آخر يعني التجاوز استعمال قدر من القوة يزيد على ما كان كافيا لدرء الخطر وعلى ذلك فليس المقصود انتفاء أي شرط من شروط الدفاع المشروع، وإنما المقصود انتفاء شرط معين منها هو التناسب، وأما إذا انتفت شرطا سواه، فليس للدفاع المشروع وجود، ولذلك لا يكون محل للبحث في تجاوز حدوده، لأن هذا البحث محله وإن ثبت أو لا قيام الحق.[2]

[1]: مأمون محمد سلامة-أصول علم الإجرام وعلم العقاب-مصدر سابق-ص231.

[2]: محمود نجيب حسني-شرح قانون العقوبات-منشورات الحلبي الحقوقية-ط3-1998م-ص328.

الفرع الثالث: صور تجاوز الدفاع الشرعي الخاص

لم يعرف قانون العقوبات لحالة التجاوز وبالتالي فإن تقدير مسؤولية المتجاوز لحق الدفاع تعتمد على القواعد العامة، ونرى أنه في مثل هذه الحالة يجب التمييز بين حالة أن يكون التجاوز مرده إلى تعمد المدافع ذلك أو أن يكون التجاوز مرده إلى خطأ في تقدير جسامة الاعتداء أو الرد عليه.

ولتجاوز الدفاع الشرعي صورتان أو نوعان:

أولا: التجاوز العمدي:

إذا كان التجاوز عمدا فإن مسؤولية الجناية العمدية للمدافع تتحقق وكذلك إذا كان التجاوز مقصودا من جانب المدافع المعتدي عليه، فإنه يسأل على جريمة مقصودة.

وتحدث حالة تجاوز المدافع حدود الدفاع الشرعي قصدا، وعندما يقدر المدافع جسامة الخطر المحدق به، والوسيلة المناسبة لرده، ولكنه مع ذلك يتجاوز حدود الدفاع الشرعي للانتقام من المعتدي أو تأديبه، مثاله: أن يكون المدافع مهددا بالضرب بعصا إلا أنه مدفوعا بالحقد أطلق عليه الرصاص فأراده قتيلا، علما بأنه كان يستطيع رد هذا الخطر بضربه بعصا كان يحوزها ومدرك ذلك.

ولا خلاف في أن من يتجاوز حدود الدفاع الشرعي قصدا، تطبق أحكام القواعد العامة وتتحقق المسؤولية العمدية إذا كان التجاوز مقصودا.

إذا تعمد المدافع تجاوز حدود الدفاع فإن التجاوز يكون بدون نية سليمة، وتطبق بشأنه القواعد العامة في التجاوز.

فإن ثبوت التجاوز في حق المدافع يجعله مسؤولا عن تعويض الضرر الناشئ عن جريمته.[1]

[1]: راشف صبرين، سعدي فاطمة-تجاوز حدود الدفاع الشرعي-الأستاذ عبد الرحمان خلفي-رسالة ماستر-قسم القانون الخاص-كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية-2014/2013م-ص26.

ثانيا: التجاوز غير العمدي:

تنص المادة 288 من قانون العقوبات الجزائري على كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو عدم إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار يتضح من خلال هذا النص أن المشرع وضع قاعدة من القواعد العامة للجرائم غير العمدية أي أنه ذكر الأسباب والظروف التي تؤدي إلى ارتكاب الجرائم غير العمدية ولكنه لم يتطرق إلى حالة التجاوز.

وإذا كان التجاوز غير مقصود من جانب المدافع بل كان صادرا عن خطأ فإن مسؤوليته تكون غير قصدية أي يسأل عن سبيل الخطأ مثال: لو كان المدافع معرضا لخطر الدهس بدراجة فحاول مسكها إلا أنه صدم طفلا، وكسر ساقه بسبب إهماله ورعونته.

أما إذا كان التجاوز غير مقصود، ولم يكن مشوبا بالخطأ، فإن مسؤولية المدافع المعتدى عليه تنتفي تماما، لا يسأل عن جريمة مقصودة، ولا حتى عن جريمة خطيئة، وفي حالة ما إذا كان التجاوز دون قصد أو خطأ وقع من جانبه، فلا شك في انتفاء المسؤولية حيث يكون قد تجرد من الإرادة ومن التمييز على نحو لا تقوم به أي جريمة لانتفاء الركن المعنوي فإذا تجرد فعله من القصد، أو الخطأ انتفت مسؤوليته تماما لعدم قيام الجريمة لانتفاء ركنها المعنوي إذ لا جريمة دون ركن معنوي.

مثال: أن يفاجأ شخص بشتمه وصفعه على وجهه أمام أقاربه دون سبب، فيثور المعتدى عليه ويقذفه بزجاجة كان يتناول منها مشروبا فيصاب المعتدي بتعطيل في عينيه.[1]

1: راشف صبرين، سعدي فاطمة-تجاوز حدود الدفاع الشرعي-مصدر سابق-ص27.

ففي هذاالمثال لا محل للركن المعنوي الذي يتمثل في القصد الجنائي الذي يتمثل في النية إذا كان تجاوزه لحدود الدفاع الشرعي غير مقصود حيث كان وليد خطأ وقع فيه التجاوز مثل الإهمال أو عدم الاحتياط.

وقد جعل القانون من حسن نية الجاني وانعدام قصده في إحداث ضرر أشد مما تستلزمه حالة الدفاع مناطا لتطبيق هذا العذر، ومعنى هذا أنه إذا تجاوز المدافع حدود الدفاع الشرعي قامت مسؤوليته عن جريمة عمدية وذلك حالة عدم توافر النية السليمة لدى المدافع وكان قاصدا إحداث ضرر أشد مما تستلزمه حالة الدفاع بينما تقوم مسؤوليته عن جريمة غير عمدية إذا تجاوز الحدود بنية سليمة دون أن يكون قاصدا إحداث ضرر أشد مما يستلزمه الدفاع.

إذا كان التجاوز عن الخطأ كما في حالة الخطأ في تقدير جسامة الاعتداء، فإن المسؤولية الجنائية الغير عمدية تتحقق، فقد يعتقد المدافع بحسن نية أنه يواجه حالة خطر لكن الحقيقة غير ذلك كما لو شاهد المدافع شخصا بيده سكين، ويتوجه اتجاهه فظن أنه يقصد طعنه فضربه بعصا على يده أدت إلى إحداث كسر وتبين بعد ذلك أن صاحب السكين كان متوجه إلى مصلح السكاكين القريب من المدافع، فهنا الخطر وهمي.[1]

1: راشف صبرين، سعدي فاطمة-تجاوز حدود الدفاع الشرعي-مصدر سابق-ص27.

المطلب الثاني: أثر تجاوز حدود الدفاع الشرعي الخاص

الأصل أن الدماء والأموال معصومة، فلا يجوز الاعتداء عليها إلا بسبب شرعي يبيح ذلك، ومن الأسباب الشرعية التي تزيل العصمة الدفاع الشرعي، فللمعتدى عليه أن يدفع الاعتداء، ولو أدى الدفاع إلى قتل المعتدي أو جرحه لأن العدوان يزيل عصمة المعتدي، ويجعل للمعتدي عليه حق الدفاع، لكن هذا الزوال مقيد ومؤقت، فهو مقيد بالقدر اللازم لدفع العدوان، وبالوسيلة المناسبة، فليس للمعتدي عليه أن يدفع بقوة، أو وسيلة أشد من القدر اللازم لرد العدوان، بل يجب عليه أن يدفع الاعتداء بالأسهل فالأسهل.

ومؤقت بزمن الاعتداء، فلا يتقدم عليه ولا يتأخر عنه، فحق الدفاع يبدأ من وقوع العدوان وينتهي بزوال العدوان.

فإن دافع المعتدى عليه بعد انتهاء العدوان، أو دافع بوسيلة أكبر مع إمكان دفع العدوان بوسيلة أقل منها فهو متجاوز في الدفاع الشرعي الخاص.

أولا: في الفقه المالكي:

ذكرنا سابقا ما جاء في التبصرة،[1] عن مسؤولية المدافع إذا تجاوز حدود الدفاع الشرعي الخاص، وجاء في منح الجليل[2] في الكلام عن حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: "يعض أحدكم أخاه كما يعض الفحل؟ لا دية لك".[3]

---

[1]: ابن فرحون-تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام-مصدر سابق-ج2-ص148.

[2]: محمد بن أحمد بن محمد عايش-منح الجليل شرح مختصر خليل-دار الفكر-بيروت-د.ط-1409هـ/1989م-ج9-ص365.

[3]: رواه البخاري -كتاب الديات -باب إذا عض رجلا فوقعت ثناياه -رقم 6892-تحقيق محمد زهير بن ناصرا لناصر -دار طوق النجاة -ط1-1422هـ- ج9ص8.

وجاء في المعونة: ومن عض أصبع رجل فنزع المعضوض يده من فم العاض فذهبت أسنانه فعلى الجابد ضمانه، وقال يحي بن عمر[1] من أصحابنا لا ضمان عليه، فوجه قول مالك أن العاض لم يقصد النفس وإنما قصد العض نفسه والذي يستحق بإتلاف ذلك العض غير ما فعل به فوجب أن يكون كل واحد ضامنا ما جنى على الآخر كمن قلع عين الرجل فقطع الآخر يده فإنهما ضامنان ووجه قول يحي بن عمر أنه دفعه بدفع مباح فلم يضمن ما كان عليه أصله إذا أراد النفس.[2]

وجاء في مواهب الجليل: أما إن صال عليه رجل ودخل منزله بغير إذنه، فله إنذاره بالخروج من منزله، سواء كان معه سلاح أولا، لأنه متعد بدخول ملك غيره بدون إذنه، فإن امتثل وخرج لم يكن له ضربه، فإن لم يخر ج بالأمر، فله ضربه بأسهل ما يعلم أنه يدفعه، لأن المقصود دفعه، فإن لم يكن دفعه إلا بالقتل، أو خاف أن يبدره بالقتل إن لم يقتله، فله قتله، فإن قتله أو أصاب من عضوا كان هدرا، لأنه أتلفه لدفع شره.[3]

[1]: يحي بن عمر ابن يوسف أبو زكرياء الأندلسي الفقيه شيخ المالكية سمع بن سحنون وأبي زكرياء الحفري وأخذ عنه أحمد بن خالد الحافظ وجماعة أهل القيروان مات سنة 289هـ.

[2]: أبومحمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي-المعونة على مذهب عالم المدينة-تحقيق حميش عبد الحق-المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز-د.ط-د.ت-ص1370.

[3]: أحمد بن أحمد المختار الشنقيطي-مواهب الجليل من أدلة خليل-دار إحياء التراث الإسلامي-قطر-1407هـ-1987م-ج4-ص384.

ثانيا: في القانون الجزائري:

لم يتعرف المشرع الجزائري لحالة التجاوز في الدفاع الشرعي بوضع نصوص أو نص خاص به إلا ما ورد في المادتين 277و278 من قانون العقوبات الجزائري حيث يمكن من خلال هاتين المادتين استخلاص حكم المشرع في تجاوز حدود الدفاع الشرعي وكذلك الشروط المطلوبة لاستعادة المدافع الذي تجاوز حدود الدفاع من الأعذار القانونية المخففة.

الأعذار القانونية التي تضمنتها المادتان 277و278:

جاء في تعريف الأعذار القانونية في نص المادة 52من قانون العقوبات"هي حالات محددة في القانون على سبيل الحصر يترتب عليها مع قيام الجريمة والمسؤولية إما عدم عقاب المتهم إذا كانت أعذار معفية وإما تخفيف العقوبة إذا كانت مخففة".[1]

وقد بينت المادة 283 من قانون العقوبات الجزائري العقوبات المخففة.

فقد نصت المادة 277 من قانون العقوبات الجزائري على ما يلي:

"يستفيد مرتكب جرائم القتل والجرح والضرب من الأعذار إذا دفعه إلى ارتكابها وقوع ضرب شديد من أحد الأشخاص".[2]

ففهم من نص القانون أننا أمام حالة من حالات تجاوز حدود الدفاع الشرع، فالمدافع لم يوجه دفاعه إلى مصدر التهديد بل إلى شخص آخر كان يصاحب المعتدي فقتله أو جرحه أو ضربه.

العذر القانوني الوارد بنص المادة 278:

تنص المادة 278 من قانون العقوبات الجزائري على ما يلي:

[1]: المادة 52 من قانون العقوبات الجزائري-الفصل الثالث-القسم الأول-ص17.

[2]: المادة 277 من قانون العقوبات الجزائري-الأعذار في الجنايات والجنح-ص77.

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 وإذا حدث ذلك أثناء الليل فتطبق أحكام المادة 40.[1]

إذا رجعنا إلى نص المادة الفقرة(2) لوجدنا أن هذه الأفعال هي تقريبا الأفعال التي تبرر قيام حالات الدفاع الشرعي الممتاز والتي تبرر الفعل والجرح والضرب إذا ارتكبه لمنع هذه الأفعال إذا وقع الاعتداء ليلا، أما إذا وقع الاعتداء نهارا فإن الفعل الذي ترتب عليه القتل أو الجرح أو الضرب يكون ضمن الأفعال التي يرتب لها القانون عذرا مخففا.

ويمكن القول أن المشرع الجزائري قد نظم بعض أحكام تجاوز الدفاع الشرعي المنصوص عليه في المادتين 39 و40 وذلك بأن اعتبارها ظروف مخففة للعقاب على من تجاوز حدود الدفاع، أما العقوبات المخففة نتيجة أعذار قانونية فقد تناولها المشرع بنص المادة 283 من قانون العقوبات الجزائري.

[1]: المادة 278 من قانون العقوبات الجزائري-الأعذار في الجنايات والجنح-ص17.

المبحث الرابع: حالات الدفاع الشرعي الخاص وآثاره

المطلب الأول: حالات الدفاع الشرعي الخاص

المطلب الثاني: آثار الدفاع الشرعي الخاص

المبحث الرابع: حالات الدفاع الشرعي الخاص وآثاره

تنص المادة 40 من قانون العقوبات الجزائري على حالات تعد من قبيل الضرورة الحالة بالدفاع المشروع فبمجرد قيام عناصر إحدى تلك الحالات يقوم الحق في الدفاع.

وعليه قسمنا هذا المبحث إلى مطلبان:

المطلب الأول: حالات الدفاع الشرعي الخاص

بعد أن حدد القانون في المادة 39 حالات الدفاع الشرعي على النحو الذي شرحناه سابقا، عاد في المادة 40 ليخص بعض حالات الدفاع الشرعي بنص جاء كما يلي:

"يدخل ضمن حالات الضرورة الملحة للدفاع المشروع:

- القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه أو لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منها أثناء الليل.
- الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة".

لقد قدر المشرع أن هذه الحالات تجيز فعل الدفاع ضد مرتكبيها نظرا لخطورتها وبدون التقيد بالقواعد العامة لنظرية الدفاع الشرعي، وما تطلبه من ضرورة إثبات وجود خطر داهم غير مشروع على النفس أو على المال، وما تقتضيه قواعد الدفاع بعد ذلك من شرطي اللزوم والتناسب.[1]

[1]: عبد الله سليمان-شرح قانون العقوبات الجزائري-مصدر سابق- ص138.

فالمادة 40 المشار لها أعلاه أنشأت قرينة قانونية مفادها بأن من يدافع عن شخصه أو حرمة مسكنه من أي اعتداء حدث ليلا هو في حالة دفاع شرعي، وكذلك فإن فعل الدفاع عن النفس أو الغير هو دفاع شرعي دائما إذا كان ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة.

وعليه فإن وجود هذه القرينة جعل المدافع في مركز أقوى من موقف المدافع الذي يخضع للشروط العامة بحسب نص المادة 39.

قيمة هذه القرينة القانونية:

يتساءل الفقه عن قيمة القرينة القانونية، فهل هي قرينة مطلقة لا تقبل إثبات العكس أم أنها قرينة بسيطة يمكن أن تقبل إثبات العكس؟

ظاهر النص يفيد بأنها قرينة قاطعة، إذ يكفي أن يستعمل المدافع حقه في الدفاع في الأحوال المنصوص عليها، وبعد ذلك يتخلص من كل مساءلة ففعله من الأفعال التي أباحها القانون.

ولكن الأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها أي بالقول أن القرينة هنا قرينة قانونية قاطعة يؤدي في بعض الأحيان إلى نتائج غير مقبولة، وذلك أنه من غير العدل أن يستغل المدافع هذا النص للقيام بفعل الدفاع بدون أي قيد إذا ثبت أنه كان على علم مسبق بفعل الغير وقبل به كما لو كان على موعد، أو كان قد نبه إلى العمل فأبدى موافقته، فغاية النص هو حماية حق المدافع أمام مفاجأة الغير له بالاعتداء على شخصه أو على مسكنه ليلا، فإذا اتضح أنه لم يكن في الأمر أية مفاجأة فلم نحميه بنص خاص؟ فالمنطق يدعونا لتطبيق الأحكام العامة، في مثل هذه الحالة لنظرية الدفاع الشرعي.

هذه بالنسبة للفقرة الأولى التي تتكلم عن أي اعتداء موجه ضد الشخص أو حرمة مسكنه ولكن الأمر واضح بالنسبة للفقرة الثانية حيث أن القرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس.[1]

1: عبد الله سليمان-شرح قانون العقوبات الجزائري- مصدر سابق- ص140.

أحكام الحالات التي وردت في المادة 40:

يقدم القانون الحماية اللازمة للشخص لسلامة جسمه وضمان حرمة مسكنه من كل اعتداء يتعرض له أثناء الليل، فيميزها عن الأفعال ذاتها إذا تمت خلال النهار، والحكمة في ذلك، هو أن الليل مع حلول الظلام يقدم ستارا للمجرمين الذين يستغلوه لمفاجأة الناس بالعدوان.

مما يشير الخوف والهلع في نفوس الأبرياء، وقد تحمل هذه المفاجأة مع ما يرافقها من خوف النفوس ما يجعل تقدير الخطر الداهم وجسامته أمرا صعبا، ولذا فقد أثر المشرع في مثل هذه الأحوال أن لا يقيد المدافع عن حقه في سلامة جسمه أو في أمن مسكنه من الخضوع للأحكام العامة لنظرية الدفاع الشرعي.

كما يرى المشرع أن ارتكاب السرقة والنهب بالقوة يعد أمرا خطيرا يجعل المجتمع تحت سلطة الأشرار وعصابات السوء وتسوده شريعة الغاب، لذا فقد أباح الدفاع الشرعي حثا منه الناس على الدفاع عن حقوقها بدون التقيد بالشروط التي جاءت بها نظرية الدفاع الشرعي، فأجاز للفرد أن يدافع عن ملكه وعن ملك الغير أيضا، ضد مرتكبي جرائم السرقة والنهب بالقوة، سواء أحدث ذلك ليلا أم نهارا.

ويلاحظ أن النص لم يشترط عددا من المهاجمين، أو استعمال وسيلة من الوسائل.

فالنهب بالقوة قد يقوم به فردا أو مجموعة، وقد يستعمل المهاجمون سلاحا أو لا يستعملون.

على أن الاستفادة من هذه القرينة توجب أن يتقيد المدافع بالشروط التي وردت في النص.[1]

1: عبد الله سليمان-شرح قانون العقوبات الجزائري-مصدر سابق- ص140.

ففي حالة الدفاع ضد اعتداء على سلامة الشخص أثناء الليل، يلزم أن يكون هناك اعتداء أي عمل غير مشروع يهدد سلامة المدافع، حدث أثناء الليل، مما يبيح للمعتدي عليه أن يرد الاعتداء بأي بوسيلة كانت وبغض النظر عن جسامة الاعتداء نفسه، ورد الفعل المباح هو الذي يهدف لرد الخطر الواقع فعلا أو الذي يوشك أن يقع فإذا كان الخطر قد وقع وانتهى فلا دفاع.

أما في الدفاع ضد الأشخاص الذين يعتدون على حرمة المسكن، فإن القانون يبيح الأفعال الموجهة ضد من داهم مسكنا، أو توابعه أثناء الليل.

ويقصد بالمنزل المكان المسكون فعلا وما قد يحيط به من حديقة أو ما يتبعه من مكان معد لإيواء السيارة أو مكان خاص للحارس، فإذا حاول الجناة تسلق سور الحديقة أو القفز فوق حيطان المنزل أو الدخول من ثقب أحدثوه في الجدار، كل ذلك يشير إلى الاعتداء حاصل ويجب مقاومته، على أن الدفاع لا يجوز ضد من لم يبدأ بمثل هذه الأعمال بعد، ولكن لو بدأ الجناة واستطاعوا دخول المنزل فإن حق الدفاع يظل قائما لأن الاعتداء وقع ولم ينته بعد.[1]

1: عبد الله سليمان-شرح قانون العقوبات الجزائري-مصدر سابق- ص143.

المطلب الثاني: آثار الدفاع الشرعي الخاص

إذا توافرت شروط الاعتداء كاملة كنا بصدد قيام الدفاع الشرعي وعليه تصبح الأفعال التي يأتيها المدافع وإن كانت تعد جريمة مباحة من الناحية المدنية والجزائية.

ولدفع الصائل آثار على المصول عليه وعلى الصائل وعلى المجتمع

أولا: آثار دفع الصائل على المصول عليه:

فإنه إذا كان في حالة دفاع شرعي فإن ذلك يعطيه الحق في دفع الاعتداء، بحسب الشروط التي ذكرناها، وهذا يعفيه من المسؤوليتين المدنية والجناية.

ثانيا دفع الصائل الغير مكلف على المصول عليه:

إذا قتل المصول عليه الصائل غير المكلف في حال الدفاع فقد اتفق الفقهاء رحمهم الله على أن هذا القتل لا يترتب عليه قصاص ولا كفارة لكن اختلفوا في جوب الدية على المصول عليه لورثة الصائل.

أن الصائل غير المكلف لا يلزم قاتله المصول عليه دفع ديته قال بهذا جمهور فقهاء المالكية.

واستدلوا على ما ذهبوا إليه بما يأتي:

– أن المصول عليه إذا قتل الصائل لدفع شره كان الصائل هو القاتل لنفسه فأشبه أن لو نصب حربة في طريقه،

فقذف نفسه عليها فمات، وإذا كان هو المتسبب في قتل نفسه فلا يلزم المصول عليه دفع ديته.

أن المصول عليه مأمور بدفع الصائل وفي الأمر بالقتال والضمان منافاة.[1]

[1]: عبد الله سليمان العجلان–الدفاع الشرعي وأحكامه–مصدر سابق–ص165.

ثالثا: آثار دفع الصائل على المجتمع

فإن من المؤكد أن ذلك يؤدي إلى استقرار المجتمع، فعندما يعلم الصائل أنه لن يفلت من العقاب فإن ذلك يجعله يتردد في صياله، ويرتدع غيره من أن يفكر في أي اعتداء، ولا يقل أثر دفع الصائل عن أثر تطبيق الحدود، وما تعانيه المجتمعات حاليا، من اضطراب وكثرة الجرائم، إلا بسبب غياب كل ذلك، ومن آثاره شعور الناس بالأمان على أنفسهم ودينهم وأعراضهم وأموالهم وهذا من أهم مقاصد الشريعة في تشريع دفع الصائل وغيره من أحكام الشرع، ولو لم يشرع لتسلط الناس بعضهم على بعض ولأدى إلى الهرج والمرج.[1]

1- آثار الدفاع الشرعي الخاص في الفقه المالكي:

أولا:المسؤولية الجزائية:

من خلال نصوص المالكية نجد أنهم لا يحملون المدافع أي مسؤولية جنائية عما جاء به من أفعال في حالة الدفاع الشرعي وكثيرا ما نجد في عباراتهم "لا شيء عليه"أو "لا قصاص عليه". فعند المالكية فقد جاء في "منح الجليل" فإن أدى دفعه إلى قتله فلا شيء على الدافع".[2]

وجاء في المعونة " للإنسان دفعه عن ماله ومنعه وأنه لا شيء عليه في قتله".[3]

1: عبد الفتاح رجب غانم-الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي-دراسة فقهية مقارنة-إشراف ماهر أحمد السوسي-رسالة ماجستير-ص239.

2: محمد عايش -منح الجليل-دار الفكر-بيروت-د.ط-1409هـ/1989م-ج9-ص237.

3: القاضي عبد الوهاب -المعونة على مذهب أهل المدينة-مصدر سابق-ج2-ص300.

ثانيا: المسؤولية المدنية:

فقهاء المالكية وإن اتفقوا على انتفاء المسؤولية الجزائية فإنهم اختلفوا في المسؤولية المدنية أو الضمان فذهب بعض المالكية إلى نفي الضمان لقوله صلى الله عليه وسلم "لو امرؤ اطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح".[1]

وذهب البعض الآخر إلى إثبات الضمان فلأنه لو نظر إنسان لعورة آخر بغير إذنه فلا يستبيح فقأ عينه، فالنظر إليه في بيته أولى أن لا يستباح به، ومحمل الحديث عندهم على أنه رماه لينبهه على أنه فطن به أو ليدفعه ذلك غير قاصد فقأ عينه فانفقأت عينه خطأ فالجناح منتف، وهو الذي نفي الحديث.

وأما الدية فلا ذكر لها فيه، فدل هذا على القائلين بالضمان يقولون سواء قصد فقأ عينه أولا إلا أنه إن لم يقصد فقأ عينه ففعله جائز، وإنما يضمن الدية.[2]

1: رواه البخاري في كتابه صحيح البخاري -كتاب الديات -باب من اطلع في بيت قوم ففقئوا عينه فلا دية له -رقم 6902-محمد زهير بن ناصر الناصر -دار طوق النجاة -ط1-1422هـ- ج9ص11.

2: محمد عايش -منح الجليل-مصدر سابق-ص367.

2- آثار الدفاع الشرعي الخاص في قانون العقوبات الجزائري:

أ- من الناحية الجزائية:

تنص المادة 40 فقرة2 من قانون العقوبات الجزائري أنه: "أنه لا جريمة...إذا كان الفعل دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء".

وكما جاء في نص المادة "لا جريمة" وهو تعبير يزيل عن الفعل كل صفة إجرامية ويجعله مطابق للقانون ومباحا وعليه تزول الصفة الإجرامية للفعل سواء وقع في صورة جريمة تامة أو شروع وسواء كان الشروع في صورة جريمة خائبة أو موقوفة ومن ثم لا تسلط على الفاعل أي عقوبة فإن كان الملف على مستوى النيابة العامة يتعين عليها حفظه بمجرد أن يتبين لها أن كان كل شروط ممارسة الدفاع متوفرة أما إذا كان على مستوى التحقيق تعين على قاضي التحقيق إصدار أمر بالمتابعة وإذا كان على مستوى جملة الحكم تعيين عليها إصدار أمر بالبراءة وعلاوة على ذلك لا تطبق على الفاعل تدابير الأمن المعني ليس في حالة خطو رة.

فتنعدم المسؤولية الجنائية ما دام الفعل مشروعا كلما كانت مؤاخذته غير مشروعة حيث أنه لا يمكن مسائلة المدافع جنائيا عن فعل مشروع صادر عنه في الدفاع الشرعي وبالتالي لا عقوبة مطلقا على من قتل غيره أو ضربه أو أصابه بجروح.[1]

[1]: سالم نسيمة–الدفاع المشروع في التشريع الجزائري–مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء–2005م- ص44.

أثناء استعماله حق الدفاع الشرعي ودون تجاوز لهذا الحق والأثر المباشر هنا هو أنه لا يترتب على هذه الأفعال أية مسؤولية ولا يعاقب عليه المدافع ما دام الفعل مشروعا، وبتعبير آخر فإن فعل المدافع بقتله أو جرحه أو ضربه للمعتدي يكون فعلا مشروعا ومباحا، حيث أن من أسباب الإباحة هنا أسباب مادية آثارها بإزالة الصفة الجرمية عن الفعل واعتباره فعلا مشروعا.

وما يتتبع ذلك من عدم قيام المسؤولية الجنائية فلا توقع عقوبة أو أية آثار جنائية أخرى على ما يستفيد منها، وبتعبير أدق فإنه تزول الصفة الإجرامية عن الأفعال سبق أن جرمتها قواعد التجريم وبالتالي يصبح الفعل المجرم أن كان غير مشروع مبررا ومثال ذلك أفعال القتل أو الضرب أو الجرح للدفاع عن النفس أو الغير أو المال أو مال الغير كذلك كل أفعال القتل والجرح والضرب المرتكب لدفع أي اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه أو لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل وكذلك الفعل المرتكب للدفاع عن النفس أو الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة أي أن هذه الأفعال تعد مشروعة ومباحة ولا يمكن مسائلة الشخص القائم بها.

ب– من الناحية المدنية:

فقد اتخذ المشرع الجزائري موقفا صريحا وذلك في نص المادة 123 من القانون المدني الجزائري و التي جاء فيها:

من أحدث ضرر وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن ماله أو عن نفس الغير أو عن ماله كان غير مسؤول على أن لا يتجاوز دفاعه القدر الضروري وعند الاقتضاء يلزم بتعويض يحدده القاضي وهو موقف يتماشى مع الاتجاه الثاني الذي يرى بتوافق الدفاع المشروع والخطأ [1]

1: سالم نسيمة– الدفاع المشروع في التشريع الجزائري –مصدر سابق–ص 48–49.

المدني فتنعدم المسؤولية المدنية في حالة توفر جميع عناصر الدفاع الشرعي حيث أنه لا يمكن مسائلته مدنيا عن ارتكابه من أفعال عند دفاعه عن نفسه أو عن نفس الغير أو ماله أو مال الغير لأنه في جميع الحالات يعد فعله مشروعا ولا يمكن بالتالي أن ينتج عن هذه الأفعال أدنى مسؤولية مدنية بالتعويض على عاتق مرتكبها وبتعبير آخر فإن فعل صادر مدافع وفي حدود استعماله لحقه في الدفاع الشرعي يعد فعلا مباحا وتنجر عنه مسؤولية شخصية ويبرز هذا خصوصا في انعدام المسؤولية المدنية على مستوى الفعل الشخصي أيضا على مستوى المسؤولية عن فعل الأشياء.[1]

وفي الأخير نخلص إلى أنه لا خلاف بين فقهاء المالكية والمشرع الجزائري في أن المتجاوز لحدود الدفاع الشرعي يعتبر مسؤولا جنائيا ومدنيا على تجاوزه، والأفعال التي يأتيها المدافع بحسن نية دون أن يقصد إحداث ضرر بالمعتدي لا يعتبر مسؤولا عنها ما دام أنه كان يعتقد أنها لا زمة لدفع الاعتداء.

وعليه فإن المتجاوز بحسن نية لا يكون معذورا فحسب بل لا يعتبر مسؤولا على الإطلاق، وأن القوانين الوضعية حين عاقبت المتجاوز كان هذا من باب المبالغة في حفظ الحقوق، واعتبار التجاوز عذرا مخففا وهو أيضا لا ينافي مبادئ الشريعة الإسلامية.

1: سالم نسيمة- الدفاع المشروع في التشريع الجزائري –مصدر سابق-ص49.

خاتمة

الخاتمة:

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والحمد لله أن وفقنا إلى إتمام هذا البحث، وفي ختامه نذكر أهم ما توصلنا إليه من نتائج وتوصيات.

أولا: النتائج:

– أن مصطلح الدفاع الشرعي الخاص ورد على لسان الفقهاء المتأخرين حيث الفقهاء المتقدمين أطلقوا عليه مصطلح دفع الصائل.

– أن مشروعية الدفاع الشرعي الخاص وردت بناءا على أدلة من القرآن والسنة.

– للدفاع الشرعي الخاص أهمية كبيرة تتجلى في حفظ الضروريات الخمس.

– يتفق القانون الوضعي الجزائري مع الفقه المالكي في شروط الدفاع الشرعي الخاص.

– انفراد فقهاء المالكية عن فقهاء القانون الوضعي الجزائري بوسيلة يلجأ إليها المدافع قبل الدفاع وهي مناشدة المعتدي للكف عن الدفاع وفي هذا مخاطبة لضميره وتذكيره بالرجوع إلى الله.

– لا تقوم حالة الدفاع الشرعي إلا إذا كان الاعتداء غير مشروع.

– على المدافع أن يراعي التدرج في الدفاع أي أن يدفع العدوان عن نفسه بأيسر ما يندفع عنه.

– أن أحكام القانون الوضعي في مسألة الدفاع عن النفس لا تكاد تختلف عن أحكام السادة المالكية.

– لا يعتبر دفاعا مشروعا ما يقوم به المعتدى عليه بعد انتهاء العدوان لأن المقصود من الدفاع الشرعي الخاص هو الدفع وليس الثأر أو الانتقام.

– عدم احتواء قانون العقوبات الجزائري على نص قانوني ينظم أحكام تجاوز الدفاع الشرعي الخاص.

– أن يكون المدافع متجاوزا لحالة الدفاع الشرعي الخاص إذ تخلف أحد شرطي فعل الدفاع (التناسب على الأخص).

– يتفق القانون الوضعي الجزائري مع الفقه المالكي في آثار الدفاع الشرعي متى توافرت حالة وتقيد المدافع بحدود الدفاع سواء من حيث تبرير فعل الدفاع وعدم لحوق المسؤولية الجنائية والمدنية للمدافع.

ثانيا: التوصيات:

- أن موضوع الدفاع الشرعي الخاص لا يزال بحاجة إلى دراسات متخصصة خاصة في قانون العقوبات الجزائري، باعتبار أن الدفاع الشرعي الخاص حالة دائمة الوقوع في الحياة اليومية.
- أن النصوص القانونية في باب الدفاع بحاجة إلى إثراء.
- أن التراث الفقهي الإسلامي بحاجة إلى دراسات جادة تكشف عما تركه الفقهاء من ثروة قانونية وخصوصا الفقه المالكي بالدرجة الأولى كونه المذهب المعتمد في الجزائر.
- تخصيص نص قانوني ينظم حالات تجاوز الدفاع الشرعي الخاص.

"وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه أجمعين"

الفهارس العامة

1 - فهرس الآيات.

2- فهرس الأحاديث.

3- فهرس المصادر والمراجع.

4- فهرس المواضيع.

1- فهرس الآيات

الرقم	الآيـــــة	رقم الآية	السورة	الصفحة
1	﴿ فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ ﴾	194	البقرة	13
2	﴿ وَلَا تُلۡقُواْ بِأَيۡدِيكُمۡ إِلَى ٱلتَّهۡلُكَةِ ﴾	195	البقرة	15
3	﴿ وَلَوۡلَا دِفَاعُ ٱللَّهِ ٱلنَّاسَ بَعۡضَهُم بِبَعۡضٖ لَّفَسَدَتِ ٱلۡأَرۡضُ ﴾	251	البقرة	18
4	﴿ كُنتُمۡ خَيۡرَ أُمَّةٍ أُخۡرِجَتۡ لِلنَّاسِ ﴾	110	آل عمران	44
5	﴿ فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡ ﴾	06	النساء	07
6	﴿ ثُمَّ جَعَلۡنَٰكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٖ مِّنَ ٱلۡأَمۡرِ ﴾	18	المائدة	06
7	﴿ لُعِنَ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ مِنۢ بَنِيٓ إِسۡرَٰٓءِيلَ ﴾	78	المائدة	48
8	﴿ وَإِنۡ عَاقَبۡتُمۡ فَعَاقِبُواْ بِمِثۡلِ مَا عُوقِبۡتُم بِهِۦ ﴾	126	النحل	15
9	﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يُدَٰفِعُ عَنِ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ ﴾	38	الحج	07
10	﴿ وَٱلَّذِينَ إِذَآ أَصَابَهُمُ ٱلۡبَغۡيُ هُمۡ يَنتَصِرُونَ ﴾	39	الشورى	14
11	﴿ وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَا ﴾	40	الشورى	14
12	﴿ فَإِنۢ بَغَتۡ إِحۡدَىٰهُمَا عَلَى ٱلۡأُخۡرَىٰ ﴾	09	الحجرات	14

2- فهرس الأحاديث

الرقم	طرف الحديث	الراوي	الصفحة
1	" أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي....."	أبو هريرة رضي الله عنه	16
2	" من قتل دون ماله فهو شهيد "	سعيد بن زيد رضي الله عنه	16
3	" أن رجل عض يد رجل فنزع يده...."	عمران بن حصين رضي الله عنه	16
4	" خرجت في غزوة فعض رجل ....."	صفوان بن يعلى رضي الله عنه	17
5	" لو أن امرأ اطلع عليك بغير إذن..."	أبو هريرة رضي الله عنه	17
6	" لو رأيت رجلا مع إمرتي ....."	سعد بن عبادة رضي الله عنه	17
7	" لا ضرر ولا ضرار....."	عبادة بن الصامت رضي الله عنه	18
8	" أنصر أخاك ظالما أو مظلوما...."	أنس رضي الله عنه	19

3- فهرس المواد القانونية

الرقم	المـــــادة	رقم المادة	الصفحة
01	" لا جريمة إذا كان الفعل قد دفعت....."	39	22
02	" يدخل ضمن حالات الضرورة....."	40	22
03	" من قتل خطأ أ تسبب في ذلك....."	288	65
04	" الأعذار هي حالات محددة في القانون....."	52	69
05	"يستفيد مرتكب الجرائم القتل أو الجرح أو الضرب..."	277	69

4- فهرس المصادر والمراجع

أولا: القرآن الكريم وعلومه
1- القرآن الكريم برواية ورش
2- محمد بن مكرم بن علي جمال الدين ابن منظور-**لسان العرب**-دار صادر-بيروت-ط3-1414هج2.
3-علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني-**التعريفات**-دار الكتب العلمية-بيروت-ط1-1403هـ/1986م.
4- أبي البقاء أيوب موسى الحسيني الكفوي-الكليات-مؤسسة الرسالة-بيروت-ط2-1419هـ/1998م.
5- الموسوعة الفقهية-وزارة الأوقاف والشؤون الدينية-ذات السلاسل-الكويت-ط2-1412هـ/1992م-ج21.
6- مسفر رزق الله الزحامي-**الدفاع الشرعي الخاص**-رسالة ماجستير-قسم العدالة الجنائية-المعهد العالي للعلوم الأمنية-المركز العربي للدراسات-الرياض-1416هـ/1996م.
7- علي بن محمد الآمدي-**الإحكام في أصول الأحكام**-د.ط-د.ت-ج2.
8- ابن قدامة-**الكافي في فقه الإمام أحمد**-دار الكتب العلمية-ط1-1414هـ/1994م-ج4.
9- محمد بن أحمد عرفة الدسوقي-**حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**-دار الفكر-د.ط-د.ت-ج4.

10- البكري-**إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين**-دار الفكر-ط1-1418هـ/1997م-ج4.

11- عبد القادر عودة-**التشريع الجنائي الإسلامي**-دار الكاتب العربي-بيروت-د.ط-د.ت-ج1.

12- محمد بن محمد سالم المحلي الشنقيطي-**لوامع الدرر في هتك أستار المختصر**-تحقيق دار الرضوان-دار الرضوان-ط1-1436هـ/2015م-ج14.

13- أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشاوي-أهل المدارك"شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك"-دار الفكر-بيروت-ط2-د.ت-ج1.

14- عثمان بن حسين بري الجعلي-**سراج السالك شرح أسهل المسالك**-دار صادر-بيروت-ط1-1994م-ج1.

15- عبد الله سليمان-**شرح قانون العقوبات الجزائري**-ديوان المطبوعات الجامعية-د.ط-1995م-ج1.

16- عريرية بلال-**الدفاع الشرعي في التشريع الجزائري**-مذكرة ماستر-كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة عبد الحميد بن باديس-2018م.

17- عمر الخوري-**شرح قانون العقوبات**-د.ط-د.ت.

18- أبو جعفر محمد بن جرير الطبري-**جامع البيان عن تأويل آي القرآن**-دار هجر-ط1-1422هـ/2001م-ج3.

19- محمد بن محمد المختار الشنقيطي-**شرح زاد المستنقع**-د.ط-د.ت-ج4.

20- أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الأنصاري الخزرجي القرطبي-**الجامع لأحكام القرآن**-دار الكتب المصرية-ط2-1384هـ/1964م-ج16.

21- أحمد بن علي بكر الرازي الجصاص-**أحكام القرآن**-دار إحياء التراث العربي-بيروت-د.ط-1405هـ-ج5.

22- نظام الدين حسن بن محمد القمي النيسابوري-**غرائب القرآن ورغائب الفرقان**-دار الكتب العلمية-بيروت-ط1-1416هـ-ج1.

23- الصديق أبو الحسن محمد-**حق الدفاع الشرعي**-دار التوفيق-ط1-1412هـ/1992م.

24- إبراهيم بن محمد عبد الله بن مفلح برهان الدين-**المبدع في شرح المقنع**-دار الكتب العلمية-لبنان-ط1-1418هـ/1997م-ج7.

25- عبد الرحمان بن أبي بكر جلال الدين السيوطي-**الأشباه والنظائر**-دار الكتب العلمية-ط1-1411هـ/1990م.

26- أبو محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة-المغني-مكتبة القاهرة-د.ط-1388هـ/1968م.

27- مصطفى أحمد الزرقا-**شرح القواعد الفقهية**-دار القلم-سوريا-ط2-1409هـ/1989م.

28- ابن تيمية-**السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية**-وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد-المملكة العربية السعودية-ط1-1418هـ.

29- زياد حمدان محمود ساخن-**الدفاع الشرعي الخاص في الفقه الإسلامي**-الدكتور مأمون الرفاعي-جامعة النجاح الوطنية-2008.

30- صلاح الدين جبار-**الدفاع المشروع**-نشر مجلة صوت القانون-العدد الثاني-أكتوبر 2014.

31- رضا فرج-**شرح قانون العقوبات**-الشركة الوطنية للنشر والتوزيع-د.ط-د.ت.

32- ناصر بن محمد الجوفان-**الدفاع الشرعي(دراسةمقارنة)**-د.ط-د.ت.

33- مجلة تاريخ العلوم-جامعة زيان عاشور بالجلفة-العدد1-سنة 2016.

34- منصور رحماني-**الوجيز في القانون الجنائي العام**-دار العلوم للنشر-د.ط-د.ت.

35- سلامي صورية-**سلطة القاضي الجنائي في تقدير حالة الدفاع الشرعي**-جامعة محمد خيضر-بسكرة-2016/2015.

36- محمد مرتضى الحسيني الزبيدي-**تاج العروس من جواهر القاموس**-دار الفكر-بيروت-ط1-1414هـ.

37- محمود نجيب حسني-**مدخل للفقه الجنائي الإسلامي**-دار النهضة العربية-القاهرة-د.ط-1984.

38- زيد حمدان محمود-**الدفاع الشرعي الخاص(دفع الصائل)في الفقه الإسلامي**-دراسة مقارنة-مع القانون الوضعي-رسالة ماجستير-تخصص فقه وتشريع-جامعة النجاح الوطني-نابلس-فلسطين-2000م.

39- عدنان عبد الله البروني-**تجاوز حدود الدفاع الشرعي**-سلطة عمان-د.ط-د.ت.

40- علاء الدين إبراهيم محمود-**الدفاع الشرعي العام في التشريع الجنائي الإسلامي**-دراسة فقهية مقارنة-رسالة ماجستير-تخصص فقه وتشريع-جامعة النجاح الوطنية-نابلس-فلسطين-2008.

41- أحمد بن عبد الرحمان بن قدامة المقدسي-**مختصر منهاج القاصدين**-تحقيق زهير شاوش-المكتب الإسلامي-بيروت-ط9-1421هـ/2000م.

42- أبو حامد الغزالي-**إحياء علوم الدين**-دار القلم-بيروت-ط3-د.ت-ج2.

43- محمد بن عرفة الدسوقي-**حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**-دار الفكر-د.ط-د.ت-ج4.

44- محمد بن عبد الله الخرشي-**شرح مختصر خليل**-دار الفكر-بيروت-د.ط-د.ت-ج5.

45- شمس الدين القرطبي-**الجامع لأحكام القرآن**-دار الكتب المصرية-القاهرة-ط2-1384هـ/1964م-ج6.

46- أبو العباس شهاب الدين أحمد القرافي-**الفروق**-عالم الكتب-د.ط-د.ت-ج4.

47- أبو العباس شهاب الدين أحمد القرافي-**الذخيرة**-تحقيق محمد بوخبزة-دار الغرب الإسلامي-بيروت-ط1-1994-ج12.

48- خلود سامي غرارة آل معجون-**النظرية العامة للإباحة**-دار الفكر العربي-د.ط-د.ت.

49- نظام توفيق المجالي-**شرح قانون العقوبات**-دار الثقافة-عمان-د.ط-2009م.

50- محمود نجيب حسني-**أسباب الإباحة في التشريعات العربية**-معهد الدراسات العربيةالعالية-د.ط-1962م.

51- مأمون محمد سلامة-**أصول علم الإجرام وعلم العقاب**-دار الفكر العربي-جامعة القاهرة-1979م.

52- مجلة آفاق العلمية-جامعة عمار ثليجي بالأغواط-العدد10-2018.

53- عبد العالي بوصنوبرة-**تجاوز حدود الدفاع الشرعي في القانون الجزائري**-مجلة التواصل في الاقتصاد والإدار ة والقانون-العدد48-ديسمبر2016م.

54- إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون-**تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**-مكتبة الكليات الأزهرية-ط1-1406ه/1986م.

55- كمال بلارو-**أحكام الدفاع الشرعي في التشريع الجزائري**-نشر بمجلة العلوم الإنسانية جامعة الأخوة-قسنطينة-العدد49-جوان2018.

56- محمود نجيب حسني-**شرح قانون العقوبات**-منشورات الحلبي الحقوقية-ط3-1998م.

57- راشف صبرين-سعدي فاطمة-**تجاوز حدود الدفاع الشرعي**-الأستاذ عبد الرحمان خلفي-رسالة ماستر-قسم القانون الخاص-كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية-2014/2013.

58- محمد بن أحمد بن محمد عايش-**منح الجليل شرح مختصر خليل**-دار الفكر-بيروت-د.ط-1409ه/1989م-ج9.

59- أحمد بن أحمد المختار الشنقيطي-مواهب الجليل من أدلة خليل-دار إحياء التراث الإسلامي-قطر-1407هـ/1987م-ج4.

60- عبد الله سليمان العجلان-**لدفاع الشرعي و أحكامه**-د.ط-د.ت.

61- عبد الفتاح رجب غانم-**الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي**-دراسة فقهية مقارنة-إشراف ماهر أحمد السوسي-رسالة ماجستير.

62-سالم نسيمة-**الدفاع في التشريع الجزائري**-مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة.

63- أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي-**المعونة على مذهب عالم المدينة**-تحقيق حميش عبد الحق-المكتبة التجارية-مصطفى أحمد الباز-د.ط-د.ت.

5- فهرس الموضوعات

المحتوى	الصفحة
مقدمة	أ-ح
الفصل الأول:ماهية الدفاع الشرعي الخاص	05
المبحث الأول: تعريف الدفاع الشرعي الخاص لغة واصطلاحا	05
المطلب الأول: تعريف الدفاع الشرعي الخاص لغة	05
المطلب الثاني: تعريف الدفاع الشرعي الخاص اصطلاحا	07
المبحث الثاني:مشروعية الدفاع الشرعي الخاص في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري	13
المطلب الأول: مشروعية الدفاع الشرعي الخاص في الفقه الإسلامي	13
المطلب الثاني: مشروعية الدفاع الشرعي الخاص في القانون الجزائري	21
المبحث الثالث: تكييف الدفاع الشرعي الخاص	24
المطلب الأول: التكييف الشرعي للدفاع الشرعي الخاص	24
المطلب الثاني: التكييف القانوني للدفاع الشرعي الخاص	27
المبحث الرابع:أركان الدفاع الشرعي الخاص	31
المطلب الأول: أركان الدفاع الشرعي الخاص	31
المطلب الثاني: أساس الدفاع الشرعي الخاص	37
الفصل الثاني: تمييز الدفاع الشرعي الخاص عن العام وضوابط الدفاع الشرعي الخاص	40
المبحث الأول: الدفاع الشرعي العام وتميزه عن الدفاع الشرعي الخاص	40
المطلب الأول: تعريف الدفاع الشرعي العام لغة واصطلاحا	40
المطلب الثاني: تمييز الدفاع الشرعي الخاص عن الدفاع الشرعي العام	40
المبحث الثاني:شروط الدفاع الشرعي الخاص	52

المطلب الأول: شروط الدفاع الشرعي الخاص في الفقه المالكي	52
المطلب الثاني: شروط الدفاع الشرعي الخاص في القانون الجزائري	55
المبحث الثالث: تجاوز الدفاع الشرعي الخاص وأثره	61
المطلب الأول: تجاوز الدفاع الشرعي الخاص وصوره	61
الفرع الأول: مفهوم التجاوز(لغة، اصطلاحا)	61
الفرع الثاني: مفهوم التجاوز(في الفقه المالكي، والقانون الجزائري)	62
الفرع الثالث: صور تجاوز الدفاع الشرعي الخاص	64
المطلب الثاني: آثار الدفاع الشرعي الخاص	67
المبحث الرابع: حالات الدفاع الشرعي الخاص	72
المطلب الأول: حالات الدفاع الشرعي الخاص	72
المطلب الثاني: آثار الدفاع الشرعي الخاص	76
خاتمة.	83

ملخص البحث

يعتبر موضوع الدفاع الشرعي الخاص من المواضيع المهمة في فقه العقوبات إذ تتم به حماية النفس والمال والعرض من أي ضرر أو أذى، ذلك أن الحفاظ على هذه الجوانب هو حفاظ على الضرورات الخمس التي أمر بها الله تعالى بحفظها، والتي لا تستقيم الحياة إلا بها، وأن المدافع عن نفسه أو عرضه أو ماله لا مسؤولية عليه جنائية أو مدنية لقيامه بهذا الفعل.

وقد اشتمل هذا البحث على فصلين: حيث تناولنا في الفصل الأول التعريف اللغوي والاصطلاحي للدفاع الشرعي الخاص و مصادر الدفاع الشرعي الخاص الشرعية والقانونية، و ذكرنا فيه التكييف الشرعي والقانوني للدفاع الشرعي الخاص كما ذكرنا فيه أركان وأساس الدفاع الشرعي الخاص.

أما الفصل الثاني عنوناه بتمييز الدفاع الشرعي الخاص عن الدفاع الشرعي العام وضوابط الدفاع الشرعي الخاص وفيه ذكرنا تعريف الدفاع الشرعي العام وبيان الفرق بينه وبين الخاص مبينين شروط الدفاع الشرعي الخاص عند المالكية وفي القانون الجزائري، وتجاوز الدفاع الشرعي الخاص وأثره وحالات الدفاع الشرعي الخاص وآثاره.

ثم الخاتمة وتناولنا فيها مجموعة من النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذا البحث.

Summary

The subject of special legitmate defence is considered one of the important topics in the jurisprudence of the sanctions it protects the soul, money and honour from any harm, because protection of these aspects is the protection of the five necessities that allah order us to save them the defendr of his soul , money or honour doesn't have any criminal or civil responsibility. This research has in cluded two chapters.

The first chapter contains four sections : in the first section, we dealt with the linguistic and idiomatic definition of special legitimate defence,and for legal and legiti;ate sources of it , it was the title of the second section .the third one was about the legal and legitimate adaptation of special legitimate defence the last section ,talked about what are the pillars and the basis of special legitimate defence.

The second chapter is titled "the distinction between special and public legitimate defence and the standard of the legitimate defence .also it contains four sections . the first one ,we trid to define the public legitimate defence and clarify the difference between it and special one ,the second section came to indicate the conditions of special legitimate defence at the malikus and the Algerian law. For the thired section ,we have dedicated it to the excesses and the impact of special legitimate defence.

Finaly , the last part of this research is the conclusion .it was a set of results that we have reached through this research .

AmmarThleighUniversityofLaghouat

College of Humanities, Islamic Sciences and Civilization

Department: Islamic sciences

Address:

The special legitimate defense between Maliki jurisprudence and Algerian law

Note for a master's degree in Islamic sciences
Comparative Jurisprudence

Supervising the Professor:

- ZIGHMI NAIMI

Preparing the two students:

-Hadjira hezloun

-Houda ben mahdjoub

Academic year: 1440/1441 AH -2019/2020AD