جامعة عمار ثليجي الأغواط
كلية : الحقوق والعلوم السياسية
قسم : الحقوق

الموضوع:

دور إقتناع القاضي الجزائي في تحديد حالة الدفاع الشرعي

مذكرة مكملة ضمن مقتضيات لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون جنائي والعلوم الجنائية

إعداد الطالبات :
❖ سكة خديجة
❖ سويلم فريدة

تحت اشراف الأستاذ :
د/خضرون عطاءالله

لجنة المناقشة

البروفيسور	بوقرين عبد الحليم	رئيسا
الدكتور	خضرون عطاءالله	مشرفا ومقررا
الدكتورة	غربي فاطمة الزهراء	مناقشا

السنة الجامعي2020-2021

شكر و تقدير

الحمد لله رب العالمين ، الحمد لله الذي بفضله تتم الصالحات ، وبشكره تدوم النعم و تزيد، لك الحمد يارب كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك، فانت أحق من يشكر و يذكر و يحمد و الصلاة و السلام على سيدنا مُحَمَّد ﷺ .

فبعد شكر الله الذي من علينا بإتمام هذه المذكرة ، نتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ القدير المشرف " خضرون عطاء الله " الذي تكرم بإشرافه لهذا الموضوع و على جهده و نصائحه و إرشاداته و كما نتقدم بالشكر و التقدير لأعضاء لجنة المناقشة الذين قبلوا مناقشة هذا العمل و نشكر كل شخص ساهم سواء من قريب و من بعيد للمساعدة في إنجازنا هذه المذكرة و كل من قام بتشجيعنا سائلين المولى أن يجزيهم جميعا خير جزاء.

فريدة– خديجة

اهداء

اهدي ثمرة العمل المتواضع الى كل من كانت الملاذ

والمأوى، سر السعادة

امي الغالية

الى صاحب القلب الكبير وانتمائي الاول والاخير

الى من اعطاني الكثير

ابي الغالي

والى كل افراد عائلتي

دون أن ننسى زميلتي واختي خديجة التي كانت عونا لي

سويلم فريدة

اهداء

اهدي ثمرة العمل المتواضع الى كل من كانت الملاذ

والمأوى، سر السعادة

امي الغالية

الى صاحب القلب الكبير وانتمائي الاول والاخير

الى من اعطاني الكثير

ابي الغالي

والى كل افراد عائلتي وبالأخص: حفيظة، وأمينة، وآدم

دون ان ننسى صديقاتي واختي كريمة وفريدة اللتان كانتا عونا لي

سكة خديجة

قائمة المختصرات :

د.م.ج : ديوان مطبوعات جامعية

ق.ع.ج : قانون العقوبات الجزائري

ق.ع : قانون العقوبات

ق.إ.ج.ج : قانون الإجراءات الجزائية الجزائري

ق.إ.ج.م : قانون الإجراءات الجزائية المصري

ج.ر : جريدة الرسمية

د.س : دون سنة النشر

د.م : دون مكان النشر

د.د.ن : دون دار النشر

ط: طبعة

ج: الجزء

ص: صفحة

ف: فقرة

م: مادة

مقدمة

مقدمة:

إن الإنسان في المجتمع الذي يعيش فيه معرض في بعض الأحيان للخطر و الإعتداءات الواقعة عليه من طرف الغير، لأن المجتمع لا يخلوا من هذه الأفعال الغير مشروعة ولا خلاصة له منها، فالشخص المعرض لهذه الأفعال و الإعتداءات حسب غريزته يقوم بردة فعل لدرئها عنه بالرغم من أن القاعدة العامة تقول أنه لا يجوز لأي شخص أن ينتصف لنفسه بنفسه لكن لصعوبة تواجد السلطات المختصة في كل مكان و في كل زمان لحماية الشخص من كل فعل يشكل خطر عليه فقد أباحت التشريعات و القوانين حق للدفاع عن النفس و عن المال و هذا الحق يسمى بالدفاع الشرعي و يعتبر سببا من أسباب الإباحة مبيحا للفعل المجرم، بحيث أن كل شخص له الحق في الدفاع عن نفسه و عن ماله و حتى يمتد هذا الحق للدفاع عن نفس الغير و مال الغير و ذلك بشروط و ضوابط يقررها القانون، فقبل التشريعات و القوانين كانت الشريعة الاسلامية سباقة في تبني هذا الحق و ذلك في قوله تعالى : ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ سورة البقرة الآية 194 ،بكون أن الإسلام هدفه الحفاظ على حياة الناس و أعراضهم و ممتلكاتهم، إلا أن حق الدفاع الشرعي أصبح يتخذه الكثير من الأشخاص للهروب من الجريمة الواقعة على عاتقهم و ذلك من خلال التمسك به أثناء القبض عليهم و محاكمتهم و يحاولوا إثبات ذلك ففي هذه الحالة تقع مهمة تحديد إن كان الشخص ضمن حالة دفاع شرعي أم لا على القاضي الجزائي من خلال السلطة التقديرية التيمنحها له المشرع الجزائري بإعتبار أن القاضي الجزائي يتصف بالعدل و ذو خبرة عالية في المجال الجنائي و له معرفة تامة لكل العلوم الجنائية و له حرية تكوين إقتناعه في تحديد و تقدير حالة الدفاع الشرعي.

أهمية الموضوع :

- تكمن أهمية هذا الموضوع في الدور الفعال للدفاع الشرعي في عصرنا الحالي من ناحية كثرة الإعتداءات الواقعة على الأشخاص و تهديد حياتهم للخطر و حتى أموالهم و أعراضهم، و صعوبة وقوف السلطات المعنية على رأس كل شخص مهدد بالخطر و الإعتداء من طرف الغير بحيث يتم اللجوء للدفاع الشرعي لدرأ الخطر الواقع على النفس و المال و على نفس الغير و مال الغير، و أيضا أهمية القاضي الجزائي في الحياة العملية و التطبيقية خصوصا في تقدير حالة الدفاع الشرعي كون أن هذا الأخير هو موضوع تطبيقي.

أهداف الموضوع:

- إن الهدف من دراسة هذا الموضوع هو تبيان الحق الذي أقره المشرع الجزائري لكل شخص ألا و هو الدفاع الشرعي عن نفسه و عن ماله و عن نفس الغير و ماله و أيضا توضيح الشروط اللازمة لهذا الحق لكي لايقع الشخص المدافع في حالة تجاوز أو إنتفاء وجود حالة دفاع شرعي ووقوعه في جريمة يعاقب عليها القانون ، و أيضا تسليط الضوء على الدور الجوهري للقاضي الجزائي في إستعمال سلطته التقديرية و إنصافه و عدله في تقدير الأمور و خصوصا الدفاع الشرعي .

أسباب إختيار الموضوع :

لقد دفعتنا عدة أسباب لإختيار هذا الموضوع تندرج بين أسباب ذاتية و أسباب موضوعية :

- أسباب ذاتية و هي الميول لمهنة القضاء و أيضا للمواضيع الجنائية.
- أسباب موضوعية هي أن هذا الموضوع يعتبر من المواضيع الشيقة في دراسته و خصوصا في البحث عن كيفية تقدير حالة الدفاع الشرعي و كيفية تكوين إقتناع القاضي الجزائي و تطبيقه .

صعوبات إنجاز هذا الموضوع :

- واجهتنا عدة صعوبات و عوائق لإنجاز هذا البحث و منها عدم توافر المراجع المتخصصة في هذا الموضوع لأنه موضوع تطبيقي و ليس موضوع نظري لأن كل المراجع تكون إما عن الدفاع الشرعي أو عن السلطة التقديرية للقاضي الجزائي، و ندرة إسقاط السلطة التقديرية على حالة الدفاع الشرعي، كما واجهنا عائق في التحصل على أحكام قضائية حول الدفاع الشرعي لتحليلها.

دراسات سابقة :

دراسات سابقة عدة تناولت موضوع الدفاع الشرعي لكن دراسة نظرية ليست دراسة تطبيقية و ذلك من خلال تبيان شروطه و ضوابطه و تجاوزه و إثباته و آثاره، و أيضا دراسات حول السلطة التقديرية للقاضي الجزائي و الإقتناع الذاتي للقاضي الجزائي، وسلطة القاضي الجزائي في تقدير أدلة الإثبات .

الإشكالية :كيف نظم المشرع الجزائري حالات الدفاع الشرعي وانطلاقا من هذا التنظيم إلى أي مدى يمكن تكوين قناعة القاضي الجزائي في تحديده لهذه الحالات؟

و للإجابة عن هذه الإشكالية و لدراسة هذا الموضوع المتمثل في "دور إقتناع القاضي الجزائي في تحديد حالة الدفاع الشرعي " فقد إعتمدنا على المنهج الوصفي و ذلك من خلال وصف حالة الدفاع الشرعي و الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي، كما إعتمدنا على المنهج المقارن و ذلك بأخذ نظريات و رأي التشريعات المقارنة على غرار المشرع الجزائري سواء من ناحية الدفاع الشرعي أو من ناحية السلطة التقديرية للقاضي الجزائي ، و أيضا إستعنا بالمنهج التحليلي من خلال تحليل إستراتيجية المشرع الجزائري في تنظيم حالة الدفاع الشرعي و أيضا في تنظيم السلطة التقديرية للقاضي الجزائي و ضبطها .

و لمعالجة هذا الموضوع فقد قسمناه إلى فصلين أساسيين، الأول تناولنا فيه الإطار المفاهيمي و التشريعي للدفاع الشرعي تناولنا في المبحث الأول نبذة تعريفية عن الدفاع الشرعي كسبب من أسباب الإباحة فقد تطرقنا في المطلب الأول مضمون الدفاع الشرعي و شروط توفره و في المطلب الثاني حصر حالات الدفاع الشرعي، و في المبحث الثاني فقد تناولنا فيه خصوصية الدفاع الشرعي تطرقنا في المطلب الأول الآثار المترتبة عن الدفاع الشرعي و في المطلب الثاني تجاوز الفعل المرتكب لشروط الدفاع الشرعي، أما في الفصل الثاني فقد تناولنا فيه تكوين قناعة القاضي الجزائي في حالة الدفاع الشرعي، تناولنا في المبحث الأول تنظيم السلطة التقديرية للقاضي الجزائي فقد تطرقنا في المطلب الاول الى الضوابط التي تحكم السلطة التقديرية للقاضي الجزائي و في المطلب الثاني تطرقنا إلى تطبيق الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي، و في المبحث الثاني تناولنا مدى توافر السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في الدفاع الشرعي، تطرقنا في المطلب الأول إلى إثبات العناصر المكونة للدفاع الشرعي، و في المطلب الثاني إلى الآثار المترتبة عن تطبيق السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في تحديد حالة الدفاع الشرعي.

الفصل الاول:

الإطار المفاهيمي والتشريعي للدفاع الشرعي

لا جريمة، لا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون أو ما يطلق عليه الفقه الجنائي بمبدأ الشرعية انطلاقا من هذا المبدأ فإن بطبيعة الحال أي سلوك مجرم أو بصياغة أخرى غير مشروع يقوم به الشخص يقابله عقوبة ملائمة يقررها له القانون في ظل ما يسمى بالمسؤولية الجنائية (فيطلق على ذلك الشخص مسمى المتهم ويصبح تحت طائلة المساءلة الجزائية أين يكون متابع بإرتكاب جريمة يعاقب عليها القانون)، أي الأمر بهذا الشكل : فعل مجرم = جريمة = مسؤولية جزائية = عقوبة. إلا أن القانون كذلك ينص على وضعية قانونية يعتبرها بعض الفقهاء كإستثناء على ما قيل أعلاه و المتمثلة في الدفاع الشرعي حيث أن الشخص رغم إتيانه لسلوك مجرم إلا أنه لا يصدر في حقه أي عقوبة ذلك لإعتبار الظروف المحيطة بجريمته تدخل فعله ضمن صورة من صور سماها المشرع بأسباب الإباحة وهي ثلاثة حالات أو صور : ما أمر به القانون " إستخدام الحق"، أذن به القانون، الدفاع الشرعي(حيث ستكون دراستنا حول هذه الأخيرة) فتجرد سلوكه من الصفة الإجرامية الملقاة عليه وتدخله في دائرة الإباحة (رغم أنه لا زال جريمة في نظر القانون فلم يصدر مثلا نص يلغي النص الذي يجرمه أو يعدله ،حيث لو ارتكب نفس السلوك في ظروف غير الظروف التي ينص عليها المشرع لقيام حالة الدفاع الشرعي يسأل الشخص على جريمته)، فمثلا فعل الجرح جريمة يعاقب عليها وفقا لقانون العقوبات إلا أن الوضع يتغير إذا كيفت على أنها دفاع شرعي ،فلو قام شخص بمحاولة إغتصاب فتاة و هذه الأخيرة لصد المعتدي عليها جرحته لتبعده عنها ويتسنى لها الهروب ،اعتبرت في هذه الحالة دفاع شرعي، حيث أنه حق يقرره لها القانون ولأي شخص معتدى عليه بسلوك غير مشروع(فالمشرع هنا لا يفضل شخص عن شخص آخر فكما هو معلوم القاعدة القانونية قاعدة عامة ومجردة، لكن في حالة الدفاع الشرعي الشارع يرجح مصلحة يرى أنها أولى بالحماية من نظيرتها، ذلك أن هذه الأخيرة من تسببت بالوضع برمته فخسرت نوعا ما الحق في حماية القانون لها) ،إن إباحة المشرع للأفعال في إطار الدفاع الشرعي لا يغير من إعتبار السلوك أو الفعل الذي جاء به المعتدي جريمة ذلك أن فكرة الدفاع الشرعي تنصب على المرتكب لفعل الدفاع(المدافع)

لا المعتدي ،حيث أن هذا الأخير يتم متابعته جزائيا بشكل عادي وفق الإجراءات المقررة قانون ولا يتأثر بتاتا بقيام حالة للدفاع الشرعي(إلا إذا طالته مانع من موانع المسؤولية أو من موانع العقاب) ، الإنسان بطبعه وبشكل تلقائي يبدي ردة فعل إتجاه أي سلوك مفاجئ يوجه له ، فيتصرف انطلاقا من غريزته لإنقاذ نفسه أو ليمنع أن يقع في وضع ما (يشكل خطر عليه)وكلنا نحاول البقاء على قيد الحياة بشكل سليم و آمن، فيمكن القول أن الدفاع الشرعي يستمد فكرته – إن صح التعبير– من الغريزة الموجودة مسبقا في الإنسان حتى أنها موجودة لذا الحيوان كذلك، إلا أنه كان لابد من النص عليها لتصبح في إطار مشروع ويمنع الشخص من الوقوع في المساءلة الجزائية ومن هذا المنطلق قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين بحيث خصصنا المبحث الأول" لنبذة تعريفية للدفاع الشرعي كسبب من أسباب الإباحة" أما المبحث الثاني نتطرق فيه إلى" خصوصية الدفاع الشرعي"

المبحث الأول: نبذة تعريفية عن الدفاع الشرعي كسبب من أسباب الإباحة:

بالرغم أن القانون يفرد حمايته للكثير من الحقوق المختلفة ويحرص على ضمان إستقرار المجتمع وأمانه وعدم سواد قانون القوي يسلب الضعيف إلا أن القانون لا يمكن له الوقوف على رأس كل شخص ويصبح حارسه الشخصي خاصة أنه لا وقت ولا مكان محدد للجريمة، فحكمة من المشرع الجزائري وغيره من التشريعات الوضعية وكإضافة – إن صح القول – إلى السياسة الحمائية له للإنسان، أباح للشخص وضع قانوني يسمح له من خلاله توفير حماية يومية لنفسه ضد أي سلوك يباغته فجأة ويهدده ، ويعتبر جريمة في نظر القانون، فكأنه تفويض جزئي (بالمعنى المجازي لا الحرفي لما يحمله هذا المصطلح من مقصود) بضوابط وأشكال معينة تحت إطار قانوني يحددها المشرع مسبقا وبدقة، وهو ما يصطلح عليه بالدفاع الشرعي، حيث سيكون محل دراستنا في هذا المبحث الذي سنخصص أجزائه لفهم جوانب الدفاع الشرعي من مقصود وشروط قيامه قانونيا في المطلب الأول وكذا حالاته في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مضمون الدفاع الشرعي وشروط توفره:

لتوضيح ماهية الدفاع الشرعي سنتطرق في (الفرع الأول) من هذا المطلب إلى مضمون الدفاع الشرعي وفي (الفرع الثاني) إلى الشروط الواجبة لتوفره.

الفرع الأول: مضمون الدفاع الشرعي:

أخذ المشرع الجزائري بحالة الدفاع الشرعي كسبب من أسباب الإباحة، حيث نظم أحكامها في المادتين 39 ف2 و40 من قانون العقوبات الجزائري[1].

فتنص المادة 39 "لا جريمة":

1- إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون.

2- إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع الشرعي عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء".

وتنص المادة 40:

"يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع المشرع:

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

2- الفعل الذي يرتكب للدفاع الشرعي عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة".

إلا أن المشرع الجزائري لم يضع تعريفا لها بل اكتفى بذكر عناصرها وشروطها وبالتالي ترك أمر تحديد تعريفها للفقه.

[1]- أمر رقم 66- 156 المؤرخ في 8-6-1966 المتضمن قانون العقوبات، ج .ر عدد 49 المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 20-06 المؤرخ في 5 رمضان عام 1441 الموافق لـ 28 – 04- 2020، ج .ر عدد 25.

تعددت التعريفات، فيعرفها عبد الله أوهايبية " الدفاع الشرعي هو حق يقرره القانون لمن يهدده خطر إعتداء حال على نفسه أو ماله أو على نفس الغير أو ماله يصد به أو يدرأ بمقتضاه وبالقوة اللازمة ذلك الخطر أو الإعتداء"[1].

ويعرف عبد الله سليمان الدفاع الشرعي على أنه" هو الحق في إستعمال القوة اللازمة الذي يقرره القانون لمصلحة المدافع لرد الإعتداء الحال عليه أو على ماله أو على نفس الغير أو على ماله وعلى ذلك تكون ممارسة الدفاع الشرعي ممارسة لحق يقرره القانون وهو حق عام في مواجهة الناس كأنه لا يجوز مقاومته ولا رده"[2].

ومن الفقهاء من يعتبر الدفاع الشرعي تفويضا قانونيا بإستعمال سلطة الضبطية الإدارية في منع الجرائم، أي في منع الإعتداء على الحقوق التي يحميها قانون العقوبات فالبوليس هو المكلف أصلا بمنع الجرائم لكن عندما لا يمكن الإلتجاء إليه ليدرأ الإعتداء يمارس الفرد سلطته في ذلك التفويض من المشرع[3].

ويعتبره كل من سعيد بوعلي ودنيا رشيد على أنه " الحالة الثالثة لأسباب الإباحة حسب قانون العقوبات الجزائري، ويعرف بالحق الذي يقره القانون لمصلحة المدافع باستعمال القوة الازمة لرد وصد خطر أو إعتداء حال، يعتبر جريمة على النفس أو المال أو على نفس الغير أو ماله منصوص عليها في قانون العقوبات والقوانين المكملة له"[4].

- رغم اختلاف الصياغة بين التعريفات إلا أن معظمها تتفق على أن الدفاع الشرعي هو:

- سبب من أسباب الإباحة.

[1]- عبد الله أوهايبية، شرح قانون العقوبات الجزائري، (القسم العام)، د .ط، دار موقم للنشر، الجزائر، 2015، ص207,206.

[2]- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، (القسم العام) ,ج 1 الجريمة، ط6، د. م.ج، الجزائر، 2005، ص 129.

[3]- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، ط8، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 128.

[4]- سعيد بوعلي، دينا رشيد، شرح قانون العقوبات الجزائري، (القسم العام) ، ط2، دار بلقيس، الجزائر، 2006، ص109.

– حق يبيحه أو يقره القانون لصالح المدافع (حيث يقوم المدافع بسلوك يعتبر جريمة في نظر القانون لكن لا يعاقب عليه).

– يمارسه المدافع لصد الخطر حال (أو وشيك/ أو إعتداء واقع ولم ينتهي بعد).

– يمس هذا الخطر أو الإعتداء نفس أو مال المعتدي عليه أو نفس أو مال الغير.

– أن يكون الدفاع هو الوسيلة الوحيدة أمام المدافع اي لا مجال للجوء إلى السلطات المختصة وطلب المساعدة

نظمها المشرع المصري في المواد من 245 إلى 251 من قانون العقوبات المصري [1] حيث يعتبرها هو الآخر سبب من أسباب الإباحة، والدفاع الشرعي في نظره حق يبيحه للشخص للدفاع عن النفس وذلك بإستعمال القوة اللازمة لدفع كل فعل يعتبر جريمة على النفس أو المال.

الجدير بالملاحظة أن المشرع المصري بالرغم من إتفاقه مع المشرع الجزائري على إعتبار الدفاع الشرعي من الأفعال المبررة (أسباب الإباحة) لسلوكات تعتبر جريمة في نظر القانون، إلا أنه يتفرد بأحكام خاصة أثناء تنظيمه له، تميزه عن نظيره المشرع الجزائري، فهو مثلا لا يبيح اطلاقا القتل إلا في حالات جاءت على سبيل الحصر وبقيود (لا توجد حالات الممتازة للدفاع الشرعي) ، كما أنه ربط الدفاع الشرعي عن المال والنفس بجرائم معينة ومحددة، بالإضافة أنه نص على الدفاع الشرعي في مقاومة أحد مأموري الضبط في حين صمت المشرع الجزائري بهذا الخصوص، نقول بعد الإطلاع على النصوص قانون العقوبات المصري أنه كان أكثر دقة وتفصيل في تحديده أو إتيانه لكل جوانب الدفاع الشرعي بشكل صريح وواضح على عكس المشرع الجزائري.

كما نص المشرع اللبناني عن حالة الدفاع الشرعي في المادة 184 " يعد ممارسة حق كل فعل قضت به ضرورة حالية لدفع تعرض غير محق ولا مثار على النفس أو الملك أو نفس الغير ملكه.

[1] – قانون رقم 58 لسنة 1937، المتضمن قانون العقوبات المصري المعدل بموجب القانون 189 لسنة 2020.

ويستوي في الحماية الشخص الطبيعي والشخص المعنوي، إذا وقع تجاوز في الدفاع أمكن إعفاء فاعل الجريمة من العقوبة في الشروط المذكورة في المادة 228"[1]. وغيرهم من التشريعات...

إختلفت الآراء الفقهية حول الطبيعة القانونية للدفاع الشرعي : فيعتبرها البعض أنها من قبيل الإكراه المعنوي التي تمنع المسؤولية الجنائية ذلك أن إرادة المدافع غير سليمة وحرة بسبب خضوعه لضغط الإعتداء بالتالي غير معتبرة قانونيا.

وهناك من يعتبر المعتدي عليه يمارس وظيفة عامة نيابة عن الدولة التي لا يمكنها ظروف الحادث من رد الإعتداء في حينه ولذلك يقوم الأفراد برد الإعتداء بسبب الضرورة، لكن الرأي الراجح يرى أن 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 عليه وهو الحق الأجدر بالرعاية في نظر المجتمع بعد أن هبط المعتدي بالقيمة الاجتماعية لحقه[2].

إن الدفاع الشرعي حق يخوله القانون للشخص (المدافع) يدرأ أو يدفع من خلاله الخطر الحال الذي يهدد نفسه أو ماله بالتالي هو عبارة عن إعتداء ويقابله دفاع، ويمتد هذا الترخيص بالدفاع حتى إلى نفس الغير والمال المملوك له، فهل نعتبر أن الدفاع الشرعي في هذه الحالة واجب أم أن للشخص حرية إختيار عدم الإتيان بشيء؟ يوصف الدفاع الشرعي بأنه حق فمعنى ذلك أنه ليس بواجب مفروض (ليس واجبا قانونيا بل يعتبر واجبا اجتماعيا يعني عدم القيام به لا يرتب جزاء جنائي) ، فالحق مستوي الطرفين مخير صاحبه في إستعماله

[1]- مرسوم اشتراعي رقم 340 الصادر في 1943- 3- 1 المتضمن قانون العقوبات اللبناني المعدل وفقا للمرسوم الاشتراعي رقم 513 الصادر في 6 - 6 - 1996.

[2]- عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 131,130.

أو عدم إستعماله وهو حر[1]، إذا ما مصير المادة 182[2] من قانون العقوبات الجزائري التي تعتبر عدم مساعدة الشخص الواقع في خطر بجريمة فهل نعتبر هذا تعارض؟

يمتاز الدفاع الشرعي بأنه إجراء وقائي[3] يسمح به القانون للأفراد لتمكينهم من دفع الخطر لمنع تحقق النتيجة الإجرامية و إكتمال الجريمة ويكون هذا ووفق المادة 39 ف 2 من ق .ع بأي فعل (حيث المشرع لم يحدد سلوك معين على عكس ما جاءت به المادة 40 ف 1 ق. ع) بشرط توفر اللزوم والتناسب، وهذا الدفاع يكون في حالة الخطر الذي على وشك الوقوع أو الإعتداء القائم الذي لم ينتهي بعد (لم ينتهي الركن المادي).

يطبق الدفاع الشرعي على مختلف الجرائم (جناية ، جنحة، مخالفة) الماسة بالنفس والمال، فالجدير بالملاحظة في هذه النقطة أن المشرع الجزائري ذكر مصطلح النفس بشكل واسع يحتمل التفسير بحيث لم يحدد بدقة ما المقصود بذلك المصطلح ألا وهو " النفس" فيدخل تحت الإطار المفاهيمي لهذا المصطلح حياة الإنسان، سلامة جسده والإعتداء على الحرية والإعتداء على العرض والشرف والإعتبار وهذا من جهة نظر أحسن بوسقيعة [4] , إلا أننا نرى من وجهة نظرنا أن الجرائم الماسة بالشرف والإعتبار هي عبارة عن خطر معنوي ووفق الفكرة التي يقوم عليها الدفاع الشرعي الذي يشترط وجود خطر مادي ملموس يهدد النفس

[1]- محمد الرازقي، محاضرات في القانون الجزائي ,(القسم العام)-أحكام عامة، جريمة -، ط8، دار الكتاب الجديد المتحدة، بيروت، 2002، ص 153.

[2]- تنص المادة 182 من قانون العقوبات الجزائري " يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 20000 إلى 100000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يستطيع بفعل مباشر منه وبغير خطورة عليه أو على الغير أو يمنع وقوع فعل موصوف بانه جناية أو وقوع جنحة ضد سلامة جسم الإنسان وامتنع عن القيام بذلك، بغير اخلال في هذه الحالة بتوقيع عقوبات أشد ينص عنها هذا القانون أو القوانين الخاصة.

ويعاقب بالعقوبات نفسها كل من امتنع عمدا عن تقديم مساعدة إلى شخص في حالة خطر كان في إمكانه تقديمها إليه بعمل مباشر منه أو بطلب الإغاثة له وذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو على الغير...".

[3]- عبد الله أوهايبية، المرجع السابق، ص 207.

[4]- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 129.

(خطر حقيقي)، بالتالي فإن الخطر الذي ينتج عن جرائم الإعتداء على الشرف والاعتبار يتعارض مع الشرط الأساسي للدفاع الشرعي ألا وهو اللزوم.

الفرع الثاني: الشروط الواجبة لتوفر الدفاع الشرعي:

حددت المادة 39 ف 2 من قانون العقوبات الجزائري الشروط الواجب توافرها لتحقق حالة الدفاع الشرعي، وتنقسم هذه الشروط بدورها إلى جزئيين , شروط خاصة بفعل الخطر وأخرى خاصة بفعل الدفاع.

أولا: الشروط الخاصة بفعل الخطر:

ليكون للمدافع الحق في إتيان الدفاع الشرعي لابد من وجود فعل إعتداء في بادئ الأمر، ولهذا الفعل (الإعتداء أو الخطر) مجموعة شروط لا بد من تحققها وهي كالتالي:

1/ أن يكون الخطر غير مشروع:

ينشأ الحق في الدفاع الشرعي عندما يتعرض المدافع عن نفسه أو ماله أو نفس الغير أو ماله لخطر إعتداء غير مشروع (أي لم يأذن له القانون أو يأمر به القانون، كالضابط الذي يطبق أمر القبض على شخص ويقاومه المقبوض عليه بحجة الدفاع الشرعي)، وبعبارة أخرى أنه يتعرض لفعل يهدده بوقوع إعتداء على حق يحميه القانون ونظرا لطبيعة الخطر فلا يشترط أن تقع النتيجة الإجرامية المقصودة من الجاني بل يكفي وقوف الفعل عند الشروع أو أحد الأفعال التحضيرية، مادام الفعل الصادر قد هدد بخطر غير مشروع المصلحة المحمية قانونا، ولا يعتد في الدفاع الشرعي بمدى جسامة الخطورة المنشأة للحق فيه بمعنى أن الدفاع الشرعي يجوز مباشرته لدرأ اي خطر يهدد بالاعتداء مهما كان بسيطا أو تافها (المشرع هنا يحاول بسط حماية واسعة على الحق المحمي قانونا).

بالتالي لا يهم مدى جسامة الإعتداء مادام غير مشروع ويمس مصلحة يحميها القانون (وهنا يكمن الفرق ما بين الدفاع الشرعي وحالة الضرورة، حيث أن هذا الأخير يشترط أن يكون الخطر جسيما)، إذا متى ما كان الخطر مشروعا تنتفي معه حالة الدفاع الشرعي [1].

إن فكرة الخطر الغير مشروع أو الإعتداء (في حالة تحقق الخطر وعدم إنتهائه) تثير بعض التساؤلات المرتبطة بها: مصير الدفاع الشرعي ضد الفعل المباح وتأثر قيامه في حال ما كان المعتدي مستفيدا من العذر أو غير مسؤول جنائيا.

الدفاع الشرعي ضد فعل مباح:

إذا كان الإعتداء مشروع فلا قيام للدفاع الشرعي ويكون كذلك إذا كان خاضعا لسبب من أسباب الإباحة فتوافر أحد أسباب الإباحة يحول الفعل الغير مشروع إلى فعل مشروع فلا يجوز مثلا لإبن أن يدافع عن نفسه ضد تأديب الأب ، أما إذا جاوز هذا الأخير الحد المقرر قانونا فإن الفعل المتجاوز غير مشروع.

ولا قيام للدفاع الشرعي إذا كان الإعتداء تنفيذا لأمر صادر عن رئيس أو تأمر به القوانين ، فالموظف الذي ينفذ أمر القانون أو أمر الرئيس ويرتكب أفعالا تنطوي على خطر يصيب الأشخاص والأموال أو يلحق بهم ضررا لا يجوز مقاومته بحجة الدفاع الشرعي لأن هذه الأفعال تعتبر مشروعة لأنها مقترنة بسبب يبررها، وهو تنفيذ القانون أو أمر الرئيس، وتطبيقا لذلك لا يجوز لمن يقبض عليه بناء على أمر قبض ضده تتوافر فيه كل الشروط المتطلبة قانونا أن يقاوم رجل الشرطة الذي ينفذ الأمر كممثل للسلطة العامة، وهذا حسب نص المادة 116 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائرية[2].

[1]- عبد الله أوهايبية، المرجع السابق، ص 209، 210.

[2]- عمر داسي ، الدفاع الشرعي في قانون عقوبات جزائري، مذكرة ماستر في العلوم القانونية تخصص قانون جنائي وعلوم جنائية، قسم الحقوق، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2014-2015، ص 41، 42.

تقوم فكرة الدفاع الشرعي على وجود إعتداء من المعتدي على المعتدى عليه والذي بدوره يقوم بدفاع ليدرأ هذا الخطر الذي يهدده أو يهدد نفس غيره أو ماله، لنتصور أن المعتدي في هذه الحالة قام بالرد على ما صدر من المعتدي عليه أثناء دفاعه فهل يمكن اعتبار هذا دفاعا شرعيا؟ لا يمكن للمعتدي التحجج بدفاع شرعي ذلك أنه المسبب الأول لهذا الوضع وأن دفاع المعتدى عليه لا يعتبر غير مشروع إلا إذا تجاوز المدافع حدود الدفاع هنا يجوز الدفاع ضده ونكون بصدد دفاع شرعي[1].

جواز الدفاع الشرعي ولو كان المعتدي غير مسؤول جنائيا:

المستقر عليه هو جواز الدفاع الشرعي ولو كان الإعتداء صادرا عن شخص غير مسؤول جنائيا بسبب توافر مانع من موانع المسؤولية، كالجنون وصغر السن دون الثالثة عشر(13) ، أو من هو في حالة ضرورة، والسبب في ذلك هو أن هذه الموانع لا تجرد السلوك من صفته الإجرامية، إذ يظل الإعتداء غير مشروع في ذاته يهدد حقا يحميه القانون، وينذر بوقوع نتيجة إجرامية معينة، ومن ثم يجوز للمعتدي عليه أن يدافع عن نفسه ضد هذا الإعتداء[2] (ذلك أن الفعل الذي إرتكبه الغير مسؤول جزائيا مازال يعد جريمة يعاقب عليه القانون ويعتدي على حق محمي بموجبه بالتالي عدم مشروعية السلوك لا زالت قائمة ، حيث أن طبيعة هذه الموانع لا تؤثر على الصفة الإجرامية للسلوك إنما أثرها يلمس في العقوبة).

الدفاع الشرعي إذا كان المعتدي مستفيد من عذر قانوني:

إذا كان المعتدي مستفيد من عذر قانوني فهذا لا يعني أن فعله الغير مشروع أصبح يتسم بالمشروعية، فالقانون يعاقبه وإن كان يلتمس له سبب للتخفيف، فالزوج إذا ما فاجأ زوجته متلبسة بالزنا وحاول قتلها في

[1]- المرجع نفسه، ص42.

[2]- عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري (القسم العام) ، -نظرية الجريمة، نظرية الجزاء الجنائي- ، ط2، دار هومة، د.م ، 2013، ص 118، 119.

الحال هي ومن زنا بها، كان فعله غير مشروع وكان معاقبا من أجله ونتيجة لذلك كان للزوجة وشريكها الاحتجاج بالدفاع إذا قاوما الزوج.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري في هذه الصورة فقد نصت المادة 279 من قانون العقوبات الجزائري على أنه:

" يستفيد مرتكب القتل أو الجرح أو الضرب من الأعذار إذا ما ارتكبها أحد الزوجين على الآخر أو على شريكه في اللحظة التي يفاجئها فيها في حالة تلبس بالزنا " من هذا النص نستخلص أن المشرع يستلزم توفر 3 شروط هي:

*مفاجأة أحد الزوجين للآخر متلبسا بالزنا.

* أن يقع الإعتداء في الحال على آخر الزوجين وعلى شريكه.

* وقوع الإعتداء من أحد الزوجين[1].

2- أن يكون الخطر حالا:

يكون الخطر حالا عندما يصبح فعل الإعتداء على وشك الوقوع فهو وإن لم يقع بعد فإنه متوقع أن يحدث فورا حسب الظروف المحيطة بالوضع، مثال كأن يمسك الشخص مسدسا ويبدأ بإدخال الرصاص فيه بعد أن قام بتهديد الشخص ، أو أن يقع فعلا ولم ينتهي بعد[2]، إذا الخطر في الدفاع الشرعي يقوم على صورتين هما:

الصورة الأولى: الإعتداء الوشيك الوقوع:

إن الإعتداء الذي يجيز حق الدفاع الشرعي يكون وشيك الوقوع إذا لم يرتكب المعتدي الفعل بعد، إلا أن ظروف الحال والواقع ووفق السير العادي للأمور يستخلص منها أن المعتدي سوف يبدأ بعد وان فورا لأنه

[1]- عمر داسي ، المرجع السابق، ص 42،43.

[2]- عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 134.

أتى أفعالا تجعل من المرجح أن يكون إقدامه على الفعل الإعتداء وشيك الوقوع، وبعبارة أخرى عندما تشير الظروف المحيطة بالواقع إلى أن العدوان بات قريبا بشكل واضح[1].

الصورة الثانية: وقوع الإعتداء الذي لم ينته بعد:

تتمثل هذه الصورة من الخطر في ذلك الإعتداء الذي حل على المعتدى عليه ومازال مستمرا، وهذه الإستمرارية تبيح أو تبرر الدفاع إلى حين إنتهاء الإعتداء، فإذا إنتهى الإعتداء إكتملت الجريمة ولم يعد هناك خطر يستوجب صده أو في هذه الحالة الحد من إمتداده بالتالي أي فعل يقوم به المعتدي يصبح انتقاما لا دفاعا شرعي، مثال على ذلك إذا قام شخصا بضرب أحد وانتهى عن فعله، فما يقوم به المعتدى عليه بعد ذلك لا يعتبر دفاعا شرعيا لكن إن بدأ بالضرب ولم ينهيه نكون أمام حالة الدفاع الشرعي[2].

3- أن يهدد الخطر النفس أو المال:

يجيز القانون بنص المادة 39 ف2 من قانون العقوبات الجزائري الدفاع عن النفس أو المال فلم يحدد جرائم معينة دون أخرى[3]، فكل الجرائم الماسة بالنفس وتهدد حق من الحقوق المتصلة بنفس الإنسان (كالحق في الحياة، الحق في السلامة الجسدية، الحق في الحرية، الحق في الشرف والعرض والاعتبار...إلخ), مهما كانت جسامة ذلك الإعتداء سواء كان موجه لنفس الشخص أو لنفس غيره.

وكذا الجرائم الماسة بالمال بإعتباره حق يحميه القانون (كجريمة اختلاس ، الإعتداء على الملكية...)بغض النظر عن إن كان المال ملك للمدافع أوغيره،[4] وكلها جرائم تبيح فعل الدفاع الشرعي[5].

4- أن يكون التعرض غير مثار:

---

[1]- عبد الله أوهايبية، المرجع السابق، ص 212، 213.

[2]- عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 135.

[3]- المرجع نفسه، ص 135، 136.

[4]- عبد الله أوهايبية، المرجع السابق، ص215,214 .

[5]- عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 135.

بمعنى أن لا يكون الإعتداء نتيجة إستفزاز المدافع للمعتدي، فيكون العدوان وفق لهذا الشرط نتاج فكر المعتدي الحر وإرادته الخالصة فلا محل للحديث عن الدفاع إن كان المدافع هو الذي أثار الخطر من حوله، لأن قبول الدفاع في هذه الأحوال سيكون ذريعة للإعتداء على حقوق الغير[1].

ثانيا: الشروط الخاصة بفعل الدفاع:

بالرغم من أن الدفاع الشرعي مخصص للمدافع إلا أنه لا بد من توفر بعض الشروط لسلامة فعله (فعل الدفاع) ، **والمتمثلة في شرطين هما:**

1- شرط اللزوم:

إن الجدير بالذكر أن المشرع الجزائري عبر عن شرط اللزوم بإستعمال مصطلح الضرورة في المادة 39 الفقرة 2: " إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع...." وكان عليه أن يستعمل مصطلح أكثر دقة لتجنب اللبس الذي سببه هذا المصطلح في الخلط بين حالة الضرورة والضرورة التي يقصدها المشرع في حالة الدفاع الشرعي فالمشرع المصري كان أكثر وضوحا منه حيث إستعمل: "...إستعمال القوة اللازمة...".

ويعني هذا الشرط أن يكون فعل الدفاع ضروري لرد الإعتداء[2]، بمعنى أن هذه القوة هي الوسيلة الوحيدة لصده وتجنبه[3].

فإذا كان المعتدي عليه يستطيع أن يرد العدوان بغير جريمة فمعناه أن الدفاع بإرتكاب جريمة غير لازم وبالتالي لا يجوز له إستعمال حق هذا الدفاع وعدم لزومه، كأن يكون بإستطاعة صاحب المنزل الغلق على السارق في

[1]- صورية سلامي ، سلطة القاضي الجنائي في تقدير حالة الدفاع الشرعي، مذكرة ماستر تخصص القانون الجنائي، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015-2016، ص 23.

[2]- منصور رحماني، الوجيز في القانون الجنائي العام، د.ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2006، ص 228.

[3]- عبد الله أوهايبية، المرجع السابق، ص 216.

غرفة محايدة و طلب النجدة من السلطات العامة بدلا من التوجه إليه وضربه، ويقتضي اللزوم أن يكون فعل الدفاع هو الوسيلة الضرورية اللازمة والوحيدة لرد الإعتداء وهذا الشرط (اللزوم) يتطلب أمرين:

* الإضطرار إلى الجريمة لدرأ الخطر ومعناه أن المدافع لا يحق له إرتكاب جريمة ما لم تكن هي الوسيلة الوحيدة لصد الخطر فإذا كان بوسعه إستعمال وسيلة أخرى ليست جريمة فإن الدفاع بإرتكاب جريمة يعد غير ضروري، فإذا أمكن للحارس أن يوقف اللص عن السرقة بمجرد إطلاق النار على الهواء فلا ضرورة وقتها إلى إطلاق النار مباشرة على اللص بحجة الدفاع[1].

* يجب أن يتوجه فعل الدفاع الشرعي إلى مصدر الإعتداء أو الخطر، فلا يجوز القول بوجود حالة الدفاع إذا قام المدافع بتوجيه دفاعه ضد مصدر غير مصدر الخطر، كمن يهاجمه كلب أو حيوان ما، فيتركه ويوجه دفاعه لمالك الحيوان درءا للخطر الذي يتعرض له الذي لم يكن له دور في سلوك الحيوان فالفعل في هذه الحالة غير لازم كأصل[2].

وبناءا على ذلك نقول أن شرط اللزوم يتعلق بمدى إلزامية فعل الدفاع لصد الإعتداء الواقع الغير منتهي أو الخطر الذي على وشك الوقوع، فمتى كان هناك طرق أخرى غير الدفاع كإمكانية اللجوء إلى السلطات لتوفير الحماية وجب على المدافع إتباعها وعدم التحجج بالدفاع الشرعي.

2- شرط التناسب:

على عكس الشرط الأول (شرط اللزوم) فإن المشرع الجزائري ذكر صراحة هذا المصطلح في المادة 39 الفقرة 2 التي تنص "...بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الإعتداء...".

ويعني التناسب أن يكون فعل الدفاع متناسب مع فعل الخطر ولا يقصد المشرع الجزائري هنا التطابق الكلي بل يقصد عدم وجود فجوة كبيرة صارخة بينهما، بمعنى أن يكون الدفاع متعادلا ومتكافئا مع الخطر

[1]- منصور رحماني، المرجع السابق، ص 228.

[2]- عبد الله أوهايبية، المرجع السابق، ص 217.

الذي يتعرض له المدافع, أما في حالة تجاوز فعل الدفاع للقدر اللازم لصد الخطر يصبح الدفاع فيما زاد عن حده غير ضروري ويسأل المدافع عن هذا التجاوز لعدم وجود لأي مبرر لإباحة فعله، وعليه ينظر للتناسب من خلال ما إذا كانت القوة التي إستعملت لدفع الخطر زادت عن الحد اللازم ومدى هذه الزيادة في إقامة مسؤولية المتجاوز وبالتالي تكون القوة متناسبة مع الإعتداء بالنظر إلى طبيعته وجسامته فلا يقصد بهذا أن تكون القوة مطابقة تماما لفعل الخطر بل أن تكون هذه القوة لن تتجاوز القدر الضروري لردع الخطر، فالدفاع الذي تباشره إمرأة أو شخص ضعيف البنية يختلف تناسبه عن الدفاع الذي يباشره شخص آخر في ظروف تفوق قوة المعتدي، إذ يمكن القول بتوافر التناسب بين فعلي الإعتداء والدفاع الشرعي متى وصل الفعل حد القتل دفاعا في جرائم الاغتصاب وهتك العرض بقوة[1].

قد يكون من الصعب إثبات التناسب خاصة إذا كانت وقائع القضية معقدة وبدأت وإنتهت بسرعة، إلا أنه هناك تفاصيل تكون واضحة ومفروغ منها، فمثلا لا تستعمل مع امرأة أو شيخ هرم أو رجل سكير نفس القوة التي تستعمل مع شخص قوي البنية، فلو كان شخص مهدد بضرر تافه فلا يجوز له أن يلجأ إلى القتل بحجة الدفاع الشرعي[2]، وعلى العموم فإن تقدير مدى التناسب متروك للسلطة التقديرية للقاضي الجزائي.

وتثار صعوبة أخرى بشأن المعيار الواجب إتباعه لتقرير مدى وجود التناسب بين فعل الخطر وفعل الدفاع ويعتبر معيار التناسب معيار موضوعي قوامه الشخص العادي الذي يتصرف في مواجهة الظروف على النحو المألوف[3], فإن وجدنا أن المدافع تجاوز برده ما كان يمكن أن يصدر عن الرجل العادي المحاط بنفس الظروف اعتبر متجاوزا ومسؤولا عن ذلك التجاوز، بشرط أن يعلم بالقدرة على أن يصد الخطر بفعل أقل

[1]- عمر داسي ، المرجع السابق، ص 45.

[2]- عبد الملك جندي ، الموسوعة الجنائية، الجزء الأول، -الاتجار، الاشتراك-، د. ط، دار العلم للجميع، بيروت-لبنان، د. س ، ص 530.

[3]- عبد الله أوهايبية، المرجع السابق، ص 218.

جسامة[1] (إختار عن عمد أن يواجه الموقف أو الخطر بفعل أشد جسامة)، كأن يحاول شخص سرقة شخص آخر بدون أي سلاح فيقوم المدافع بقتله أو ضربه ضربا مبرحا بحجة الدفاع عن النفس.

بالوقوف على شرط التناسب نرى أن هناك نوع من التقييد الشديد على المدافع ، فليس منطقي المطالبة بتناسب فعل الدفاع مع جسامة الإعتداء (ولو كان هدف المشرع هنا محاربة والحد من النوايا السيئة التي تتحجج بالدفاع الشرعي) حتى لو لم يكن يشترط هنا التساوي (يقصد التجاوز الصارخ) وإنما العبرة بظروف الحال، لكن بما أن الأمر يبقى للإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي (الذي يختلف من قاضي إلى آخر ونظر لظروف القضية، حيث قد لا يحقق السلوك المرتكب شرط التناسب الذي سيصعب إثبات حسن نية المدافع فيه) فإنه رغم هذا ليس من المنطقي مطالبة الشخص (خاصة لو كان يدافع عن نفسه، ذلك أنه قد يكون في حالة وعي وتحكم أكثر أثناء دفاعه عن الغير) الذي يكون في حالة خوف وذعر وكل همه النجاة، أن يتصرف بمنطقية ويتوقف لقياس – إن صح إستعمال هذا التعبير– سلوكه مع فعل الإعتداء الموجه له (أو لغيره) خاصة أن فكرة قيام الدفاع الشرعي تقوم على وجود خطر وشيك أو لم ينتهي بعد، بالتالي بمجرد إكتمال الجريمة تنتفي حالة الدفاع الشرعي، ذلك أن الأمور تحصل بشكل متسارع لا بتأني والأحداث تتفاعل مع بعض بسرعة وقد يجد المدافع نفسه جاني في حين أنه كان مجنى عليه.

برغم أن هناك ما يسمى السلطة التقديرية للقاضي الجزائي، لكن يبقى الأمر فيه نوع من الصعوبة في الإثبات، بالتالي في إقتناع القاضي خاصة أن المشرع ليس دقيق في إستعمال المصطلحات ولا واضح في تحديد المعنى المراد منه ومن جهة أخرى مبدأ الشرعية الذي يجعل القاضي الجزائي أسير لا أمير ويمنعه من القياس ويضيق مجال التفسير عليه.

[1]– عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص138,137.

المطلب الثاني: حصر حالات الدفاع الشرعي:

إن المشرع الجزائري كغيره من بعض التشريعات (التشريع الفرنسي... إلخ) إعتد في قيام أو توفر الدفاع الشرعي بحالتين، اصطلح عليهما الفقه : بالحالة العادية والحالة الممتازة للدفاع الشرعي (ذلك أن المشرع الجزائري لم يستعمل هذان المصطلحان بالذات إلا أنه يفهم من صياغة نص المادة 39 ف2 [1] والمادة 40 من قانون العقوبات الجزائري ومن الأحكام التي تنفرد بها كل منهما) ، سنكتفي في هذا المطلب بالتطرق إلى الحالات التي إعتبرها المشرع الجزائري ممتازة، لأن الحالات العادية سبق تناولها أعلاه ضمن الفرع الأول (الشروط الواجبة لتوفر الدفاع الشرعي) من المطلب الأول (المقصود بالدفاع الشرعي وشروط توفره) ، ذلك لإرتباط هذه النوع من الحالات بمدى توفر الشروط السابقة الذكر (لتجنب التكرار).

تنص المادة 40 من ق. ع. ج : " يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع الشرعي:

1/ القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع إعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه أو لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منها أثناء الليل,

2/ الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة"[2].

أورد المشرع الجزائري في هذه المادة أحكام متميزة أو خاصة تعطي للدفاع الشرعي وضع مغاير لما جاءت به المادة 39 ف 2 من ق. ع. ج فيباح للمعتدى عليه (المدافع) مجموعة تصرفات أو أفعال (جاءت على سبيل الحصر) غير تلك التي يسمح بها القانون للمدافع وفق المادة 39 ف 2 ق .ع .ج، فيصد من خلالها الخطر الذي يهدده في حياته أو سلامة جسمه أو لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان أو المداخل المنازل

[1]- المادة 39 ف 2 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

[2]- القانون رقم 20-06 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري.

أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منه وكذا الدفاع عن النفس أو الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة[1].

إن الشخص إذا إستعمل الدفاع الشرعي في الحالات الممتازة هو غير ملزم بإثبات توفر شروط الدفاع الشرعي فيكفي توفر حالة من حالات المادة 40 ق. ع. ج. المتمثلة في حالتين والذي سنتطرق إليهما كالتالي:

الفرع الأول: الحالة الأولى:

وهي ما جاءت به الفقرة 2 من نص المادة 40 من ق. ع. ج ,تنص على :

" القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع إعتداء على حياة شخص أو سلامة جسمه أو لمنع تسلق الحواجز أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منها أثناء الليل" والتي بدورها تتطلب مجموعة شروط لتوفرها وهي:

أولا: لابد أن يكون الخطر مهددا بالاعتداء على حياة المدافع[2] نفسه كإعطاءه مواد ضارة أو على سلامة جسمه كالضرب الجسيم، بمجرد أن يقع خطر من شأنه المساس بسلامة الجسم كأن يعتدي على المدافع بالضرب المبرح الذي يؤدي إلى إحداث جراح بليغة يترتب عليها عاهات وتشوهات أو مرض يفضي إلى عجز من مزاولة الحياة العملية والعادية مدة طويلة فيقوم الحق في الدفاع الشرعي بالطرق المشروعة[3]، كما أن الإعتداء

[1]- عبد الله أوهايبية، المرجع السابق، ص 219.

[2]- نلاحظ أن بعض المراجع تتأرجح تارة بين إستعمال مصطلح " المعتدى عليه" وتارة أخرى مصطلح "المدافع" لهذا ارتأينا الوقوف عند هذا الأمر ، فنرى أنه من المهم التفرقة بينهما بتحديد مواضع إستعمال كل مصطلح: أين يمكن إستعمال مصطلح " المدافع" سواء كان الدفاع عن نفس أو مال الشخص، أو نفس أو مال الغير، إلا أنه لا يمكن إستعمال مصطلح "المعتدى عليه" في كلا الحالتين، ذلك أنه في حالة الدفاع عن نفس أو مال الغير يسمى الشخص المرتكب لفعل الدفاع مدافع لا معتدى عليه، نظر لكون الخطر أو الاعتداء لم يوجه له.

[3]- هاجر راجع ، أميرة بركة وآخرون...، أحكام الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري، مذكرة الليسانس تخصص شريعة وقانون، قسم العلوم الإسلامية، جامعة محمد بوضياف، الميلة، 2018- 2019، ص31,30.

على حياة الأشخاص كإجبارهم على تناول السم مثلا أو كمية من المخدرات وغيرها من المواد الضارة التي تؤثر على حياته فتهلكه فيمنح له الحق في الدفاع الشرعي[1].

ويضاف إلى هذه الجرائم الواقعة على النفس، هتك العرض، الإعتداء على إمرأة أو إتيانها كره وتدنيس شرفها بالقوة أو التهديد هي كلها جرائم أباح فيها القانون إستعمال كل الوسائل للدفاع حق القتل.

ثانيا: أن يكون الإعتداء متمثلا في تسلق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو كسر شيء منها أثناء الليل، ويستوي في ذلك دخول المنزل أو ملحقاته أن يكون قد تم فعلا أو مزال في مرحلة الشروع ولا أهمية بعد ذلك أن يكون الدخول من الباب المخصص لذلك أو تسلق جدار المنازل ليقوم الحق في الدفاع الشرعي.

ويوصف بالتسلق الدخول إلى المنازل أو المباني أو الأحواش أو حضائر الدواجن أو أية أبنية أو حدائق وذلك بطرق تسلق الحيطان أو الأبواب أو السقوف، ولا يكفي أن يتم الدخول إلى الأماكن بالطرق المذكورة في المادة 40 ف 1 من ق. ع. ج **لإباحة فعل الدفاع , لا بد من توفر شرطين:**

1/ أن يكون المكان مسكونا فعلا وليس معدا لسكن:

فلا يكفي أن يكون معدا لسكن فقط، ولكن لم يسكنه أحد بعد ولكن القانون لا يتطلب وجود سكان وقت دخول المعتدي فقد يقع الإعتداء عند مغادرته ويصدر الدفاع من أحد الجيران أو الحارس وهنا يكون الفعل مباحا لأن الدفاع من الغير يعد مشروعا[2].

[1]- عمر داسي ، المرجع السابق، ص 30.

[2]- هاجر راجع ، أميرة بركة وآخرون...، المرجع السابق، ص32,31.

ويعد سكن كل مبنى أو دار أو غرفة أو خيمة متى كان الشخص يسكنه كل سبيل الدوام والإستقرار، فلا يدخل في هذا الإطار الفنادق وغيرها من أماكن السكن الخاصة[1]، ويعتبر أيضا من لواحق المنازل الحدائق والمخازن والأحواش ومراب السيارات واسطبل المواشي، حتى وإن كانت محاطة بسياج خاص أو سور عام.

والمشرع إستعمل عبارة " أو كسر شيء منها أثناء الليل " نية المعتدي كسر شيء بعد التسلق جازت تسمية الموقف بحالة الدفاع الشرعي ويكون مثلا: بفتح أي أجهزة من أجهزة الإقفال أو بكسره بأية طريقة[2].

2/ أن يكون الدخول ليلا:

يجب أن يكون الدخول للمنزل قد تم ليلا، لأن الحكمة التي بمقتضاه يقرر القانون مثل هذه الحماية هو ما يتمتع به المسكن من حماية وصيانة أثناء الليل، والليل يقصد به الفترة الواقعة بين غروب الشمس وشروقها (وهو المستقر العمل به في القضاء المصري)، لكن المشرع الجزائري لم يحدد من أين يبدأ الليل ومن أين ينتهي مما يفهم منه أنه ترك الأمر لقاضي الموضوع يحدده (في رأي عبد الله أوهايبية أنه ليس هناك مانع من الإستعانة بالمادة 47 من قانون الإجراءات الجزائية[3]) في تحديد مفهوم الليل الذي جاءت به المادة 40 ف 2 من ق . ع .ج، حيث تعتبر المادة 47 من ق. أ .ج الليل هو الفترة الممتدة من الساعة الثامنة إلى الساعة الخامسة صباحا، والقيام بالفعل ليلا يعتبر دليلا على مدى خطورة الجاني وسوء نيته(توفر النية الإجرامية لديه)، لما يوفر الليل من إمكانية للمعتدي لتنفيذ غرضه[4].

[1]- عمر داسي ، المرجع السابق، ص 30،31.

[2]- هاجر راجع ، أميرة بركة وآخرون...، المرجع السابق، ص 32.

[3]- المادة 47 من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج .ر عدد 48، المعدل والمتمم بموجب الأمر 04/20 المؤرخ في 30غسطس 2020، ج .ر عدد 51.

[4]- عبد الله أوهايبية، المرجع السابق، ص 221.

الفرع الثاني: الحالة الثانية:

تتمثل فيما يقوم به المدافع من قتل أو جرح أو ضرب أثناء الدفاع عن النفس ضد مرتكبي السرقات أو النهب بقوة سواء وقع ذلك ليلا أو نهارا، وهو ما جاءت بذكره الفقرة 2 من المادة 40 ق. ع. ج " يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع الشرعي :

"الفعل الذي يرتكب لدفاع عن النفس أو الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة"

وشروط هذه الحالة هي:

1/ أن يهدد الخطر النفس أو المال ويستوي فيها أن يكون الخطر موجه إلى المدافع أو الغير وهذا خلافا للحالة الأولى التي لا بد أن يهدد الخطر المدافع نفسه.

2/ أن يقع التهديد من أشخاص يرتكبون السرقات أو النهب بالقوة سواء أكان التهديد أو الخطر ليلا أو نهارا وهذا خلاف الحالة الأولى[1].

يرى المشرع أن إرتكاب السرقة والنهب بالقوة يعد أمرا خطيرا يجعل المجتمع تحت سلطة الأشرار وعصابات السوء وتسوده شريعة الغاب (قانون الغاب أين القوي يغلب الضعيف ويسلبه ما يملك وحقه في الأمان)، لذا فقد أباح 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، كما أن النص لم يحدد عدد المهاجمين أو وسيلة معينة، بالتالي قد يقوم بالنهب فرد أو أكثر من فرد سواء كانوا أو كان مسلحين أو لا[2]، بالإضافة إلى أن المشرع يشجع الأفراد على مقاومة عصابات قطاع الطرق وإباحة مقاومة أعمالهم بالقوة، سواء بالقتل، الجرح، أو الضرب[3].

[1]- هاجر راجع ، أميرة بركة وآخرون...، المرجع السابق، ص33,32.

[2]- عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص140.

[3]- عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 130.

قد يثار التساؤل هنا حول ما الذي يميز الدفاع الشرعي المنصوص عليه في المادة 40 ق. ع .ج عن نظيره في المادة 39 ف 2 ق. ع. ج أو بصياغة أخرى لما المشرع إعتبره دفاع شرعي ممتاز خاصة أن كلا المادتين تبيح للشخص المعتدى عليه الحق في الدفاع عن نفسه؟ إن الإجابة تكمن في مدى توفر كل من شرط اللزوم والتناسب في الحالة العادية للدفاع الشرعي وفق للمادة 39 ف 2، حيث يقع عبء الإثبات هنا على الشخص الذي تصرف بنية الدفاع (رغم مساس هذا الأمر بمبدأ الشك يفسر لصالح المتهم بالإضافة إلى مبدأ أخر أساسي ألا وهو المتهم بريء حتى تثبت إدانته)، في حين أن الحالة الممتازة المنصوص عليها في المادة 40، تتميز بتوفر ظرف الليل وإستعمال القوة والعنف في السرقات ضد الأفراد[1]، فيكون الشخص هنا غير مطالب بالإثبات إذا بما أن المشرع إعتبر الحالات المقررة في المادة40 ممتازة وذلك لعدم إعتداده بالشروط المذكورة في المادة 39ف 2، أهذا يعني أنها قرينة مطلقة؟ للوهلة الأولى بعد الإطلاع على نص المادة 40 قد نعتبرها قرينة مطلقة لا تقبل إثبات العكس، فيكفي أن يستعمل المعتدى عليه (المدافع) حقه في الدفاع في إطار حدود ما جاءت به المادة 40 ويدخل فعله (مهما كان) ضمن الأفعال المباحة (المبررة) قانونا وبالتالي يرفع عن عاتقه أي مساءلة جزائية، لكن الأخذ بهذه القاعدة على اطلاقها وإعتبار القرينة هنا مطلقة (قرينة قانونية قاطعة) قد يؤدي أحيانا إلى نتائج غير مقبولة [2]

فمثلا لو من يدعي التمسك بحكم المادة السابقة كان يعلم أن من تسلق حائط منزله ليلا أو كسر بابه لم يكن يقصد ارتكاب جريمة[3]، أو كان على علم مسبق بفعل الغير وقبل به كما لوكان على موعد أو نبه إلى العمل فأبدى موافقته، بالتالي إذا انتفى عنصر مفاجأة هنا (أي الإعتداء الواقع على المعتدى عليه) نطبق حينها الأحكام العامة لنظرية الدفاع الشرعي[4].

[1]- عبد الله أوهايبية، المرجع السابق، ص 222.
[2]- عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 139.
[3]- عبد الله أوهايبية، المرجع السابق، ص 223.
[4]- عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 139.

يعتبر سليمان عبد الله أن الحالة المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 40 القرينة فيها قاطعة لا تقبل اثبات العكس[1] (وهذا طبيعي صراحة نظرا لطبيعة هذا النوع من الجرائم وظروف ومكان ارتكابها فلا مجال فيها إلى الموافقة أو معرفة المدافع لما سيحصل له)، وهو ما تم تأكيده من خلال بعض القضايا في القضاء الفرنسي، حيث بداية كانت تعتبر قرينة مطلقة، فتم تبرئة العديد من مرتكبي القتل أو الجرح الخطير ضد من دخلوا ليلا بواسطة تسلق الحيطان إلى ملكهم ومن أشهر هذه القضايا ، قضية "جوفرس" وقضية "بوشو"، حيث المجني عليهما دخلا ليلا إلى ملك المتهمين بواسطة تسلق الحيطان لإيداع كلمة غزل على نافذة ابنتهما، إلا أن الوضع تغير بعد صدور قرار محكمة النقض وذلك في 19-2-1959.في قضية " ريمنياك"، حيث أصبح القضاء الفرنسي يأخذ بالطابع البسيط لهذه القرينة، رغم عدم العثور على قرارات في هذا الشأن بالقضاء الجزائري، إلا أن أحسن بوسقيعة يميل إلى نسبية قرينة الدفاع الشرعي التي جاءت بها المادة 40 لما هو الحال في القضاء الفرنسي[2].

* صحيح أن المشرع لم يشترط توفر اللزوم والتناسب في المادة 40 كما هو الحال في المادة 39 ف 2 ق. ع. ج، إلا أنه لم يعتبر ما نصت عليه المادة 40 قرينة مطلقة[3] كما سبق القول أعلاه، إنما هي قرينة بسيطة، بالتالي في الأخير يبقى الأمر للسلطة التقديرية للقاضي الجزائي في إثبات مدى فعلا توفر حالة الدفاع الشرعي وذلك من خلال دراسة وقائع القضية، بمعنى أننا لم نخرج من إطار توفر اللزوم، فما الغاية إذا من إضافة نص المادة 40 خاصة أن المادة 39 ف 2 ذكرت مصطلح " فعل" أي لم تحدد سلوك الدفاع فقد يكون قتل، جرح...،(كما فعل المشرع المصري، حيث لم ينص عن الحالات الممتازة للدفاع الشرعي).

[1]- المرجع نفسه، ص 139.

[2]- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص138,137.

[3]- نص المادتين 39ف 2 و 40 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

بالعودة إلى نص المادة 40 من ق. ع. ج لا بد من الوقوف على بعض الأفكار :

نلاحظ أن المشرع في الفقرة الأولى جاء بذكر كل من سلوك القتل، الجرح، الضرب، غير أنه اكتفى في الفقرة الثانية بإستعمال مصطلح " الفعل" (بدون تحديد)، إلا أنه يفهم وبعد الإطلاع على عدد من المراجع بأنه يقصد نفس السلوكات المذكورة في الفقرة أعلاه (القتل أو الجرح أو الضرب)، نرى أنه على المشرع توحيد المصطلحات , والجدير بالملاحظة أنه ذكر في الفقرة الأولى الدفاع عن نفس المدافع "...لدفع إعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه..." ولم يخصص بالذكر الغير، أيعني هذا أن الدفاع عن الغير في هذه الحالة لا يعتبر دفاع شرعي ويعاقب الشخص بالعقوبة المقررة للنتيجة التي أفضى بها سلوكه، أم نعتبره حالة دفاع شرعي عادية ويدخل في أحكام المادة 39 ف2 رغم وقوع الحادثة أثناء الليل، ألا يحدث إعتداءات على نفس الغير في الليل، فما الحكمة من عدم ذكر المشرع الغير في هذه الحالة؟ نعتقد أنه على المشرع إضافة الدفاع عن النفس الغير ليتطابق الأمر مع ما هو موجود في الفقرة الثانية (المادة 40).

وكذا الأمر بالنسبة :" لمنع تسلق الحواجز او الحيطان أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منها أثناء الليل" فلم يحدد لمن تعود هذه الأماكن، ولكن نعتقد بما أنه في بداية نفس الفقرة (الأولى) نص على الدفاع عن نفس المدافع فقط بالتالي يقصد أن هذه الأماكن عائدة له.

إن إتيان المشرع لسلوك القتل، الجرح، الضرب على سبيل الحصر، كان موفقا من وجهة نظرنا، ذلك أن أي فعل قد يقوم به المدافع بنية الدفاع وفق الأحكام المادة 40، لن يخرج عن إطار حيز تلك السلوكات.

حسن ما فعل المشرع بإضافة مصطلح "...أو كسر شيء منها..." حيث لو إكتفى بمصطلح " تسلق" لخرجت العديد من السلوكات من إطار الإباحة، فمثلا لو قام شخصا ما بمحاولة فتح أو الدخول إلى منزل بغير طريقة التسلق، فلن يعتبر إذا المشرع ما يقوم به المدافع دفاعا شرعيا وهذا انطلاقا من مفهوم مصطلح التسلق من جهة ومن جهة أخرى مبدأ الشرعية (حيث لا قياس، والتفسير ضيق يقتصر على المعنى الذي يريده

المشرع فقط) ولا وقع القضاء حينها في لبس، لكن بوجود نص المادة 365 ق. ع. ج[1] التي رفعت إلى حد ما هذا اللبس الذي قد يقع فيه القاضي أثناء تطبيق نص المادة 40، وذلك بنصها على تعريف مصطلح الكسر :

" فتح أي جهاز من أجهزة الإقفال بقوة أو الشروع في ذلك سواء بكسره أو بأي طريقة أخرى بحيث يسمح لأي شخص بالدخول إلى مكان مغلق"[2].

قد يثار تساؤل حول الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 40[3]، حيث أن المشرع أباح الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة سواء كان ذلك في النهار أو في الليل، فما الحكمة من إعتبار كلا الفترتين (الليل والنهار) حالة دفاع شرعي ممتازة، لما لم يدمج فترة النهار بأحكام المادة 39 ف 2 ويبقى فترة الليل للمادة 40؟ نعتقد أن نظرا لخطورة مرتكبي هذا النوع من الجرائم إعتبر المشرع الفترتين حالة دفاع ممتازة خاصة أن الأفعال وفق المادة 39 ف 2 تخضع لشرطي اللزوم والتناسب، فلكي لا يقيد من سلوك المدافع كنوع من الحد من خطورة مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة.

– إستعمل المشرع مصطلح "النفس" في ف 2 من م 39، ونرى أنه مصطلح غير دقيق فهو إلى حد ما واسع قد يحمل في طياته العديد من المعاني (سلامة الجسم، سلامة الروح، الشرف...) حبذا لو المشرع كان أكثر دقة و تحديد كما هو الحال في ف 1 من م 40.

– إضافة المشرع لإمكانية الدفاع عن "الغير" كما هو موضح في ف 2 من م 39 حسن ما فعل في ذلك ، لكي لا يكون هناك تعارض مع المادة 182 ق. ع (التي تنص على جريمة عدم تقديم المساعدة).

[1]– المادة 365 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

[2]– الوالي بن عومر ، ضوابط الدفاع الشرعي– دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري – ، مذكرة الماجستير تخصص شريعة وقانون، قسم العلوم الاسلامية، جامعة وهران ،2007 –2008، ص 124.

[3]– المادة 40 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

- "...مال مملوك للشخص..." حبذا لو إستعمل المشرع مصطلح " المدافع" بدل الشخص لتصبح مال مملوك للمدافع، ليكون المعنى واضح.

-إستعمال المشرع لمصطلح "المال" بهذه الصياغة قد يثير تساؤل حول ما إذا كان المشرع يقصد به " النقود" أو أي شيء له "قيمة مالية".

-إستعمل المشرع مصطلح"...إعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه" في ف 1 م 40 وكان في هذه الفقرة أكثر دقة من فقرة 2م 39 كما ذكر أعلاه حيث إكتفى فيها بمصطلح "النفس" فقط، فهل في هذه الحالة تخرج الأفعال الماسة بالشرف والعرض (جرائم معنوية) من إطار الدفاع الشرعي ذلك أن المشرع حدد مجال الدفاع في هذه الحالة.

- تنص ف 2من م 40 على الدفاع المرتكب ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة، في بداية الفقرة جاء المشرع بذكر الدفاع عن "نفس أو الغير" ولم يذكر الدفاع عن المال كما هو الحال في ف 2 م39 فهل نعتبر الدفاع الشرعي عن المال سواء كان مملوك للمدافع نفسه أو للغير جريمة يعاقب عليها ولا تدخل في حيز الدفاع خاصة أن. هذا النوع من الجرائم يقوم بالأساس على إختلاس المال.

حبذا لو المشرع يوحد المصطلحات بين فقرات المواد لكي لا يكون هناك تعارض بينهم ولا يواجه القاضي الجزائي صعوبة في دراسة هذا النوع من الجرائم .

المبحث الثاني: خصوصية الدفاع الشرعي:

في حين توفر الشروط التي تم دراستها في المبحث الأول تكون قد تكونت لنا حالة الدفاع الشرعي بعناصرها المطلوبة قانونا، فيخرج الفعل من دائرة التجريم ويدخل في دائرة الإباحة فينتج أثرا وذلك بإزالة صفة التجريم على الفعل ومنه إنتفاء الجريمة إستنادا لمصطلح " لا جريمة" المذكور في بداية المادة 39 من قانون العقوبات الجزائري، وهذا نظرا لخصوصية الدفاع الشرعي الذي بدوره ينفي قيام الجريمة لإتصالها بالركن الشرعي، مقارنة بموانع المسؤولية حيث تبقى فيه الجريمة قائمة وينتفي العقاب فقط.

أما في حالة أن المدافع لم يراعي ويحترم الشروط اللازمة للدفاع الشرعي يكون هنا في حالة تجاوز لحدود الدفاع الشرعي، وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المبحث بحيث قسمناه إلى مطلبين، (المطلب الأول) المعنون بالآثار المترتبة عن الدفاع الشرعي، و(المطلب الثاني) بعنوان تجاوز الفعل المرتكب لشروط الدفاع الشرعي.

المطلب الأول: الآثار المترتبة عن الدفاع الشرعي:

بعد إثبات قيام حالة الدفاع الشرعي وذلك بتوافر الشروط والضوابط المقررة والمنصوص عليها في المادتين 39 ف 2 و40 من قانون العقوبات الجزائري، والسالف ذكرهم أعلاه، يصبح الفعل الذي قام به الشخص المدافع فعلا مباحا حتى وإن كان ذلك الفعل يعد جرما وغير مشروع، ومنه عدم قيام مسؤولية المدافع والجدير بالذكر أن إباحة الفعل المجرم، تشمل كل من يساهم في فعل الدفاع سواء كان فاعلا أو شريكا، لأن الإباحة ذات طبيعة موضوعية تضفي صفة المشروعية على الفعل فيستفيد منها كل من ساهم في إتيانه[1]، ومنه لا يقع تحت طائلة المسائلة الجزائية والمدنية سواء المدافع بحد ذاته أو من ساهم معه.

وانطلاقا من هذه الفكرة سوف نتم التطرق إلى آثار الدفاع الشرعي من الناحية الجزائية في (الفرع الأول) ، وآثار الدفاع الشرعي من الناحية المدنية في (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: آثار الدفاع الشرعي من الناحية الجزائية:

تنص المادة 39 الفقرة 2 من قانون العقوبات الجزائري أنه:

" 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 الإعتداء"[2]،

وكما جاء في نص هذه المادة مصطلح " لا جريمة" وهو تعبير يزيل عن الفعل كل صفة إجرامية ويجعله مطابقا 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[3]،والتمسك بتوافر حالة الدفاع

[1]- عبد الله أوهايبية، المرجع السابق، ص 223.

[2]- المادة 39 ف 2 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

[3]- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، ط4، دار هومة لطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص 150.

الشرعي يعود للمتهم، ويتمسك به في أي مرحلة كانت عليها القضية أمام قضاء الموضوع ولا يجوز له النفي على الحكم الصادر هذه ما لم يكن قد تمسك بحالة الدفاع الشرعي ، رغم أن تقدير مدى توافر شروط الدفاع الشرعي من إختصاص محكمة الموضوع، وعليه فإنه إذا كانت الدعوى العمومية مازالت لم تحرك بعد أو كانت في طور التحقيق فإن الجهة المختصة وهي النيابة العامة وقضاء التحقيق تصدر أمرا بحفظ الأوراق أو أمرا بألا وجه للمتابعة الجنائية، أما إذا كانت القضية مطروحة على جهة للحكم فإن هذه الجهة تصدر حكما بالبراءة بتوافر الظرف المبيح[1]، فإستعمال المشرع الجزائري لمصطلح " لا جريمة" في بداية المادة 39 من قانون العقوبات الجزائري يجرد الفعل من صفته الإجرامية بالتالي يهدم الركن الشرعي للجريمة ولا يصبح أمام كل من وكيل الجمهورية وكذا قاضي التحقيق إذا ما توصل إلى توافر حالة الدفاع الشرعي بأن يأمر بالحفظ بالنسبة للأول ويأمر بألا وجه للمتابعة بالنسبة للثاني، ولا يجوز لهما أن يقوما بتقديم المتهم إلى المحاكمة ليقضى ببراءته بمعرفة القضاء وذلك لخطورة موقف المحاكمة في ذاته وما يتم به من علانية وما يتكلفه المتهم من مال ووقت وجهد ومن مماس بسمعته بين أهله ومواطنين[2]، فما الغاية من رفعها أو إحالتها إلى الجهة القضائية المختصة في حين أن القضية مفصول في أمرها ومعالمها واضحة.

لكن قد يحال المتهم أمام المحكمة ويدفع بكونه كان في حالة دفاع مشروع والقاضي في هذه الحالة إن تبين له فعلا توفر شروط الدفاع الشرعي المنصوص عليه في كل من المادتين 39 ف 2 و 40 من قانون العقوبات الجزائري ما عليه إلا أن يحكم ببراءة المتهم.

ويجدر الإشارة هنا أن على القاضي الجزائي أن يبرئ المتهم تمام لا أن يعفيه من العقاب، ذلك أن إعفائه من العقوبة يتنافى مع الطبيعة القانونية للدفاع الشرعي التي سبق وثبت قيامها في حقه من خلال تكييف سلوكه وإلا كان القاضي أمام خطأ في تطبيق القانون .

[1]- عبد الله أوهايبية، المرجع السابق، ص 224.

[2]- كمال بلارو، أحكام الدفاع الشرعي في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، عدد49، سنة 2018، ص 14.

وبالعودة إلى جزئية المساهمة في الدفاع الشرعي، وبإعتبار هذا الأخير يمحو الجريمة بالنسبة للفاعل الأصلي، فالآثار بالنسبة للشريك إذا ما تم فعل الدفاع بمساهمة الأشخاص الآخرين غير المدافع، والشريك هو كل من يقدم للمدافع المساعدة بأي وسيلة كانت دون أن يتولى بنفسه فعل الدفاع أي إستخدام القوة، وبما أن الإباحة عينية متصلة بذات الفعل الذي وقع لا بشخص فاعله، فهي تزيل الصفة الإجرامية بالنسبة للفاعل الأصلي والشريك الذي يصبح سلوكه متصلا بفعل أصلي غير معاقب[1].

وانطلاقا من هذه النتيجة فلا يمكن تصور مساهمة جنائية لفعل مباح قانونا لأن مصير الشريك هو نفس مصير الفاعل الأصلي، فالشريك له الحق في الدفاع الشرعي متى توافرت فيه الشروط وأهمها حسن النية لأنه بذلك يساهم مع المدافع لتحقيق نفس الغاية وهي حماية الحق أو المصلحة المهددة بالخطر.

إن الأصل في الدفاع الشرعي أن الفعل الذي يأتي به المعتدى عليه يكون بصدد الدفاع عن النفس أو المال أو نفس الغير أو ماله ضد المعتدي فلا يثار أي إشكال في هذه الحالة متى توفرت شروط قيام الدفاع الشرعي، لكن قد يطرح سؤال في حالة تعدي ذلك الدفاع إلى غير المعتدي خاصة أن فكرة الدفاع الشرعي تقوم على درأ الخطر الآتي من المعتدي، فما مصير الدفاع الشرعي إن وقع على الغير؟ وللإجابة على هذا الطرح يمكن التفرقة ما بين حالتين هما كالآتي:

* أن يصيب حق الغير دون عمد كما لو أخطأ المعتدى عليه وأطلق النار على شخص ظن أنه المعتدي، أو أطلق النار على المعتدي فأصاب شخصا آخر، وعليه فالحكم واحد وهو إباحة الفعل طالما لم يصدر من المعتدى عليه خطأ غير عمدي، فإذا أثبت أن المعتدى عليه بذل كل العناية المطلوبة واللازمة لإصابة المعتدي وحده ولكن حدث إصابة الغير لأسباب خارجة عن سيطرة إرادته فيعتبر الفعل مباح ويدخل بذلك في إطار

[1]- رؤوف عبيد، ضوابط تبين الأحكام الجنائية، ط3، دار الفكر العربي، د. م، 1986، ص 481.

الحيزي للدفاع الشرعي، أما إذا ثبت صدور خطأ غير عمدي فالمعتدى عليه مسؤول عن جريمة غير عمدية، كأن يخطأ في التصويب أو يصيب شخصا غير معتدي كان يعتقد أنه هو مصدر الإعتداء.

*وهي إصابة حق الغير عن قصد، وفي هذه الحالة يجد المدافع نفسه مضطرا إلى المساس بحق الغير كي يستطيع إتيان فعل الدفاع، ومثال ذلك أن يستولي على طلقات نارية مملوكة للغير كي يعبئ بها سلاحه أو أن يتلف شجرة الغير أي يحصل على عصا يستعملها في الدفاع، والحكم في هذه الحالة أن المعتدى عليه لا يستطيع الإحتجاج بالدفاع الشرعي في مواجهة الغير، وعلة ذلك أن المدافع لم يوجه فعل الدفاع إلى مصدر الخطر وإنما وجه الدفاع إلى شخص لا شأن له بالخطر، ويمكن في هذه الحالة أن يحتج المدافع بحالة الضرورة، لأنه قد التجأ تحت هذه الظروف إلى إتيان هذا الفعل شرط أن يتوفر أهم شروطها وهو أن يكون الخطر جسيما ومهددا للنفس[1].

الفرع الثاني: آثار الدفاع الشرعي من الناحية المدنية:

نص المشرع الجزائري في المادة 128 من القانون المدني الجزائري على:

" 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 يجاوز في دفاعه القدر الضروري وعند الاقتضاء يلزم بتعويض يحدده القاضي"[2].

ففقهاء القانون اتفقوا على إنعدام المسؤولية المدنية حتى في حالة توفر جميع عناصر الدفاع الشرعي حيث لا يمكن مساءلة شخص مدني عن إرتكابه من أفعال عند دفاعه عن نفسه أو نفس الغير أو ماله أو مال الغير[3] مالم يتجاوز حدود دفاعه ولكن قد يحدث أن يكون التجاوز نتيجة إنفعال شديد تؤدي إلى عدم

[1]- الوالي بن عومر، المرجع السابق، ص 139، 140.

[2]- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26-09-1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 07-05 مؤرخ في 13 ماي 2007، ج. ر عدد 31.

[3]- هاجر راجع ، أميرة بركة وآخرون...، المرجع السابق، ص 53.

الوعي في تقدير خطورة الأفعال أو السيطرة عليها فهنا ينقص الركن المعنوي وهو إنتفاء الخطأ أو القصد في التجاوز، أي أن هذه الحالة شبيهة بحالة الإكراه ولذا فلا يمكن متابعة صاحبه.

كما أنه لا يسأل مدنيا ولا يجوز للمجني عليه أن يقيم هذه دعوى مدنية للمطالبة بالتعويض بأي عنوان كان[1] فكما نصت المادة 127 من القانون المدني الجزائري:

" إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، مالم يوجد نص قانوني، أو اتفاقي خالف ذلك"[2].

المطلب الثاني: حكم تجاوز الفعل المرتكب لشروط الدفاع الشرعي:

يجدر الإشارة أنه في هذا المطلب لسنا بصدد الحديث عن شروط توفر حالة الدفاع الشرعي بل سنخصصه للإجابة على الطرح التالي: مدى تناسب الفعل المرتكب بنية الدفاع مع جسامة الإعتداء وذلك بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين (الفرع الأول) المعنون "بالمقصود بالتجاوز وعناصر تجاوز الدفاع الشرعي"، و(الفرع الثاني) تحت عنوان" تنظيم المشرع الجزائري لتجاوز الدفاع الشرعي".

الفرع الأول: المقصود بالتجاوز وعناصر تجاوز الدفاع الشرعي:

أولا: المقصود بالتجاوز:

تجاوز حدود الدفاع الشرعي هو إنتفاء التناسب بين جسامة فعل الدفاع والخطر الذي هدد المعتدي عليه، وذلك على الرغم من توافر سائر شروط الدفاع، وبعبارة أخرى يقصد بالتجاوز إستعمال قدر من القوة يزيد على ما كان كافيا لدرء الخطر، وبالتالي ليس المقصود إنتفاء أي شرط من شروط الدفاع الشرعي، إنما المقصود هو إنتفاء شرط معين منها هو شرط التناسب، أما إذا انتفى شرط سواه فليس للدفاع الشرعي وجود

[1]- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، ط8، ص 138.

[2]- المادة 127 من القانون المدني الجزائي.

ولا محل بعدئذ للبحث في تجاوز حدوده، لأن التجاوز يفترض أصلا ثبوت حق الدفاع الشرعي بشروطه السابقة وقيوده وإنتفاء شرط التناسب[1].

ويقصد بالتجاوز أن تكون أفعال العنف والقوة الصادرة من المعتدى عليه لرد العدوان قد تعدت مقدار خطر الإعتداء الموجه إليه من المعتدي، بصورة يقدرها الإنسان العادي لو أحاطت به نفس الظروف والملابسات.

ثانيا: عناصر تجاوز الدفاع الشرعي:

يقوم التجاوز قانونا على عنصرين هما العنصر المادي والعنصر النفسي.

1/ العنصر المادي للتجاوز: يتمثل في الإضرار بمصلحة للمعتدي بقدر يفوق الخطر الذي يتهدد المعتدي عليه بفعل الإعتداء ولذلك فالتجاوز هو خروج عن الحدود المقررة قانونا لجسامة الدفاع، ومن أجل ذلك كان غير مشروع من الناحية الموضوعية.

2/ العنصر النفسي للتجاوز: ويتمثل في حسن النية والذي عبر عنه المشرع بالنية السليمة، ويتحقق ذلك إن كان الخروج عن حدود التناسب عن غير قصد من الجاني بأن كان يعتقد أن السلوك الذي حققه متناسب مع جسامة الخطر على خلاف الحقيقة، أما إذا كان الجاني يعلم بأن دفاعه يجاوز قدر التناسب المطلوب قانونا ورغم ذلك فإنه أراد تحقيقه فإننا لا نكون بصدد التجاوز في إستعمال حق الدفاع الشرعي و إنما بصدد جريمة عمدية غير مقترنة بعذر التجاوز وحسن النية بالتحديد السابق يختلف عن حسن النية الناشئ عن الجهل بأحكام القانون المتعلقة بسبب الإباحة، فالذي يقتل من دخل إلى بيت مسكون ليلا دون مسوغ مستفاد من درجة الإعتداء معتقدا أن القانون يبيح القتل في هذه الحالة دون إشتراط التناسب لا يستفيد من عذر التجاوز.

[1] – عباس مختار، سلطة القاضي الجزائي في تقدير الدفاع الشرعي، مذكرة ماستر تخصص علم الإجرام، قسم الحقوق، جامعة الدكتور مولاي طاهر، سعيدة، 2016-2017، ص 78.

فحسن النية المطلوب في التجاوز هو الذي يقصد فيه الجاني إحداث ضرر متناسب مع الخطر إلا انه يحقق ضرر أشد إعتقادا منه أنه في حدود التناسب.

وبطبيعة الحال يتعين أن يكون لهذا الإعتقاد مسوغ من الظروف المحيطة بإرتكاب الفعل، فإذا لم يكن له مسوغ وإنما كان نتيجة وهم أصاب الجاني في تقدير جسامة الخطر فإننا نكون أيضا في إطار التجاوز وإن كان الجاني لا يستفيد من العذر استفادة كاملة [1].

الفرع الثاني: تنظيم المشرع الجزائري لتجاوز الدفاع الشرعي:

رغم أهمية هذه النقطة إلا أن المشرع الجزائري وعلى خلاف نظيره المشرع المصري لم ينظم صراحة تجاوز الدفاع الشرعي،(حيث جاء نص المادة 251 من الباب الأول المعنون بالقتل والجرح والضرب من الكتاب الثالث تحت عنوان الجنايات والجنح التي تشمل لأحاد الناس من قانون العقوبات المصري :

" لا يعفى من العقاب بالكلية من تعدى بنية سليمة حدود حق الدفاع الشرعي أثناء إستعماله إياه دون أن يكون قاصدا إحداث ضرر أشد مما إستلزمه هذا الدفاع، ومع ذلك يجوز للقاضي إذا كان الفعل جناية أن يعده معذورا إذا رأى لذلك محلا وأن يحكم عليه بالحبس بدلا من العقوبة المقررة في القانون")[2].

وما يستفاد من هذه المادة أن المشرع المصري يعتبر التجاوز في إستعمال حق الدفاع فعلا غير مشروع، بل يعتبره جريمة عمدية وقرر بصددها عذرا قانونيا لتخفيف العقوبة إذا كان الفعل جناية، أما إذا كان الفعل جنحة فقد ترك الأمر للقاضي في حدود السلطة التقديرية[3].

فنلاحظ من خلال القراءة الأولية لنص المادة 251 أن المشرع المصري قد حدد أحكام حالة التجاوز بشكل واضح وبدقة وحبذا لو أن المشرع الجزائري اقتدى به في تحديد أحكام حالة التجاوز.

[1]- عباس مختار، المرجع نفسه، ص80,79 .

[2]- قانون رقم 58 لسنة 1937، المتضمن قانون العقوبات المصري المعدل بموجب القانون 189، لسنة 2020.

[3]- الوالي بن عومر ، المرجع السابق، ص 134.

إن تجاوز حالة الدفاع الشرعي لا يخرج عن ثلاثة فروض إما أن يكون التجاوز عن عمد أو يكون عن خطأ وسوء تقدير أو يأتي خارج القدرة وطاقة المدافع[1]، لكن في ظل سكوت المشرع الجزائري عن هذه الحالة وعدم النص عليها صراحة يعتمد للفصل فيها لأحكام المواد 277، 278، 283، من قانون العقوبات الجزائري[2]، (وذلك بالرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في المادة 52 من قانون العقوبات الجزائري والتي نظم المشرع الجزائري فيها الأعذار القانونية والتي نصت على ما يلي:

" 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...").

بالتالي يطبق على متجاوز حدود الدفاع الشرعي ما جاءت به المواد المذكورة أعلاه من أعذار قانونية مخففة للعقوبة وهي كالآتي:

*تنص المادة 277 من القانون العقوبات الجزائري على أن:

"يستفيد مرتكبي الجريمة القتل والجرح والضرب من الأعذار إذا دفعه إلى إرتكابها وقوع ضرب شديد من أحد الأشخاص" ، ويتضح من هذا النص أن مرتكب جرائم القتل والجرح والضرب يستفيد من العذر المخفف إذا دفعه إلى إرتكابها أحد الأشخاص وهو ليس بطبيعة الحال المجني عليه في جرائم القتل والجرح.

فالنص واضح في أن الضرب الشديد لو كان وقع من المجني عليه في الجرائم التي يحددها النص لكنا أمام دفاع شرعي عن النفس يبرر أفعال القتل والجرح والضرب، ولأصبحت هذه الأفعال مباحة لا تقوم بها جريمة ولا مسؤولية لمرتكبيها ولما خضع مرتكبها عذر قانوني[3].

[1]- عبد الله بن حمادي ، الدفاع الشرعي عن النفس، مذكرة ماستر تخصص علم الإجرام والعلوم الجنائية، قسم الحقوق، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، 2018-2019، ص 55.

[2]- المواد 277-278-283 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

[3]- عمر داسي ، المرجع السابق، ص50,49.

ولا ريب أننا أمام حالة من حالات تجاوز الدفاع الشرعي، فإذا كان المدافع لم يوجه دفاعه إلى مصدر الخطر بل تعداه ليصب شخصا آخر كان يصاحب المعتدي فضربه فقتله أو جرحه بعد أن وقع عليه ضرب شديد من أحد الأشخاص، وبالتالي نحن هنا أمام حالة لا تتوفر فيها شروط الدفاع الشرعي لهذا فالشخص الذي يدعي الدفاع لا يمكنه الإحتجاج بقيام حالة الدفاع الشرعي.

وإما أن فعله لم يوجه تماما إلى مصدر الخطر بل وقع على شخص آخر لم يقم بالإعتداء عليه وكان ذلك بسبب رغبة من وقع عليه الضرب الشديد في الإنتقام من الشخص الذي إعتدى عليه، وهنا نجد أن من وقع عليه الضرب قد تجاوز بفعله جسامة الخطر الذي كان يهدده، وهنا يأتي دور نص المادة 277 التي تنظم حالات تجاوز حدود الدفاع الشرعي المنصوص عليها في المادة 39 الفقرة2 من قانون العقوبات الجزائري[1].

* وكذا تنص المادة 278 من قانون العقوبات الجزائري:

" يستنيد مرتكب جرائم القتل والجرح والضرب من الأعذار إذا ارتكبها لدفع تسلق أو ثقب أسوار أو حيطان أو تحطيم مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو ملحقاتها إذا حدث أثناء النهار"[2]

وإذا حدث ذلك أثناء الليل فنطبق أحكام المادة40، وإذا رجعنا إلى نص المادة 40 الفقرة2 لوجدنا أن هذه الأفعال هي تقريبا الأفعال التي تبرر قيام حالات الدفاع الشرعي الممتاز والتي تبرر القتل والجرح والضرب إذا ارتكبت لمنع هذه الأفعال إذا وقع الإعتداء نهارا فإن الفعل الذي ترتب عليه القتل الجرح يكون ضمن الأفعال التي يرتب لها القانون عذرا مخففا.

فالعذر الذي تناولته المادة 278 هو عذر لمن تجاوز حدود الدفاع الشرعي الممتاز المنصوص عليه بالمادة 40 الفقرة 1 وتجاوز حدود الدفاع الشرعي الممتاز ينحصر في هذه الحال في عدم توافر شرط الليل.

[1]- الوالي بن عومر ، المرجع السابق، ص 135.

[2]- أمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، ج.ر عدد49 المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 20-06، ج. ر عدد 25.

ويمكن القول أن المشرع الجزائري قد نظم بعض أحكام تجاوز الدفاع الشرعي المنصوص عليه في المادتين 39 ف 2 و40 من قانون العقوبات الجزائري وذلك بإعتبارها ظروف مخففة للعقاب على من تجاوز حدود الدفاع الشرعي، أما العقوبات المخففة نتيجة أعذار قانونية[1]، فقد تناولها المشرع الجزائري في نص المادة 283 من قانون العقوبات الجزائري والتي نصت على:

" إذا ثبت قيام العذر فتخفض العقوبة على الوجه الآتي:

- الحبس من سنة إلى خمس سنوات إذا تعلق الأمر بجناية عقوبتها الإعدام أو الحبس المؤبد.

- الحبس من ستة أشهر إلى سنتين إذا تعلق الأمر بأية جناية أخرى.

- الحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر إذا تعلق الأمر بجنحة في الحالات المنصوص عليها في الفقرتين 1و 2 من هذه المادة يجوز أن يحكم أيضا على الجاني بالمنع من الإقامة من خمس سنوات على الأقل إلى عشر سنوات على الأكثر "[2].

[1]- الوالي بن عومر ، المرجع السابق، ص 134، 135.

[2]- أمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، ج. ر عدد 49 المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 20-06، ج. ر عدد 25.

خلاصة الفصل :

إن المشرع الجزائري قد إعتبر الدفاع الشرعي من الأفعال المبررة (سبب من أسباب الإباحة) إلا أنه لم يأت بتعريف صريح له ،بل ترك أمر تحديد التعريف للفقهاء، واكتفى بتحديد حالاته وشروطه في المادتين 39 ف 2 و 40 من قانون العقوبات الجزائري، فيعتبر الدفاع الشرعي هو حق قانوني لدرء الخطر ورد الإعتداء الواقع على النفس أو المال أو على نفس الغير أو ماله ،ويتم ذلك بتوافر الشروط اللازمة وهي شروط خاصة بفعل الخطر وشروط خاصة بفعل الدفاع أي شرطي(اللزوم والتناسب)، وتسمى هذه الشروط بالحالات العادية للدفاع الشرعي والمنصوص عليها في المادة 39 ف 2 من قانون العقوبات الجزائري بالإضافة إلى حالات أخرى تسمى بالحالات الممتازة والمنصوص عليها في المادة 40 من قانون العقوبات الجزائري وهي حالات تعطي للدفاع الشرعي وضع مغاير كما جاءت به المادة 39 ف 2، وعدم إشتراط توفر اللزوم والتناسب في الحالات الممتازة خلافا عن الحالات العادية الواجب توفرهما وبعد توفر هذه الشروط اللازمة لحالة الدفاع الشرعي يصبح الفعل المجرم مباحا إسنادا لمصطلح "لا جريمة" المنصوص عليه في المادة 39، ومنه تنتفي المسؤولية الجزائية والمدنية عن المدافع، أما في حالة أن هذا الأخير لم يراعي شروط الدفاع الشرعي ويتخطى الحدود يصبح في حالة التجاوز، ويكون إما عمدا، أو عن خطأ، أو عن سوء تقدير والمشرع الجزائري لم ينظم التجاوز بنصوص خاصة ، ولكن بالرجوع إلى القواعد العامة إلى المادة 52 من قانون العقوبات الجزائري يمكن الفصل في التجاوز بإعتماد أحكام المواد 277 و 278 و 283 من قانون العقوبات الجزائري والتي يتضمن أعذار قانونية مخففة.

الفصل الثاني:

تكوين قناعة القاضي الجزائي في حالة الدفاع الشرعي

منح القانون للقاضي في المواد الجزائية سلطة مميزة يصطلح عليها بالسلطة التقديرية التي تسمح له بتكوين قناعته حول ما يعرض أمامه من تفاصيل في الجلسة في ظل ما يسمى بمبدأ الإقتناع الشخصي له والوصول به لحكم الإدانة أو البراءة (انطلاقا من نظام الإثبات الحر حيث يكون للقاضي الجزائي نوع من الحرية في الأخذ و تقدير الأدلة و هذا على عكس سير الأمور في المسائل المدنية أين يصبح القاضي فيها مقيد و مجبر بالحيادية و يكون دوره سلبي في سير مجرى القضية) ، يجدر التنويه أن هذه السلطة لم ينص عليها المشرع في نصوصه بشكل صريح وواضح بل تفهم من خلال بعض الثغرات –إن صح القول- التي تتضمنها تلك النصوص أو بعبارة اخرى إغفال المشرع عن النص لبعض التفاصيل أو إحتوائه نوع من الغموض ...إلخ

ولهذه السلطة مجموعة من المبادئ و التي يجب على القاضي الجزائي مراعاتها و عدم تجاوز أحكامها أثناء إستعماله لسلطته ،وهي : مبدأ قرينة البراءة ، مبدأ تفسير الشك لصالح المتهم و أهمهم –من وجهة نظرنا – مبدأ الشرعية الذي يجعل من القاضي الجزائي (الجنائي) قاضي أسير لا امير و في ظل النتائج المتخلفة عنه التي تحد من تلك السلطة ، فالقاضي الجزائي أثناء إستعانته بضميره للوصول الى الحقيقة (في ظل صعوبة الإثبات) لا يصبح بذلك مشرع و خالق لقاعدة القانونية (نظرا لمبدأ الفصل بين السلطات) بل دوره يكمن في تفسير النصوص تفسيرا ضيقا الأمر الذي يجعله يتقيد بنية و إرادة المشرع و لا يخلق جرائم جديدة ولا عقوبات لم ينص عليها المشرع ولا أن يحكم بعقوبات مقررة لجرائم معينة على جرائم اخرى..إلخ .

بالعودة إلى جزئية الدفاع الشرعي – محل دراستنا- و بإسقاطها على السلطة التقديرية ، يدفعنا لتحليل هذا الموضوع للإجابة على هذا التساؤل : أين تكمن تلك السلطة مابين الشروط و الحالات التي تضمنتها فحوى المادتين 39 ف2 و40 من ق.ع ؟

ومن هذا المنطلق قسمنا الفصل الثاني إلى مبحثين : المبحث الأول "تنظيم السلطة التقديرية للقاضي الجزائي " أما المبحث الثاني فخصصناه " لمدى توفر السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في الدفاع الشرعي " .

المبحث الأول : تنظيم السلطة التقديرية للقاضي الجزائي :

يلعب القاضي الجزائي دور إيجابي في إثبات العناصر المكونة لاي جريمة معروضة أمامه ، و هذا كنوع من الإمتياز –إن صح التعبير– ذلك أنها ميزة ينفرد بها على غرار باقي الأقضية (المدني ، الإداري ..) ، فله مجموعة من الصلاحيات سواء على مستوى مرحلة التحقيق الإبتدائي أو مرحلة التحقيق النهائي (المحاكمة) التي تمكنه من تمحيص و دراسة الأدلة التي تعرض أثناء الجلسة ، حيث له كامل الحرية للتصرف فيها بما يخدم فكرة الوصول الى الحقيقة (سواء إدانة أو براءة) في إطار ما يسمى بالسلطة التقديرية و ذلك ببذل مجهود فكري من خلال ما يجري أثناء المحاكمة من إستجواب و عرض أدلة ..إلخ ، ليكون بذلك إقتناعه الشخصي الذي يبني على أساسه الحكم الصادر في حق المتهم ، وهذا وفق ما سطره القانون .

و على إثر ما ذكر أعلاه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول" للضوابط التي تحكم السلطة التقديرية للقاضي الجزائي" ، أما المطلب الثاني خصصناه " لتطبيق الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي"

المطلب الأول : الضوابط التي تحكم السلطة التقديرية للقاضي الجزائي

بالرغم من السلطة التقديرية الواسعة الممنوحة للقاضي الجزائي بموجب القانون ، إلا أنها ليست سلطة مطلقة بحيث أحاطها المشرع بمجوعة من الضوابط و القيود التي تحكمها ، و التي تمنع تجاوز أو تعسف القاضي الجزائي أثناء تكوينه لإقتناعه الشخصي و ممارسته لسلطته ، و منه فقد قسمنا هذا المطلب إلى ثلاث فروع ،(الفرع الأول) بعنوان بناء إقتناع القاضي الجزائي على أساس أدلة مشروعة ، (الفرع الثاني) بناء إقتناع القاضي الجزائي على أساس أدلة من ملف الدعوى و تم مناقشتها أثناء الجلسة ، (الفرع الثالث) بعنوان بناء إقتناع القاضي الجزائي على أساس اليقين و الجزم .

الفرع الأول : بناء إقتناع القاضي الجزائي على أساس أدلة مشروعة

شرعية الدليل أو صحته من الضوابط الأساسية التي تحكم تحصيل الدليل و الإستعانة به ، ذلك أن صحة الدليل من صحة الإجراءات و ما بني على باطل فهو باطل .

قبل أن يخضع القاضي الجزائي الدليل لتقديره يتحقق إن كان مشروعا و مبني على إجراءات سليمة ، عملا بمبدأ الشرعية الإجرائية التي تعني ضرورة أن يتم البحث عن الدليل و الحصول عليه وفقا لما حدده القانون من إجراءات و كل دليل يتم الحصول عليه بطريقة أو وسيلة مخالفة للقانون لا يعتد بقيمته في الإثبات مهما كان دال على الحقيقة لعدم مشروعيته ، ذلك أن هذا المبدأ يقتضي إتفاق الإجراء مع القاعدة القانونية و مبادئها العامة على نحو يضمن إحترام الحقوق و الحريات الفردية .[1]

لذلك يجب أن يكون الدليل صحيحا لا يشوبه بطلان يتقرر بمخالفة إجراءات القانون ، لأن مشروعية الأدلة تعتبر حدا لا يمكن للقاضي الجزائي أن يتجاوزه نظرا لما تقوم عليه الخصومة الجنائية لمبدأ حرية المتهم و تعزيز قرينة براءته.[2] فمن متطلبات المحاكمة العادلة أنه يجب أن يعتمد على الأدلة التي حصلت بشكل نزيه و شرعي فلا يجوز تأسيس حكما قانونيا على أدلة محصل عليها بطرق غير قانونية .[3]لقد أقر المشرع الجزائري أيضا على ضرورة إحترام مشروعية الدليل ، فشرعية الإثبات تستلزم بالضرورة عدم قبول أي دليل تم الحصول عليه بطريقة غير

[1]– مختار سدود، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائي الجزائري في تقرير الأدلة، مجلة قانون النقل والنشاطات المينائية ، عدد 01، سنة 2018، ص 59 ، 60.

[2]–كريمة دبون، لامية شلاغة، سلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة، مذكرة ماستر تخصص القانون الخاص والقانوني الجنائي، قسم الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012 – 2013، ص25.

[3]–جمال نجيمي، إثبات الجريمة على ضوء الإجتهاد القضائي، – دراسة مقارنة–، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص81.

مشروعة ثم لا يجوز للقاضي الجزائي أن يستمد قناعته من دليل جاء نتيجة إجراءات باطلة ، [1] مثال : الحصول على إعتراف بالإكراه أو التعذيب ، و أيضا كمثال أخر ماجاءت به المادة 217 من ق.إ.ج.ج "لا يستنبط الدليل الكتابي من المراسلة المتبادلة بين المتهم و محاميه " ،[2] و كذا عدم مشروعية التنصت على الإتصالات الهاتفية دون إذن قضائي حتى لو تضمن هذا الإتصال على دليل لإدانة المتهم .

لابد ان ننوه بأن شرط مشروعية الدليل لازم فقط في حالة الإدانة و هذا انطلاقا من قاعدة الأصل في الإنسان البراءة ، فلابد أن يعامل على أساس أنه بريء إلى غاية صدور حكم في حقه ، و هذا يقتضي بالضرورة أن يأسس حكم الإدانة على أدلة غير مشروعة . [3]بالإضافة الى العمل بمبدأ "الشك يفسر لصالح المتهم (المادة 1 من ق.ج.إ.ج فقرة 5) " [4]

فلا يمكن التحجج بالكشف عن الحقيقة للحصول على دليل و تقديمه للقضاء بغير الطرق التي رسمها القانون ، فلابد من تحقيق توازن عادل و دقيق بين حق الدولة في العقاب و حق المتهم في توفير الضمانات الكافية لإحترام كرامته الإنسانية (مثال : عدم إستعمال التعذيب أثناء الإستجواب) و عدم إنتهاك حقوقه الأساسية ، [5]و القاضي ليس حر في تكوين قناعته من إعتراف تم الحصول عليه عن طريق الإكراه أو بناء على تفتيش باطل (تفتيش في غير الميعاد القانوني المحدد في ق.إ.ج.ج ، أو تفتيش بدون إذن مسبق) ، أو عن طريق إستراق السمع أو تسجيل المحادثات التلفونية دون مسوغ قانوني مشروع .

فمتى تم الحصول على الدليل خارج نطاق الشرعية فإن هذه الإجراءات يطولها البطلان بالتالي يستوجب إستبعاد ما ينتج عليه من أدلة و ما يترتب عليه من آثار. [6]

[1]- كريمة دبون، لامية شلاغة، المرجع السابق، ص25.

[2]_ نص المادة 217 من ق. أ. ج. ج المعدل والمتمم بموجب الأمر 20-04.

[3]_ كريمة دبون، لامية شلاغة، المرجع السابق، ص25.

[4]- تنص المادة 1من ق. أ. ج. ج "... أن يفسر الشك في كل الأحوال لصالح المتهم".

[5]_ جمال تومي، حدود السلطة التقديرية للقاضي الجزائي، أطروحة دكتوراه تخصص القانون، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزو وزو، 2021، ص102.

[6]_ المرجع نفسه، ص 106.

الفرع الثاني : بناء إقتناع القاضي الجزائي على أساس أدلة من ملف الدعوى و تم مناقشتها أثناء الجلسة

من الضوابط التي ينبغي على القاضي الجزائي مراعاتها حال مباشرته سلطته التقديرية أن تكون الأدلة التي يعتمد عليها في تكوين قناعته أصلا في الأوراق التي قدمت أثناء المحاكمة ، و لقد ورد النص صراحة على هذا الضابط في المادة 212 من ق.إ.ج.ج التي نصت " ... أنه لا يصوغ للقاضي بناء حكمه إلا على الأدلة المقدمة في معرض المرافعات ..." [1]

وبالتالي فعلى القاضي الجزائي أن لا يبني حكمه إلا على الأدلة الثابتة أصلها في أوراق الدعوى و ليس له أن يقيم قضائه على أمور لا سند لها من التحقيقات السابقة للمحاكمة ، في الدليل الذي لا يتوفر فيه هذا الشرط يعد منعدم قانونا إستنادا الى قاعدة وجوب تدوين كافة إجراءات الإستدلال و التحقيق .[2]

نرى أن هذا الضابط يحافظ على حق المتهم في الدفاع ، و بناء على ما تقدم فإن الحكم يكون باطل إذا كان مؤسس على غير ما تضمنه ملف الدعوى كأدلة وهمية لا سند لها في أوراق ملف الدعوى المعروضة للنقاش أو خطأ في الإسناد كأن يستند القاضي الجزائي في حكمه الى أقوال شاهد لم يقلها أو إعتراف متهم لم يصدر منه أو بيان في معاينة لم يحررها الذي تولى المعاينة أو عبارة لم ترد في تقرير الطب الشرعي .[3] فنرى أنه ليس في هذا تعارض مع حرية القاضي الجزائي في تقدير الدليل أو في الأخذ بدليل ما ، فالقاضي الجزائي غير مكلف بخلق دليل الذي يؤدي الى الحكم على المتهم بالإدانة أو البراءة و إنما مطالب بتقديره فقط متى وجد له مرجع في أوراق القضية المطروحة أمامه [4] (ذلك أن دور القاضي الجزائي يكمن في تمحيص و دراسة الأدلة المعروضة عليه للوصول للوصول أو الكشف عن الحقيقة)، الأمر الذي أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها نذكر منها القرار الصادر بتاريخ 11-05-2005 تحت رقم الملف 278575 إذ جاء فيه " إن قضاة الموضوع غير مكلفين بخلق الدليل الذي يؤدي الى إدانة المتهم و لهم فقط حق تقدير كفايته إن وجد و تفحص القرائن المتوفرة و تقدير مدى تطابقها مع الوثائق القضائية ".

كما أنه لا يمكن للقاضي الجزائي أن يحكم إلا بما إستخلصه من التحقيقات التي يجريها أثناء المرافعات و التي تحصل في مواجهة الخصوم شفاهة ، ولا يجوز له أن يبني حكمه على معلوماته الشخصية وفقا لإقتناعه الشخصي

[1] _ مختار سدود، المرجع السابق، ص63.
[2] _ المرجع نفسه، ص 63.
[3] _ المرجع نفسه، ص 64.
[4] _ المرجع نفسه، ص 64.

و التي تم الحصول عليها خارج نطاق القضاء و سلطته ، فالمشرع يمنع و يقيد القاضي الجزائي من إعتماده على ما سمعه و رآه بنفسه بإعتباره فرد من الأفراد و ذلك بقصد حماية الخصوم من كل تأثير على القاضي ناتج عن معلوماته الشخصية و الخارجة عن الدعوى المطروحة أمامه[1] . (المادة 212 من ق.إ.ج.ج)[2] .

بالإضافة الى ذلك فلا يجوز للقاضي الجزائي أن يبني حكمه بناءا على رأي الغير ، بل يجب أن يستمد من مصادر يستنبطها بنفسه من مراحل الدعوى ، و تطبيقا لهذا لا يجوز أن يعتمد على أدلة أو وقائع إستقاها من محاضر قضية أخرى لم تكن في الدعوى التي ينظر فيها انطلاقا من قاعدة عدم جواز القياس للقاضي الجزائي ، ولكن هذا لا يعنى حرمانه بصفة مطلقة من رأي الغير متى إقتنع به بإعتباره من الأدلة المقدمة إليه في الدعوى التي ينظر فيها مع وجوب تسبيب إقتناعه بهذا الرأي . [3]

الفرع الثالث : بناء إقتناع القاضي الجزائي على أساس اليقين و الجزم

يلتزم القاضي الجزائي بأن يبني قناعته على عملية عقلية و منطقية تقوم على المعرفة و الإستنباط ينتهي في ختامها الى نتيجة معينة فعليه يفهم من مبدأ الإقتناع الشخصي أنه ملزم بالعمل بالقواعد اللازمة لقبول أدلة الإثبات و هو حر في أن يعتقد أو لا يعتقد في قيمة الأدلة المطروحة فالقاضي هنا لا يملك التحكم في هذا الإعتقاد فاليقين المطلوب عند الإقتناع ليس هو اليقين القضائي الذي يصل إليه بناءا على العقل و المنطق .[4]

وانطلاقا من أن المتهم برئ حتى تثبت إدانته (قرينة البراءة و الشك يفسر لصالح المتهم) فلابد أن يكون هذا الحكم مبني على الجزم و اليقين فلا تبنى الأحكام على مجرد الظن فإن كانت الأدلة التي صاغها القاضي الجزائي في حكمه قد إنتهت الى ترجيحه وقوع الجريمة فإن الحكم يكون خاطئ (الشك دائما يفسر لصالح المتهم) فالواجب أن تبنى على أدلة جازمة و يقينية (لما في ذلك من مساس بحرية المتهم في حال ما كان بريئا و تمت إدانته) ، فتنصب المادة 364 من ق.إ.ج.ج " إذا رأت المحكمة أن الواقعة موضوع المتابعة لا تكون أي جريمة في قانون

[1]– كريمة دبون، لامية شلاغة، المرجع السابق، ص 26 ، 26.

[2]تنص المادة 212 من ق . إ. ج " ... ولا يسوغ للقاضي أن يبين قراره إلا على الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات والتي حصلت المناقشة فيها حضوريا أمامه "، حيث لو تعذر على القاضي الذي حضر المرافعة أن يصدر الحكم، استوجب إستبداله بقاضي آخر وتعاد المرافعات من جديد.

[3]– كريمة دبون، لامية شلاغة، المرجع السابق، ص 27.

[4]أحلام العوادي، السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في تقدير أدلة الإثبات، مذكرة ماستر تخصص قانون جنائي للأعمال، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2014 _ 2015 ، ص 38.

العقوبات أو أنها غير ثابتة أو غير مسندة إلى المتهم ، قضت ببرائته من المتابعة بغير عقوبة ولا مصاريف "[1] (لا يعني الجزم المطلق) .

على القاضي الإلتزام بأن تكون عقيدته على العزم و أن يبني قناعته على العقل و المنطق لا على الخيال ولا يخرج عن ما يقتضيه العقل.[2] (وأن لا يكون هناك تناقض و غموض بين تلك الأدلة) .

المطلب الثاني : تطبيق الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي

الإقتناع القضائي هو حالة ذهنية وجدانية و عملية منطقية تثيرها وقائع القضية الجنائية في نفس القاضي الجزائي ، فتنشط ذاكرته لتستدعي القواعد القانونية واجبة التطبيق على وقائع القضية و ذلك من خلال تمحيص الأدلة للوصول بها إلى الحقيقة في إطار ما يسمى بمبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي ، ولمعرفة تفاصيل تطبيق هذا المبدأ قسمنا هذا المطلب إلى ثلاثة فروع على النحو التالي :

خصصنا الأول " لأساسيات تطبيق الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي" ، أما الثاني "للإستثناءات الواردة على تطبيق الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي" ، و الثالث" للرقابة على الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي" .

الفرع الأول : أساسيات تطبيق الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي

تقدير قيمة أدلة الإثبات في الأدلة الجزائية – بخلاف الوضع في المادة المدنية – قد يتولاه المشرع الجزائري كإستثناء ، ولكن القاعدة العامة أن قيمة الأدلة تقدر بحسب ما تتركه من إقتناع في وجدان القاضي الجزائي إستنادا إلى مبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي ، دون أن يطلب منه شرح أو تبرير لماذا استند على دليل دون آخر سواء للنطق بالإدانة أو البراءة ، و ما يعرف بنظام الإثبات المعنوي خلافا لنظام الإثبات القانوني ، مع إشتراط تسبيب انطلاقا من الأدلة التي استند عليها لتكوين إقتناعه في مادة الجنح و المخالفات و أيضا في مادة الجنايات على إثر تعديل قانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون رقم07/17 المورخ في27-03-2017 ، ليس لتبرير إقتناعه و لكن لإبراز أن تلك الأدلة قدمت في معرض المرافعات وحصلت مناقشتها حضوريا أمامه ، وأن ما توصل إليه القاضي الجزائي كان مبني على تحليل منطقي لا يشوبه تناقض ولا فساد في الإستدلال.[3]

[1]- نص المادة 364 من قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

[2]- أحلام العوادي، المرجع السابق، ص 38.

[3]جمال نجيمي، المرجع السابق، ص 72.

وانطلاقا مما سبق و لتفصيل أكثر لابد من البحث في أساس هذا المبدأ الذي نجد الفقه قد إختلف بشأنه من خلال إعتمادهم على النصوص القانونية ، و على إعتبار أن التشريعات الجنائية إختلفت في تبني هذا النظام من تشريع لآخر .

وبحكم نشأة هذا المبدأ في فرنسا ،فكان من الطبيعي أن يطرح النقاش في هذا البلد ثم إنتقل ليشمل الفقه و القضاء في باقي الدول الذي تبنته ، حيث تبنت فرنسا هذا المبدأ و تم صياغته في نصوص لا يعتريها اي لبس ، و ذلك في قانون تحقيق الجنايات الصادر في 20سبتمبر سنة 1791، ثم بموجب المادة 342 من قانون التحقيق الجنايات الصادر سنة1808 ،كما إستقر القضاء الفرنسي على تأكيد هذا المبدأ ، و بعده نقل المشرع الفرنسي مبدأ الإقتناع الشخصي إلى المادة 353 من قانون الإجراءات الفرنسي .[1]

أما في مصر فقد إنقسمت آراء الفقهاء بشأن الأساس القانوني لمبدأ حرية القاضي الجزائي في الإقتناع إلى إتجاهين:

فأسس الأول هذا المبدأ على نص المادة 302 إ.ج.م[2] لإعتقاده لفكرة "وحدة الأساس القانوني " للمبدأ مما يؤدي إلى القول أن المبدأ يشمل جميع أنواع المحاكم الجزائية سواء كانت جنحية أو محاكم الجنايات كما يشمل جميع مراحل الدعوى و يستوي أن يكون مرحلة تحقيق إبتدائي (قضاة التحقيق) أو مرحلة تحقيق نهائي (قضاة المحكمة) ، أما الإتجاه الثاني و لإعتقاده بفكرة " تعدد الأساس القانوني "، فقد أسس جانب منه المبدأ على المادتين 291[3] و 302 إ.ج.م فإعتبر الأولى أساسا لحرية الإثبات ، و الثانية أساسا لحرية الإقتناع ، أما الجانب الآخر فقد أسس حرية القاضي الجزائي في الإقتناع بشقيها (قبول الأدلة و تقديره) على المادتين 300 [4]و 302 إ.ج.م و إعتبار الثانية أساس قانونيا لمبدأ حرية الإقتناع بما يوحي أن المادة 300 فتعتبر أساسا لحرية القاضي الجزائي في قبول الأدلة.[5]

---

[1] _ جمال التومي، المرجع السابق، ص 30 ،31.

[2] – نص المادة 302 من ق. إ. ج. م رقم 150 سنة 1950، المعدل بموجب قانون 189 المؤرخ في 5 – 09 – 2020 " يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته ومع ذلك لا يجوز له أن يبني حكمه على أي دليل لم يطرح أمامه في الجلسة، وكل قول يثبت أنه صدر من أحد المتهمين أو الشهود تحت وطأة الإكراه أو التهديد به يهدر ولا يعول عليه".

[3] _ نص المادة 291 من ق.أ.ج.م "للمحكمة ان تأمر، ولو من تلقاء نفسها أثناء النظر الدعوة ، بتقديم أي دليل تراه لازما لظهور الحقيقة.

[4] _ تنص المادة 300 من ق. إ. ج. م " لا تتقيد المحكمة بما هو مدونا في التحقيق الابتدائي، أو في محاضر الاستدلالات، إلا إذا وجد في القانون نص على خلاف ذلك".

[5] _ بدر الدين يونس، سلطة القاضي الجنائي – دراسة مقارنة – أطروحة دكتوراه تخصص قانون جنائي، قسم حقوق، قسنطينة، 2014، ص 65، 66 .

أما في القانون الجزائري لم يتم إبراز الإختلاف الفقهي ، فقد نص المشرع الجزائري بنص صريح وواضح تبنيه لمبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي و ذلك وفقا لنص المادة 307 من ق.إ.ج.ج التي نصت : " **يتلو الرئيس قبل مغادرة المحكمة قاعة الجلسة التعليمات الآتية التي تعلق فضلا عنه و ذلك بحروف كبيرة في أظهر مكان في غرفة المداولة**

إن القانون لا يطلب من القضاة أن يقدموا حسابا عن الوسائل التي بها قد وصلوا إلى تكوين إقتناعهم ولا يرسم لهم قواعد بها يتعين عليهم أن يخضعوا لها على الأخص تقدير تمام أو كفاية دليل ما ، و لكنه يأمرهم أن يسألوا أنفسهم في صمت و تدبر ، و أن يبحثوا بإخلاص ضمائرهم في أي تأثير قد أحدثته في إدراكهم الأدلة المسندة إلى المتهم و أوجه الدفاع عنها و لم يصغ لهم القانون سوى هذا السؤال الذي يتضمن كل نطاق واجباتهم ، هل لديكم إقتناع شخصي ".[1]

كما نصت عليه أيضا المادة 212ف1 من نفس القانون التي جاء فيها " يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات ماعدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك ، و للقاضي أن يصدر حكمه تبعا لإقتناعه الخاص..."[2]

و يظهر أيضا تبني هذا المبدأ في نص المادة 284 من ق.إ.ج.ج [3] في القسم الموجه للمحلفين من قبل رئيس محكمة الجنايات كما حرصت المحكمة العليا من جهتها على ضرورة إعمال مبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي أمام محكمة الجنايات و ذلك في ما أكدته العديد من قراراتها و من ذلك نذكر :

" من المقرر أنه لا يطلب من القضاة المشكلين لمحكمة الجنايات أن يقدموا حسابا عن الوسائل التي بها قد وصلوا إلى تكوين إقتناعهم و يرسم لهم بها قواعد يتعين عليهم أن يخضعوا بها على الأخص تقدير تمام أو كفاية دليل ما أو من ثمة فإن النفي على الحكم المطعون فيه يخرق القانون غير سديد مما يستوجب رفضه .

[1]- نص المادة 307 من ق .إ. ج. ج المعدل والمتمم.

[2]_ نص المادة 212 من ق. إ. ج. ج المعدل والمتمم.

[3]- نص المادة 284 من ق. إ. ج. ج المعدل والمتمم.

ولما كان من الثابت – من قضية الحال – ان الحكم الصادر من محكمة الجنايات بالبراءة بأغلبية الأصوات ، و أن الأسئلة قد طرحت بصفة قانونية ، و أن الأجوبة و المعطيات كانت حسب الإقتناع الشخصي للقاضي الذي لا يخضع لرقابة المحكمة العليا ، و متى كان ذاك يستوجب رفض الطعن ."[1]

أما من ناحية تطبيق مبدأ الإقتناع الشخصي فقد إستقر الفقه و القضاء على أنه يطبق على جميع أنواع الهيئات القضائية الجنائية مثل المحاكم الخاصة بالجنايات و الجنح و المخالفات و أيضا يطبق هذا المبدأ في كافة مراحل الدعوى الجنائية ليس فقط في مرحلة المحاكمة و هو كالآتي :

أولا– مرحلة التحقيق الإبتدائي : في هذه المرحلة ، تتم عملية جمع الأدلة المفيدة لكشف الحقيقة ، و تنتهي إما بإصدار قرار الإحالة أمام المحكمة المختصة أو بقرار لا يخضع للمتابعة ، لذلك عندما يدرس قاضي التحقيق وجود أدلة تشكل جريمة ضد المتهم ، يقوم بذلك دون الإعتماد على قواعد الأدلة الجنائية ، ثم يقرر كفاية الأدلة سواء صدر قرار بعدم وجود وجه للمتابعة كما يمليه عليه ضميره أو وفقا لقناعته الشخصية بمعنى أنه لا يوجد حكم في قانون الإجراءات الجزائية يفرض على قاضي التحقيق طريقة يقتنع بها ، فإقتناع قاضي التحقيق يسعى إلى ترجيح الظن .

ثانيا – مرحلة المحاكمة : المحاكمة هي المرحلة الثانية من الدعوى الجزائية و مجموعة من الإجراءات التي تهدف إلى فحص جميع أدلة القضية ، بما في ذلك ما كان ضد مصلحة المتهم و ما كان في مصلحته ، و يكون محله تحديد مصير الدعوى حيث يصبح الإهتمام الكبير من أجل التأكد قبل إصدار الحكم سواء بالإدانة أو بالبراءة ، حيث تبدأ عملية الإقتناع الذاتي للقاضي الجزائي من هنا و من هذه المرحلة من إستلام جميع أوراق القضية و الإحالات من قاضي التحقيق و تنتهي بدعم مجموعة من الأدلة المقيدة في كشف الحقيقة .

غير أن هذا المبدأ حتى و إن كان قد صدر أصلا ليطبق قبل صدور الحكم فإن هذا لا يعني أن نطاق تطبيقه يقتصر على هذه المرحلة بل أن المراحل التي تسبق المحاكمة تخضع أيضا لمبدأ الإقتناع القضائي كمبدأ عام يمتد إلى مرحلة جمع الأدلة و متابعتها لكن مهمة كل من قاضي التحقيق و قاضي الإحالة تقتصر فقط على تقييم كفاية أو عدم كفاية أدلة الإتهام ، و بالتالي تختلف عن وظيفة قضاة الحكم الذين عليهم تقييم الأدلة القائمة من حيث

[1]– ليلية بن نوناس، ليدية ولد سعيد، الإثبات في المواد الجنائية في ظل التشريع الجزائري، مذكرة ماستر تخصص قانون جنائي والعلوم الإجرامية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص 100.

كفايتها أو عدم كفايتها للحكم بالإدانة و عليه فإن وظيفة قاضي التحقيق هو السعي إلى ترجيح الظن بينما وظيفة قاضي الحكم فهو السعي إلى تأكيد اليقين.

و عليه تتجلى مظاهر مبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي من خلال :

1–حرية القاضي الجنائي في الأخذ بالأدلة : إستنادا إلى حرية المحكمة في تكوين قناعتها فلها كامل الحرية في تقدير قيمة كل دليل مطروح أمامها ، و لها أن تبني قناعتها من اي دليل تطمئن إليه (تحكم المحكمة في الدعوى بناء على إقتناعها الذي يتكون لديها من الأدلة المقدمة في اي دور من أدوار التحقيق و المحاكمة)، فلم يلزم المشرع المحكمة بالأخذ في اي دليل مسبقا فلها أن تعتمد على اي دليل أو قرينة سببا للحكم ، فقد تأخذ بالإقرار الذي يبديه المتهم أمامها ، إذا ما إقترن بدليل يؤيده ، كما لها أن تأخذ بالقرائن دون الشهادات ، اي أن المحكمة تأخذ بالدليل أو القرينة التي رأت ضرورة الأخذ بها ، و هذه الأدلة قد لا تكون صريحة وواضحة و دالة على الواقعة المراد إثباتها بل يكفي أن تستنتجها المحكمة عند الأخذ بالأدلة و إن الذي يقوم بالإستخلاص و الإستنتاج هو القاضي الجزائي المتخصص ، فالقاضي إذا لم يكن متخصص فإنه لن يستطيع القيام بالإستنتاج المنطقي الذي يمكنه من إتخاذ القرار الصحيح .

2–حرية القاضي الجزائي في إستبعاد الأدلة : فللمحكمة الحرية الكاملة في تكوين قناعتها عند الحكم ، و انطلاقا من هذه الحرية فلها أن تمارس سلطتها التقديرية بإستبعاد اي دليل لا تطمئن إليه ، و إن طرح المحكمة لأي دليل يأتي من ضعفه و عدم إقتناع المحكمة بحجيته و عدم تعزيزه بأدلة آخرى ، فالإعتراف مثلا بوصفه دليلا من أدلة الإثبات قد لا تأخذ به المحكمة مع توافر شروطه عندما يكون غير مطابق للحقيقة ، إذ قد يصدر من المتهم لأسباب متعددة كالرغبة في التخلص من جريمة أشد ، أو تخليص المجرم الحقيقي .[1]

فخلاصة القول أن المحكمة لها مطلق الحرية في إستبعاد أي دليل أو قرينة لا تطمئن إليه و لها أن تعتمد على اي دليل تطمئن إليه ، إلا أن عملية إستبعاد اي دليل يجب أن تخضع لعملية تحليل و تحميص دقيق ، و أن لا يستبعد الذي لم يطمئن إليه القاضي الجزائي إلا إذا تأكد يقينا أن هذا الدليل ضعيفا ، و أنه يتعارض مع أدلة و

[1] _ حسن حسن الحمدوني، تخصص القاضي الجنائي –دراسة مقارنة –، د. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 170، 171.

قرائن أخرى ، أو أنه لا ينسجم مع المنطق ، وأن تكون عملية إستبعاد الدليل أو الأخذ به من طرف قاضي جنائي مختص لديه خبرة و تجربة في مجال إختصاصه .[1]

الفرع الثاني : الإستثناءات الواردة على الإقتناع الذاتي للقاضي الجزائي

إعتماد القاضي الجزائي لمبدأ حرية الإثبات في بنائه لإقتناعه الشخصي ليس مبدأ مطلق على مصرعيه حيث أن المشرع حصر أو قيد من حريته في مواضع معينة جاءت على سبيل الحصر حيث أن القاعدة العامة حرية الإثبات و الإستثناء سنتطرق إليه كالتالي :

و تنقسم هذه الإستثناءات إلى قيود تمس حرية القاضي الجزائي في الإثبات و أخرى تطول إلى إقتناعه ، حيث أن المشرع الجزائري حدد له مجموعة من أوردها حصرا لابد من توفرها في عملية الإثبات في بعض الجرائم جاءت على سبيل الحصر و بالتالي لا يكون هناك مجال لحرية القاضي الجزائي في إختيار الدليل لبناء قناعته ، بمعنى لو إنتفت تلك الأدلة و لم يتحقق وجودها لا مجال لإثبات الجريمة في حد ذاتها و من هذه الجرائم ما نص عليها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات الجزائية و منها في قانون العقوبات الجزائري (كجريمة الزنا و خيانة الأمانة) ، كما نجد بعض الجرائم مذكورة في قوانين خاصة مثل جريمة السياقة في حالة السكر التي نص عليها المشرع الجزائري في قانون المرور .[2]

فجريمة الزنا مثلا وفق المادة 341 من قانون العقوبات الجزائري لا يمكن إثباتها إلا بواسطة محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة تلبس أو إقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم و إما بإقرار قضائي .[3]

أما جريمة السياقة في حالة السكر فيشترط لإثباتها إجراء خبرة بتحليل كمية الكحول الموجودة في دم المتهم .[4]

[1]- المرجع نفسه، ص 172.

[2]- أحلام العوادي، المرجع السابق، ص62، 63.

[3]- تنص المادة 341 ق. ع " الدليل الذي يقبل عن إرتكاب الجريمة المعاقب عليها بالمادة 339 يقوم إما على محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة تلبس وإما بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم وإما بإقرار قضائي".

[4]- أحلام العوادي، المرجع السابق، ص 67، 68.

بالإضافة إلى بعض المسائل الغير جنائية المتعلقة بالدعوى العمومية و التي قيد فيها المشرع القاضي الجنائي بطرق إثبات خاصة و مثال ذلك ما تحمله جريمة خيانة الأمانة من خصائص إثبات وفق ما نصت عليه المادة 376[1] من ق.ع.ج حيث يستنبط منها أنه لابد لإثبات الجريمة الواردة فيها وجوب إثبات العقد الذي وقع تسليم الشيء بمقتضاه إلى المتهم و كذا وجوب إثبات العناصر الأخرى للجريمة التي حددتها المادة المذكورة أعلاه .[2]

أما النوع الثاني من الإستثناءات فتقيد به حرية القاضي الجزائي في تقدير و تقييم الدليل لبناء إقتناعه الشخصي [3] حيث تنص المادة 212 من ق.إ.ج.ج " يجوز إثبات الجرائم بأي طريقة من طرق الإثبات ماعدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك ..."[4]

حيث أن هذا النوع من الإستثناءات يعتبر من مخلفات نظام الإثبات القانوني و يتمثل في أن القانون زود بعض المحاضر بقوة إثبات خاصة بحيث يعتبر المحضر حجية بما جاء فيه إلى أن يثبت ما ينفيه تارة بإثبات العكس و تارة بالطعن بالتزوير ، (فيقصد بالمحاضر أوراق مكتوبة تتضمن ما تم التحقق فيه من وقائع يحررها ضابط الشرطة القضائية وأعوان الشرطة القضائية المؤهلين أو الموظفين التابعون ببعض الإدارات و الذين تلقوا تأهيلا من القانون للقيام بذلك) حيث الأصل أن هذه المحاضر لا تحوز قوة إثبات مميزة و القاضي الجزائي غير مجبر بالأخذ بها إنما ينظر إليها على سبيل الإستدلال [5]وهو ما نصت عليه المادة 215 من ق.إ.ج.ج [6] حيث أن هذه المحاضر لا يمكن للمتهم دحض مضمونها إلا بإثبات عكس ما جاء فيها و ذلك بشكل أو بأدلة حددها القانون مسبقا كتابتا أو عن طريق الشهود [7] وفق المادة 216 من ق.إ.ج.ج. [8]

[1]- نص المادة 376 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

[2]- أحلام العوادي، المرجع السابق، ص 70 - 72.

[3]- المرجع نفسه، ص 73.

[4]نص المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائي المعدل والمتمم.

[5]- محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري، ج2، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون- الجزائر، ص479، 480.

[6]- تنص المادة 215 من ق.أ.ج" لا تعتبر المحاضر والتقارير المثبتة للجنايات والجنح الا مجرد استدلالات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

[7]محمد مروان، المرجع السابق، ص482،481.

[8]- تنص المادة 216 من ق. إ. ج " في الأحوال التي يخول القانون فيها بنص خاص لضباط الشرطة القضائية أو أعوانهم أو للموظفين وأعوانهم الموكلة بعض مهام الضبط القضائي سلطة إثبات جنح في محاضر أو تقارير تكون لهذه المحاضر أو التقارير حجيتها مالم يتلخصها دليل عكسي بالكتابة أو شهادة شهود".

و من أمثلة هذا الطرح المحاضر المحررة في مواد المخالفات و النوع الثاني من المحاضر تلك التي تبقى حجيتها قائمة إلى حين إثبات عدم صحتها بواسطة الطعن بالتزوير ، حيث أن إستبعاد ما جاء فيها لا يكون إلا بالإدانة محرر هذا التزوير [1] و هذا ما نصت عليه المادة 218 من ق.إ.ج.ج " إن المواد التي تحرر عنها محاضر لها حجيتها إلى حين أن يطعن فيها بالتزوير تنظمها قوانين خاصة ..." . [2]

الفرع الثالث : الرقابة على الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي

صحيح أن المشرع منح للقاضي الجزائي السلطة التقديرية في الإثبات ، إلا أنه أخضعها إلى رقابة (ولا نقصد أن هذه الرقابة عبارة عن إستثناءات أو قيود على حرية القاضي الجزائي بل هي مجرد مراقبة لمنع القاضي من التعسف في إستعمال مبدأ حرية الإثبات للحفاظ على نزاهة الأحكام و حياد القاضي خاصة أن الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي يختلف من قاضي إلى أخر ، بإعتبار أن القاضي الجزائي إنسان و الإنسان بسماته البشرية المتصفة بعدم العصمة من الخطأ و التأثر بنوازع النفس البشرية الميالة إلى التحكم و التعسف) ، و تكون هذه المراقبة من خلال المحكمة العليا (وكما هو معروف هي هيئة و محكمة قانون لا موضوع على عكس الهيئات الأخرى) و الذي يسهل عملية هذه المراقبة ماتتضمنه الأحكام والقرارات والأوامر القضائية من تسبيب (فهي خطوة واجبة على القاضي الجزائي و إلا كان حكمه باطلا) هذا ما جاءت به نص المادة 01 في الأحكام التمهيدية المعنونة بالدعوى العمومية و الدعوى المدنية من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

حيث أن القاضي الجزائي ملزم بتوضيح مضمون الأدلة التي بنى و أسس عليها حكمه ، فيجب أن يكون هذا التأسيس أو التوضيح شامل و مفصل حيث يظهر من تفصيله و سرده لهذه الأدلة و مضمونها أنها هي التي أدت إلى إثبات الواقعة التي إقتنع بها في حكمه فمثلا لو إستند القاضي إلى إعتراف المتهم في إدانته فإنه يتعين عليه أن يذكر في حكمه نص هذا الإعتراف أو يحدد الوقائع التي إنصب عليها الإعتراف ، فلو إقتصر الحكم على مجرد ذكر الدليل دون إراد فحواه كان مشوب بالقصور في التسبيب (يكون الإيراد واضح بشكل جلي لا يتضمنه الغموض) .

وتكون الرقابة كذلك على مدى منطقية القاضي الجزائي في تقدير أدلة الإثبات ، بالإضافة إلى الرقابة على تناقض بين الأدلة و الرقابة على الخطأ في الإسناد إذا على القاضي الجزائي لكي يكون الحكم الذي أصدره صائبا

[1] – أحلام العوادي، المرجع السابق، ص 76 ،77.

[2] – نص المادة 218 من قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

سليما لابد عليه من إحترام المبادئ التي حددها المشرع الجزائري عند ممارسة عملية الإثبات و إلا تعرض حكمه للنقض ، فهي رقابة تضمن نزاهة العدالة و الحفاظ على مصداقيتها و دقة و سلامة العمل القضائي . [1]

المبحث الثاني: مدى توفر السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في الدفاع الشرعي:

كما سبق الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في المبحث الأول وكيف أنها عبارة عن صلاحية – إن صح القول – حيث يكون القاضي الجزائي في خضم بذل مجهود فكري لبناء إقتناعه الشخصي (الذي يفضي إلى الحكم المعلل الصادر في حق المتهم بإدانته أو براءته) في سبيل إظهار الحقيقة (حيث قد تكون هذه الحقيقة في صالح المتهم أو ضده)، فليس الهدف من تلك الحقيقة زجر المتهمين، بل الغاية الأسمى لها الوصول إلى تحقيق العدالة)، كما سبق الذكر أن هذه السلطة التقديرية يتعين بها القاضي الجزائي للفصل في أي جريمة معروضة أمامه –بمعنى من إختصاصه–، يعني الأمر غير محصور في نوع معين من الجرائم (نوعية الجريمة) بالتالي يمكن تصوره في حالة الدفاع الشرعي حتى الأكثر من هذا ترى أنها تتجلى فيها بشكل كبير، (نظرا لطبيعة الظروف والأدلة المتعلقة بهذه الوضعية القانونية، ذلك أنها عبارة عن ظروف وأدلة غير ملموسة بشكل الجلي إنما لا بد من إستنباطها بمختلف الطرق اللازمة ، وهنا يكمن دور القاضي الجزائي بتقييم تلك الأدلة والوصول إلى التكييف الصحيح المستمد منها من خلال سلطته التقديرية) ، قبل الدخول إلى تفاصيل هذا المبحث نريد التنويه أن الدفاع الشرعي بحالتيه ليس جريمة (وهو الأمر المستنبط من خلال إستعمال المشرع في مطلع .م 39 من ق . ع مصطلح "لا جريمة") إنما هو وضعية قانونية ، بالرغم أن المتابع جزائيا فيها متهم بإرتكاب جريمة، نظرا لإعتبار هذا الجزء من الموضوع جزئية تطبيقية حاولنا بشكل من الأشكال وإلى حد ما إسقاط السلطة التقديرية للقاضي الجزائي (بجانبها النظري) على حالة الدفاع الشرعي (خاصة أن المشرع لم ينص على هذا الأمر بشكل صريح)، وعليه ستكون دراستنا في هذا المبحث مقسمة إلى مطلبين، نخصص فيها **المطلب الأول**: "لإثبات

[1] أحلام العوادي، المرجع السابق، ص 79 ، 85.

العناصر المكونة لحالة الدفاع الشرعي" **والمطلب الثاني:** "الآثار المترتبة عن تطبيق السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في تحديد الدفاع الشرعي".

المطلب الأول: إثبات العناصر المكونة لحالة الدفاع الشرعي:

لا بد من التنويه إلى أنه في المسائل الجنائية يقع كأصل على عاتق النيابة العامة الإثبات (على غرار الإثبات في المواد المدنية الذي يخضع إلى قاعدة البينه على من إدعى و اليمين على من أنكر)، بإعتبارها الممثل لصالح المجتمع وكنتيجة على مبدأ أساسي تقوم عليه المسائل الجزائية ألا و هو قرينة البراءة، حيث يفترض أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي له حجية الشيء المقضي فيه ، فالنيابة العامة تضع الدليل الكامل على توافر سائر العناصر التي تتولد منها المسؤولية الجنائية من جهة وعدم وجود العناصر التي يترتب عليها إنتفاء تلك المسؤولية من جهة أخرى[1] (بإعتبارها جهة إتهام) ، نرى أن الأمر منطقي صراحة لما تتمتع به النيابة العامة من وسائل وقدرة على توفير الأدلة (النفي أو الإثبات) على عكس المتهم (الذي يكون في موقف ضعيف)

إن إثبات الأركان المكونة للجريمة هو المحور الأول الذي يدور عليه موضوع الإثبات[2]، فأي جريمة يتطلب قيامها توفر الأركان التي يؤطرها لها المشرع (وهي 3 أركان بالإضافة إلى ركن رابع حسب الجريمة) ، بالتالي لإثبات وقوع أي جريمة كانت لا بد من إثبات الأركان المكونة لها، بداية بالركن الشرعي الذي بانتفائه سواء لعدم وجود نص يجرم السلوك أو بوجود سبب يبيح الفعل تنتفي معه الجريمة، يليها ركنها المادي بعناصره الثلاثة: السلوك الإجرامي، النتيجة الإجرامية، العلاقة السببية بينهما (أحيانا يشترط توفر عنصرين فقط في حالة جرائم الخطر حيث ينتفي العنصر الثالث)، وصولا إلى الركن المعنوي بعنصريه (العلم والإرادة)، فالإثبات يكون على حسب الجريمة وما يتطلبه نص تجريمها من عناصر أو تفاصيل ضرورية لإقامتها أو لإثباتها (كمصطلح أدق).

[1] – محمد زكي أبو عامر، الإثبات في المواد الجنائية، د .ط، دار الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، د.س، ص 56.

[2] – المرجع نفسه، ص 56.

الجدير بالذكر أنه في حالة الدفاع الشرعي (وأسباب الإباحة ككل) يقع عبء الإثبات على عاتق المتهم، تطبيقا لقاعدة المدعي عليه ينقلب مدعيا عند دفع[1]، بمعنى أن المتهم متى ما تمسك بحالة الدفاع الشرعي كتبرير لسلوكه يكون ملزم بتقديم الأدلة على ذلك، وفي ظل صمت المشرع الجزائري في مسألة عبء الإثبات بخصوص أو في حالة الدفاع الشرعي (خاصة أن كل من المادة 39 ف2 و 40 ق .ع نصت على عناصر أو القواعد الخاصة للدفاع الشرعي فقط)، لكن بالعودة إلى الإجتهادات وما إستقرت عليه المحكمة العليا بأن من يدعى أنه كان في حالة دفاع شرعي يقع عليه عبء إثبات هذا الإدعاء(وذلك بإثبات مدى توفر شروط الدفاع الشرعي سواء المتعلقة بفعل الاعتداء أو فعل الدفاع، هذا بخصوص المادة 39 أما المادة 40 ق. ع فتعفى المتهم من الإثبات ويكتفى بإثبات وجود إحدى الحالات المذكورة فيها على سبيل الحصر)[2].

نرى أن هذا الأمر فيه مساس صارخ بمبدأ قرنية البراءة ومبدأ الشك يفسر دائما لصالح المتهم، ذلك أن المشرع كأنه يفترض إجرامية المتهم بشكل مسبق، خاصة كما ذكرنا في بداية المطلب أن النيابة العامة تثبت قيام مسؤولية جنائية من جهة وعدم توفر سبب ينفي تلك مسؤولية من جهة أخرى، فعليها حتى لو تمسك أو دفع المتهم بوجوده في حالة الدفاع الشرعي أن تثبت هي نفي هذه الحالة وحتى توفرها لا المتهم.

بغض النظر عن من يقع عن الإثبات (النيابة العامة أو المتهم)، فالدور الأساسي في نظرنا في إثبات تحديد حالة الدفاع الشرعي تعود إلى الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي بمدى توفر فعلا الدفاع الشرعي(وذلك من خلال تمسك المتهم بها أو ظروف القضية توجها إليها) بالتالي نكون أمام التساؤل التالي: كيف تتم هذه العملية التقديرية لتحديد حالة الدفاع الشرعي؟ بعد القراءة الاستطلاعية للمادتين 39 ف2 و 40 ق ع (اللتان تعتبران الأساس القانوني لفكرة الدفاع الشرعي) وكذا الإطلاع على بعض المراجع يمكن الإجابة على التساؤل الموضح أعلاه بشكل الآتي:

[1] – المرجع نفسه، ص 72.

[2] – كمال بلارو، المرجع السابق، ص 13، 14.

إن القاضي الجزائي يباشر سلطته التقديرية في ظل الدفاع الشرعي (بالتحديد) بإقتناعه الشخصي بكل ما يجري ويعرض أمامه أثناء الجلسة من إستجواب لسماع شهود ومطابقتها مع ما يقوله المتهم وكذا أخذ أقواله، تقارير الخبير– إن اقتضت الضرورة الإستعانة به – ، و مقارنة كل هذا بوقائع والظروف المحيطة بالقضية (فكما سبق القول في المبحث الأول أن له كامل الحرية في الأخذ بالأدلة التي يراها مناسبة للوصول إلى الحقيقة أو إستبعادها وكذا تقديرها) ، فالقاضي الجزائي أثناء سماعه لما يحدث في الجلسة وبالمنطق والعقل ووفق للمادة 39 ف2 من ق.ع يرى مدى توفر شرط اللزوم أي ضرورة إثبات المتهم لفعل الدفاع من عدمها وذلك بالعودة ودراسة تفاصيل مرتكب سلوك الإعتداء (تحقق من أن سلوك المدافع كان الوسيلة الوحيدة لصد الخطر أو الإعتداء) وكذا الوقوف على شرط التناسب وذلك بمقارنة النتيجة التي أفضى إليها فعل الدفاع مع فعل الإعتداء الذي وجه ضده بالمقابل،(إن الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي في تحديد الدفاع الشرعي يكون بصورة أكبر في شرط التناسب أكثر من شرط اللزوم لما يتمتع به الشرط الأول من تفاصيل تحتاج إلى تمحيص ودراسة) في حقيقة الأمر لا يثار أي إشكال بخصوص دور الإقتناع الشخصي للقاض الجزائي في م 39 ف2 ق. ع (لوجود الشروط فيها بشكل واضح)، إلا أن الإشكال يظهر في ظل المادة 40 ق .ع (الحالات الممتازة للدفاع الشرعي) ذلك أن المشرع لم يخصصها بشروط كما فعل في المادة 39 ف2 ، فتطرح مجموعة من التساؤلات بهذا الخصوص: أين يكمن دور القاضي الجزائي في الحالة الممتازة للدفاع الشرعي؟ هل ينعدم دور إقتناعه الشخصي في ظل وجود القرينة القانونية المنصوص عليها في م 40؟ نرى أن هذه القرينة (الغير مطلقة كما سبق التوضيح في الفصل الأول) لا تلغى أو تنقص من دور القاضي الجزائي في تحديد قيام الدفاع الشرعي ذلك أن الحكم الذي يصدره يبنى على أساس إقتناعه الشخصي الذي يتكون بدوره مما يقال أثناء الجلسة وأدلة القضية (نرى أن هذه القرينة لا تؤثر على دور إقتناعه الشخصي بل على عبء الإثبات في حق المتهم، حيث أن دوره يبقى قائم في كل الأحوال، قد تقيد سلطته في تقييم الدليل في حالات معينة، في ظل ما يسمى بنظام الإثبات المقيد) .

بالتالي نظرا لكون الدفاع الشرعي مسألة موضوعية (متعلقة بالظروف المحيطة بالقضية) تحتاج إلى تقدير قضاة محكمة الموضوع، نعتقد أن السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في تحديد حالة الدفاع الشرعي تتعلق بتكييف – إن صح التعبير – القاضي للسلوك المعروض أمامه وذلك من خلال حيثيات القضية ووقائعها (لهذا المرافعات مهمة ويحرص قانون دائما على تكوين القاضي لإقتناعه من خلالها، فالقاضي لا يكتفي فقط بالتحقيقات والنتائج المتوصل إليها قبل وصول القضية إليه، أي في المراحل التي تمر بها قبل إطلاعه عليها بل يستعين بما يحصل في الجلسة كذلك من تصرفات كل من الجاني والمجنى عليه أي نفسياتهم من توتر أو تلعثم في الحديث... إلخ أو مقارنة الأحداث والأقوال ببعضها البعض وبتفاصيل النص القانوني).

ننوه أن السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في تحديد حالة الدفاع الشرعي لا تتوقف عند حد التحقق من مدى توفر شروط الدفاع بل تمتد حتى لشروط الواجب توافرها في فعل الإعتداء (وهذا أمر طبيعي لكي تصح عملية تقديره للزوم و التناسب بين الفعلين، بالتالي توفر الدفاع الشرعي من عدمه).

قد يطرح تساؤل بخصوص دور الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي في تحديد حالة الدفاع الشرعي، ذلك أن هذا الإقتناع (وحسب تسميته شخصي) يختلف من قاضي إلى آخر وحتى في نفس القضية بالتالي هل مبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي في صالح المتهم (خاصة في ظل الدفاع الشرعي).

الفرع الأول: إثبات الركن الشرعي للدفاع الشرعي:

كما سبق القول أن الدفاع الشرعي ليس عبارة عن جريمة، إنما المتهم يكون متابعا جزائيا نظرا للنتيجة التي أفضى إليها الفعل الذي إرتكبه بنية الدفاع والذي يعتبر جريمة في نظر القانون (فسلطة الإتهام المتمثلة في النيابة العامة توجه إتهامها له في هذا الجانب).

فتكون النيابة العامة والمتهم في حالة تضاد بالأدلة –إن صح التعبير– هي بدورها تثبت أن سلوكه جريمة ويخضع إلى نص قانوني والمتهم في حالة تمسكه بالدفاع الشرعي يحاول إثبات أن الفعل الذي إرتكبه يخضع للمادة

39ف2 أو 40 ق.ع وعلى النيابة العامة في هذه الحالة محاولة إثبات إنتقاء حالة الدفاع الشرعي وقيام المسؤولية الجنائية في حقه، فمثلا لو إرتكب المتهم جريمة الضرب والجرح في حق شخص ودفع بأنه كان في حالة الدفاع الشرعي، في المقابل تطالب النيابة العامة بإقامة المسؤولية الجزائية لتلك الجريمة في حقه، وذلك بإثبات خضوع فعله للمادة 264 ق .ع.

الفرع الثاني: إثبات الركن المادي للدفاع الشرعي:

نفس الأمر في إثبات الركن المادي، حيث تحاول النيابة العامة إثبات توفر العناصر المكونة للركن المادي الخاصة بالجريمة التي وجهت له تهمتها، فمثلا لو إتهمته بجريمة القتل تكون بصدد إثبات إرتكابه لسلوك الإجرامي المتمثل بإزهاق روح إنسان، والنتيجة الإجرامية: الوفاة والعلاقة السببية أن نفس ذلك السلوك أدى إلى الوفاة، في المقابل يحاول المتهم درأ هذه التهمة بإثبات أنه كان في حالة دفاع الشرعي وذلك بتبرير لزومية سلوكه جراء الخطر الذي كان يواجه وكذا التناسب بين فعله الدفاعي وفعل الإعتداء (حيث أن المادة 39 ف2 لم تحدد السلوك إنما اكتفت بذكر مصطلح "الفعل" في حين حددت المادة 40 من فقرتها الأولى : القتل، الضرب، الجرح).

الفرع الثالث: إثبات الركن المعنوي للدفاع الشرعي:

الأمر سيان في هذا الفرع فهو لا يختلف عن الركنيين السابقين(إثبات كل من العلم و الإرادة)، لكن هذا العنصر يثير لنا نوع من الحيرة أو التساؤل (بعبارة أدق) حول الحالة التي يتصرف بها المدافع بنية الدفاع إتجاه خطر صور له وجوده (الخطر الوهمي كما سماه الفقه)، فيشترط في فعل الدفاع أن يكون الخطر وشيك أو وقع ولم ينتهي بعد (ويقوم القاضي بالتحقق من هذا الوضع عن طريق ربط اللزوم بمدى توفر ذلك الخطر)، فما مصير الخطر الوهمي أو الدفاع الشرعي المعنوي – إن صح القول- حيث نقصد بهذا الخطر أن المتهم يرتكب فعل الدفاع بسبب خطر تصور أنه موجود جراء حالة من الذعر والتخوف فهل يعتبر هذا دفاع شرعي خاصة أن المتهم لم تكن له نية إجرامية؟

لم يتعرض القانون الجزائري لهذا الافتراض، مما يجعلنا نعود إلى الفقه لتحديد مسؤولية هذا الشخص الواهم، فيذهب الرأي السائد في الفقه إلى القول بأن سبب الإباحة لا يتوفر في فعل الشخص الواهم ذلك أن أسباب الإباحة هي أسباب موضوعية لا شخصية، يجب البحث عنها في الظروف المحيطة بالسلوك المادي للشخص وليس في حالة النفسية أو الظروف المتصلة بشخصه، فالخطر الذي يبرر فعل الدفاع الشرعي هو الخطر الحقيقي (بالرغم أن المشرع لم يذكر هذا المصطلح بل إكتفى بذكر مصطلح الخطر على غرار المشرع المصري الذي إشترط وجود خطر حقيقي) لا الخطر الوهمي ولذا صح أن يدافع عن نفسه دفاعا شرعيا من بوشر ضده الدفاع المبني على خطر وهمي لأنه دفاع غير مشروع، فتصرف الشخص على أساس وجود خطر يهدده ينفي القصد الجنائي لديه، وقد ينتفي الخطأ غير العمدي لديه أيضا.

إذا كان قد بنى إعتقاده بوجود الخطر على أسباب معقولة، وفي هذه الحالة ينهار الركن المعنوي للجريمة لعدم توافر القصد الجنائي أو الخطأ وعندها لا تقوم المسؤولية الجنائية ضده عن الواقعة المرتكبة[1]، بالتالي متى ما كان ذلك الخطر التصوري مرتبط بأسباب معقولة كانت هناك إمكانية لإنتفاء المسؤولية الجزائية في حقه.

خلاصة لما سبق أن النيابة العامة تحاول إثبات الجريمة التي وجهت تهمة إرتكابها للمتهم وهذا الأخير بدوره يحاول أن يثبت توفر حالة الدفاع الشرعي، وتبقى السلطة التقديرية في الأخير للقاضي الجزائي في إدانة المتهم أو تبرئته، وذلك بربط اللزوم (الضرورة كما اصطلح عليها المشرع) بمدى توفر الخطر هذا من جهة ومن جهة أخرى يقدر مدى وفرة التناسب بين فعل الدفاع والخطر المرتكب في حقه.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن تطبيق السلطة التقديرية للقاضي لجزائي في تحديد حالة الدفاع الشرعي:

بعد إثبات العناصر التي يقوم عليها الدفاع الشرعي والتي تم التطرق إليها في المطلب الأول ومن خلال تمسك المتهم أو دفاعه بالدفاع الشرعي، يأتي دور سلطة محكمة الموضوع المتمثلة في القاضي الجزائي الذي يرأس الجلسة بتكوين إقتناعه في تحديد إن كانت القضية التي بين يديه تتوفر فيها شروط قيام حالة الدفاع الشرعي أم

[1] – عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 133.

يدفع بعدم توفر الدفاع الشرعي، بحيث أن الدفاع الشرعي يعتبر مسألة موضوعية يرجع تقديرها إلى قضاة الموضوع وإلى الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي إما قبوله أو رفضه لعدم الإقتناع.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قراريها الصادرين عن الغرفة الجنائية الثانية بتاريخ 10 نوفمبر 1987 الأول تحت رقم 1005 والثاني تحت رقم 1023 وجاء فيهما: " ولما كان من المستقر قضاء أن الأحكام والقرارات الصادرة في مواد الجنح لا بد أن تعلل تعليلا كافيا حتى يتسنى للمجلس الأعلى مراقبة صحة تطبيق القانون يتعين على قضاة الإستئناف عند تطبيقهم المادة 39 من قانون العقوبات أن يبنوا في قراراتهم توافر شروط حالة الدفاع الشرعي"[1].

فمحكمة الموضوع ملزمة بالفصل في الدفاع الشرعي إذا تمسك به المتهم أو إذا كانت الدعوى تثبت قيامه فيتعين على المحكمة أن تفرق به و لو يتمسك به المتهم ، فتستطيع المحكمة العليا نقض الحكم إذا لم يفصل في قيام الدفاع من عدمه بالرغم من تمسك المتهم به بالرغم من أن وقائع الدعوى التي تضمنها الحكم تؤدي إلى القول بتوافر الدفاع الشرعي[2].

إذا في حالة إقتناع القاضي الجزائي، و كان إقتناعه في صالح المتهم أي الحكم بتوفر حالة الدفاع الشرعي وتوفر جميع شروطه القانونية المنصوص عليها في المادتين 39 ف2 و 40 من ق .ع ، فتسقط التهمة عن المتهم وتنتفي الجريمة التي وقع فيها بصدد الدفاع الشرعي ويحكم له بالبراءة، حيث أن نص المادة 39 كان صريحا انطلاقا من بداية لإستعمال المشرع الجزائري مصطلح " لا جريمة"، فإذا توفرت الشروط وتكونت قناعة القاضي الجزائي لا تكون هناك إدانة بل الحكم بالبراءة وإنتفاء المسؤولية الجنائية والمدنية.

أما في حالة أن القاضي الجزائي رغم الإثباتات والأدلة لم يقتنع، ولم تتوفر الشروط اللازمة لتوفر حالة الدفاع الشرعي، أو حتى إخلال شرط واحد فقط، فالقاضي الجزائي يدفع بعدم قيام حالة الدفاع الشرعي، ويقوم

[1] – كمال بلارو، المرجع السابق، ص 15.

[2] – صورية سلامي، المرجع السابق، ص 62.

بإدانة المتهم والحكم عليه بالعقوبة المقررة للجريمة التي إرتكبها مثلا إن إرتكب جريمة القتل العمدي وتمسك بالدفاع الشرعي أي أنه قام بالقتل عمدا دفاعا عن نفسه أو ماله أو نفس الغير أو ماله، والقاضي الجزائي لم يقتنع ورأى أن هناك انتفاء شرط من شروط الدفاع الشرعي فيحكم على المتهم بالإدانة أي معاقبته وإتهامه بجريمة القتل العمدي، وتطبق عليه عقوبة هذه الجريمة حسب نص المادة 261 من ق .ع.ج[1].

بحيث يعاقب بالإعدام كل من إرتكب جريمة القتل أو قتل الأصول أو التسميم، وحسب نص المادة 262[2] أيضا بالإعدام إذا قتل بإستعمال التعذيب أو إرتكاب أعمالا وحشية لإرتكاب جناية القتل.

أما في حالة أن المتهم تمسك بحالة الدفاع الشرعي ورأى القاضي الجزائي أن هناك خرق حدود الدفاع الشرعي أي قيام المتهم بتجاوز حدود الدفاع الشرعي والتي سبق التكلم عن هذه النقطة في الفصل الأول، لا ينتفي الدفاع الشرعي لأن في التجاوز لا يعني إنتفاء شروط الدفاع الشرعي وإنما إنتفاء التناسب بين جسامة فعل الدفاع والخطر الذي هدد المتهم، أي أن المتهم في دفاعه عن نفسه أو ماله أو نفس الغير أو ماله قد إستعمل ردة فعل أكثر من فعل الإعتداء، وبما أن المشرع الجزائري لم ينظم فكرة تجاوز الدفاع الشرعي فالقاضي الجزائي في هذه الحالة يعتمد للفصل على أحكام المواد 277، 278، 283 من ق. ع. ج والتي تعتبر ظروف تخفيفية للعقوبة وذلك انطلاقا من الأحكام العامة والمنصوص عليها في المادة 52 من ق. ع. ج.

ومنه كما سبق القول في الفرع الثالث من المطلب الثاني في المبحث الأول حول رقابة المحكمة العليا على الحكم الذي يصدره القاضي الجزائي، فسوف نقوم بتوضيح رقابة المحكمة العليا في حالة الدفاع الشرعي.

فإن مسألة تقدير العناصر المؤدية للقول بتوافر حالة الدفاع الشرعي أو عدم توفره، مسألة موضوع لا تخضع لرقابة المحكمة العليا إلا في الحدود التي تراقب فيها هذه الأخيرة المسائل الموضوعية، كالتدليل على توافر الدفاع المشروع

[1] – نص المادة 261 من ق. ع. ج المعدل والمتمم.

[2] – نص المادة 262 من ق. ع. ج المعدل والمتمم.

من عدمه بأدلة معقولة وصحيحة مستمدة من أوراق الملف وأن يذكر الحكم مؤداها يغير غموض ولا تناقض ولا تنافر مع المنطق.

أما تكييف الدفاع الشرعي فهي مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا، فإذا خطأ في تكييفه إستلزم الحكم المطعون فيه بالدفاع الشرعي ركنا غير مطلوب فيه ذلك، خضع بذلك لرقابة المحكمة العليا ووجب نقضه، فإذا تم الإغفال عن الرد بتوافر الدفاع الشرعي أو الرد عليه بأسباب غير كافية وغير ضائعة يعد قصورا في التسبيب، أما الرد عليه بأسباب غير صحيحة في القانون الموضوعي يعد خطأ في تطبيق أو تأويل القانون، ويكون قابلا لنقضه من قبل المحكمة العليا، وكذلك لو أخطأت محكمة الموضوع في تفهم ماهية ركن أن اكثر من الأركان التي تتطلبها حالة الدفاع الشرعي، أو في تطبيق ذلك على واقعة الدعوى، فالحكم الذي ينفي ما دفع به المتهم من أنه كان في حالة دفاع شرعي لا يشترط لقيام الدفاع المشروع أن يكون قد حصل بالفعل إعتداء على النفس أو المال، بل يكفي أن يكون قد صدر من المجني عليه فعل يخشى منه المتهم وقوع جريمة من الجرائم التي يجوز فيها الدفاع الشرعي[1].

[1] – كمال بلارو، المرجع السابق، ص 15.

خلاصة الفصل:

للقاضي الجزائي السلطة الواسعة في إثبات العناصر المكونة للجريمة والموازنة بين الأدلة المعروضة عليه وذلك بناءا على إقتناعه الشخصي وفق للمادة 212 ف 1 من ق. إ. ج. ج، بحيث له الحرية في الأخذ بالأدلة التي يطمئن لها كما له الحرية في إستبعاد الأدلة التي لا يقتنع بصحتها وحجيتها بالرغم من هذه السلطة الواسعة إلا أن المشرع الجزائري وضع لها ضوابط تحكمها إذ يجب على القاضي الجزائي التقيد بها من خلال بناء إقتناعه على أدلة مشروعة مبنية على إجراءات سليمة وعلى أساس أدلة واردة في ملف الدعوى والتي تم مناقشتها أثناء الجلسة، وبناء إقتناعه على أساس اليقين والجزم، بالإضافة إلى هذه الضوابط وجوب الرقابة على إقتناعه الشخصي بكون أن القاضي إنسان والإنسان ليس معصوم من الوقوع الخطأ ، وتكون الرقابة من خلال المحكمة العليا للحفاظ على مصداقية ودقة وسلامة العمل القضائي، فنجد تطبيق السلطة التقديرية للقاضي وتكوين إقتناعه في تحديد حالة الدفاع الشرعي.

في حين تمسك المتهم بالدفاع الشرعي أثناء المحاكمة وبعد إثباته أنه كان في حالة دفاع شرعي وذلك بإثبات مدى توفر الشروط اللازمة لقيامه، وانطلاقا من ذلك يأتي دور القاضي الجزائي في إقتناعه في توفر حالة الدفاع الشرعي أو إنتفائه، وتنتج سلطته التقديرية في هذه الحالة آثارا إما في الحكم بتوافر حالة دفاع شرعي أي لا وجود لجريمة، أو إنتفاء وجود حالة دفاع الشرعي والحكم على المتهم بالعقوبة المقررة للجريمة المرتكبة، أو تخفيف من العقوبة في حالة وجود دفاع شرعي ولكن حدث هناك تجاوز من طرف المتهم.

الخاتمة

الخاتمة :

إن دراستنا لموضوع دور إقتناع القاضي الجزائي في تحديد حالة الدفاع الشرعي للوصول من خلال هذا إلى فكرة حول مدى ضرورة ذلك الإقتناع في الإقرار فعلا بتوفر أو قيام هذه الحالة و ذلك بالربط بين شقي هذا الموضوع من زاوية الدفاع الشرعي بجانبه النظري و من جهة أخرى السلطة التقديرية للقاضي الجزائي على المستوى التطبيقي لها . و في هذا الإطار نلخص القول أن ذلك الإقتناع أو بمسماه الفقهي السلطة التقديرية تلعب دور مهم في تفرد القاضي الجزائي بمجموعة صلاحيات تخول له حرية بناء إقتناعه الذاتي للوصول إلى حقيقة قيام الدفاع الشرعي من عدمه و ذلك من خلال ما يعرض أمامه من أدلة و يسمع من أقوال ..إلخ أثناء الجلسة و انطلاقا من حرية الإثبات التي تحكم إقتناعه ، فالمشرع لم يحدد له وسائل إثبات معينة يخضع لها أثناء إصداره لحكم الإدانة أو البراءة ، على أن يبنى بأسس يقينية و جازمة بعيدة عن الخيال و الشك تماشيا مع ما يتطلبه العقل و المنطق (مما لا يترك مجالا للشك)، فله سلطة تقديرية واسعة في الأخذ و إستبعاد اي دليل بما يخدم فكرة الوصول إلى الحقيقة و تحقيق العدالة (مع بعض الإستثناءات التي قد تقيد من تلك السلطة المعهودة إليه) و ذلك بالإستعانة طبعا بالنصوص القانونية التي تنظم حالة الدفاع الشرعي المتمثلة بكل من المادة 39 ف2 و المادة 40 من ق.ع اللتان تتضمنان في فحواهما كل مايلزم القاضي الجزائي من أساسيات لتحديد مدى الجزم بتحقق الدفاع المشروع .

و على ضوء هذا توصلنا إلى أهم النتائج التالية :

-الدفاع الشرعي وضعية قانونية وليس جريمة قائمة بذاتها .

-الدفاع الشرعي ذو طبيعة موضوعية لا شخصية (نظرا لإعتباره صورة من صور أسباب الإباحة) فيستفيد منه كل من ساهم فاعلا كان أو شريكا.

- الدور المهم لإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي في إصدار الحكم لا يغنيه من ضرورة العودة إلى النصوص القانونية المنظمة للحالة المعروضة أمامه (فهو دور قائم في ظل تلك النصوص) فالقاضي هنا أسير رغم هذه السلطة التقديرية لا شارع .

-بالرغم من وجود النص القانوني المنظم لحالة الدفاع الشرعي و كل ما يتعلق بها ، إلا أن حالة الدفاع معنوية-إن صح القول- أكثر من ماهي دفاع معالمه ملموسة ثابتة وواضحة ،بمعنى أحداث هذا النوع من القضايا مرنة تتطلب مطلقا إلى دراسة و فحص لملابساتها من طرف القاضي الجزائي .

-يقع عبء الإثبات في الدفاع الشرعي على عاتق المتهم و هو الأمر الماس بمبدأ قرينة البراءة.

-قد يخلق مبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي نوع من الظلم للمتهم ، انطلاقا من تسميته "شخصي" فتكوينه يختلف من قاضي إلى اخر (و حتى في نفس القضية) ذلك لتفرد كل قاضي بفطنة و نظرة و مستوى ذكاء معين و حتى إختلاف في الخبرات (فمثلا القاضي المتعود على الفصل في هذا النوع من القضايا لا يوضع في نفس الكفة مع القاضي الذي يواجه قضية دفاع شرعي لأول مرة).

-تقوم فكرة الدفاع الشرعي على درأ الخطر قبل إكتمال الجريمة التي المعتدي بصدد إتيانها و هذا فيه نوع من الإجحاظ صراحة، ذلك أن الأحداث تتفاعل و تحدث بسرعة و قد لا يتسنى للمعتدي عليه التصرف بنفس سرعتها بالتالي يجد نفسه متابع جزائيا بتهمة لمجرد محاولته للنجاة.

يثير لنا هذا الموضوع تساؤل حول حكمة المشرع من تفريد القاضي الجزائي بالسلطة التقديرية على غرار باقي الأقضية ، قد تكمن الإجابة في أن الطبيعة المرنة للمسائل الجنائية تتطلب هذا الأمر.

و عليه إن الدفاع الشرعي (المشروع كما إصطلح عليه المشرع) حق يمنحه المشرع للشخص (المدافع) يسمح من خلاله لدفع الخطر الموجه له أو لغيره متى ماكان الأمر لا مهرب منه إلا بالدفاع وذلك لتجنب وقوع سلوك إجرامي يعاقب عليه القانون في ظل شروط و حالات جاءت على سبيل الحصر ، فيجرد الفعل المرتكب بنية الدفاع من صفته الإجرامية و تنتفي المسؤولية الجنائية للمتهم بذلك (رغم إعتبار القانون لسلوكه جريمة لكن لتوفر سبب مبيح هدم به الركن الشرعي للجريمة)و يبقى أمر تقدير قيام حالة الدفاع الشرعي وفقا شروطه و حالاته متروك لمدى إقتناع القاضي الجزائي بتوفرهم .

و في الأخير نرى ضرورة مطالبة المشرع ببعض التعديلات :

-توحيد المصطلحات بين المادتين 39 ف2 و المادة 40 من ق.ع وكذا بين فقرات كل مادة.

-و كذا الإستعانة بمصطلحات أكثر دقة و توصل المعنى المراد من النص بحاذفيره.

-وحبذا لو يحدد دور القاضي الجزائي في تحديد حالة الدفاع الشرعي بدقة لكي لا يكون القاضي في تصادم مع مبدأ الشرعية .

-وكما عليه النص عن الحالة التي يتجاوز فيها المتهم الحدود المسطرة للدفاع الشرعي و ذلك إما بتعديل المواد التي تنص على الدفاع أو إضافة مواد اخرى .

قائمة المراجع

قائمة المراجع و المصادر :

أ – الكتب:

1. أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي العام ، ط 17، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر 2018.
2. أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي العام ، ط 4، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2019.
3. أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي العام ،ط 8 ، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ،2009.
4. أغليس بوزيد ، تلازم مبدأ الإثبات الحر بالإقتناع الذاتي للقاضي الجزائي –دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و القانون المصري و بعض القوانين – ، د.ط ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، عين ميلة – الجزائر ،2010.
5. أكرم نشات إبراهيم ، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة ، د.ط ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ،عمان–الأردن ، 1998 .
6. بن شيخ لحسين ، مبادئ القانون الجزائي العام ، د.ط ، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ،بوزيعة– الجزائر ، 2005.
7. جمال نجيمي ، إثبات الجريمة على ضوء الإجتهاد القضائي –دراسة مقارنة – ، ط3 ، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2018.
8. حسن حسن الحمدوني ، تخصص القاضي الجنائي –دراسة مقارنة– ، د.ط ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2015 .
9. روؤف عبيد ، ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية ،ط 3، دار الفكر العربي ،د.م ،1986.
10. سعيد بوعلي ، دنيا رشيد ، شرح قانون العقوبات الجزائري –القسم العام– ،ط2، دار بلقيس ، الجزائر ،2006.
11. عبد القادر عدو ، مبادئ العقوبات الجزائري (القسم العام) – نظرية الجريمة ،نظرية الجنائي –، ط2 ، دار هومه ، د.م ،2013.

12. عبد الله أوهايبية ، شرح قانون العقوبات الجزائري –القسم العام – ، د.ط ، دار موفيم للنشر ، الجزائر ، 2015 .

13. عبد الله سليمان ، شرح قانون العقوبات الجزائري –القسم العام – ،ج1 الجريمة ، ط6 ، د.م.ج ، الجزائر ، 2005 .

14. عبد المالك جندي ، الموسوعة الجنائية ، ج1- الإتجار ،الإشتراك – ، د.ط ، دار العلم للجميع ، بيروت –لبنان ، د.س .

15. كمال مُحَّد عواد ، الضوابط الشرعية و القانونية للأدلة الجنائية ، ط1 ، دار ريم للنشر و التوزيع ، د.م ،2011.

16. مُحَّد زكي أبو عامر ، الإثبات في المواد الجنائية ، د.ط ، دار الفنية للطباعة و النشر ، الإسكندرية ، د.س.

17. مُحَّد مروان ، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري ، ج1 ، د.ط ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون –الجزائر ،1999.

18. مُحَّد مروان ، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري ،ج2 ، د.ط ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون-الجزائر ، 1999.

19. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات (القسم العام) – النظرية العامة للجريمة – ، ط6 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،1989.

20. منصور الرحماني ، الوجيز في القانون الجنائي العام ، د.ط ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، عنابة ، 2006.

ب – الرسائل و المذكرات الجامعية :

I– رسائل الدكتوراه :

1. بدر الدين يونس، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الدليل الجنائي –دراسة مقارنة –، أطروحة دكتوراه تخصص قانون جنائي، قسم الحقوق، جامعة قسنطينة، 2014.

2. جمال تومي ، حدود السلطة التقديرية للقاضي الجزائي ، أطروحة دكتوراه تخصص القانون ،قسم الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ،2012 .

II- مذكرات الماجستار :

1. بن عومر الوالي ، ضوابط الدفاع الشرعي –دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون العقوبات الجزائري- ، مذكرة الماجستار تخصص شريعة و قانون ،قسم العلوم الإسلامية ،جامعة وهران ، 2007-2008.

III – مذكرات الماستر :

1. أحلام العوادي ، سلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير أدلة إثبات ،مذكرة ماستر تخصص قانون جنائي للأعمال ، قسم حقوق ، جامعة العربي بن مهيدي ، أبو البواقي ،2014-2015.

2. داسي عمر ، الدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري ، مذكرة الماستر في العلوم القانونية تخصص قانون جنائي و علوم جنائية ، قسم الحقوق ، جامعة أكلي محند أولحاج ، البويرة ، 2014-2015.

3. صورية سلامي ، سلطة القاضي الجنائي في تقدير حالة الدفاع الشرعي ، مذكرة ماستر تخصص القانون الجنائي ، قسم الحقوق ، جامعة مُحَّد خيضر ، بسكرة ،2015-2016.

4. عباس مختار ، سلطة القاضي الجزائي في تقدير الدفاع الشرعي ، مذكرة ماستر تخصص علم الإجرام ، قسم الحقوق ، جامعة الدكتور مولاي الطاهر ، سعيدة ، 2016.

5. عبد الله بن حمادي ، الدفاع الشرعي عن النفس ، مذكرة ماستر تخصص علم الإجرام و العلوم الجنائية ، قسم الحقوق ، جامعة عبد الحميد بن باديس ، مستغانم ، 2018-2019.

6. كريمة دبون ،لامية شلاغة ، سلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة ، مذكرة ماستر تخصص القانون الخاص و القانون الجنائي ، قسم الحقوق ، جامعة عبد الرحمان ميرت ،2012-2013.

7. ليلية بن نوناس ، ،ولد سعيد ليدية ، الإثبات في المواد الجنائية في ظل التشريع الجزائري ، مذكرة ماستر في القانون تخصص قانون جنائي و العلوم الإجرامية ، قسم الحقوق ،جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2018.

IV – مذكرات الليسانس :

1. هاجر راجع ، مباركة أميرة و آخرون...، أحكام الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي و قانون العقوبات الجزائري ، مذكرة الليسانس تخصص شريعة و قانون ، قسم العلوم الإسلامية ،جامعة مُحَّد بوضياف ، الميلة ،2018-2019.

ج- المقالات :

1. سدود مختار ، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائي الجزائري في تقدير الأدلة ، مجلة قانون النقل و النشاطات المينائية ، العدد 01، 2018.

2. عادل مسطاري ، دور القاضي الجزائي في ظل مبدأ الإقتناع القضائي ، مجلة المنتدى القانوني ، العدد05، د.س .

3. عبد العالي بوصمبورة ، تجاوز حدود الدفاع الشرعي في قانون العقوبات الجزائري ، مجلة التواصل في الإقتصاد و الإدارة والقانون ، العدد 48، 2016.

4. كمال بلارو ، أحكام الدفاع الشرعي في التشريع الجزائري ،مجلة العلوم الإنسانية ، العدد 49،2019.

5. مُحَمَّد محدة ، السلطة التقديرية للقاضي الجزائي ، مجلة الإجتهاد القضائي ، العدد01 ،د.س.

د – القوانين و الأوامر و المراسيم :

I – القوانين الوطنية :

1. قانون العقوبات الصادر بموجب الأمر رقم 66-156المؤرخ في 08-06-1966، ج.ر عدد49.

2. الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08-06-1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية ،ج.ر عدد48 المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 20-04 المؤرخ في 30-08-2020 ،ج.ر عدد51 .

3. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 07-05 المؤرخ في 13-05-2007 ،ج.ر عدد 31.

4. القانون رقم 20-06 المعدل و المتمم للأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري.

II – القوانين الأجنبية :

1. قانون رقم 58 لسنة 1937 المتضمن قانون العقوبات المصري المعدل بموجب القانون 189 لسنة 2020.

2. مرسوم إشتراعي رقم 340 الصادر في 01-03-1943 المتضمن قانون العقوبات اللبناني المعدل وفقا للمرسوم الإشتراعي رقم 513الصادر في 06-06-1996.

هـ – المحاضرات :

1. مُحَمَّد الرازقي ، محاضرات في القانون الجزائي (القسم العام) –أحكام عامة ، جريمة – ، ط8 ، دار الكتاب الجديد المتحدة ، بيروت ، 2002.

الفهرس

فهرس المحتويات

الفهرس	الصفحة
مقدمة:	
بسملة	
شكر وعرفان	
اهداء	
قائمة المختصرات	
مقدمة	أ
الفصل الأول: الإطار المفاهيمي والتشريعي للدفاع الشرعي.	
المبحث الأول: نبذة تعريفية عن الدفاع الشرعي كسبب من أسباب الإباحة:	07
المطلب الأول: مضمون الدفاع الشرعي وشروط توفره:	08
الفرع الأول: مضمون الدفاع الشرعي:	08
الفرع الثاني: الشروط الواجبة لتوفر الدفاع الشرعي :	13
المطلب الثاني: حصر حالات الدفاع الشرعي :	22
الفرع الأول: الحالة الأولى:	23
الفرع الثاني: الحالة الثانية:	26
المبحث الثاني: خصوصية الدفاع الشرعي:	32
المطلب الأول: الآثار المترتبة عن الدفاع الشرعي:	33
الفرع الأول: آثار الدفاع الشرعي من الناحية الجزائية:	33
الفرع الثاني: آثار الدفاع الشرعي من الناحية المدنية:	36
المطلب الثاني: حكم تجاوز الفعل المرتكب لشروط الدفاع الشرعي:	37
الفرع الأول: المقصود بالتجاوز وعناصر تجاوز الدفاع الشرعي:	37
الفرع الثاني: تنظيم المشرع الجزائري لتجاوز الدفاع الشرعي:	39
خلاصة الفصل	43
الفصل الثاني : تكوين قناعة القاضي الجزائي في حالة الدفاع الشرعي :	
المبحث الأول : تنظيم السلطة التقديرية للقاضي الجزائي :	46
المطلب الأول : الضوابط التي تحكم السلطة التقديرية للقاضي الجزائي	47
الفرع الأول : بناء إقتناع القاضي الجزائي على أساس أدلة مشروعة	47
الفرع الثاني : بناء إقتناع القاضي الجزائي على أساس أدلة من ملف الدعوى و تم مناقشتها أثناء الجلسة	49

الفرع الثالث : بناء إقتناع القاضي الجزائي على أساس اليقين و الجزم	50
المطلب الثاني : تطبيق الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي	51
الفرع الأول : أساسيات تطبيق الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي	51
الفرع الثاني : الإستثناءات الواردة على الإقتناع الذاتي للقاضي الجزائي	56
الفرع الثالث : الرقابة على إلاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي	58
المبحث الثاني: مدى توفر السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في الدفاع الشرعي:	59
المطلب الأول: إثبات العناصر المكونة لحالة الدفاع الشرعي:	60
الفرع الأول: إثبات الركن الشرعي للدفاع الشرعي:	63
الفرع الثاني: إثبات الركن المادي للدفاع الشرعي:	64
الفرع الثالث: إثبات الركن المعنوي للدفاع الشرعي :	64
المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن تطبيق السلطة التقديرية للقاضي لجزائي في تحديد حالة الدفاع الشرعي :	65
خلاصة الفصل:	69
الخاتمة..	71
قائمة المراجع	

: