جامعة مولود معمري – تيزي وزو–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

عنوان المذكرة:

نظام الإباحة وفقا لقانون العقوبات الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: القانون الجنائي و العلوم الجنائية

من إعداد الطالبين :

– سحالي مهدي

– حموم عمر

تحت إشراف الأستاذ:

د– خلوي خالد

لجنة المناقشة

أ.د– لعمامري عصاد، أستاذ ، جامعة مولود معمري..... رئيسا

د– خلوي خالد، أستاذ محاضر "أ" ، جامعة مولود معمري.....مشرفا ومقررا

أ– زوبير أرزقي، أستاذ مساعد "أ" ، جامعة مولود معمري.....ممتحنا

تاريخ المناقشة :2024/06/27

قال الله تعالى: "إنّ الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل إنّ الله نعما يعظكم به إنّ الله كان سميعا بصيرا"

سورة النساء الآية 58.

شكر وعرفان:

أتقدم بالشكر الجزيل و الإمتنان للسيد عميد كلية الحقوق بجامعة مولود معمري و كل أساتذة كلية الحقوق لدى جامعة مولود معمري، والسادة أعضاء اللّجنة المحترمين، ولاسيما الأستاذ "**خلوي خالد**" مشرفا، وكافة السادة والسيدات لدى كلية الحقوق جمعة مولود معمري الذين ساهموا وقدّموا لنا المساعدة وسخّروا لنا كافة الإمكانيات لإنجاح تكويننا ما بعد التدرج على مستوى الكلية.

إهداء:

الحمد لله الذي هدانا لما فيه الخير والسداد ونرجو من الله أن يتم علينا نعمه الصالحات على خير ونحمد الله على تمام إنجاز هذا العمل المتواضع.

و أهدي هذا الجهد لمن حملتني كرها ووضعتني كرها وربتني صغيرا وأرشدتني كبيرا قرّة عيني أمي الغالية حفظها الله ورعاها.

إلى والدي الكريم رحمه الله و اسكنه الفردوس الأعلى مع العليين الذي ما إن فك يرشدني ويوجهني إلى ما فيه الخير والصلاح و إلى زوجتي الحبيبة التي لطالما كانت سند لي لمتابعة الدراسة رغما الانشغالات اليومية في العمل و أعباء العائلة، والى حناني و قلبي و عيني ابني الحبيب أسلاس الذي استمد منه قوتي كل ما رأيت وجهه البريء.

و إلى كافة أفراد العائلة.

وإلى أصدقائي وكل الزملاء والزميلات من الطلبة والطالبات بكلية الحقوق لدى جامعة مولود معمري لاسيما منهم زملائي خلال السنة الدراسية لسنتي 2023/2022 و كذا 2024/2023.

"الطالب سحالي مهدي"

مقدّمة

يعتبر المجتمع الإطار الذي يعيش فيه الإنسان، ومن حقه أن يعيش آمنا في نفسه و ماله وعرضه، ومن حقه رد جميع الأفعال غير المشروعة التي تهدد كيانه ووجوده، هذا وقد جاءت الشرائع السماوية وفي مختلف القوانين الوضعية أنّ الجرائم التّي تهدد أمن واستقرار المجتمعات البشرية، وتمس بمصالح الأفراد أينما كانت، المقاصد الكلية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية هي خمس ضروريات (الدين، النفس، والعقل، والنسل والمال)، وهذه الأفعال المجرّمة في الأصل كانت مباحة، ونظرا لأثارها الوخيمة التي عادت على المجتمعات والأفراد حرمتها الشرائع السماوية وجرمتها القوانين الوضعية.

يعود تاريخ أول جريمة إلى قصة ابني أدم –عليه السلام– الذي قتل فيه احد أبنائه أخوه الآخر، وجاءت القصة في تنزيل العلي القدير على سيدنا محمد –صلى الله عليه وسلم– بتجريم فعل القتل والاعتداء على النفس التّي حرَّم الله إلّا بالحقّ باعتبار أنّ الاعتداء عليها ظلم وطغيان، فمقاصد الشريعة الإسلامية من التشريع هو حفظ نظام العالم وضبط الناس على وجه يعصم من الوقوع في المفاسد وذلك بتحصيل المصالح واجتناب المفاسد.

من خلال هذه الحادثة اتسعت دائرة التجريم واشتملت أفعال كثيرة كانت مباحة، وأخرجتها بذلك الشرائع السماوية والقوانين الوضعية من دائرة الإباحة وأدخلتها دائرة التجريم، وجُرّمت هذه الأفعال حماية للنفس والمال والعرض من الاعتداء حماية موضوعية لدعم الذات الإنسانية في الحياة الاجتماعية، ولأجل الحفاظ على هذه الحياة وردت استثناءات على استثناء التجريم، وذلك يعتبر رجوعا إلى الأصل بمعنى إباحة بعض الأفعال على وجه الحصر، وإخراجها من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة، وهاته الإباحة لها أسباب حدّدتها الشرائع السماوية وعلى رأسها الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية، وضبطت الشريعة الإسلامية أسباب الإباحة وحددت أحكامها وموقفها منها، من أهم هذه الضوابط، قاعدة الضرورات تبيح المحظورات، قاعدة الضرر يزال، قاعدة لا ضرر ولا ضرار.

وكذلك نهج وتوجه قانون العقوبات الجزائري هو الأخر هذا المنحى إلى تجريم أفعال وأورد عليها استثناءات أدخلها نطاق الإباحة، وهي ما يسمى بأنظمة الإباحة باختلاف أنواعها والتي اعتبرها قانون العقوبات الجزائري فعلا يبرء المجرم ولا يعاقب على فعله وهو موضوع ضارب في أعماق تاريخ الإنسانية.

من جهة ثانية فان الإنسان بطبعه كائن اجتماعي وهي حقيقة مفروضة منذ الأزل *مهما كان* الجدل الذي دار حول ذلك، إل أنه لابد من ترتيب وإيجاد تنظيم لعلاقة الفرد بغيره داخل المجتمع المحيط به، على أساس أنه حيثما وجد مجموع إنساني، وجد تنظيم سلوك الأفراد في الجماعة و منه يتحقق السلم الاجتماعي.

إن مصدر القواعد التي تحكم سلوك الفرد في المجتمع تتبلور في ثلاثية المنبع التي تعتبر أساس كل تنظيم و هي المتمثلة في الدين، الأخلاق و القانون، هذا الأخير يتضمن قواعد إلزامية وواجبة الاحترام في تقدير جميع الأفراد المجتمع، ويترتب عن مخالفتها رد فعل في جانب المجتمع والمتمثل في الجزاء، كما انه يتضمن أحكام إباحية يضمحل بحضورها مبدأ عدم المشروعية عن السلوك الذي خالف القواعد الملزمة، و هذا لتحقيق مصلحة المجتمع في هذه الإباحة.

إن معظم تشريعات الدول التي عرفت ثورة في النظرية العامة للجريمة و منها التشريع المصري و الفرنسي 1883 خلى كل منهما من أسباب الإباحة، فقانون العقوبات المصري عند تجريمه بعض الأفعال نص على ما يسقط عقوبتها من أعذار، لذا لم يقبل تشريعه فيما بعد ما يبرر بالأعذار الإباحية الأخرى، وأن خلو التشريع المصري من نظام الإباحة آثار جدلا، إلى غاية صدور قانون 1904 الذي نص صراحة على نظام الإباحة بصفة متفرقة.

أما قانون العقوبات الجزائري، فالمشرع قد نص في المادة 39 على حالتين من انتفاء التجريم وهما انتفاء العدوان و رجحان الحق، وعليه عرف أسباب الإباحة منذ صدور الأمر

66 – 156 المتضمن قانون العقوبات، لذا طرح علينا الإشكال قبل دراسة هذا الموضوع، عن **نظام الإباحة في القانون الجزائي الجزائري؟**

حيث تمّ اختيار الموضوع لإبراز تطور أشكال الإجرام وتنوع الجريمة و إقترافها جعل مختلف المشرعين يتصدون لها بمختلف الوسائل القانونية، وفي المقابل القانون بحد ذاته يشجع على الكشف عن الجرائم والتبليغ عنها، كما أن القانون يساهم في حماية الأشخاص التي تعمل على رفض الجرائم ومواجهتها، وذلك بتوفير حماية قانونية لكل شخص يتولى بنفسه وفقا للظروف المحيطة به التعرض للجناة قصد منعهم من ارتكاب الجريمة أو دون تحقيق النتيجة الإجرامية، وهذا من خلال نظام الإباحة خاصة نظام الدفاع المشروع و الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، لاسيما ما تفرضه متطلبات نظرية من خلال بروز قيمته العلمية، وهذا ناتج عن قدم الدراسات التي ُطرحت بشأنه لدى فقهاء الأمة الإسلامية ولدى المشرعين و فقهاء القانون الوضعي، سواء على مستوى مؤلفات التشريع الجنائي الإسلامي، أومن خلال المؤلفات القانونية أو البحوث الجامعية.

تبرز قيمة الموضوع من الناحية العملية في أّنه يهدف إلى توعية الأشخاص بالشروط والأحكام المشروعة والقانونية لقيام أسباب الإباحة بمختلف أنواعه، وبيان حدود استعمالها، خاصة مع ازدياد الجرائم الماسة بشرف الأشخاص وحرماتهم وجرائم المال.

وعن الصعوبات التي واجهتنا من خلال انجاز وإعداد هذه المذكرة فنعرج من خلال ما يلي إلى أهم هذه النقاط.

من جهة ضيق الوقت و الزامية التقييد بتسليم المذكرة خلال مدة زمنية معينة و محددة و من جهة أخرى التكفل بالتزامات العمل والوظيفة التي تزيد من تضيق الوقت المخصص لانجاز هذه المذكرة.

موضوع الدراسة من خلال عنوانه يظهر انه بسيط إلا انه بالخوض في فحوى نطاقه فهو جد متشعب.

أغلبية المراجع تجدها عامة و انعدام المراجع المتخصصة سواء منها الخاصة بالتشريع الجزائري أو حتى القانون المقارن لاسيما أن عنوان المذكرة محدد في أنظمة الإباحة وفقا لقانون العقوبات الجزائري وهو ما جعل المراجع المتخصص تقريبا منعدمة و ان وجدت فهي لم تتعرض بشكل جيد او دقيق او مفصل إضافة الى نقص الاجتهاد في هذا المجال لاسيما أن التطبيقات القضائية فيها تقريبا منعدمة وما وجد فيها لا يعدو أن يكون قضايا بصفة عامة و تتخللها المبادئ العامة و لا تدقيق فيها.

إلا انه من أجل الخوض في هذا الموضوع من خلال دراستنا له ومن اجل ضمان الدقة فيه ولو في بعض المحاور تم الاعتماد على المنهج المقارن من خلال إعطاء نظرة ولو بسيطة للأنظمة المقارنة لاسيما منها اثناء التطرق الى الإطار المفاهيمي لنظام الإباحة، كما اعتمدنا على المنهج الوصفي من خلال وصف كل سبب من أسباب الإباحة بشكل مفصل سواء اثناء التطرق اليها من خلال التعرض اليها في الاطار المفاهيمي او من خلال النظر في كل سبب من أسباب الإباحة بشيء من التفصيل في إطار أنظمة الإباحة، كما اعتمدنا من جهة أخرى على المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل بعض المواد القانونية سواء أثناء التطرق إلى أسباب الإباحة أو أثناء إجراء مقارنة بين أسباب الإباحة والأنظمة المشابهة لها.

وللإجابة عن الإشكال المطروح اعتمدنا المنهجية التي استلزمت علينا تقسيم هذا العمل إلى فصلين على النحو التالي.

حيث انه تضمن **(الفصل الأول)** الإطار المفاهيمي لنظام الإباحة و الذي تم تقسيمه الى مبحثين اين يتناول المبحث الأول ماهية نظام الإباحة والذي بدوره خصصنا له مطلبين و يتضمن المطلب الأول مفهوم نظام الإباحة اما المطلب الثاني الطبيعة القانونية لنظام الإباحة و بعدها يأتي المبحث الثاني الذي خصص للأساس القانوني لنظام الإباحة و اثارها و هو بدوره مقسم الى مطلبين فالمطلب الأول لدراسة الأساس القانوني لأسباب الإباحة اما المطلب الثاني لأثار أسباب الإباحة.

بينما تضمن **(الفصل الثاني)** أنظمة الإباحة الذي جاء بدوره مقسما إلى مبحثين، فتطرقنا من خلال الأول للأنظمة ذات الآثار النسبي للإباحة وهو المبحث الذي تم تقسمه إلى مطلبين أين تم التطرق في الأول لما أذن به القانون كسبب من أسباب الإباحة وجاء الثاني للخوض فما أمر به القانون كسبب من أسباب الإباحة أما المبحث الثاني فتم تخصيصه للدفاع الشرعي كنظام واسع للإباحة وهو بدوره تم تخصيص له مطلبين بحيث تطرقنا في الأول لمفهوم الدفاع الشرعي أما الثاني فتركناه للخوض في الآثار المترتبة عن الدفاع الشرعي وحكم تجاوز حدوده القانونية.

الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي لنظام الإباحة

الأصل في الشريعة الإسلامية وحتى الديانات التي سبقتها إضافة إلى العرف وكافة التشريعات، نجد من خلالها أنّ الأفعال المحرّمة محظورة على الكافّة، لكن استثناء أباحت بعض الأفعال المحرّمة لمن توافرت فيهم صفات معينة، لأنّ ظروف الأفراد أو الجماعة تقتضي هذه الإباحة، وهؤلاء يأتون الأفعال المحرّمة لغرض أو أكثر من أغراض الشريعة الإسلامية من جهة والأعراف والتشريعات أو الديانات الأخرى من جهة أخرى، وهذه الإباحة للفعل المحرّم كانت لأسباب متعددة تمنع من مؤاخذة الفاعل لأنّ الشريعة جعلت له في إتيان الفعل المحرّم رخصة وأباحت له إتيان ما حرّم على الكافّة[1]، وهذه الأسباب تدخل في نطاق ما يسمى بنظام الإباحة.

إن دراسة نظام الإباحة، تتطلب منه التطرق إلى مفهوم نظام الإباحة، ثم التطرق للبحث عن فكرة الأساس القانوني لنظام الإباحة وآثارها على الفعل الذي تتوفر فيه، مما يجعلنا الأمر نتعرض لهذه المفاهيم بشيء من التفصيل لكل منها في مبحث مستقل كما يأتي بيانه:

1-عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ،ج1.ط14، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع بيروت، لبنان، 1998،ص 468،469.

المبحث الأول

ماهية نظام الإباحة

هناك من الفقه من يرى ان أسباب الإباحة تنقسم الى صنفين، فمن جهة الإباحة الواسعة أو الأصلية وهي تلك الإباحة التي تخول للشخص إتيان كل فعل لا يجرمه القانون ذلك لأن الفعل الذي لم يتناوله المشرع بالتجريم يبقى على أصله وهو الإباحة.

من جهة أخرى الإباحة الاستثنائية وهي تعني إخراج فعل من دائرة التجريم أصلا وذلك بسبب وقوعه في ظروف خاصة قد رأى المشرع أن إدراجه ضمن المباحات أولى من إدراجه ضمن المحظورات وذلك تبعا للموازنة بين الحقوق والمصالح، وعلى هذا فإن الإباحة الاستثنائية أصل الأفعال فيها أنها مجرمة ابتداء ولكن أذن المشرع بارتكابها استثناء متى وقعت في ظروف خاصة ومحددة، وضابط التفرقة بين الإباحة الأصلية، والإباحة الاستثنائية هو مدى إمكانية إسقاط الواقعة على النص القانوني المجرم فمتى أمكن إسقاط الواقعة على النص المجرم وحصل التطابق ولكن لظروف استثنائية رأى المشرع إخراجها من نطاق دائرة التجريم وردها إلى أصلها الأصيل وهو الإباحة[1]، فمنه نكن امام إباحة استثنائية، أما إذا لم يسقط الواقعة على أي نص قانوني يجرمها دل ذلك على أنها لازالت على أصلها الأول وهو الإباحة ومن ثم كانت إباحتها إباحة أصلية.

من ثمة قد يرتكب الفرد عملا ينطبق عليه نص التجريم الوارد في قانون العقوبات، ويتحمل المسؤولية الجزائية المترتبة عن هذا الفعل ومن ثم يمكن إدانته والحكم عليه بعقوبة جزائية، ومع ذلك فالأمر لا يكون هكذا في كل الأحوال، فقد لا يعد القانون هذا الفعل جريمة كمن يقتل للدفاع عن نفسه أو يجرح من أجل القيام بعمل طبي، فتخرج هذه الأفعال من

1- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزائر، بن عكنون، ديوان المطبوعات الجامعية، 1998، ص 177.

دائرة التجريم والفعل المعاقب عليه قانونا إلى دائرة الإباحة، وهو الأمر الذي نتطرق إليه بشيء من التفصيل، وذلك بالتطرق إلى مفهوم أسباب الإباحة، وتبيان الطبيعة القانونية لنظام الإباحة وبعدها نتطرق إلى تمييز أسباب الإباحة عن الأنظمة المشابهة له كل في مطلب.

المطلب الأول

مفهوم أسباب الإباحة و مصادرها

لإيجاد مفهوم يكون أقرب للإباحة سنحاول أن ننطلق من المعنى اللغوي ثم يمكننا استخلاص التعريف الاصطلاحي ، وبعدها نتطرق إلى التعريف الفقهي، كل هذا من خلال الفرع الأول، ثم الفرع الثاني نخصصه لمصادر نظام الإباحة.

كما انه لأسباب الإباحة تعريفات عامة يمكن التطرق اليه من خلال الفقرة التالية قبل الاتيان بالتعريفات بالتفصيل في النقاط الموالية وفقا للفروع التي سنتطرق اليه أعلاه و هي كما يلي

المعنى العام: هي إتيان الشخص لكل فعل لم يجرمه القانون أو هو ما يعبر عنه فقهاء الأصول في الشريعة بأن الأصل في الأشياء الإباحة حتى يأتي النص الذي يحرم.

المعنى الخاص: هو ما يعرف بأسباب الإباحة أو الأفعال المبررة، وهي إخراج فعل من العقاب استثناء بسبب وقوعه في ظروف خاصة، وفي هذا التعريف ركز المعرف على التفرقة بين أسباب الإباحة وما يمكن أن تشتبه معها طبيعة ونتائجها ذلك لأن أسباب الإباحة تمحو الجريمة أصلا، وأما أسباب عدم المسؤولية فتمحو المسؤولية مع بقاء الجريمة بينما الأعذار المعفية من العقوبة لا تمحو الجريمة ولا المسؤولية وإنما تعفي من العقاب.

الفرع الأول

تعريف نظام الاباحة.

كما سبق لنا ان اشرنا اليه أعلاه سنتطرق اول من خلال هذا الفرع الى التعريف اللغوي كنقطة أولا و بعدها نخصص العنصر الثاني للتعريف الاصطلاحي وفقا للتفصيل التالي.

أولا: التعريف الغوي للإباحة

يستعمل لفظ الإباحة في اللغة من خلال ثلاث مواضيع فيقال، باح بسره أظهره بمعنى المتعدي أباح ولست متعديا، كما يقال باح بمعنى ظهر وهو لفظ في هذا الاستعمال لازما ومصدر الأول الإباحة اما مصدر الثاني البوح، والمباح اسم مفعول من الإباحة والواقع أن معنى الإباحة في اللغة أوسع، ففي لسان العرب إن البوح ظهور الشيء، وباح الشيء ظهر، وباح به بوحا، وباح ما كشف، وباح به صاحبه[1]، كما ان المباح لغة، فهو اسم مفعول من أباح الشيء بمعانيه المختلفة السابقة[2]، فهو اسم لكل من وقعت طيه الإباحة من معنى من تلك المعانى.

ثانيا: التعريف الاصطلاحى للإباحة

الإباحة هو كل فعل أو عمل مشروع يقوم به الفرد في حياته اليومية، بينما أسباب الإباحة فهي الظروف المحيطة بجريمة ما تجعلها تخرج من دائرة العقاب بأن أصبحت تلك الجريمة مباحة وغير معاقب عليها نظرا للأسباب والظروف التي أرتكبت فيها، بحيث يرى

1- خلود سامي غرارة المعجوب، النظرية العامة للإباحة، دار الفكر العربي، ص 12.

2- محمد سلام مذكور، نظرية الإباحة عند الفقهاء، مباحث العلم عند الأصوليين، الحكم التحيري، دار النهضة العربية، ج1، 1963، ص 31.

المشرع في هذه الحالات أن الفعل المرتكب لم يلحق الضرر أو الخطر الذي من أجله وضع النص التجريمي مضفي عنه الصفة المشروعة[1] ويطلق على هذه الأفعال بأسباب الإباحة.

" وبناء على ذلك لا مانع من استعمال أيا من هذين التعبيرين للدلالة على معنى واحد[2] ويطلق عليها البعض بأسباب انتفاء الجريمة لانعدام الصفة الإجرامية الواقعة التي لها في القانون"

ثالثا: التعريف الفقهي لنظام الإباحة

لنظام الإباحة أهمية عليا وبالغة في النظام القانوني إلا ان المشرع لم يورد أي تعريف صريح للإباحة، ما جعل الفقه لاسيما منه العربي كغيره من الفقه لاسيما الدول الغربية يتناول هذا الموضوع بالدراسة العميقة والتأصيل من اجتهاد نظرا لطبيعة المجتمع و تركيبته وطغي الجانب الديني فيه، فوضع بعضهم تعريفا للإباحة، مما أدى إلى تفوقه في هذا المجال على الفقه الغربي، فعرفها البعض على أنها أسباب التي من شانها توافر إحداها تنفي الخطأ مما يترتب عليه إعفاء الجاني من المسؤولية، و يعاب على هذا التعريف اعتماده على فكرة الخطأ وهو ما لا يتفق مع أسباب الإباحة.

فالسبب المبيح عندما يقترن بالواقعة الاجرامية يجعلها مباحة على الرغم من توافر جميع أركانها اذ يقتصر اثره على اسقاط وصف التجريم عن الفعل فلا يعتبر جريمة.

كما عرفها البعض الأخر على أنها حالات انتفاء الركن الشرعي بناء على قيود واردة على نص التجريم[3] أو تكييف يلحق بالفعل ذاته بحسب ما إذا كان متعارضا أو متفقا مع

1- سلطان عبد القادر الشاوي، محمد عبد الله الوريكات، المرجع السابق، ص 174.

2--خلود سامي غرارة المعجوب، مرجع سابق، ص 98.

3- سلطان عبد القادر الشاوي، محمد عبد الله الوريكات، المرجع السابق، ص 174

نصوص التجريم و العقاب[1]، و من ثم فان الصفة الغير المشروعة ليست ركنا من أركان الجريمة، كما يعرف بعض الفقهاء المصريين الإباحة بقوله أن أسباب الإباحة يكون شأنها رفع الصفة الإجرامية على الفعل في الظروف التي وقع فيها، فهي تعدم الركن الشرعي، فتخرجه من دائرة الأفعال المعاقب عليها إلى مجال الأفعال المباحة.

الفرع الثاني

مصادر نظام الإباحة

لا تنحصر مصادر نظام الإباحة في قانون العقوبات ، كما هو الشأن في نصوص التجريم أو تقرير العقوبات، وكما هو الشأن أيضا في تقرير أنواع التدابير لاسيما منها الأمنية، ففي الإباحة يجوز القياس وليس في ذلك تعطيل لمبدأ الشرعية حيث أننا لا نجرم فعلا مباحا.

زيادة على ذلك يجوز فيها الاستناد إلى قواعد العرف أو الشريعة الإسلامية أو إلى نصوص القوانين الوضعية الأخرى لتقرير وجود سبب إباحة.

وهذا ما جعل أحد الفقهاء يقول بأن أسباب التبرير تكون قد وردت في قانون العقوبات على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر.

على أن أغلبية الفقهاء يرون أن أسباب الإباحة قد وردت في قانون العقوبات على سبيل الحصر لا المثال وإن جاز فيها الأخذ بالقياس أو العرف أو ما تقره القوانين الأخرى.

ونرى أن قانون العقوبات قد حصر مواضيع أسباب الإباحة في نصوصه، وعطل النص التجريمي عن العمل في كل فعل يدخل ضمن هذه المواضيع في القوانين الأخرى واعتد حتى بالعرف ،وحتى لا يجري المشرع وراء نصوص متناثرة،هنا وهناك لا يمكن حصرها آثر أخرى يمكن أن يحصرها بمواضيعها فحسب، فإذا ما وجدنا نصا في القانون يبيح فعلا معينا وجب علينا رده إلى أحد المواضيع التي حددها النص في قانون العقوبات.

1- مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، ط3، دار النشر ، الفكر العربي، القاهرة 1990، ص 13.

وإذا أخذنا قانون العقوبات الجزائري على سبيل المثال نجد أنه حدد أسباب التبرير في كل فعل يأمر أو يأذن به القانون أو في حالة الدفاع الشرعي (المادتين 39 و 40) وعليه، فلا يجوز إضافة أي سبب آخر لهذه الأسباب التي وردت على سبيل الحصر لا المثال.

ففي البحث عن أي فعل يثور حوله التساؤل عما إذا كان من الأفعال التي تخضع لأسباب الإباحة أم لا، يجب أن نحدد ما إذا كان الفعل يدخل ضمن ما حدده القانون كأسباب للإباحة، أي أن يكون الفعل في نطاق ما يأمر أو يأذن به القانون أو حالة الدفاع الشرعي، إذ في نطاق هاتين الحالتين فقط تكون الأفعال مبررة ويخرج منها ما تعدى هاتين الحالتين، وعليه فلا يجوز القول بأن حالة الضرورة مثلا هي سبب من أسباب الإباحة إذ لا تدخل ضمن نطاق هاتين الحالتين.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لنظام الإباحة

باعتبار أن أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية لتعلقها بالركن الشرعي للجريمة المتمثل في تكيف الفعل، ومنه فهي تخرج الفعل عن نطاق نص التجريم فيبقى مشروع، وينتفي عنه الركن الشرعي كما أن على وجود قاعدة قانونية تفيد من تطبيق نص التجريم، كما أن لأسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية من حيث عناصرها، وأثرها وكذا أقسامها ومدى جواز القياس فيها، وهو ما نتطرق إليه من خلال الفروع التالين.

الفرع الأول

عناصر نظام الإباحة

عناصر نظام الإباحة ذات طبيعة موضوعية من حيث أنها ترتكز على عناصر موضوعية لا علاقة لها بنفسية الجاني أو المجني عليه[1]، إلا أن النص القانوني قد يوضع استنادا لعنصر نفسيا لحسن النية، فيمن يمارس الإباحة ومثال على ذلك حالة اتجاه نية الطبيب إلى استشفاء المريض خلال ممارسة الأعمال الطبية وكنتيجة يحدث جروح في جسد المريض، فهنا لا نرى إلى الجروح التي أصابت المريض ونكيفها على أنها جنحة الضرب والجرح العمدي بل يتم النظر إلى هذا التصرف من الزاوية الأخرى، وهي البحث عن الغرض والباعث ونية الطبيب من الإتيان بالفعل والذي يكون في أوله الغاية منه هي استشفاء المريض.

كما انه في حالة استعمال حق التأديب مثلا الاب الذي يؤدب ابنه بالضرب الخفيف بدون ان يصل إلى درجة العنف، أو العاهة المستديمة، وأيضا النظر إلى الوسيلة المستعملة، ومنه إن كانت نية الأب هي التأديب فنكن أمام فعل أو تصرف مباح، أما إذا كانت الوسيلة المستعملة تعدت الحد المألوف كمن يستعمل سلاح ابيض ثم يدعي انه في حالة تأديب ابنه فنكون أمام حتمية متابعته جزائية، لارتكابه جنحة الضرب والجرح العمدي باستعمال سلاح ابيض، لاسيما إذا كانت الجروح التي أحدثها ضد ابنه بلغة درجت العاهة المستديمة او القتل في بعض الحالات، مما يترتب عنه استبعاد فرضية حسن نية الأب.

1- مصطفى العوجي، القانون الجنائي العام، ج1، النظرية العامة للجريمة مقدمة في القانون الجنائي، مؤسسة نوفال،بيروت، 1984.

الفرع الثاني

أثار نظام الإباحة

على أساس ان أسباب الإباحة تزيل الصفة الإجرامية على الفعل، ومن ثم فإن أثارها لا يقتصر على الفاعل الأصلي وحده، بل يمتد إلى شركائه، وذلك تأسيسا أن الفرع حكم الأصل، فالطبيب الذي يستفيد من سبب الإباحة يتبعه في ذلك كل الممرضين المساعدين له في العملية الجراحية، ونفس الشيء للاعب في الممارس للفنون القتالية، مثلا الملاكمة، فالمبارز في هذه الحالة يستفيد من الإباحة لوجود قوانين تبيح ذلك و تنظمها وفقا الإطار القانوني المحدد لها، ومنه بزوال الصفة الإجرامية عن المبارز يؤدي ذلك إلى عدم متابعة مدربه الذي يوجهه خارج الحلبة على أساس انه محرض على إتيان فعل الضرب والجرح.

و منه يترتب على زوال صفة التجريم أن الشريك في فعل مباح يستفيد من توافر سبب الإباحة لدى الفاعل، وكذلك الجهل بتوافر سبب الإباحة دون استفادة منه، فعدم علم ضابط الشرطة القضائية الذي يؤمر بتنفيذ أمر بالقبض على المتهم لا يحول دون استفادته من سبب الإباحة ما دام الأمر صحيحا، وصادر عن السلطة القضائية[1].

و كذلك حالة الغلط في الإباحة، وهو قيام وهم لدى الجاني بتوافر سبب إباحة غير موجود، في الأصل لا يعدم الإباحة ذاتها لأن الغلط في الإباحة يقوم على خلط وقع فيه الفاعل فلا يؤثر في الركن المعنوي للجريمة بينما سبب الإباحة يقوم على توافر قاعدة قانونية معينة تخفف من نطاق قاعدة التجريم فهي تتعلق بالركن الشرعي في الجريمة.

ونظرا للطبيعة الموضوعية لأسباب الإباحة، فان مهمة القاضي في تقدير مدى توافر سبب الإباحة يقتصر على البحث في مدى توافر الشروط القانونية في السلوك، وليس

1-عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات، القسم العام، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 78.

الجوانب الشخصية في الفاعل، غير أنه في أحوال ضيقة كقيد عن القاعدة العامة، يتوجب على القاضي فضلا عن ذلك البحث في مدى توافر بعض الجوانب الشخصية كما في حالة تأديب الصغار، بحيث يشترط أن يكون التأديب بحسن نية، و هو جانب شخصي لا موضوعي، وكذلك مباشرة الأعمال الطبية التي يفترض فيها البحث عن أساليب لشفاء المريض[1].

الفرع الثالث

أقسام أسباب الإباحة، و مدى جواز القياس فيها

إن الطبيعة القانونية لأسباب لإباحة، وما تتضمنه من جوانب موضوعية وأخرى شخصية، كان لها ولا شك تأثيرها على تقسيم الإباحة في مجال تطبيقها على الأفعال التي تنطبق عليها بحسب الجوانب الموضوعية أو الشخصية، التي تتضمنها تلك الأفعال فمن ناحية أساسها الموضوعي، نرى أن الفقه أجمع على تقسيمها إلى أسباب عامة و خاصة.

ومن حيث أساسها الشخصي قسمت إلى أسباب إباحة مطلقة، وأسباب إباحة نسبية، و هو ما نتطرق إليه من خلال النقطة الأول وبعدها نتطرق إلى النقطة الثانية للحديث عن مدى جواز القياس في أسباب الإباحة.

أولا- اقسام أسباب الاباحة:

سنحول إعطاء نظرة بشيء من التفصيل لأسباب الاباحة بالنظر الى أساسها الموضوعي و بعدها نتطرق الى أساسها الشخصي وفقا للعناصر التالية.

1- سلطان عبد القادر الشاوي، محمد عبد الله الوريكات، مرجع سابق، ص 127.

1-تقسيم أسباب الإباحة بالنسبة لأساسها الموضوعي:

تنقسم هذه الأسباب الى أسباب عامة و منها في جانب اخر أسباب خاصة و هو ما نحاول عرضه خلال النقاط التالية:

***أسباب الإباحة العامة:**

ويقصد بها تلك الأسباب التي تنطبق على كل الجرائم، فتبيحها إذا ما توفرت شروطها فهي لا تتقيد بجرائم معينة، بل تبيح الفعل الذي يرتكب مهما كان وصفه في القانون، فيستفيد منها كل شخص توافرت في فعله الشروط التي يتطلبها القانون.

ومثال على ذلك أداء الواجب واستعمال الحق.

***أسباب الإباحة الخاصة:**

وهي تلك الأسباب التي تتوافر بالنسبة لجرائم معينة، وبالتالي فهي لا تنتج أثرها إلا بالنسبة لهذا النوع المعين من الجرائم، ومثالها حالة الدفاع الشرعي،الذي يتعلق بجرائم الضرب والجرح والقتل، ورضا المجني عليه فيما يتصل بالجرائم المتعلقة بحقوقه والتي يجوز أن يتنازل عنها، ونلاحظ أن التمييز بينهما على شمول ما تلحقه هذه الأسباب بالأفعال التي تنطبق عليها.

والواقع أن كل سبب خاص، لا يمثل إلا تطبيقا خاصا لمبادئ واردة في الأسباب العامة للإباحة (أي ممارسة حق أو القيام بأداء واجب) لأنه بدون القاعدة القانونية الخاصة ليس في الإمكان تطبيق القاعدة العامة.

2- تقسيم أسباب الإباحة بالنسبة لأساسها الشخصي:

هي بدورها تنقسم الى أسباب مطلقة و اخرى نسبية و هو ما نحاول عرضها من خلال النقاط التالية:

*** أسباب الإباحة المطلقة:**

و هي تلك الأسباب التي يمكن أن يستفيد منها أي شخص، ويسري أثرها على كل من ساهم في ارتكاب الجريمة، سواء كان فاعلا أصليا أم شريك، ومثال هذه الحالة الدفاع الشرعي، حيث يعتبر سببا مطلقا يستفيد منه كل شخص يتعرض لخطر الاعتداء على نفسه أو ماله.

2- أسباب الإباحة النسبية:

وهي الأسباب التي ليس لها فعالية إلا إزاء أشخاص معينين، إذا توافرت فيهم صفات معينة، مثال مزاولة مهنة الطب، حيث تسري الإباحة على من توافرت لديه صفة الطبيب في أداء أعمال الجراحية، ولا يستفيد من هذه الأسباب، إلا من يقرر له القانون ذلك، فإجراء الممرض للعمليات الجراحية يعتبر جريمة تخضع تحت طائلة العقاب.

ثانيا- جواز القياس في أسباب الإباحة:

لقواعد الإباحة مصدر في كل فرع من فروع القانون، بما في ذلك القانون الجنائي إذا كل قاعدة قانونية عامة ومجردة تنظم حقا من الحقوق الشخصية تصلح ان تكون مصدرا من مصادر الإباحة باللجوء الى القياس، ويدعم هذا الرأي اعتماد القاضي على القياس في هذه الحالة ليتعارض مع مبدأ الشرعية الجنائية، إذا لا يؤدي إلى خلق جرائم جديدة أو تقرير عقوبات لم يثمن طيها الشارع.

المطلب الثالث:

تميز أسباب الإباحة عن الأنظمة المشابهة لها

رغم أن أسباب الإباحة تتفق مع كل من موانع المسؤولية الجزائية، وموانع العقاب، وعن الإباحة الأصلية، من حيث امتناع توقيع العقوبة على مرتكب الجريمة، فإنها تختلف عنهما في جملة من النواحي، ومنه من المفيد بيانها فى هذا المطلب من خلال الفروع التالية.

الفرع الأول

تمييز أسباب الإباحة عن موانع المسؤولية

نتطرق من خلال الفرع الى تمييز نظام الإباحة عن موانع المسؤولية وهذا من حيث طبعتهما والآثار المترتبة عنهما وهو ما نتعرض إليه من خلال العناصر التالية.

أولا: من حيث الطبيعة

أسباب الإباحة في أغلبها ذات طبيعة موضوعية أي مادية كما عرضناه سابقا، بخلاف موانع المسؤولية، إذا هي ذات طبيعة شخصية، ويترتب على ذلك أنه لا يستفيد الغير من هذا المانع فمثلا لو ساهم شخص بلغ سن الرشد الجزائي المحدد ب ثمانية عشر (18) سنة مع مجنون في ارتكاب جريمة معينة فإن الجنون كمانع لا يسري إلا بالنسبة لمن توافر فيه هذا المانع[1]، اما الشريك فيتحمل مسؤوليته الكاملة ويتعرض للعقاب، عكس ما يترتب عن توفر نظام من أنظمة الإباحة، التي تجعل الفعل المجرم مباحا وفقا للقانون, بغض النظر عن صفة او أهلية مرتكبه والمساهم فيها او الشريك.

1- سلطان عبد القادر الشاوي، محمد عبد الله الوريكات، مرجع سابق، ص 174.

ثانيا: من حيث الأثر.

كما هو معلوم ينصرف أثر الإباحة إلى تجريد الواقعة من صفتها الإجرامية ، وما يتتبع ذلك من انتقاء المسؤولية المدنية والجنائية لمرتكب الواقعة، بخلاف موانع المسؤولية، بحيث تظل الواقعة محتفظة بصفتها الإجرامية، وكل ما في الأمر أنه ينتج عنها امتناع توقيع العقوبة على المتهم، مع بقائه مسئولا مسؤولية مدنية عن الضرر الذي تسبب فيه للغير جراء الواقعة الإجرامية، ومنه للقاضي كامل الصلاحية و التقدير في حالة امتناع المسؤولية الجنائية في توقيع التدبير الأمني الذي تتطلبه حالة مرتكب الجريمة[1]، فمنها مثلا إذا ارتكب مجنون جريمة، فللقاضي وضعه في مصحة عقلية، كتدبير امن، و غايته في ذلك الإجراء و التدبير وقاية مرتكب الجريمة، وفي نفس الوقت للمجتمع، من اجل وضع حد للجريمة.

الفرع الثاني

الفرق بين أسباب الإباحة وموانع العقاب

قد تتوفر أركان الجريمة وتقوم المسؤولية الجنائية دون أي مانع من موانع المسؤولية، ومع ذلك يقرر المشرع لاعتبارات المنفعة العامة عدم تطبيق العقوبة.

وتسمى هذه الحالات بموانع العقاب، والتي نظمها التشريع الجزائري في المادة 5 من قانون العقوبات التي يفهم من خلالها على ان " يعفي من العقوبة كل من بلغ السلطات عن جناية أو جنحة ضد أمن الدولة قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيها " وكذلك المادة 179 من نفس القانون التي " **تعفي من العقوبة كل من يقوم من الجناة بالكشف للسلطات عن الاتفاق الجنائي أو عن وجود جمعية من الأشرار قبل أي شروع في الجناية موضوع الاتفاق أو الجمعية وقبل البدء في التحقيق**".

1- عبد القادر عدو، مرجع سابق، ص 78.

و كذلك نميز بين أسباب الإباحة وموانع العقاب وفقا ما يلي، أسباب الإباحة تنفي قيام الجريمة، ويعد الفعل مشروعا بعكس موانع العقاب لأغراض المنفعة الاجتماعية و يترتب على ذلك أنه إذا توافر سبب الإباحة استفاد منه كل المساهمين في الفعل، بعكس موانع العقاب فهي شخصية لا يستفيد منها إلا الأشخاص التي توافرت في حقهم، ومنه مثلا تخطيط جماعة من الأشخاص من اجل ارتكاب جناية او جريمة ضد امن الدولة فيقوم احدهم بإخبار الضبطية القضائية او السلطة القضائية بذلك التخطيط قبل ارتكاب الجريمة، فهنا يستفيد ذلك الشخص من عدم العقاب لوحده دون سواه، وهذا بدون ما يستفيد باقي الأطراف المشاركين والمساهمين في المخطط الاجرامي.

كما يمكننا حصر نواحي الاختلاف بين أسباب الإباحة وموانع العقاب فيما يلي:

أولا: من حيث الطبيعة

موانع العقاب ذات طبيعة شخصية لا يستفيد منها إلا من تقرر المانع لمصلحته دون أي مساهم أخر فاعلا أصليا كان أم شريكا عكس ما هو مقرر لأسباب الإباحة التي تكون بطبيعة موضوعية.

ثانيا: من حيث الآثار

تقتصر اثار سبب الإعفاء على رفع العقوبة مع إبقاء الصفة الاجرامية للسلوك، وبالتالى يعد الشخص مسئولا مسؤولية مدنية وجنائية فى أن واحد، واحتفاظ السلوك بصفته الإجرامية يؤدي إلى إمكانية اخضاع القاضي الجزائي مرتكب الجريمة لأحد التدابير الأمنية المنصوص عليها في نص المادة 52 فقرة 2 من قانون العقوبات[1].

1- عبد القادر عدو، مرجع سابق، ص 80.

الفرع الثالث

تتميز أسباب الإباحة عن الإباحة الأصلية

ان الإباحة الاصلية تتعلق بالأنشطة التي لم يجرمها المشرع، ومن ثم فإنها لا تتعارض مع قاعدة جنائية، لأن شروط تجريمها غير متوافرة مما حال دون وصف السلوك بالجريمة، وذلك عكس الإباحة الاستثنائية (أي أسباب الإباحة) فان قانون العقوبات من خلال التشريع تدخل بتجريم السلوك، إلا انه لظروف استثنائية اباح المشرع ذلك السلوك او التصرف على سبيل الاستثناء، وفي ضوء ما سبق يتضح لنا ان معيار التمييز بين الإباحة الاصلية والاستثنائية هو مدى مطابقة السلوك للنموذج الذي وصفه المشرع للفعل المعاقب عليه، فان كان غير مطابق له كنا إزاء اباحة اصلية، بينما اذا كان مطابق له إلا انه لظروف معينة رفع عنه الصفة الاجرامية كنا هنا امام اباحة استثنائية، و تتلخص أهمية التميز بين النظامين في ان:

أولا, الإباحة الاصلية تحول دون توقيع تدبير احترازي على مرتكب الفعل الذي لا يعد جريمة، و ذلك متى دل على انحراف لدى مرتكبه مثلا من ثبت ارتكابه النشاط الاجرامي متى كان مجنون، على عكس الإباحة الاستثنائية أي (نظام الإباحة) فتنفي الحالة الخطيرة، ومن ثم لا يتصور توقيع تدبير احترازي في هذه الحالة.

ثانيا, الإباحة الاصلية لا تحول دون ترتيب مسؤولية مدنية عن الاضرار التي تترتب على السلوك الذي لا يعد جريمة، و ذلك على عكس الإباحة الاستثنائية فلا ترتب أي مسؤولية جنائية كانت او مدنية عن أي ضرر ينجم عن السلوك المجرم أصلا.

كخلاصة عن المبحث الأول مما سبق التطرق إليه سابقا، لقد حاولنا في هذا المبحث أن نعرض بقدر الإمكان مفهوم نظام الإباحة من خلال إعطاء نظرة عن التعريف اللغوي

والفقهي وكذلك الاصطلاحي لها والجمع بين كل هذه بتعريف جامع لها وكما بين الطبيعة القانونية لها وما يميزها عن باقي الحالات المشابهة لها.

وكذلك يجب طينا دراسة لها التطرق للأساس القانوني لنظام الإباحة وأثارها، كل ذلك سنعالجه بالتفصيل في المبحث الثاني التالي.

المبحث الثاني

الأساس القانوني لنظام الإباحة و أثارها

ان المشروع الجزائري في قانون العقوبات، على غرار باقي تشريعات المقارنة نص على أسباب تجعل من الفعل الإجرامي بفعل مباح، وهذا لوجود أساس مبني على وجود نص قانوني و استعمال حق، كما انه يترتب عن ذلك أثار بتوافرها على الفعل الإجرامي، وهو ما نتطرق إليه من خلال تفصيل المبحث الحالي إلى مطلبين، أين نتطرق أولا للأساس القانوني لأسباب الإباحة من خلال المطلب الأول، وبعدها نخصص لأثار أسباب الإباحة المطلب الثاني.

المطلب الأول

الأساس القانوني لأسباب الإباحة

يتبين من خلال قانون العقوبات أن المشرع الجزائري جاء بالأسباب التي تخرج الأفعال من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة، منها نص المادة 39 فقرة 1 التي نجدها تنص على أن "لا جريمة" إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون"، وهذا على أساس أن الفرد قد يقوم بعمل ينطبق عليه نص التجريم الوارد في قانون العقوبات، ومع ذلك فلا يعتبره القانون

جريمة، ويعني ذلك أنه لا يكفي أن يتطابق الفعل مع نص تجريمي ساري المفعول، بل لا من انتفاء استعمال الحق مع توافر القصد الجنائي.

كما ان المشرع الجزائري جاء بنص المادة 308 من قانون العقوبات كاستثناء على مبدأ عدم الاخذ بحالة الضرورة كما فعل به التشريع المقارن فمنه مثلا التشريع الفرنسي الذي اخذ بحالة الضرورة بصفة عامة، و بدون أي يحصرها بحالة او حالات بل ترك المجال للقضاء للتأكيد في مدى توافر شروطها، اين نجد المشرع الجزائري لم يحذوا حذو التشريع المقارن إلا انه كاستثناء لموقفه نجده قد خرج عن القاعدة في نص المادة السالفة الذكر التي جاء فيها على انه لا عقوبة على الإجهاض اذا استوجبته ضرورة انقاذ حياة الام من الخطر متى اجراه طبيب او جراح في غير خفاء و بعد ابلاغ السلطة الإدارية.

حيث انه يستخلص مما سبق ذكره ان المشرع الجزائري حتى في الحالة الاستثنائية التي جاء بها، من خلال نص المادة 308 من قانون العقوبات إلا انه لم يترك الفعل بكل هذه البساطة بل انه قيده والزم توافر شروط لابد منها قبل اللجوء الى اجهاض الحامل،, وهي الشروط التي سنراه بعد التطرق الى أسباب الإباحة بالتفصيل من خلال الفصل الثاني.

و للتفصيل اكثر في هذه المسالة ارتأين للتطرق الى محورين اساسيين و ذلك من خلال الفرعين التاليين.

الفرع الأول

استعمال الحق

يرخص القانون لصاحب الحق فى استعماله، ولفظ القانون له مدلول أوسع حيث يتفق القضاء الفرنسي و المصري، على أنه لا يقتصر على القانون في حد ذاته بل تتعداه لتشمل

العرف، الشريعة الإسلامية، وهذا ما يتفق مع واقعنا في الجزائر، رغم افتقار قضائنا للقرارات فى هذا الشأن[1]، ومما هو اتي نتطرق بالتفصيل الى اهم ما يمتاز به استعمال الحق.

أولا: معنى استعمال الحق.

ان ممارسة الحق كسبب عام من أسباب الإباحة، هي الأفعال التي تؤدي إلى استخدام الحق والانتفاع بما يتضمنه من مزايا أو ما يخوله من سلطات هذه الأفعال تعتبر مشروعة.

فطالما أن الحق في ذاته مشروع، فإن الوسيلة إلى استخدامه تكون أيضا مشروعة، ذلك أنه من غير المعقول او المنطق أن يقرر الشارع حقا ثم يعاقب على الأفعال التي يستعمل بها.

ثانيا: الشروط العامة في استعمال الحق.

عند استعمال رخصة الإباحة يجب على صاحب الحق التقييد بجملة من الشروط التي قيد تفرض عليه و لابد من احترامها، وهي كالتالي:

1/ وجود الحق المقرر بمقتضى القانون.

المقصود بالحق هنا مدلوله القانوني العام، أي تلك المصلحة التي يعترف بها القانون ويحميها و كثيرة هي الحقوق التي أقرها القانون كحق العمل،حق حرية التعبير، حرية التنقل، وحق التملك ... الخ، وكل الحقوق في الحقيقة وضعت لصالح المجتمع لأجل خدمته فيبيح تبعا لذلك استعمال ما هو ملائم لتحقيق هذه المصلحة، هذا لا يشترط أن تكون المصلحة المقررة لمن يستفيد من الإباحة، فقد تكون مقررة لشخص غيره أو للمجتمع او لهما الاثنان، وليس لمن يباشر حق التأديب، كما أن حق الطبيب في العلاج هو مصلحة وذلك خلافا

1- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، دار هومة، الجزائر، ط5، 2005، ص 116.

لمصادر التجريم والعقاب[1]، كما انه لا يشترط أن يكون مصدر الحق قانون، بل يكفي أن يكون بناء على قانون، ولذلك يستوي أن يكون مصدر الحق هو التشريع أو اللائحة أو الشريعة الإسلامية، فكما جاء فى تعريف الحق بأنه تلك المصلحة التى يعترف بها القانون ويحميها، نجد أن مصادر الحق ليس القانون وحده، بل هناك مصادر أخرى كأحكام الشريعة الإسلامية والعرف كما تجدر الإشارة الى أنه يشترط في الحق أن يكون مؤكد[2].

2/ التزام حدود الحق.

هو ان الحقوق غير مطلقة بل نسبية، بمعنى أنها تلتزم حدودا في استعمالها يكون الخروج طيها تجاوزا لنطاقها، وبالتالي تنحصر عنها الحماية التي أعطاها القانون لها وهذه الحدود تختلف بتنوع الحقوق واختلافها، فبعضها تنظر فيه شخص صاحب الحق، فلا يجيز القانون لغيره استعماله[3]، وأن تكون الأفعال التي جاء بها لغرض ممارسة الحق، أي ان يمارس الحق من قبل صاحبه، وهو أن القانون قد يقرر الحق للشخص بذاته، فالطبيب لا يقبل من غيره ممارسة الأعمال الطبية، غير أنه هنالك حالات التي يرخص فيها القانون لصاحب الحق التنازل عنه أو نقله إلى الغير، فإن ممارسته من طرف من نقل إليه بغير سبب إباحة، فحق التأديب مثلا هو مصلحة للأسرة غير متساوية من حيث النقل، فإنه يجب بحث كل حق لتحديد ما إذا كان المشرع يرخص من نقله أم لا وكمثال عن ذلك حق الاب في تأديب ابنه القاصر او الزوج في تأديب زوجته، وهذا الحق الذي تقره الشريعة الإسلامية، فهو غير قانوني إلا انه يجب أن تتم ممارسة الحق في الحدود التي يسمح بها القانون إذا كانت هذه الأفعال غير مشروعة، لكن ما هو مؤكد فان تحديد هذه الحدود يختلف بحسب

1- أحمد فتحي سرور، الوسيط في شرح قانون العقوبات ، القسم العام، دار النهضة العربية، د.س.ن، مصر، ص 319.

2-عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات ، القسم العام، الجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 74.

3-جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات المصري، منشاة المعارف، الاسكندرية، مطبعة الأطلس، القاهرة، ص 235.

الحق، فحق التأديب لا يبيح إلا الضرب الخفيف، وإذا كان الضرب مبرحا سيؤدي للتعارض بين مصلحتين يحمى القانون أجدرهما بالحد الأدنى الضروري، كما أن هذا الحق غير قابل للنقل[1].

3/ أن ممارسة الحق يقتضي إتباع إجراءات معينة قبل استعماله.

يترتب على عدم مراعات إجراءات معينة في ممارسة الحق، زوال صفة الإباحة عن الفعل او التصرف الذي اتى به، وهذه القيود أو الإجراءات لم يتم حصرها، ومن ثم يتعين فحص كل حق على حد لاستخلاص قيوده، ولإثبات دخول الحق في زاوية الشرعية[2].

4/ توافر النية اثناء استعمال الحق.

إن شرط حسن النية من الشروط التي تحقق بها الإباحة التي أرادها القانون، وهذا على ان يكون الحق سبيل لتمكين صاحبه من استعماله فى حدود الغرض المقرر له، ومنه إذا أراد صاحب الحق تحقيق غرض آخر كان ذلك خروجا على نطاق الحق، أي تجاوز الحق وبالتالي تجاوزا لحدود الإباحة، فالطبيب الذي يجري عملية جراحية لا بقصد العلاج وإنما بقصد إجراء تجربة علمية يكون قد خرج على حدود الحق[3]، او مثلا الزوج الذي يتعد على زوجته بالعنف فهنا يصبح مرتكب لجنحة الضرب الجرح العمدي على الزوجة و ليس تأديب الزوجة.

ومنه مثلا العديدي من القضايا اين تم الحكم لاسيما على الأطباء الاخصائيين في الامراض العقلية، الامراض النفسية والسبب ان الطبيب يوصف المخدر للمريض ليس

1-بارش سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، شرعية التجريم، دار الهدى، للطباعة و النشر و التوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص

2- عادل قورة، مرجع سابق، ص 74.

3- مرجع نفسه، ص 75.

للعلاج الطبي الصحيح، ولكن من اجل تسهيل تعاطي المخدرات لاسيما للمدمنين عليها أما بمقابل أو بدون مقابل، ومنه يجرى عليه حكم القانون العام مثله مثل عامة الناس، فلا يعتبر عمله مباح استنادا إلى حق الطبيب في العلاج بل يعتبر كأنه اما مروج للمخدرات أو بائع لها او عارض لها للغير.

5/ تطبيقات استعمال الحق

لا يمكن حصر هذه التطبيقات لتعددها وتنوعها ولاختلافها من حيث مصدرها إلا انه يمكن التركز في الجزء الخاص بهذا العنصر بالتطرق الى أهمها و أكثرها شيوعا، منها الحق فى التأديب، حق ممارسة الألعاب الرياضية وحق ممارسة الأعمال الطبية.

أ/ حق التأديب (تأديب الزوجة و الأولاد).

تتمثل علة الإباحة في ممارسة حق التأديب، في تقدير والحفاظ على الروابط الاسرية والمجتمع اين تقتضي هذه المصلحة منح هذه الرخصة للبعض لممارسة سلطة بعض على البعض الاخر، وهذا بمنح الحق في توقيع الجزاء على من يخرج عليها، لاسيما ان هذه المصلحة تحتل مرتبة الهرم في العائلة والمجتمع، وباعتبارها حق للمجتمع ترجع على الحق الخاضع لسلطة التأديب في سلامة جسمه، والغاية من حق التأديب هي تهذيب من يخضع له ونهيه عن السلوك الذي لا يتناسب مع مصلحة الأسرة وكذا مصلحة المجتمع[1]، كتأدب الأولاد الصغار وتأديب الزوجة، اين نجد ان الشريعة الإسلامية والاعراف في مجتمعنا منحت حق تأديب الزوجة والأبناء، فاما الزوجة فيمارسها الزوج كونه المسئول عن البيت كما ان لأفراد العائلة الكبار حق تأديب الأولاد الصغار، وحددت شروط ممارسة هذا الحق[2]، ومن التشريعات العربية التي أقرت صراحة حق الزوج في تأديب زوجته التشريع المصري، ومثال

1- عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 126.

2-أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 124.

ذلك نصت عليه المادة 209 من قانون الأحكام الشرعية المصري مع أنه يباح للزوج تأديب المرأة تأديبا خفيفا على كل معصية لم يرد في شأنها حد مقرر، إلا ان حق التأديب لا يجوز الإنابة في استعماله، فليس للزوج أن يوكل غيره في استعماله، ويلتزم توافر الشروط التالية في إباحة الضرب استعمالا لحق تأديب الزوجة فمثلا أن تأتي الزوجة معصية بشرط ألا تكون من تلك المعاصي التي قرر لها المشرع حد، أو أن يكون قد بلغ السلطات بمعصية الزوجة، أن يلجأ الزوج للوعظ كحل اولي، فإن لم يجد فالهجر في المضجع ثم يجوز له بعد ذلك أن يستعمل الضرب للتأديب أي الخفيف"[1]، و هذا بغرض الإصلاح وليس بقصد الانتقام و الالام، وهذا ما يمثل شرط حسن النية في استعمال حق التأديب، إلا ان المشرع الجزائري لم ينص عن ذلك إلا انه اذا عدنا الى نص المادة 222 من قانون الاسرة التي تنص على انه كل ما لم ينص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى احكام الشريعة الاسلامية أي انه يمكن للزوج ان يؤدب زوجته، لكن ما نجده في قانون العقوبات الجزائي لاسيما نص المادة 266 مكرر وما يليها تعاقب على ضرب الزوج أي سواء الزوج بالنسبة لزوجته او العكس نلاحظ انها تعاقب عن ذلك بل و اكثر من ذلك فانها تشديد العقوبة في الضرب الذي يكون بين الزوجين، و منه فوفقا لقانون العقوبات الجزائري فان تأديب الزوج لزوجته لا يعد عملا مبررا وإنما جريمة[2]، وذلك بمقتضى قانون العقوبات، ومهما كان طبيعة الضرب، كما انه و لو كان كانت العلاقة الزوجية لم تعد قائمة إلا ان الضرب بسبب اثار الطلاق، سواء اثناء ممارسة حق الزيارة او المطالبة بالنفقة او مقابل بدل الايجار ... الخ من اثار الطلاق.

1-جلال ثروت، مرجع سابق، ص 135.

2-عبد القدر عدو، مرجع سابق، ص 86-87.

ب/ حق مباشرة الاعمال الطبية

عند ممارسة الاعمال الطبية ولتفادي المسائلة الجزائية اثناء احداث جروح او حتى الوفاة لابد من توافر شروط، لاسيما منها الاختصاص في العمل أي في ذلك المجال، وموافقة المريض المعالج[1]، مع ذهاب النية الى تحقيق الغاية.

ج/ حق ممارسة الألعاب الرياضية.

مثلها مثل ما سب ذكره من الحالات في النقاط السباقة فان ادخال الافعال و التصرفات اثناء ممارسة الألعاب الرياضية ضمن حالات الإباحة، لابد من توافر شروط أهمها، ان تكون من الألعاب التي تعترف بها الأعراف والقوانين المنظمة لها في الرياضة، و ان يصبح الفعل موضوع الإباحة أثناء ممارسة اللعبة، و أن تكون دون تجاوز قواعد اللعبة[2].

الفرع الثاني

انتفاء القصد الجنائي

بمجرد توافر سبب من أسباب الإباحة خرج الفعل عن نطاق التجريم، وانتفت الصفة الغير المشروعة بعدما كان مجرما، وعلة ذلك ان انتفاء علة التجريم لا يحمل الفعل معنى العدوان، اذا ما ارتكب في ظروف معينة ما يبرر اباحته[3]، و هذا راجع الى زوال صفة عدم المشروعية فمثلا حق التأديب كسبب اباحة يعتمد على عناصر شخصية اين يفترض ان النية عند الاتيان بالفعل متجهة للتهذيب و ليس للعقاب او الانتقام.

1- مرجع سابق، ص 88.

2-عادل قورة، مرجع سابق، ص 78-79.

3- رؤوف عبيد، مبادىء القسم العام من التشريع العقابي، دار الفكر العربي، القاهرة، ط4، 1979، ص 498.

وبناء على ذلك لا مانع من استعمال أيا من هذين التعبيرين للدلالة على معنى واحد، ويطلق عليها البعض بأسباب انتفاء الجريمة، لانعدام الصفة الإجرامية للواقعة التي لها في القانون صورة الجريمة، فقد لا يحمل الفعل معنى العدوان إذا ما ارتكبت في ظروف معينة، كجراحة الطبيب مما يبرر إباحته، وقد يراعي القانون حقا أقوى من حق المعتدى عليه، ويراه أجدر بالرعاية فيجيز الفعل، ويبطل نص التجريم كما في حالة القتل للدفاع الشرعي.

المطلب الثاني

أثار أسباب الإباحة

بمجرد ادراج الفعل في ساحة الإباحة يخرجه من مجال التجريم، مما يترتب عنه استفادة كل من الفاعل والمساهم في ارتكاب الفعل سواء كان فاعل اصلي او شريك، والسبب ان الفعل يعتبره المشروع لا يصلح ان يكون محلا للمساهمة الجنائية[1]، و منه فنطاق اثار الإباحة يثير عدة نقاط لابد من التطرق اليها، وهو ما نعرج اليه من خلال دراسة مشكلة الجهل بالإباحة من خلال الفرع الأول، ثم الغلط في الإباحة كفرع ثاني، وبعدها نتطرق الى اثار أسباب الإباحة على الأنظمة المشابهة لها من خلال فرع ثالث، و بعدها نخصص لحكم تجاوز الإباحة الفرع الرابع.

الفرع الأول

الجهل بالإباحة

من خلال عنوان الفرع يتسن لنا معرفة معنا الجهل بالإباحة، والتي تتلخص في جهل مرتكب الفعل المجرم بتوفر أسباب الإباحة في شخصه،, إلا ان بهذا الجهل لا ينفي توافرها بل تتحقق اثارها من حيث اباحة الفعل نظرا لطبيعتها الموضوعية، على أساس انها تسقط

1-سلطان عبد القادر الشاوي، محمد عبد الله الوريكات، مرجع سابق، ص 127.

وصف التجريم عن الفعل بغض النظر عن ما اذا كان مرتكبه على علم بأسباب الإباحة أم لا[1].

و على خلاف الصورة السابقة فان الفاعل عند ارتكابه لجريمة يجهل على انها سلوك مباح من قبل المشرع، أي انه لم يتم تجريم التصرف وهذا لتوافر احد أسباب الاباحة، و هذا اما لغلط في القانون كمن يقوم بقتل شخص شرع في قتله دون ان يعلم بان القانون يمنحه حق الدفاع عن النفس.

الفرع الثاني

الغلط في الإباحة

الغلط في الإباحة يتحقق في حالة ما اذا توهم الفاعل توافر سبب الإباحة باكتمال شروطها القانونية، في حين أن السبب غير متوفر، مثلا غلط ضابط الشرطة القضائية في تفتيش منزل غير منزل المعني بالأمر بالتفتيش الصادر عن قاضي التحقيق المختص، و منه الغلط في الإباحة هو الغلط في الوقائع، إذا لا يتوافر الغلط اذا اخطأ الشخص في فهم قانون العقوبات واعتقد خطئا أن القانون يبيح الجريمة، فالقاعد أن لا عذر في جهل القانون ومنه قانون العقوبات, وعليه الغلط في الإباحة لا ينفي قيام الجريمة، إذا الغلط في الإباحة لا يزيل الصفة الاجرامية عن الفعل إلا انه ينفي القصد الجنائي[2].

و من الأمثلة على ذلك من يضبط زوجه (الزوج بالنسبة للزوجة او الزوجة بالنسبة للزوج) متلبس بالزنا فبدون تردد، يقوم بإتيان جريمة القتل، ظنن منه ان القانون يبح تصرفه.

1-مرجع سابق، ص 128.

2-أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 314.

او مأمور الضبط (أي ضابط الشرطة القضائية مثلا عندنا) الذي يحاول القبض على شخص، و يستعمل القوة من اجل ضبطه معتقدا بطريقة الخطأ انه الشخص المطلوب القبض عليه بموجب امر بالقبض او امر احضار الصادر اليه من قبل السلطة القضائية المختصة او من رئيسه حسب السلم التدرجي و الهرمي.

او راعي الغنم الذي اشتدى عليه الظلام و في طريق غير ميسر، إضافة لخطرة ذلك الطريق و هذا بعلم كافة الناس على ان جمعيات أشرار يترددون إليه، و أثناء سيره سمع صوت و شخص قادم إليه، فأسرع بإطلاق النار عليه فارده قتيلا ظنا منه ان هذا الأخير انسان يريد التعدي عليه بهدف سرقته، فهل يسأل عن ارتكابه تلك الجريمة رغما ان ذلك الشخص مثله كان يستعمل ذلك الطريق للوصول الى منزله.

ففي الأمثلة السابقة هل يسأل (يعاقب) الشخص عن الفعل الذي اتى به وهو ارتكابه للجريمة ظنا منه ان تصرفه يبحه القانون؟.

ام انه يباح فعله هذا استنادا الى انه عندما اقدم على سلوكه كان يعتقد بان تصرف مباح من الناحية القانونية.

فالإجابة تختلف باختلاف الاعتقاد الخاطئ هذا، فان كان واردا على حكم قانون العقوبات كما هو في المثال الأول (الاستفزاز) الذي يسمح ان يكون عذر مخفف فلا اثر له على وصف فعله بالجريمة، منه يسال الزوج عن قتل (زوجه او زوجته) و لا أساس او عبرة باعتقاد الخاطئ بان قانون العقوبات يبح فعله هذا المتمثل في قتل الزوج، وهذا استنادا الى قاعدة " لا عذر بجهل القانون ".

بينما اذا كان الاعتقاد الخاطئ يتعلق بمدى توافر الظروف التي من شانها ان تبيح الفعل المجرم، فهنا يعتد به و ذلك اخذا بمعيار الرجل العادي.

الفرع الثالث

أثار أسباب الإباحة عن الأنظمة المشابهة لها

لأسباب الإباحة أثر قانوني مباشر يؤدي الى محو الصفة الإجرامية للفعل[1]، والذي يتحول كنتيجة لتوافر السبب المبيح من فعل غير مشروع جنائيا إلى فعل مشروع يفلت من خلاله مرتكبه من العقاب.

ومن اجل تميز أثار أسباب الإباحة، وتأثيرها عن مختلف الأنظمة، سوف نتعرض إلى آثار الإباحة على الركن الشرعي للجريمة، وكذا القاعدة التجريمية، وبعدها على آثارها بالنسبة للعقاب، وكذالك على المساهمين في الجريمة و كل هذا من خلال النقاط التالية.

أولا- تأثير أسباب الإباحة على الركن الشرعي:

أن انتفاء أسباب الإباحة عنصر يقوم عليه الركن الشرعي في الجريمة، وبالتالي توافر هذه الأسباب ينفي توافر هذا الركن، ومنه ينفي وجود الجريمة المعاقب على فعلها، وبيان أن الجريمة تقوم على ثلاثة أركان، والركن الذي يعنينا هو الركن الشرعي، وعلى هذا الأساس من التقسيم الثلاثي لأركان الجريمة يخلص رأي من الفقه إلى أن الفعل لا يوصف بأنه غير مشروع وبالتالي لا تكون جريمة، إلا إذا ثبت انه لا يخضع لسبب الإباحة، ومن ثم فإنهم

1- عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص 47-471.

يحددون الدور القانوني لأسباب الإباحة بأنه يخرج الفعل من نطاق التجريم، ومحو صفة عدم المشروعية ورده إلى أصله من المشروعية ومن ثم ينتفي الركن الشرعي[1].

لكن هذا الرأي اخذ على أن أسباب الإباحة تنشأ بنفي عدم الشرعية وبأنه ليس بالعنصر الوحيد المكون للجريمة.

ثانيا- آثار أسباب الإباحة على قاعدة التجريم:

لما نكون امام قاعدة الإباحة نكون بصدد قاعدتين قانونيتين أحدهما تسمح بسلوك معين، والأخرى تنهي نفس السلوك داخل إطار النظام القانوني، ويرجع السبب في هذا التنازع إلى أن قاعدة التجريم وقاعدة الإباحة ليستا سوى ظاهرتين يغلّب فيهما المشرع الثانية على الرغم من أن الفعل كان مطابقا لقاعدة التجريم (غير مشروع)، فتأتي الإباحة وتعطل مؤقتا قاعدة التجريم حيث يصبح ما كان ممنوعا مسموحا به، وثم يمتنع التعارض بين قواعد النظام القانوني الواحد، لأن هذه القواعد تهدف إلى تحقيق الصالح العام وكذا المصلحة الخاصة سواء كانت قواعد التجريم أو الإباحة، فالأخيرة تقوم بتنحية أثر قواعد التجريم لأن المصلحة العامة تملي التضحية بالمصالح الخاصة، فهي تتفق مع شرط المصلحة الخاصة لأن الواقعة المباحة في حقيقتها ليست سوى ضرر أو تعرض للخطر كان من الواجب حماية المجتمع منه، وبناء على ذلك يكون دور قواعد الإباحة هو فقط تعطيل مؤقت لوظيفة القاعدة التجريمية، وقد انتقد هذا الرأي من حيث خلقه لصراع وهمي، لأن المشرع هو من ألغى هذه القواعد إذا لم تستدعي الحاجة إليها.

إلا انه ومن خلال هذه الآراء نستنتج أن أسباب الإباحة تؤدي إلى إخراج الفعل المجرم من سلطان النص التجريمي، وبالتالي من العقاب وهو انتفاء الركن الشرعي للجريمة، وإذا

1- محمد الفاصل، المبادىء العامة، في قانون العقوبات، ص 211.

انتفى ركن من أركان الجريمة تنتفي المسؤولية وينتفي العقاب، وآثار أسباب الإباحة تسقط على الفعل لا على الفاعل، وعليه فإن الأثر يتعلق بالتكييف القانوني.

ثالثا- تأثير الإباحة على القدرة في العقاب:

بما أنه نتيجة لتوافر أسباب الإباحة يخرج الفعل من نطاق نص التجريم رغم توافر المظهر المادي للجريمة في السلوك، ويؤسس أصحاب الرأي القائل أن أسباب الإباحة تنفي الجريمة على أساس أن العقوبة ليست سوى عنصر من العناصر المكونة للجريمة، فلا يعتبر الفعل غير مشروع إلا إذا رتب المشرع عقوبة على من يفارقه وعلى ذلك فإنه إذ تخلف عنصر الجزاء الجنائي لا تكون ثمة جريمة.

ولكن هذا الرأي تعرض إلى نقد لأنه يخلط بين أسباب الإباحة وموانع العقاب وأن أسباب الإباحة لا يتوقف أثرها عند منع العقاب وإنما حتى محو الصفة الاجرامية.

رابعا- آثار الإباحة على المساهمين في الجريمة:

يتأثر الشريك بالظروف المادية التي تتوافر لدى الفاعل الأصلي، حيث يمتد تأثيرها إلى جميع المساهمين في الجريمة، فاعلين اصلين كانوا أم شركاء، ولو كان الشريك جاهلا بها، إذ أن هذه الظروف الشخصية مثلا إذا توفر مانع عقاب بالنسبة للفاعل فإن الشريك يظل خاضعا للعقوبة المقررة للجريمة المرتكبة، ولكن الأمر يختلف إذا ما اقترن الفعل المرتكب بسبب من أسباب الإباحة، حيث يصبح سلوكه مشروع، وبالتالي لا يصح القول بوجود مساهمة جنائية لأنه يتطلب أن يكون الفعل المساهم فيه غير مشروع، كشرط للعقاب عليه، سواء كانت المساهمة أصلية أو تبعية.

الفرع الرابع

حكم تجاوز أسباب الإباحة

من اجل ترتيب أسباب الإباحة لأثارها لابد من توافر كافة شروطها القانونية، والتي تعتبر حدود يؤدي انتفاءها الى رجوع الفعل المرتكب الى وصفه الأصلي، اي على انه فعل مجرم وما يترتب عنه من مسائلة مرتكبه، إلا ان المسائلة تختلف باختلاف موقف مرتكب الفعل ان تعمد في تجاوز حدود الإباحة نكون امام جريمة عمدية، اما اذا كانت نتيجة خطأ أي غير عمدي فهنا يكون مسئول عن جريمة غير عمدية[1].

ومنه اذا تجاوز الفاعل حدود الاباحة فهل يسأل جنائيا عن هذا التجاوز ام يعفى من العقاب؟.

فان كان يسأل، فكيف تكون طبيعة مسائلته؟، هل هي مسائلة جنائية عادية ام مسائلة مخففة؟.

لم يأتي المشرع من خلال قانون العقوبات و لا القوانين المكملة له بجواب كافي و كامل لهذا السؤال، إلا أن الفقه و القضاء اختلفا حول حكمها، ونحن من جهتنا نكتفي بالقول بأننا نؤيد الرأي القائل بان معيار مسئولية لمتجاوز عن الجريمة التي ارتكبها نتيجة تجاوز الاباحة هو النظر فيما اذا كانت نتيجة هذه الجريمة مقصودة في ذاتها ام لا، فان كانت مقصودة فهنا لابد من متابعته على هذا الأساس ومنه معاقبته عن جريمة عمدية، ومنه أثار أسباب الاباحة في هذه الحالة تكون كعذر مخفف، بينما إذا كانت النتيجة التي ترتبت عنه غير مقصودة

1- رؤوف عبيد، مرجع سابق، ص 509.

فهنا يسال جزائيا على جريمة غير عمدية متى كان القانون يعاقب عليها في صورة غير عمدية.

نكتفي بهذا القدر من التفصيل فيما يخص هذه النقاط لاسيما انه من خلال ما يتضمنه الفصل الثاني من تخصص، أين نتطرق من خلاله للحديث عن اقسام أسباب الاباحة الثالث التي جاء بها المشرع الجزائري من خلال نص المادتين 39 و 40 من قانون العقوبات، لاسيما أن مسالة حكم تجاوز حدود أسباب الاباحة ذات أهمية معتبرة سواء لمن يتمسك بسبب من أسباب الاباحة لدرأ الخطر على نفسه او ماله او نفس غيره او مال غيره من خلال الدفاع الشرعي أو من خلال أسباب الإباحة الأخرى، فمنه كان لزام علينا ترك هذه المسألة للتأصيل و التفصيل المعمق فيها من خلال المبحث الأول والمبحث الثاني من الفصل الثاني، من اجل تفادي التكرار الممل.

خلاصة الفصل الأول:

من خلال ما تم تناوله وعرضه من نقاط الخاصة بأسباب الإباحة، التي بطبيعتها تبين لنا أن النص في قانون العقوبات و القوانين الخاصة سواء المكملة له أو من خلال القوانين المقارنة، نجد انه يحدد الأفعال المحظورة التي يعد اقترافها بتوفر شروط معينة بأنها جريمة من الجرائم و تتعدد هذه النصوص بتعدد الأفعال التي يحضرها القانون، و تسمى نصوص التجريم، إلا أن الفعل أو التصرف لا يمكن اعتباره جريمة إلا إذا انطبق عليه احد هذه النصوص، لكن بوجود أفعال مجرمة لا يعني أنها تبقى بهذه الصفة بل هناك حالات يتدخل فيها القانون ويبيحها بهدف تحقيق المصلحة العامة في إطار شروط محددة مسبقا في القانون.

من خلال ما تم عرضه في الفصل الحالي نجد ان جل التشريعات تتفق على الانواع الثلاث لأسباب الإباحة (وهي المنصوص عليه في نص المادة 39 و 40 من قانون العقوبات الجزائري) كما انه في القانون المقارن نجد لاسيما منها القانون المصري و كذا القانون الفرنسي اخذت بهذه الأقسام كما فعل المشرع الجزائري.

لكن ما يلاحظ من خلال اجراء مقارنة بين ما تم اعتباره من قبل التشريعات المقارنة بانه يدخل ضمن أسباب الاباحة نجد ان بعض الحالة لم يتطرق اليه المشرع الجزائري لاسيما في مسالة مدى مساهمة الضحية في وقوع الجريمة و اثرها في تقدير مسؤولية الجاني.

منه هناك الضحية الذي يرضى بوقوع الجريمة ضده، كما انه هناك الضحية المستفز للجاني، و كذلك الضحية البادئ بالعدوان لكن ما يهمن في الطرح الحالي هو رضى الضحية أي ما يسمى بحالة رضى لمجني عليه.

حيث ان الفقه اختلف في هذه المسالة، ومنه هناك من يرى ان رضى المجني عليه لا يعود سبب من أسباب الإباحة و إلا تعم الفوضى في المجتمع أين يصبح مجتمع انتقامي اين كانت حججهم تستند مثلا إلا أن رضى المجني عليه في ازهاق روحه او هتك عرضه يولد الشحناء في اقاربه مما يدفعهم ذلك الفعل الإجرامي إلى الانتقام، كما أنه من الفقه من يرى إن الإنسان حر في التصرف في حياته ومنه ان ارتضى بسلوك و لو جرمه القانون فان رضاه تطغوا عن الوصف الاجرامي الذي جاء به المشرع و حججهم تجدها لاسيما منصبة في القول ان هتك العرض شخص اذا ارتضى بذلك فلا يمكن معاقبة الفاعل بمجرد حصوله على رضى الضحية .

كما ان التشريعات اختلفت في هذه المسالة فمنه نجد مثلا التشريع المصري يخلو من تخصيص نصوص خاصة بحالة رضى المجني عليه كقاعدة عامة إلا انه بالتمعن والتحليل في تقنين العقوبات المصري نجد انه لا يخلو من بعض الحالات فمنها نص المادتين 267 و 268 الخاصة بجرائم الاعتداء على العرض وجريمة خطف الإناث في المادة 29 منه .... الخ من الحالات، كما أن ما ذهب اليه المشرع الجزائري فنجد انه كقاعدة عامة لا يوجد في طيات قوانينه ما يسمح بذلك أي اعتبار رضى المجني عليه سبب من أسباب الإباحة إلا انه كاستثناء أن التشريع رخص بذالك مثلا قانون الصحة الذي يسمح للطبيب الجراح في احداث جروح في جسم الانسان وكذا بعض الرياضات اين نجد ان القانون يسمح بذلك منها رض المجني عليه في ممارسة الرياضات القتالية.

ومنه ما يستخلص في التشريع الجزائري و المصري انه كقاعدة عامة لا يؤخذ برضى المجني عليه وهذا على أساس ان الرضى هنا يعتبر ركن من أركان الجريمة، عكس في الحالات الاستثنائية اين نجد ان رضى المجني عليه لا يشكل ركن الجريمة.

اما من جهة أخرى فنجد بعض التشريعات منها إيطاليا في نص المادة 50 من قانون العقوبات تنص على انه لا عقاب على من يصيب بالضرر او يعرض للخطر حقا برضى صاحب الحق الذي يملك قانونا حق التصرف فيه، و يفهم من خلال النص انه جاء بقاعدة عامة مما يمكن اعتباره بأنه حالة من ضمن حالات أسباب الاباحة و تطبق في كافة الجرائم عكس ما جاء في التشريع الجزائري و المصري.

و تظهر أهمية التطرق الى مسالة او حالة رضى المجني عليه للأثر الذي يترتب عنه لاسيما لما نكون امام سلوك يؤدي الى إزهاق روح الإنسان " القتل بناء على طلب المجني عليه.

نجد ان جلى تشريعات الدول الإسلامية وخاصة العربية منها لا تأّخذ بهذه الحالة وانها تعاقب على ذلك مهما كانت ظروف و حالة المجني عليه وهذا راجع الى اعتبارات دينية لاسيما ان الشريعة الإسلامية تحرم قتل النفس إلا بحق وهو الموقف الذي تمسك به القضاء فيها، لكن من جهة أخرى نجد ان بعض الدول الغربية رغما ان تشريعاتها خالية من هذه الرخصة أي انها خالية من المواد القانونية التي تعتبر رضى المجني عليه سبب من أسباب الإباحة في القتل إلا أن ما يأخذ عنها هو ان قضائها نجد انه يأخذ بهذه الحالة فمثلا القضاء الفرنسي برئ متهم بعد ان قام بقتل زوجته التي أصيبت بشلل وذلك سنة 1912، كما أن القضاء الأمريكي اخذ بحالة القتل بدافع الشفقة اين اقدم طبيب بقتل مريض ميئوس الشفاء خلال سنة 1950.

الفصل الثاني:

أنظمة الإباحة المكرسة في قانون العقوبات الجزائري

بالإضافة إلى الأفعال المبررة التي جاء بها المشرع، وخصها ببعض الجرائم لاسيما منها فعل الإجهاض الذي يكون السبب الرئيس للولوج إليه لوجود أسباب صحية، أي أن المرأة الحامل في خطر اذا استمر حملها مما قد يؤدي إلى المخاطرة بحياتها أين رخص أي اباح المشرع الجزائري من خلال نص المادة 308 من قانون العقوبات الإجهاض، نص المشرع من خلال ذات القانون على أفعال مبررة عامة تطبق في كل الحالات أو الظروف ومهما كان الجرم ومهما كان وصفه سواء على الأشخاص أو الأموال و سواء كانت مخالفة او جنحة او جناية و هو ما سنتطرق إليه من خلال ما يتم بيانه أعلاه.

نسعى من خلال هذا الفصل التطرق إلى أسباب الإباحة التي نص عليها المشرع الجزائري في قانون العقوبات مع إعطاء نظرة عن التعديل الأخير الذي وسع من خلاله المشرع حالات أسباب الإباحة حيث نخصص المبحث الأول للتطرق إلى ما أذن به القانون و ما أمر به القانون و بعده نتطرق من خلال المبحث الثاني للدفاع الشرعي كسبب من أسباب الإباحة.

المبحث الأول

ما أذن وما أمر به القانون كسبب من أسباب الإباحة

بالعودة إلى قانون العقوبات لاسيما منه نص المواد 39 و 40 نجد أن المشرع لم يحدد هذه الأفعال التي تؤدي إلى إباحة التصرف أي انه لم يحدد حالاته بل انه ترك المجال و بنطاقه الواسع للاجتهاد القضائي.

كما أن هذه الأنظمة أي أنظمة الإباحة غير مقتصرة في القانون، أي ما يتم سنه من قبل السلطة التشريعية، بل يتسع هذا المجال ليشمل كل قاعدة تنظيمية التي تحمل من خلالها تقرير أو تكريس حق .

ومنه سنحاول التوقف على نظام الإباحة المقرر قانونا و المتمثل في ما أذن به القانون من خلال المطلب الأول وبعدها نتطرق إلى ما أمر به القانون من خلال المطلب الثاني وكل هذا يتم دراسته بشيء من التفصيل خلال المطلبين التاليين.

المطلب الأول

ما أذن به القانون سبب من أسباب الإباحة

و يقصد بها تلك الأسباب التي تنطبق على كل الجرائم، فتبيحها إذا ما توفرت شروطها فهي لا تتقيد بجرائم معينة، بل تبيح الفعل الذي يرتكب مهما كان وصفه في القانون، فيستفيد منها كل شخص توافرت في فعله الشروط التي يتطلبها القانون[1].

قبل التطرق إلى هذه الأفعال أو التصرفات لابد من إعطاء نظرة عن أساسها القانوني و شروطها مع تطبيقات استعمال الحق و هو ما نخصصه للفرع الأول، و بعدها نطرق إلى

1- محمود نجيب حسين، التشريع الجنائي الإسلامي، د.ت.ن، ص 219.

حالات ما اذن به القانون من خلال الفرع الثاني، و كختام لهذا المطلب نتطرق إلى الاثار المترتبة لحالات ما اذن به القانون بتخصيص لها فرع ثالث.

الفرع الأول:

أساسه القانوني

خصص المشرع الجزائري لهذا السبب المبرر عدة نصوص قانونية سواء من خلال قانون العقوبات، وقانون الإجراءات الجزائية، ومنها كذلك بعض من القوانين الخاصة بصفة عامة، وهو ما يسمى بالإذن من القانون في حد ذاته، ومثالا عن ذلك تفتيش المنزل من قبل الضبطية القضائية بموجب إذن من وكيل الجمهورية، أو قاضي التحقيق وفقا للإجراءات المنصوص عليها في المادة 44 قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، وهذا الاجراء استثناء لقاعدة حماية حرمة المنزل التي يعتبرها المشرع في الأصل جنحة معاقب عليها قانونا، وكذا القبض على شخص من طرف العامة، في حالات الجنايات والجنح المتلبس بها (المادة 61 ق.إ.ج) و هو استثناء أيضا لقاعدة الحرية في التنقل او الحماية الجسدية، وقد يكون الإذن من العرف الذي يبيح للأولياء ممارسة العنف الخفيف على أولادهم قصد تربيتهم، و كذلك للمعلم نفس الحق باستعمال العنف الخفيف (المادة 269 ق.ع الجزائري)، كما يبيح للطبيب الجرح أثناء عملية جراحية وفقا لمبادئ فن الجراحة و اداب المهنة، وكذالك ما صدر من العنف اثناء الممارس في بعض الرياضات، التي هي تحت اسم الفنون القتالية كالملاكمة، التيكواند، الجدو والكراتي...الخ من الفنون القتالية، فيكون استعمال العنف فيها وفقا لقواعد اللعبة وحدودها.

وقد يكون الإذن من الشريعة الإسلامية أيضا، سواء اعتبرت قانونا أو عرفا كحق تأديب الوالد لابنه القاصر، أما بخصوص ضرب الزوجة من طرف زوجها قصد تأديبها

ضربا غير شديد، فإذا كانت الشريعة تقرّه، إذا لم ينشئ هذا الضرب لا مرض ولا كسور، إلا انه مثل هذا الحق لم يأخذ به التشريع الجزائري في قانون العقوبات والقوانين المكملة له باعتباره قانون وضعي محض، بل فقد شدد في العقوبات عند قيام علاقة الزوجية و أكثر من ذلك حتى بعد الطلاق ان كان السبب يعود إلى أثار فك الرابطة الزوجية.

غير أنه لكي يستفيد صاحب الحق أثناء ممارسته لحقه من إباحة الفعل أو التصرف، فعليه استعماله في الإطار القانوني المرسوم له، و عدم تعدي حدوده[1]، وهذا ما نتطرق إليه من خلال تحديد الشروط العامة لممارسة الحق كسبب من أسباب الإباحة من خلال المحاور الآتية أدناه، وكذلك حالات استعمال الحق أي ما أذن به القانون على ضوء ما هو مقرر في القانون بصفة عامة ولاسيما منه قانون العقوبات و قانون الإجراءات الجزائية بصفة خاصة، و بعدها الشريعة الإسلامية.

***شروط ممارسة الحق كسبب للإباحة:**

ليستفيد صاحب الحق من الإباحة أثناء ممارسته لحقه، يجب أن تتوفر شروط وهي محددة كما يلي وجود الحق، والتزام حدود الحق، وتوافر حسن النية في ممارسة الحق:

1-وجود الحق:

المقصود بالحق في هذا المجال، هو الحق في مدلوله القانوني العام، أي تلك المصلحة التي يعترف بها القانون ويحميها، فيبيح استعمال ما هو ملائم لتحقيق هذه المصلحة، هذا ولا يشترط أن تكون المصلحة المقررة لمن يستفيد من الإباحة، فقد تكون مقررة لشخص غيره أو للمجتمع، فحق التأديب مثلا هو مصلحة للأسرة والمجتمع، وليس لمن يمارس التأديب فقط، كما أن ممارسة الطبيب لعمله في العلاج هو في مصلحة

1- عمر خوري، شرح قانون العقوبات ، القسم العام، المكتبة القانونية، 2011-2012، ص 76.

المريض والمجتمع، ولا يشترط أن يكون مصدر الحق القانون فقط، بل يمكن أن يكون مستمد من مصدر أخر يعترف بها القانون.

2-الالتزام بحدود الحق:

على صاحب الحق الالتزام بحدود الحق أثناء ممارسته، إذ أنها ليست مطلقة من كل قيد، بل هي نسبية، ومن ثم قبل الاتيان بأي فعل او تصرف لابد من التأكد مسبقا من دخول الفعل في نطاق الحق و حدوده، و إلا سيصبح التصرف خارج اطار الإباحة، ومنه يتعرض صاحبه لما هو مقرر عليه قانون قبل ان يتم رفع التجريم من خلال قواعد الإباحة، ومحدد كما انه في ايطار وفق لكل ما يتطلبه القانون من شروط.

و من قيود ممارسة الحق يستلزم ممارسته بواسطة صاحبه، وأن تكون الأفعال و التصرفات التي جاء بها لازمة لممارسة الحق، وهو ما نتطرق اليه من خلال العناصر التالية[1]:

أ: ممارسة الحق بأفعال لازمة:

لابد من ممارسة الحق في الحدود التي يسمح بها القانون، وإلا كانت هذه التصرفات او الأفعال خارجة عن نطاق المشروعية، وهو ما يتعلق من جهة بجسامة الأفعال، ومن ثم فحق التأديب لا يبيح إلا الضرب الخفيف، إذ أنه إذا كان الضرب مشينا يكون بصدد التعارض بين مصلحتين يحمي القانون أجدرهما، وكذلك أثناء ممارسته يقتضي اتباع إجراءات معينة، وهذه القيود والإجراءات هي على سبيل المثال، ومن ثم يتعين فحص كل حق على حدة لاستخلاص قيوده لإثبات دخول الحق في النطاق[2]

1- باريش سليمان، مرجع سابق، ص 99.

2-مرجع نفسه، ص 100.

ب: أن يمارس الحق من قبل صاحب الحق:

القاعدة أن ممارسة الحق يجب أن تتم من طرف صاحب الحق، حيث أن القانون قد يقرر الحق للشخص بذاته، فالطبيب لا يقبل من غيره ممارسة الأعمال الطبية، غير أنه هناك حالات التي يرخص فيها القانون لصاحب الحق، التنازل عنه أو نقله إلى الغير، فإن ممارسته من طرف من نقل إليه يغير سبب إباحته، وما دامت الحقوق غير متساوية من حيث النقل، فإنه يجب البحث في كل حق لتحديد ما إذا كان المشرع يرخص نقله أم لا، ومثال ذلك حق الزوج في تأديب زوجته، هذا الحق الذي تقرّه الشريعة الإسلامية فهو غير قابل للنقل لكن هذا الحق في اغلب التشريعات الوضعيات ومنها التشريع الجزائري لا يبح ذلك بل شدد من خلال تكيف الجنحة و عقوبتها في الضرب والتعدي بين الأزواج مما يجعل هذا الحق مخالف للقانون، ومنه في هذه الحالة لا يمكن لأحد الزوجين التذرع بوجود العلاقة الزوجية لتفادي العقاب تحت غطاء ممارسة الحق بالاستناد على نظام الإباحة.

ج: توافر حسن النية.

لتتحقق غاية الإباحة يستلزم على صاحب الحق، السعي إلى تحقيق المصلحة الاجتماعية التي كانت السبب في تشريع ذلك من اجلها، فالحقوق مجملها غائية، فمثال عن ذلك، اتجاه نية الطبيب إلى عرض او قيام تجربة على المريض وليس العلاج، ومنه بتوافر هذا الغرض يعرض صاحب السلوك تحت طائلة العقاب.

الفرع الثاني:

حالات ما أذن به القانون

من خلال ما تم استخلاصه في النصوص القانونية، نجد ان المشرع لم يضع لهذا النظام حالات خاصة ومحددة بالذات، لاعتبارها كسبب من أسباب الإباحة، بل ترك ذلك

التفصيل، مما جعل الفقه و دارسي اختصاص الحقوق و الممارسين في هذا المجال، لاسيما منهم القضاة اين سمح لهم البحث و التحري في هذه الأفعال و التصرفات، مما جعلها الامر تتعدد بشكل غير محدود كما سيأتي بيانه أدناه.

اولا/حق ممارسة التأديب:

ممارسة حق التأديب تم وضعه في إطار الإباحة، على أساس أن غاية المشرع هي مصلحة الأسرة والمجتمع، وتتمثل هذه المصلحة في منح بعض أفراد الأسرة سلطة على بعضهم الآخر، وتدعيم هذه السلطة بالحق في توقيع الجزاء على من يخرج عنها، وهذه المصلحة التي ترقى إلى مرتبة عالية، واعتبارها حقا للمجتمع ترجّح على الحق الخاضع لسلطة التأديب في سلامة جسمه، والغاية من حق التأديب هي تهذيب من يخضع له، وحمله على السلوك الذي يوفق بين مصلحة الأسرة ومصلحة المجتمع.

أ: حق تأديب الصغار.

هذا الحق مرتبط ارتباط وثيق بحق الولاية على النفس، فإنه يجب توافر شروط لممارسة هذا الحق، وإلا شكل جرم الضرب بمختلف تكيفاته منه المخالفة، الجنحة، والجناية وفقا لما يترتب من العجز وأثار الضرب، وهذه الشروط تتمثل في :

-أن يكون حق التأديب لصاحب الولاية سواء الأب أو الوصي أو الأم .... الخ.

-أن يكون الضرب كوسيلة للتأديب وخفيفا، فمنه إن كان مبرحا فيصبح غير مشروع بل أكثر من ذلك فقد يصل إلى درجة الفعل المعاقب عليه قانون،ا ومنه يتحمل صاحبه تبعية الآثار المترتبة عن ذلك، مع الأخذ بعين الاعتبار الوسيلة المستعمل،ة فمنها مثلا أن نستعمل اليد ومكان الضرب وبدون استعمال السلاح بكل أصنافه، وقد استقر القضاء على

أن يكون التأديب بتقييد الحرية يشترط أن لا يكون فيه تعذيب أو منع من الحركة أو البدن[1].

ب: تأديب الزوجة.

تختلف الآثار المترتبة عن الأفعال الممارسة على الزوجة باختلاف القوانين، لاسيما منها الوضعية، فهناك من يجيز ذلك كالتشريع السعودي و ذلك نظرا لطبعة التشريع فيه و نظرة المجتمع لهذه التصرفات، أين نجد أن مثل هذه المجتمعات لا تراه منظر الجريمة، عكس ما أخذت به تشريعات الدول الغربية و الدول الإسلامية و العربية التي أخذت نفس النهج التشريعي، التي لا تسمح بما يسمى حق الزوج في تأديب الزوجة، بل انه يعتبر التصرف معاقب عليه قانونا، و أكثر من ذلك فالتشريع الجزائري في تكيفه الخاص بالتعدي على الزوج، شدد في العقوبة المفروضة على مثل هذه الجنح، إلا انه من جهة أخرى نجد الشريعة الإسلامية قد أباحت حق تأديب الزوجة، وحددت شروط ممارسة هذا الحق حيث جاء في سورة النساء(الآية 34) "واللائي تخافون نشوزهن فعضوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا"، كما أن الشريعة الإسلامية لم تترك هذه المسالة بدون إطار أو حدود لممارسة حق التأديب اتجاه الزوجة، بل وضعت لها ضوابط و شروط ممارسة الحق وفقا لما يلي، فمثلا عند ثبوت ارتكاب الزوجة لمعصية، فلا يجوز للزوج اللجوء للضرب، إلا بعد استنفاذ كافة الإجراءات، حيث قررت الشريعة الإسلامية تدرجا في وسائل التأديب، تتمثل في الوعظ أولا وفي الهجر ثانيا، وبعدها إذا استمرت الزوجة في المعصية يأتي حق التأديب باستعمال الضرب وان يكون غير شديد، وإذا لجأ الزوج للضرب الشديد يكون محلا للمساءلة الجزائية.

1- بارش سليمان، المرجع السابق، ص: 102.

ثانيا-حق مباشرة الأعمال الطبية:

النشاط الطبي هو نشاط يهدف إلى استشفاء المريض من علته، كما يهدف من جهة أخرى إلى الكشف عن أسباب سوء الصحة، أو مجرد الوقاية من المرض، فقد يعطي الطبيب مواد يتناولها أو يجري عملية جراحية فهو في الأصل يمس بالجسم، ولكن فعله هذا لا يرتقي إلى مرتبة العدوان.

*علة إباحة عمل الطبيب، اعتقد البعض أن هذه العلة مرجعها رضا المريض، والواقع كما سنرى أن رضا الضحية ليس سببا عاما للإباحة، إذ انه مقصور فقط على تلك الحقوق التي يجوز للفرد التنازل عنها.

وذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن علة الإباحة تكمن في ترخيص القانون للطبيب ممارسة العمل الطبي.

والواقع أن علة الإباحة تستخلص بالرجوع إلى علة التجريم، حيث أن انتفاء علة التجريم هي التي تحدد الإباحة.

كما أن ترخيص المشرع للطبيب أساسه عدم توافر العدوان، على الجسم، من خلال الأفعال التي يأتيها على جسم المريض الذي يهدف إلى صيانته، وعليه لكي يباح سلوك الطبيب ويحق له ممارسة العمل الطبي لابد من توافر ثلاث شروط:

أ: الترخيص القانوني.

بحيث يجب أن يكون قد حصل على ترخيص قانوني لممارسة المهنة، وهذا الترخيص على أساس ان المشرع لا يثق في غير من رخص لهم بالعلاج.

ب: رضا المريض.

أن المشرع يرخص للطبيب ممارسة المهنة وعلاج المريض إذا دعاه لذلك، وبالتالي يجب أن يكون المريض راضيا بالعلاج حتى يباح فعل الطبيب، ويجوز له التدخل في حالة الضرورة الماسة، متى تكون حياة المريض في خطر، ولا يوجد إمكانية أخذ رأي المريض، ولا يوجد من يمثله ويرضى بدلا عنه، فهنا لا يكون تدخل الطبيب مبررا طبقا للقواعد العامة، وهناك تشريعات، خرجت عن القواعد العامة مثل التشريع اللبناني في المادة (176 فقرة 2) قانون العقوبات[1]، واعتبر عمل الطبيب في هذه الحالة مبررا، ويجوز كذلك أن يتدخل الطبيب بدون رضا المريض، ويكون عمله مبررا بناء على سبب آخر غير استعمال الحق وهو أداء الواجب (تنفيذ أو قانون) مثلا في حالات الأوبئة[2]و أفضل مثال عن ذلك ما شاهدته كافة دول العالم من حالة الطوارئ خلال جائحة كورنا أي كوفيد 19.

ج: قصد العلاج.

يجب أن يهدف الطبيب من خلال ممارسته للطب إلى غاية، تتمثل في علاج المريض وشفائه وتخليصه من الآلام، أو التخفيف منها، هذا ولا يهم إذا حصل الطبيب من خلال ذلك على نتائج علمية أخرى.

وإذا اقترن عمل الطبيب بخطأ طبي، يسأل مسؤولية غير عمدية، ولا يعتبر فشل العلاج قرينة قاطعة على خطأ الطبيب، فقد يفشل الطبيب رغم التزامه بالأصول الطبية وقواعد الطب، لذا يجب في هذه الحالة البحث عن الصورة والخطأ المهني لتقرير مسؤولية الطبيب.

1- علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم العام، طبعة 2000، ص: 272.

2- علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص: 272.

ثالثا-حق ممارسة الألعاب الرياضية:

تقتضي بعض الألعاب الرياضية أثناء ممارستها المساس بالجسم، وهذه الأعمال في الأصل مجرمة، لكن العرض الرياضي أباح المساس بالجسم في حدود معينة.

*أساس الإباحة في هذه الحالة، إن أساس الإباحة مرجعه اعتراف القانون، وتقنينه للعرف الرياضي الذي يخول للاعب هذا الحق، ولكي تتوافر الإباحة لابد من توافر شروط ثلاثة:

أ: أن تكون اللعبة من الألعاب المعترف بها قانونا، أي تكون لها قواعد معترف بها.

ب: أن تكون أعمال العنف قد ارتكبت أثناء المباراة الرياضية، أي يكون الضحية رضي المشاركة في المباراة.

ج: يتعين اتساق الفعل الذي يمس بسلامة الجسم وقواعد اللعبة المتعارف عليها، فإن خرج اللاعب عليها عمدا سئل عن جريمة عمدية، وإن خرج عليها خطأ سئل عن جريمة غير عمدية.

المطلب الثاني

ما أمر به القانون سبب من أسباب الإباحة

إن ما أمر به القانون بهذا المفهوم يستوجب التطرق إلى نقطة جد أساسية في مطلبنا هذا، وهي أن المشرع رغبة منه لعدم إفلات من العقاب لفئة كبيرة من مرتكبي بعض الأفعال المجرمة، فقد وسع نطاق التشريع بوضع عدة نصوص قانونية، سواء من خلال قانون العقوبات أو النصوص الخاصة، إلا انه نظرا لكون أن من جهة أخرى كون هذه الأفعال يقوم بها الموظف عند أداء مهامه فقد جاء باستثناءات لهذه النصوص، أين فتح مجال الإباحة

لتفادي تقيد الموظف وكبح قدراته وابداعاته، وذلك من خلال جميع النصوص التشريعية، ويضاف إليها في بعض الحالات اللوائح، ويتخذ تنفيذ أمر القانون شكل التنفيذ المباشر، كما يتخذ شكل استعمال سلطة شرعية لاختصاصها.

وتعتبر الأفعال التي أمر بها القانون سواء المباشرة أو تنفيذ لأوامر السلطة أفعالا مباحة.

غير أنه وإن كان التنفيذ المباشر لأمر القانون لا يثير صعوبة، إلا أن تنفيذ أوامر السلطة الشرعية يثير بعض الإشكالات فيما يتعلق بشرعية الفعل المنفذ و من اجل التفصيل اكثر في هذا المطلب ارتأين إلى تخصص له ثلاثة فروع، أين جعلنا الأول للتطرق إلى حالات ما أمر به القانون كسبب من أسباب الإباحة، أما الثاني لحالة تجاوز ما أمر به القانون، و في الأخير الفرع الثالث خصصناه لتميز ممارسة أمر صادر عن السلطة عن مانع المسؤولية.

الفرع الأول

حالات ما أمر به القانون كسبب من أسباب الإباحة

نتطرق من خلال هذا الفرع إلى حالتين، بحيث نخصص لكل حالة عنصر من اجل التفصيل في هذا المحور لاسيما منه التطرق إلى أساسها القانوني ومجالات تطبيقها وكل هذا من خلال النقاط التالية.

أولا: حالة التنفيذ المباشر لأمر القانون:

للقول أن كان الفعل الذي أتى به الشخص تنفيذا لأمر القانون المباشر ضمن حالات الإباحة لابد من التفرقة بين موضعين:

أ/: إذا كان الفرد خاضعا لسلطة رئاسية.

و هو ما يتجل من خلال إتيان الفرد لما يأمر به القانون و قيام هذا الاخير بتنفيذ فعل معين ولكنه نظرا لخطورة هذه الأفعال، يضع المشرع بين أمر القانون المجرد وفعل المنفذ الملموس سلطة وسيطة يستوجب الرجوع إليها لتنفيذ أمر القانون، ومثال ذلك إتيان ضابط الشرطة القضائية بفعل مجرم بطبعته، اذا لم يكن مزودا بأمر من الجهة القضائية مسبقا، حيث انه لا يستطيع تفتيش المنازل وإلا يكون امام ارتكاب لجنحة اقتحام حرمة منزل، ولا يستطيع القبض على الأشخاص والا يكون امام جرم المساس بالحرمة الجسدية او التقييد من حرية الحركة او الحبس التعسفي، باستثناء حالة التلبس، وإلا فإنه يعتبر مرتكبا لجريمة.

ب/: إذا لم يكن الفرد خاضعا لسلطة.

إذا لم يكن الفرد خاضعا لسلطة رئاسية يستوجب الرجوع إليها لتنفيذ أمر القانون، فإن أمر القانون وحده يكفي لتبرير سلوك الفرد وإباحة فعله، وعليه فإن قاضي التحقيق يستطيع بمفرده إصدار أمر الإيداع تأسيسا على أنه يمارس اختصاصه في مباشرة التحقيق، وكذلك الطبيب من جهته لا يرتكب جريمة إفشاء الأسرار إذا قام بالتبليغ عن مرض معدي، تأسيسا على أن قوانين الصحة تلزمه بالإبلاغ ويعتبر في هذه الحالة قد نفذ أمر القانون[1].

ثانيا: حالة تنفيذ الأمر الصادر من السلطة المختصة (الشرعية).

وهي الحالة التي يأتي فيها الفاعل بفعل لابد من توافر شروط ثلاث أساسية، وهي ما نتطرق اليه من خلال الشرح التالي: مطابقة الأمر الصادر للقانون، و يكون الأمر من سلطة عمومية عسكرية كانت أو او مدنية او شريطة أن تكون هذه السلطة شرعية، مع إلزامية خضوع المرؤوس إداريا للرئيس.

1- بارش سليمان، المرجع السابق، ص: 92 ،93.

لكن يثور التساؤل حول ما إذا كان أمر السلطة الشرعية يشكل في حد ذاته فعلا مبررا بصرف النظر عما إذا كان الأمر قانونيا أو غير قانوني، أي أن كان الفعل الذي أمر الموظف أي المرؤوس الإتيان به شرعي أو غير شرعي، وهل يسأل جزائيا من ينفذ أمرا غير قانوني صادر عن رئيسه أم أن ما قام به يعد فعلا مبررا.

فنجد أن التشريع الفرنسي يميز فئة خاصة من الجرائم عن غيرها وهي التعدي على الحريات الفردية واستغلال السلطة وباقي الجرائم.

أ/ عن الفئة الأولى (التعدي عن الحريات الفردية و استغلال السلطة).

ونظرا لخطورة ومدى المساس باعتبار الأشخاص و حرياتهم، من خلال هذه الفئة التي تعتبر جوهر الحريات و الحقوق التي لا نجد أي تشريع أو ميثاق دولي إلا وحرس بحمايته، ومنه قد قرر فيها المشرع أن أمر السلطة الشرعية لا يشكل فعلا مبررا أو على الأقل عذرا معفيا فمن تذرع بتوفر أمر من القانون، ومن ثم تسلط العقوبة على الرئيس الآمر في حالة ما إذا ارتكب المرؤوس فعل ما بهذه الفئة من الحقوق.

ب/ عن باقي الجرائم.

فيبقى التساؤل قائما حول ما إذا كان أمر السلطة الشرعية يشكل فعلا مبررا أم لا؟

اختلف الفقه في إجابته على هذا التساؤل أين نجد انه انقسم بدوره إلى 3 أقسام أي أراء:

1/ بحيث انه نجد الفريق الأول، ذهب إلى القول ان تنفيذ أمر و لو كان غير قانوني يعد دائما سببا للإباحة بحجة، أنه على المرؤوس طاعة رئيسه في كل الأحوال، وتنفيذ أوامره، دون أن يكون له تقديرها أو مناقشتها او حرية الاختيار، إلا ان هذا الرأي لم يسلم من النقد نظرا للخطورة التي يحملها في فحواه مما يجعل فئة كبيرة تفلت من العقاب.

2/ فيما ذهب الفريق الثاني، إلى القول بأن للمرؤوس حق التصرف بالحرية للقيام بما امر به ام لا، بل ومن واجبه تقدير شرعية الأمر الذي يتلقاه من رئيسه ورفض الانصياع إن كان غير قانوني وهذا ما يسمى بنظام الحراب الذكية"[1].

3/ أما الفريق الأخير الثالث، فيميز بين الأمر الذي يبدو أنه قانوني و الحالة التي تكون عدم مشروعيته و عدم قانونيته ظاهرة جليا.

*ففي حالة ما إذا كانت عدم مشروعية الأمر او عدم قانونيته ظاهرة بصفة جلية و مؤكدة فلا يصلح فعلا مبررا و لا يمكن التمسك او التذرع بتوفر حالة الإباحة، ومقابل ذلك فإذا كان الأمر يظهر أنه مشروع فإنه في هذه الحالة يصلح فعلا مبررا.

ونجد ان المشرع الفرنسي اخذ بوجه عام بالمذهب الثالث، وقد كرسه المشرع في قانون العقوبات الفرنسي الجديد حيث نصت المادة 122-4 في فقرتها الثانية "لا عقاب على من يأتي فعلا تأمره به سلطة شرعية، ما لم تكن عدم المشروعية أمرا ظاهرا واستبعد المشرع الفرنسي هذا الأمر في الجرائم الإنسانية ويمكن الأخذ به فقط كظرف مخفف كما استبعد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المعتمدة بروما في 1998/07/17 أمر السلطة الشرعية من الأفعال المبررة في جناية الإبادة الجماعية، وجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب والجرائم الخطيرة[2].

إلا انه بالنسبة للتشريع الجزائري لا نجد الكثير من النصوص عن هذه الحالة إلا نادرا و كما يستفاد من خلال نص المادة 135 من قانون العقوبات بأن تنفيذ أمر السلطة المخالفة للقانون لا يعفي مرتكبه من الجزاء الجنائي، بحجة أنه تلقى أمرا من الرئيس.

1- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص: 120-121.

2- نفس المرجع، ص: 120-121.

لكن تجدر الإشارة على ان لمتابعة الموظف الذي يقوم بتنفيذ أمر غير شرعي تكون في حالتين:

*منها خطأ غير متوقع و غير محتمل الوقوع قد يؤدي إلى عدم المساءلة، وذلك عندما يكون الموظف لا يعلم بسبب عدم الشرعية للأمر الذي أطاعه الذي قام بالإتيان به وكان لا بد من تحديد ما إذا كانت عدم المشروعية ظاهرة أم لا، لقيام أو عدم قيام المسؤولية.

* ومنها إن توفر الإكراه المعنوي فيترتب عليه عدم المساءلة، وذلك إذا استحال على الموظف عدم الطاعة مثل موظف في حالة خطر او حضر الخيار له كالعسكري في الحرب.

الفرع الثاني

حالة تجاوز ما أمر به القانون

ان تنفيذ أمر القانون لا يعد من الأفعال المبررة إذا تجاوز الفرد الحدود التي يقتضيها أمر القانون، وفي هذا الصدد أصدرت محكمة الجزائر في العقبة الاستعمارية حكم بتاريخ التاسع من شهر نوفمبر 1954 تحت رقم 369-1954 و تعود وقائع القضية إلى أن أحد الأطفال هدد طفلا آخر بحجارة التي هي بيده، فتدخل شخص آخر محاولا إيقافه و تفادي الضربة إلا انه أدى بتصرفه ذلك بعد مسك الطفل من يده إلى كسر ذراع هذا الأخير، فتمت متابعة ذلك الشخص بجريمة الضرب والجرح العمدي إلا انه تم إعفائه من هذه التهمة تطبقا لنص المادة 63 فقرة 2 من قانون العقوبات لذلك الوقت والتي كانت تنص على انه يجب تقديم المساعدة

إلى كل من كان في حالة خطر، إلا انه ما يلاحظ عن ذلك الحكم ويأخذ عنه انه أثناء الحكم عليه تم إدانته على أساس تهمة الجروح الخطأ[1].

الفرع الثالث

تميز ممارسة أمر صادر عن السلطة عن مانع المسؤولية

إن الآثار القانونية المترتبة عليها الطبيعة الموضوعية لأسباب الإباحة (ما أمر به القانون) يمتنع معها رفع دعويين الجزائية و المدنية ضد الموظف ولا يجوز معاقبة من اشترك معه في تنفيذ الجريمة، فإذا كانت ممارسة الأوامر الصادرة عن السلطة على نحو قانوني[2] نكون أمام أسباب إباحة الفعل، أما إذا كانت ممارسة أمر صادر عن السلطة على نحو غير قانوني فإنها كأصل عام تعد على الأرجح مجرد مانع من موانع المسؤولية، لأنه يكون مكرها على فعله اي ان الركن المعنوي والمتمثل في الإرادة ينتفي، كما أن تكييف ممارسة أمر صادر عن السلطة لا يقف عند هذا الحد فيما يتعلق بهذه الصورة الخاصة بالعمل غير القانوني فالفقه الراجح يفرق في شأنها بين صورتين:

***الصورة الأولى:** إذا توافرت لدى الموظف الشروط الثلاثة السابق ذكرها[3] مع حسن النية والاعتقاد بمشروعية فعله بناء على أسباب معقولة وسبق التثبيت و التحري في مدى مشروعية الأمر الذي أمر إتيانه و تنفيذه، ففي هذه الحالة تنتفي المسؤولية الجزائية للموظف

1- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق ، ص: 92 ،93.

2- مروان محمد ونبيل صقر، الموسوعة القضائية، الدفوع الجوهرية في المواد الجزائية، طبعة 2003، ص: 163.

3- الشرط التالية:

1- صدور أمر رئيس إداري يخوله القانون سلطة إصدار هذا الأمر.

2- خضوع المرؤوس إداريا للرئيس.

3- مطابقة الأمر الصادر للقانون.

كلية فلا يسأل عن الجريمة العمدية ولا عن الجريمة الغير عمدية، على أساس ان افعاله مبررة.

***الصورية الثانية:** ففي هذه الصورة إذا كان ما توافر لدى الموظف على حسن النية فقط دون أن تستخلص و تستنبط المحكمة اعتقاده او ذهاب ارادته و التأكد بمشروعية فعله بناء على أسباب معقولة وقيامه بالتثبيت والتحري و عدم الاتيان بالفعل الا بعد بذل مجهود للوصول إلى التميز بين ما هو مشروع من عدمه، فإنه لا يسأل جزائيا عن جريمة عمدية وإن جاز مساءلته رغم ذلك عن جريمة غير عمدية [1] ولقد قضت المحكمة العليا في احد قراراتها بهذا الصدد وهو كما يلي، ولما كان ثابتا –في قضية الحال– أن قضاة الموضوع لم يتحققوا من توافر مسؤولية الطاعن عند قيامه بالفعل ذلك أنه ادعى دوما بكونه تلقى تعليمات من رئيسه فنفذها تبعا له، فإن هؤلاء القضاة في الدعوى بإدانة الطاعن دون التحقق من توافر مسؤولية كان لذلك قرارهم مشوبا بالقصور في التسبيب، ومتى كان كذلك، فإن النعي على القرار المطعون فيه بالوجه المشار من الطاعن في محله، ويستوجب قبوله[2].

المبحث الثاني

الدفاع الشرعي كنظام واسع للإباحة

انّ الدفاع المشروع مباح وجائز في الشريعة الإسلامية بنص القرآن والسنة الشريفة وبإجماع فقهاء الأمة الإسلامية، كما نجد ان المشرع الجزائري قد خصص مادتين للدفاع المشروع وهما (39 و 40)، ونجد أيضا المشرع الجزائري قد ميز بين نوعين من الدفاع المشروع، الدفاع المشروع العادي والدفاع المشروع الممتاز.

1– مروان محمد ونبيل صقر، المرجع السابق، ص: 164.

2– المجلة القضائية، ملف رقم 30459 قرار بتاريخ 1984/10/16.

و منه خصصنا للمطلب الأول لمفهوم الدفاع المشروع، اما المطلب الثاني خصصناه للتطرق إلى شروط الدفاع المشروع والمطلب الثالث لحكم الدفاع المشروع، أثاره وتجاوز حدوده.

المطلب الأول

مفهوم الدفاع المشروع

نتطرق فيه إلى تعريف الدفاع المشروع، طبيعته، أساسه، وكذلك مجاله وحالاته ونتناول ذلك بالدراسة في ثلاث فروع:

الفرع الأول

تعريف الدفاع المشروع

نتناول تعريف الدفاع المشروع في القانون وفي القضاء وفي الفقه، وذلك في ثلاث محاور.

* **التعريف القانوني:** من خلال المادتين 39 و 40 من قانون العقوبات الجزائري، نجد أنّ المشرع حصر أسباب الإباحة ونص على الدفاع المشروع في المادة 2/39 من ذات القانون، وحدّد مجال تطبيقه والشروط الواجب توافرها فيه وهما شرطا اللزوم و التناسب، كما يذكر المشرع الجزائري في نص المادة 40 الحالات الممتازة في الدفاع المشروع دون وضع تعريف له.

* **التعريف القضائي:** من خلال البحث في الاجتهادات القضائية نجد أنّ القضاء الجزائري لم يتطرق إلى تعريف الدفاع المشروع، وإنّما ركز القضاء على تحديد مجاله والشروط الواجب توافرها فيه، حتّى يوصف الفعل المرتكب دفاعا مشروعا أورد الاعتداء بأنه

دفاع مشروعا مع عدم تجاوز الحدود المقررة قانونا، وإلّا عدّ ذلك انتقاما لا دفاعا عن النفس أو المال أو العرض.

***التعريف الفقهي:** اختلف الفقهاء في تعريف الدفاع المشروع، ونطرح بذلك عدة تعريفات ونناقشها فيما يلي، هناك من عرّفه بأنّه "الحق الذي يقرره القانون لاستعمال القوة اللازمة لمصلحة المدافع لرد الاعتداء عليه أو على ماله أو على نفس الغير أو ماله"[1]، كما عرّفه البعض الأخر من جهة بأنة "الحق في دفع الاعتداء غير المشروع والحال على أن يكون الدفاع ضروريا ومتناسبا مع جسامة الاعتداء الخطر أو الضرر"[2] و من جهة عرّفه البعض الأخر "استعمال القوة اللازمة من خطر حال غير مشروع يهدد بإيذاء حق يحميه القانون"[3] ، إنّ هذا التعريف على الرغم من إباحته للدفاع المشروع باستعمال أيّة وسيلة كافية للرد أو دفع الفعل المجرّم أو الاعتداء، وكذلك حدّد شروط الاعتداء ووسع من مجال الدفاع إلى كل حق يحميه القانون يجوز الدفاع عنه، بمعنى أنّه يجوز الدفاع المشروع على النفس أو المال أو نفس الغير أو ماله، بما فيها الأموال العامة التابعة لأملاك الدولة، إضافة إلى حماية العرض و الدفاع عنه، لكن ما يؤخذ عنه أنّه أهمل ذكر الشروط الواجب توافرها في الاعتداء دون شروط الاعتداء المشروع وهي الأهم والأجدر بالذكر، كما عرّفه البعض الأخر بأنّه "أحد أسباب التبرير أو الإباحة، و مؤدّاه أنّ لكل شخص يتعرض لاعتداء على نفسه أو ماله أو نفس و مال الغير، وأن يدفع هذا العدوان ولو بطريق ارتكاب جريمة هي الوسيلة الوحيدة و الملائمة لدرء هذا العدوان"[4] و من جهة أخرى عرّفه البعض الأخر على أنّه "هو

1- منصور رحماني، القانون الجنائي ا لعام، –ط، دار العلو م للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2006، ص170.

2 – محمد الرازقي، محاضرات في القانون الجنائي العام،ط3، دار أويا للنشر والتوزيع، طرابلس، الجماهيرية العظمى، 2002، ص153.

3- محمد صبحي نجم، قانون العقوبات (القسم العام)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، لبنان، 2000، ص140.

4- سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، د.ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2003 ،ص402.

حق يقرره القانون لمن يهدده خطر اعتداء حال على نفسه أو ماله، أو على نفس الغير أو ماله، يصد بها ويدرأ بمقتضاه وبالقوة اللّازمة ذلك الخطر أو الاعتداء"[1].

وعليه يمكن تعريف الدفاع المشروع بأنّه "سبب من أسباب الإباحة باستعمال القوة اللازمة لمصلحة المدافع ضد خطر حال غير مشروع يهدد بالإيذاء نفس أو عرض أو مال الإنسان، أو نفس أو عرض أو مال الغير الذي يحميه القانون مع توافر الضرورة والتناسب وجسامة الخطر".

الفرع الثاني

طبيعة الدفاع المشروع و أساسه

بعدما تطرقنا في الفرع السابق إلى تعريف الدفاع المشروع، فهل طبيعته أو تكييفه واجب أيضا في القانون الوضعي؟ وكذلك نتساءل حول الأساس أو العلّة التي دفعت المشرع إلى إجازة الدفاع المشروع وهذا ما سنتطرق له في المحورين التاليين:

*** طبيعة الدفاع المشروع:**

اختلف الفقه القانوني حول طبيعة الدفاع المشروع بين من يعتبره أنّه حق، ومن يعتبره واجب، وبين من يعتبره رخصة، ورأي أخر يعتبره تفويض قانوني باستعمال سلطة الضبطية القضائية، وهي ذات طبيعة موضوعية وهذا ما سنتطرق له فيما يلي:

1/الدفاع المشروع حق و واجب، يعتبره غالبية الفقه حق من قبيل الحقوق العامة التّي تقررها القوانين للمواطن في مواجهة الكافة الذي يجوز لأي شخص استعماله لدفع الاعتداء الذي يهدده أو يهدد غيره، ويتعين من ناحية أخرى على الكافة احترامه وعدم اعتراض من

1- عبد الله أوهايبية، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، د.ط، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرغاية،الجزائر،2011،ص195.

يستعمل هذا الحق حتّى الشخص الذي قام في مواجهته حق الدفاع المشروع[1] وبذلك لا يجوز رده أو مقاومته[2]،ويعد غير مشروع كل فعل يعوق استعمال الدفاع المشروع، إنّ المعتدي لو قام بأفعال الدفاع تعتبر مقاومة غير مشروعة لأنّها المقاومة حق يقرره القانون[3]، وكذلك اعتباره حق يمنح صاحبه حرية الاختيار بين استعماله وعدم استعماله، فالقانون لا يجرّم من يستعمل حقه في الدفاع أولا يستعمله، ولقد أخذ بعض المشرعين بذلك واعتبره حقا لأنّ الحق لا يقوم إلّا في مواجهة شخص معين في حين أنّ المدافع لا يستطيع التكهن سلفا من سيكون طرف حقه في الدفاع، كما أنّ الحق يقابله التزام، ولا يوجد من قبل المدافع[4].

يرى بعض الفقهاء أنّ الدفاع المشروع إضافة إلى أنّه حق فهو أيضا واجب لأنّ المدافع حين يرد الإعتداء لا يدافع من أجل الحق المعتدى عليه فقط، وإنّما يساهم كذلك مع السلطة القائمة على حماية المجتمع ففي الدفاع عنه ضد خطر الإعتداء على مصلحة اجتماعية عامة[5]، بمعنى أنّه واجب اجتماعي وليس واجب قانوني يترتب على الإخلال به الجزاء، فدفع فعل غير مشروع يعتبر أيضا من قبيل الخدمات التي يؤديها المواطن للمجتمع[6]،فمن يدافع عن حقه لمنع الإعتداء يساهم في فعالية القانون والدفاع عن المجتمع[7] ، لكن يؤخذ على هذا الرأي أنّ اعتبار الدفاع واجب، يكون في حالة وجود التزام خاص ومباشرته ولا يمكن أن يتداخل مع ممارسة السلطة العامة.

1- عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات الجزائري،ط4،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،1994،ص184.

2 - عبدا لله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري –القسم العام،ج1،د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص129.

3 - بارش سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري شرعية التجريم،ج1،د.ط،مطبعة عمار قرفي، باتنة، الجزائر، 1992 ،ص118.

4-عبدالفتاح مصطفى الصفي، قانون العقوبات- النظرية العامة – –ط، دار الهدى للمطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، –سنة،ص476.

5 - عادل قورة، المرجع السابق،ص84.

6- .بارش سليمان، المرجع السابق،ص110.

7- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات –القسم العام، د .ط، دار النهضة العربية،مصر،1977،ص192.

2/الدفاع المشروع رخصة و تفويض من القانون، هناك من الفقهاء يعتبره رخصة أو ترخيص خاص، فلا هو بالواجب و لا بالحق يمنحه القانون لمستعمل الدفاع المشروع عند غياب السلطات العامة، أي الأصل أنّ استعمال السلطة في حالة الدفاع ومنع الجرائم يعود إلى الضبطية القضائية باعتبارها المختصة في منع الاعتداء على الحقوق التي يحميها القانون، فالشرطة هي المكلّفة بمنع الجرائم من الحدوث، ولكن عندما لا يتأتى الإلتجاء إليها وذلك تفويض من المشرع[1] للأفراد وهذا استثناء من الأصل نادى به بعض الفقه، لكن ليدرأ الإعتداء التفويض يصدر عادة عن الجهات المختصة أي الجهات الإدارية التي تصدر من الرئيس إلى المرؤوس للقيام بشؤون وظيفته، في حين إنّ المشرع لا يفوض لأي جهة قضائية بل هو مختص بإعداد مشاريع القوانين والاقتراحات والمصادقة والإصدار ليس التفويض لأي جهة فهو يحدد اختصاصات الضبطية القضائية مثلا، واختصاصات السلطة العامة ومختلف أجهزتها، بمعنى أنّ المشرع لا يفوض بل يشرع القوانين.

و الراجح أنّ طبيعة الدفاع المشروع تدور بين الحق و الواجب والرخصة فإذا كان الاعتداء واقعا على حق خالص للفرد فإنّ الدفاع المشروع يعتبر حقا، أمّا إذا كان الاعتداء واقع على حق ليس خالص له فالدفاع رخصة، أمّا إذا كان القانون يفرض السهر على رد الاعتداء وحماية الحق المعتدى عليه فالدفاع المشروع يكون واجبا، ومثال ذلك أنّ رجل الأمن مكلّف بالسهر على حماية حياة الناس، وأملاكهم وسلامة أجسامهم فإذا ما شاهد أنّ جريمة توشك أن تقع على حق فمن واجبه الدفاع عن هذا الحق وحينها يكون الدفاع المشروع واجبا[2] ، و عليه فإنّ طبيعة الدفاع المشروع دائرة بين الحق و الرخصة والواجب وبذلك يمكن اعتباره من طبيعة خاصة.

1 – أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام،ط4،دارهومة للنشر والتوزيع،الجزائر،2007،ص128.

2– بارش سليمان، المرجع السابق،ص110.

***أساس الدفاع المشروع:**

لقد اختلف الفقهاء أيضا في تحديد مصدر وأساس الدفاع المشروع، ونتيجة لذلك ظهرت عدة أراء نتناولها فيما يلي:

1/نظرية الحق الطبيعي و نظرية الاعتبارات الاجتماعية: ردّ بعض الفقهاء أساس الدفاع المشروع إلى فكرة الحقوق الطبيعية حيث قال هؤلاء أنّ دفاع الشخص عن نفسه عند تعرضه للاعتداء ويعتبره حقا طبيعيا للفرد في أن يثأر لنفسه من المعتدي[1]،بمعنى أنّه للمدافع أن يسترد حقه الطبيعي في لحظة عجزت الدولة عن حمايته، فيعود إلى الحياة البدائية السابقة على قيام الدولة[2] ، فهو إذا حق مكتسب ولا يولد مزودا به[3]، والاستناد إلى الحق الطبيعي من شأنه أن يطلق يد المدافع فلا يتقيد بشرطي اللزوم والملائمة[4]، **و** من الفقهاء من يرى أنّ المدافع لا تتوافر لديه الغاية، بل إنّ بدفاعه يذود عن المجتمع لهذا ينتفي لديه القصد الجنائي، ويؤخذ على هذا القول أنّ الغاية من السلوك اجتماعي أو غير اجتماعي لا تدخل ضمن الأنموذج القانوني للجريمة، ولهذا فلا يكفي تخلّف وجودها للقول بعدم توافر أحد أركان الجريمة وهو الركن المعنوي[5].

2/ نظرية العقد الاجتماعي و نظرية التفويض لعجز السلطة: يرى أصحاب هذه النظرية أنّ أساس الدفاع المشروع مستمد من نظرية العقد التي نادى بها "جون جاك روسو" أنّه تنفيذ للعقد الاجتماعي، ولا يكون للإنسان أن يدرأ العدوان عن نفسه بنفسه، غير أنّ الإقرار عند تنازلهم عن حق الدفاع للدولة قد احتفظوا برخصة الدفاع عن أنفسهم في حالة

1- محمد أحمد المشهداني، الوسيط في قانون العقوبات،ط1،مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، عمان ،الأردن، 2003 ،ص202.

2 – عبد الفتاح مصطفى الصفي، المرجع السابق، ص478.

3 –محمد السيد عبد التواب، المرجع السابق، ص124.

4 – عبد الفتاح مصطفى الصفي، المرجع السابق، ص479.

5- عبد الفتاح مصطفى الصفي، المرجع نفسه، ص477.

الخطر الوشيك الوقوع، ولكن يؤخذ على هذه النظرية أنّها فكرة خيالية لا تتفق مع المنطق[1] ، و ذهب بعض الفقهاء في فرنسا وإيطاليا ومصر إلى أنّ أساس الدفاع المشروع هو عجز السلطة وهي صاحبة الاختصاص، والحق في الدفاع عن التدخل لحماية الأفراد، ومن ثمّ لزم أن تمنع الأفراد من حماية أنفسهم بأنفسهم وحماية الأخرين، وفي مصر ذهب البعض إلى اعتبار الدفاع المشروع مقابلا منطقيا لاستقبال سلطة الوظيفة في أداء الواجب، فهذا الأخير سبب لمشروعية القوة التي يستخدمها أي فرد من الناس، وهذه النظرية مستقرة من ناحيتين[2]، لكن يؤخذ على هذا القول بعجز السلطة، فالسلطة لا تعجز عن الدفاع وإغاثة المعتدى عليه سواءا في حالة الاعتداء الحال أو الاعتداء الوشيك الوقوع، وإنّما العجز هو عجز المعتدى عليه في الإلتجاء إلى السلطة لإغاثته في الوقت المناسب، و منه الدفاع المشروع ليس لعقاب المعتدي وإنّما لرد الاعتداء[3]، وهذه النظرية لا تصلح كأساس للدفاع المشروع.

كما أنّه يعاب على الإكراه المعنوي أنّه لا يؤثر في الجانب المادي، ومن ثمّ لا يبيح السلوك إنّما يحول دون مساءلة الفاعل، ومن جهة أخرى و حتّى إن كان الإكراه سببا مبيحا رغم أنّه مانع من موانع المسؤولية فالقول بقيامه في كل أحوال الدفاع المشروع غير ممكن فهو لا يطابق الواقع إذ كثيرا ما يحتفظ المدافع بحرية الإختيار أمام العدوان خصوصا عندما يكون العدوان غير جسيم أو واقفا على غير المدافع[4]، وهذه النظرية أيضا غير صالحة أساسا للدفاع المشروع.

1- محمد السيد عبد التواب، المرجع نفسه، ص125.

2-علي راشد، القانون الجنائي، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1974، ص519.

3-عبد الفتاح مصطفى الصفي، المرجع السابق، ص477.

4-عوض محمد عوض، قانون العقوبات –القسم العام –ط، مؤسسة للطباعة الجامعية، الإسكندرية، مصر، ص125.

على الرغم من أنّ الدفاع المشروع سبب من أسباب الإباحة وهو استثناء عن التجريم وعليه يرجح بعض الفقهاء هذا الرأي كأساس للدفاع المشروع ويرجح بذلك مصلحة المدافع على مصلحة المعتدي.

الفرع الثالث

مجال الدفاع المشروع

أوردت المادة 39 من قانون العقوبات الجرائم التّي تبيح الدفاع المشروع ووسّع المشرع الجزائري من نطاقه ولم يحصر جرائم الاعتداء على الأشخاص، بل مددها إلى جرائم الاعتداء على المال، كما لم يميز بين الجرائم الموصوفة بأنّها جنايات أو جنح أو مخالفات والأخيرة محددة في نصوص المواد 463 من قانون العقوبات المتعلقة بالمخالفات المرتكبة ضد الأشخاص، ونص المادة 464 قانون العقوبات المتعلقة بالأموال، والمخالفات ونتناول الجرائم المبيحة للدفاع المشروع، وكذلك نناقش مسألة الجرائم غير العمدية ما إذا كانت تدخل هي الأخرى في نطاق الدفاع المشروع، ونحدد النطاق من خلال نص المادة 40 من قانون العقوبات التي يمكن تسميتها بحالات الدفاع المشروع الممتاز وذلك في ثلاثة محاور:

*** جرائم الإعتداء على النفس:**

يبدو من أول وهلة أنّ المشرع حصر الجرائم في القتل أساسا وفي أعمال العنف، ولكن في حقيقة الأمر هي أوسع من ذلك و يتبين من خلال المادة 1/40 قانون العقوبات التّي أشارت إلى الاعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه وهذه العبارة تغطي كل أعمال العنف بما فيها جرائم العرض المرتكبة بالعنف وتبعا لذلك تتحدد الجريمة على النفس بمظاهر متعددة بحسب الحق المعتدى عليه أو النتيجة المعاقب عليها وتتمثل فيما يلي:

1/ جرائم الاعتداء على حياة الإنسان وسلامة جسمه حيث يجوز الدفاع لدرء جرائم القتل (المادة 254 وما بعدها من قانون العقوبات)، وجرائم الضرب والجرح (المادة 264 وما بعدها).

2/ الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار والقذف و السب وهذه الجرائم معاقب عليها في المواد 296 وما بعدها وتتميز هذه الجرائم بالطابع الفجائي، إذ لا تسمح للمعتدى عليه فرصة للدفاع والدفاع هنا متصور في قيام المجني عليه بتمزيق المحرر الذي يحتوي على عبارات القذف قبل إذاعتها، أو إتلاف آلة التسجيل، أو بوضع يده على فم المعتدي لمنعه من مواصلة الشتم.

3/جرائم الاعتداء على الحرية المنصوص عليها في المواد 291 وما بعدها، وهي تتمثل في مظاهر منها الاعتداء على حرية التنقل والحركة، التي يصونها المشرع من الإستعمال التعسفي والخطف، فالتهديد بإيقاع جريمة من هذه الجرائم تجيز الدفاع المشروع[1].

*** جرائم الإعتداء على الأموال:**

وتشمل جرائم الأموال كالسرقة والإبتزاز والنصب والإحتيال، وإصدار شيك دون رصيد، وخيانة الأمانة، والتعدي على الملكية العقارية، وإخفاء الأشياء المسروقة والتعدي على الملكية الأدبية والفنية والتخريب والإتلاف، إضافة إلى المخالفات الواردة في المادة 443، والمادة 444، وكذلك المادة 445 وما يليها وهذه الجرائم يجوز فيها الدفاع المشروع[2]. ونجد بذلك المشرع الجزائري أطلق الدفاع ضد خطر الجريمة على غرار المشرعين الفرنسي والمصري.

1-أحسن بوسقيعة، المرجع السابق،ص129.

2 -عادل قورة، المرجع السابق،ص90.

***مسألة الجرائم غير العمدية:**

جاء عن المشرع الفرنسي أنّه لا يجوز الدفاع المشروع على الجرائم غير العمدية معللا ذلك أنّ الدفاع المشروع لا يتلاءم وطبيعة الجرائم غير العمدية، وقد عبّرت محكمة النقض الفرنسية عن موقفها الرافض لقبول الدفاع المشروع في الجرائم غير العمدية في قضية كوزيني 1967.

أمّا القضاء الجزائري لم نعثر له على موقف تجاه هذه المسألة[1]، فيما ذهب الفقه المصري إلى القول أنّ الدفاع جائز ضد الجرائم العمدية وغير العمدية باعتبار المشرع لم يميز بينهما[2].

ونستشف من نصوص المادتين 39 و40 قانون العقوبات المتعلقتين بالدفاع المشروع أنّ المشرع يقصد الجرائم العمدية، كما يتبين ذلك في المادة 39 من اشتراط التناسب بين الدفاع وجسامة الإعتداء، وفي المادة الثانية من طبيعة الجرائم التي وردت فيه، وهي كلّها جرائم عمدية، ولذلك فإنّي أرى ما يراه الأستاذ بوسقيعة في استبعاد الجرائم غير العمدية وإخراجها من نطاق الدفاع المشروع لأنّه ما لم يوجد فيه نص فلا عبرة له[3].

1-أحسن بوسقيعة ،المرجع السابق،ص130.

2-رؤوف عبيد، شرح قانون العقوبات –القسم العام، دار الفكر العربي ، بيروت، لبنان، 1966 وص45.

3-أحسن بوسقيعة، المرجع نفسه،ص130،131.

المطلب الثاني

شروط الدفاع المشروع

بعدما تطرقنا في المطلب السابق لتعريف الدفاع المشروع، وللأساس الذي يقوم عليه ويستمد منه الدفاع إباحته وشرعيته، وأيضا توصلنا إلى أنّ مجال الدفاع المشروع يكمن في الجرائم العمدية، وفي هذا المطلب سنتطرق لشروط الدفاع المشروع في فرعيين:

الفرع الأول

الشروط المتطلبة في الاعتداء

من خلال نص المادة 39 قانون العقوبات يتضح لنا أن للاعتداء ثلاث شروط وسنتناول ذلك في ثلاث محاور فيما يلي:

أولا: يجب أن يكون الاعتداء غير مشروع: إنّ الخطر غير المشروع هو الذي لا يعتبر حقا ولا واجبا[1]،بمعنى أنّه لا يستند إلى حق أو واجب أو إذن من القانون[2]، كما لا يجوز القول بالدفاع المشروع قبل أن يبادر المعتدي بفعل ما ينشأ عنه خطرا يهدد حقا يحميه القانون، وينبعث هذا الخطر عادة من فعل إيجابي، إذ من النادر أن يتحقق الخطر بفعل سلبي، ولكنّه إذا تحقق الخطر السلبي، كما في حالة الأم التي تمتنع عن إرضاع طفلها بقصد قتله فإنّه يجوز إرغامها بالوسائل المناسبة على الإرضاع لإنقاذ الطفل من الهلاك.

ويوصف الخطر بأنّه غير مشروع إذا كان من شأنه أن يحقق اعتداء محتمل على مصلحة يحميها القانون، أي أنّه يتجه إلى ارتكاب اعتداء إذا ترك دون رد مناسب دون تحققه

1-محمد الرازقي، المرجع السابق،ص157.

2-أحسن بوسقيعة، المرجع السابق،ص132.

مع العلم أنّه إذا تحقق فعل الاعتداء كاملا يوقف الدفاع المشروع، لأنّ الدفاع المباح ضد الخطر للحيلولة دون وقوع الاعتداء أو الفعل أثناء تحقق جزء منه للحيلولة دون استمراره واكتماله[1]، أي أنّه يشترط أن تقع النتيجة الإجرامية التي قصدها الجاني من اعتدائه بل يكفي أن يقف الفعل عند حد الشروع أو أحد الأفعال التحضيرية[2]، ومنه لا يقوم الدفاع المشروع إذا لم يوجد اعتداء قط متى كان العمل ليس من شأنه المساس بحق يحميه القانون، كما لو تقدّم موظف مختص (محضر قضائي) لتوقيع حجز على منقولات شخص معين فلا يعد هذا العمل اعتداء يبيح للمحجوز عليه أن يقاومه بالقوة بدعوى الدفاع المشروع، وذلك لأنّه فعل يحميه القانون[3].

كذلك إذا أباح القانون الفعل أو أمر به فهذا معناه أن يمنع أي تصرف يعرقل ما أباحه القانون أو أمر به كنتيجة مباشرة لهذه الإباحة تخرج الفعل من دائرة التجريم ليصبح مشروعا، ومن ثمّ الدفاع المشروع غير متصور قانونا لأنّه عندما يعترف المشرع فمن اللازم لاستعمال هذا الحق تكون مشروعة، فالشخص الذي أصدرت في حقه السلطة القضائية أمرا بالقبض عليه ويقاوم تنفيذ هذا الأمر لا يكون في حالة دفاع شرعي وكذلك الحال بالنسبة لمن يقاوم الضبط الذي يقوم به مواطن عادي وفقا لنص المادة 61 من قانون الإجراءات الجزائية التّي تخول كل شخص في حالات التلبس بجناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس ضبط واقتياده إلى أقرب مقر الضبطية القضائية[4].

رغم ذلك فإنّنا نجد أنّ بعض الوظائف تتطلب من الموظفين العموميين القيام بأعمال العنف و يلجئون في الغالب إلى القوة المادية للمحافظة على الأمن والنظام العام، والقانون

1-عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص132،131.

2 -عبد الله أوهايبية، المرجع السابق، ص198.

3-عادل قورة، المرجع السابق،ص87.

4-أحسن بوسقيعة، المرجع السابق،ص132.

يمنع مقاومة الموظفين العموميين ويعتبر المقاومة جريمة فتنفيذ عقوبة الإعدام أو إيقاف أحد المجرمين الفارين أو الدخول إلى المساكن خلال تفتيش قضائي، وتقييد حرية الأشخاص بنص القانون[1]، كل هذه لا يجوز مقاومتها، فمأمور الضبط يمارس مهامه كالقبض على متهم أو تنفيذ حكم الإعدام أو لأمر صادر عن السلطة وعلى من يتعرض أن يتحمله ولا يشترط القانون في الجريمة التي ينشأ الدفاع المشروع قدرا من الجسامة[2].

ثانيا: أن يكون الاعتداء حالا: لقد عبّرت على هذا المادة 2/39 قانون العقوبات بالضرورة الحالة، ويتحقق ذلك إذا وقع الاعتداء أو كان وشيك الوقوع، فلابد من وجود خطر حال، ويتعين أن يكون الخطر حقيقة ملموسة وليس من صنع الخيال، غير أنّه قضي في فرنسا بأنّه ليس من الضروري أن يكون المعتدى عليه الذي دفع الاعتداء إلى خطر الموت[3].

ويكون الخطر حالا في حالتين:

1- **الحالة الأولى:** أن يكون الاعتداء على وشك الوقوع، بمعنى أنّ الاعتداء لم يبدأ بعد ولكن هناك تهديد جدي به، لأنّ فلسفة الدفاع المشروع تكمن في تفادي الضرر فالمشرع الجنائي لا يمكنه أن يبيح الدفاع وتحييد المعتدي من جهة، ويطلب من المهدد بالاعتداء من جهة أخرى انتظار وقوع الخطر أو الطلقة الأولى، فالدفاع حينئذ قد يكون لا معنى له البتّة فقد يكون الوقت متأخر وبلغ المعتدي هدفه يفقد حق الدفاع الشرعي[4]، وعليه فإنّه في الحالة الأولى وقاية من وقوع الخطر.

1-محمد الرازقي، المرجع السابق،ص158.

2 ممدوح عزمي، دراسة عملية في أسباب الإباحة وموانع العقاب، -ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2000، ص111.

3-أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص131.

4-محمد الرازقي، المرجع السابق، ص156.

2- **الحالة الثانية:** المعتدي يشرع في اعتدائه فعلا لكنّه لم يفرغ بعد ففي هذه الحالة من باب أولى يحق للمعتدى عليه أن يستعمل كل الوسائل المناسبة لدرأ الضرر، فهو يحاول التقليل من أثار الاعتداء والمدافع هنا هو في حالة حرجة للغاية، لأنّ المدافع غالبا يستمر في دفاعه بعد أن يحيد الاعتداء، ولكن قانونا لا يعتبر دفاعا مشروعا بل تجاوزا لحدود الدفاع[1]، وأصبح عدوانا غير مشروع معاقبا عليه ويعتبر ذلك انتقاما لأنّه بمجرد انتهاء الاعتداء ينقضي معه وجه الدفاع المشروع الذي لم يشرع لمعاقبة المعتدي أو الانتقام منه.

وبالنظر في اجتهادات محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر في 1957/02/14 الذي قضى بالدفاع المشروع لصالح الوالد الذي أطلق النار على شخص فأرداه قتيلا بعدما شاهده، وهو يهدد ابنه بسلاح ناري وقد تبين أنّه يمازح الولد ولا يريد إيذائه، ويثير هذا الاعتداء مسألة توهم الاعتداء ويقصد بهذا أن تحيط بالشخص ظروف و ملابسات تدفعه إلى الاعتقاد أنّ ثمّ اعتداء يقع عليه أو على غيره، فيبادر فورا إلى استخدام القوة اللازمة لدفعه ثم يتبين أنّ اعتقاده كان وهما.

ثالثا: أن يكون الاعتداء على النفس أو المال يجيز القانون بنص المادة 2/39 من قانون العقوبات الدفاع عن النفس أو المال، ولم يحدد جرائم معينة دون أخرى، فكل الجرائم تقع على الأشخاص تجيز الدفاع المشروع فلا فرق بين الجرائم التي تقع على الأجسام أو الجرائم التي تمس العرض أو الشرف أو الإعتبار، وكذلك الأمر بالنسبة للجرائم التي تقع على الأموال فكلّها تبيح الدفاع المشروع[2].

1 -محمد الرازقي، المرجع نفسه، ص156،157.

2-عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص135.

والمقصود بالنفس شخص المعتدى عليه واستقر الفقه على أنّ كل ما يعتبر عنصر من عناصر الشخصية أو مصلحة قانونية تتصل بالشخص ذاته[1] لا بالمال تندرج تحت إصلاح النفس، وبذلك فكل ما يقع على حياة الإنسان وسلامة جسده وعرضه وشرفه تعتبر كلّها واقعة على النفس، وجرائم العرض والشرف والاعتبار التّي تتم عادة بمجرد قول العبارات أو نشر الكتابة التّي تتضمن القذف والسب، ومن ثمّ يكون الدفاع من قبيل الانتقام لأنّه يكون بعد وقوع الفعل أو السب فعلا، وبذلك ذهب أغلب الفقهاء إلى القول بامتداد إباحة الدفاع المشروع إلى جرائم الشرف والاعتبار[2]، كما أنّ السب والشتم والقذف لا تتميز عن غيرها من أفعال الاعتداء فإنّه إذا أثبت أنّ الفعل يشكل في صورته اعتداء قد انتهى فلا يحق الدفاع الشرعي[3]، إضافة إلى الجرائم الواقعة على النفس والجسم من ضرب وجرح، أمّا الجرائم الواقعة على المال فهي عديدة رغم ذلك حصرها المشرع في قانون العقوبات كالسرقة والنصب...المذكورة آنفا.

وعليه فإنّه يجب توافر الشروط السابقة الذكر حتى يجوز الدفاع المشروع ضد مرتكبي الجرائم.

الفرع الثاني

الشروط المتطلبة في الدفاع

إنّ الأفعال التّي تصدر من المعتدى عليه لدرء الخطر الذي يهدد الحق المحمي من طرف القانون الجنائي، حتّى يبيحها لابد أن تكون عدم إمكانية اللّجوء إلى السلطات، كما ينبغي أن يبنى الدفاع المشروع على أسس موضوعية لا يتعلق بنفسية المدافع، ومن ثمّ

1-فتوح عبدالله الشاذلي، قانون العقوبات -القسم العام-، -ط، دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية ،مصر2001 ،ص228،229.

2 -رؤوف عبيد، المرجع السابق،ص552.

3 -سمير عالية، شرح قانون العقوبات -القسم العام، دار المطبوعات الجامعية للنشر، بيروت، لبنان، د.سنة،ص367.

يتحقق الدفاع المشروع ولو لم يكن المدافع عالما بالخطر الذي يهدده، وأن يكون فعل الدفاع هو الوسيلة الوحيدة لدرء الاعتداء، لذا فإنّه لابد من أن تكون هذه الأفعال لازمة لحد الخطر، ومتناسبة معه من جهة أخرى، ونتناول بذلك شروط الدفاع المتمثلة في اللزوم والتناسب في محوريين كما سيأتي بيانه.

أولا: شرط اللزوم: يجب أن يكون فعل الدفاع لازما لدرء الخطر، وشرط اللزوم مستمد من نص المادة 2/39 من قانون العقوبات والتي تنص على أنّ "**إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء**" ويستلزم هذا الشرط أن تكون حالة الدفاع ضرورية لردع المعتدي ومنعه من تنفيذ جريمته عن طريق استعمال القوة المناسبة واللّازمة لرد الاعتداء، ويجوز ذلك عندما لا يكون في استطاعة المدافع الاحتماء برجال السلطة العامة لدرء الاعتداء بأيّة وسيلة أخرى، فهذا الشرط متعلق بكيفية الدفاع ومقاومة الاعتداء وأنّه لم يكن عند المعتدى عليه من وسيلة بمنع المعتدي من اقتراف جريمته إلّا باللّجوء لوسيلة القوة، إذا كان في وسعه الاحتماء برجال السلطة العامة أو إبلاغهم فلا وجود للدفاع المشروع[1].

إضافة إلى وجود الدفاع وقت العدوان، ومعنى ذلك أن يكون الخطر يهدد الحق سواء كان قد وقع ولم ينتهي ووشيك الوقوع، ومن ثمّ فإنّ الخطر المستقبل لا يبيح الدفاع المشروع لأنّ الخطر لا يتصف بالحلول الجدية، حيث يجب على المهدد بخطر مستقبلي الاحتماء بالسلطة لمنع التهديد قبل أن يتحول إلى اعتداء وبانتهاء الاعتداء لا يحق له الدفاع المشروع، وتحديد انتهاء الاعتداء يقر الرجوع إلى النتيجة الإجرامية التي تحققت ولم تنتهي وقد ينتهي الاعتداء دون تحقق النتيجة جبرا أو اختيارا أو نحو ما قضاه سابقا أو صادر عن

1-محمد علي عياد الحلبي ،شرح قانون العقوبات القسم العام،ط1،دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2000، ص125.

أب فإنّه يستحسن الهروب، في هذه الحالة نجد أن الدفاع هو الوسيلة الوحيدة لمنع تحقق النتيجة الإجرامية[1].

وحتّى يكون الدفاع لازما يجب أن يكون لازما لدرء الخطر أوصده بتوجيهه لمصدره[2]، أي أن ينصب على مصدر الاعتداء لا على مصدر أخر، فإنّ تعرض شخص إلى عدوان لا يجوز له باسم الدفاع الشرعي أن يضرب غيره[3]،كما لا يعتبر دفاعا إذا دخل شخص بأغنامه ليرعى في مزروعات الغير المسورة فلا يجوز لصاحب المزروعات قتل الراعي وترك الأغنام فمصدر الخطر هو الأغنام[4]،ومن ثمّ فإنّه في الأصل لا معنى للاحتجاج إذا اتجه المدافع إلى مصدر أخر لا يتأتى منه الخطر، وبالتالي لا يجوز له أن يوجه الدفاع ضد غيره[5].

و نتساءل أيضا ماذا لو أنّ الهروب كان متاحا لتفادي الاعتداء فهل، يحق للمعتدى عليه الدفاع المشروع؟

إن كان ممكنا للمعتدى عليه الهرب دون أن يكون الهرب في حقه عملا مشينا فإنّه لا يحق له الدفاع الشرعي إن هو أثر التصدي للعدوان، وعلى عكس من ذلك يبقى للمدافع حق الدفاع المشروع و لو كان بوسعه الهرب متى كان في مثل ظروفه يعتبر أمرا مهينا، ويميل الفقه إلى أنّ القاعدة هي جواز التشبث بالدفاع المشروع ولو كان الهرب ممكنا[6]، ففي حالة

1-علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات، القسم العام، د.ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1977، ص2.

2 -عبد الله أوهايبية، المرجع السابق، ص203.

3 -سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 430.

4-مأمون سلامة، قانون العقوبات،ط3،دار الفكر العربي،الإسكندرية،مصر،1998،ص234.

5-جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات المصري، د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية ،مصر ،1989 ،ص262.

6-السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات الجزائري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1952، ص203.

شروع سرقة بالقوة فالهرب يحيد عقبة واحدة وهي تحاشي الخطر على النفس أو الجسم، ولكن لا نتحاشى الخطر الحقيقي وهو السرقة لأنّ استعمال العنف ليس إلّا وسيلة وليس غاية، ولكن الهرب أمام القاتل يحقق نتيجة فلا محل لإستعمال القوة لصده، لكن الهروب غير مشرف و يعتبر عار ومناف للكرامة الإنسانية المحمية والمحترمة، كما أنّ المدافع عن نفسه أو عرضه أو ماله يدافع في نفس الوقت على المصلحة العامة و النظام العام فهو يقوم بنفس الوظيفة والمهمة التي يقوم بها رجال الأمن.

وعليه فإن المعتدى عليه إذا قرر الهرب أصبح الخطر أو الاعتداء معدوما، ولا يجوز لأي شخص التدخل، لكن يجوز للغير الدفاع المشروع في حالة الموقف السلبي كأن يترك المعتدي حرية الدفاع عن نفسه أو ماله لسبب واحد، وهو وجود سبب الإباحة[1]، ومع ذلك فإنّ الدفاع المشروع حتّى يتحقق يجب أن يكون ضروريا، ولا يمكن درأ الاعتداء بوسيلة أخرى كالاحتماء بالسلطات أو الهرب غير المشين أو الاستعانة أو الاستنجاد بالغير، لكن مع ذلك يجب أن يكون الدفاع متناسبا مع الاعتداء إذ لا يجوز القتل مقابل الجرح البسيط، ونتناول بذلك شرط التناسب بين الدفاع والاعتداء في المحور الثاني.

ثانيا: شرط التناسب: فضلا عن لزوم الدفاع لرد الاعتداء ودرء الخطر، أن يكون متناسبا مع جسامة الإعتداء لأنّ ما زاد عن ذلك يعتبر انتقاما، وقد عبّرت محكمة النقض المصرية عن هذا بقولها "إذا ثبت أن المدافع كان بوسعه درأ الاعتداء بسلوك معين، فلا يباح له أن يدرأه بسلوك أشدّ جسامة"، كما عبّرت عنه في حكم أخر بقولها "إنّ حق الدفاع المشروع قد قرّر بالقانون لدفع كل اعتداء مهما كانت جسامته و تناسب فعل الدفاع مع الاعتداء لا ينظر فيه إلّا بعد ثبوت قيام حالة الدفاع المشروع وإن زاد الدفاع كان المدافع

1-محمد الرازقي، المرجع السابق، ص 166،167.

متجاوز للدفاع المشروع وحق العقاب[1]، كما اشترط قانون العقوبات الجزائري في المادة 3/39 المذكورة أنفا ضرورة أن يكون الدفاع متناسبا مع الاعتداء وذلك بمجرد إثبات قيام الحالة وتحقق الشرط يحقق البراءة للمدافع.

وعليه فإنّ عدم التناسب بين فعل الدفاع وفعل الاعتداء لا ينظر إليه إلّا بمناسبة تقدير ما إذا كانت القوة التّي استعملت لدى المعتدي زادت عن الحد الضروري الذي استلزمه القانون، ومدى تأثير الزيادة على مسؤولية المتهم الذي وقع منه، والسؤال الذي يطرح نفسه ما هو المعيار الذي يمكن اعتماده في تحديد التناسب؟

لقد تطلّب القانون التناسب ولم يتطلب التماثل بين الدفاع ودرجة جسامة الإعتداء، إذ كان للمدافع أن يدافع عن نفسه بالوسيلة التي يراها مناسبة لرد الاعتداء والتي تختلف تبعا لاختلاف الظروف والأحوال، وتطبيقا لهذا إذا هوجم شخص بالضرب من أخر ضربا كان من المحتمل أن تنشأ عنه جروح بالغة، فلا شك أنّ للغير أن يدافع عن المعتدى عليه بما يرد هذا الاعتداء بالوسيلة التي يستطيع استعمالها ولو كان باستعمال سلاح ناري، وعلى هذا يكون المعيار شخصيا لا موضوعيا يختلف من شخص لأخر حسب الظروف المحيطة به وقت تعرضه للإعتداء ومدى سيطرته على تفكيره ووجهة تصرفه، ومن ثمّة فمن غير المستساغ محاسبة على التفكير الهادئ المطمئن الذي لا يقوى عليه والخطر يهدده ويجعل تفكيره وتصرفه مضطربا وإن قلنا بالأخذ بالمعيار الشخصي[2]، فذلك يعرضنا للنقد لأنّ أسباب الإباحة أسباب موضوعية ويقصد بها أن يعمد القاضي إلى تحليل العناصر الموضوعية للخطر والدفاع[3]، واعتماد معيار الرجل العادي الذي أحاطت به نفس الظروف و جسامة رد فعله، فإذا وجدنا أنّ المدافع قد تجاوز بردّه ما كان يمكن أن يصدر عن الرجل العادي

1-عبد الفتاح مصطفى الصفي، المرجع السابق،ص496،497.

2 -عبد الفتاح مصطفى الصفي، المرجع السابق، ص497.

3 -محمد الرازقي، المرجع السابق، ص170.

المحاط بنفس الظروف، عدّ المدافع متجاوزا على أنّ المسؤولية عن هذا التجاوز لا تتحقق إلّا إذا كان يعلم أنّه كان بمقدوره أن يدرأ الإعتداء بفعل أقل جسامة ولكنّه مع ذلك اختار أن يواجه الخطر بفعل أشدّ جسامة، كالرد على الاعتداء بالضرب بالقتل، مع أنّ الضرب لا يؤدي إلى القتل يكون مسئولا لانتفاء التناسب بين فعله والاعتداء الواقع[1]، و منه المعيار المعتمد معيار شخصي وموضوعي في نفس الوقت، فهو موضوعي يقوم على أساس الرجل العادي الذي يوجد في ظروف المعتدى عليه، وشخصي لا يهمل الظروف الشخصية لهذا الأخير[2].

وعليه يجب أن يكون الدفاع متناسبا مع الاعتداء، وخاصة باعتماد الوسيلة المستعملة في الدفاع، ونجد تطبيقات هذا الشرط في القضاء الفرنسي فيما يلي:

قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في 11-10-1994 بإفادة تاجر بالدفاع المشروع بعدما فاجأ لصا في بيته ليلا، ولمّا حاول اللص الهروب من شرفة المنزل أوقفه التاجر بعيار ناري أصابه في ساقه، كما قضت في قرارها الصادر في 21-2-1996 بتناسب العيار الناري القاتل الذي أطلقه على متهم لدفع الاعتداء ليلا بسبب هيئته المريبة، إذ كان يحاول الدخول إلى منزله بعدما كسر إحدى نوافذه، وقضت بالمقابل في قرارها المؤرخ في 12-10-1993 بعدم تناسب العيارات النارية التي أطلقها والد الفتاة في اتجاه شاب كان يتسلق حيطان المنزل لبلوغ بيت تلك الفتاة[3].

وفي الجزائر قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 29-09-2003 في الواقعة التّي تمثلت في إطلاق النار من طرف المتهم على الضحية بحجة أن هذه الأخيرة تهجمت

1 -عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص137.

2-علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص221.

3-أحسن بوسقيعة، المرجع السابق،ص135.

عليه وضربته بكماشة لعدم التناسب[1] ،وعليه فإنّ التناسب يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، لكن مع ذلك وردت استثناءات على شرط التناسب، والمتمثل في إعفاء المدافع من إثبات التناسب والاكتفاء بإثبات اللّزوم، وذلك فيما يسمى بالدفاع المشروع الممتاز ونتطرق لهذه الحالات فيما يلي:

ثالثا: الحالات الخاصة بالدفاع المشروع الواقعة على النفس: تتمثل في كل اعتداء واقع على النفس بما فيها الجرح والضرب الجسيم الذي قد يؤدي إلى الموت أو إحداث عاهة أو مرض خطير، وقد يكون عمدي أو غير عمدي، وأن يكون التخوف من وقوع نتائج خطيرة على أسباب معقولة وكذلك إتيان امرأة كرها أو هتك عرض بالقوة يتمثل هنا في تهديد بارتكاب المعتدي جريمة إوقاع أنثى بغير رضاها واختطاف إنسان يباح الدفاع المشروع بالنسبة طوال فترة استمرارها[2].

رابعا: الحالات الخاصة بالدفاع المشروع الواقعة على المال: يتمثل الاعتداء في ارتكاب السرقة أو النّهب مع استعمال العنف، ولا تتوافر هذه الحالة إذا كانت السرقة غير مصحوبة بالعنف، وكذلك الاعتداء المتمثل في الدخول أو محاولة دخول منزل مسكون ليلا أو أحد ملحقاته، متى تم بوسائل معينة ولا تتحقق هذه الحالة إلّا إذا كان الدخول ليلا، وأن يكون الدخول إلى منزل مسكون أو إلى أحد ملحقاته سواء تواجد أصحابه فيه أم لم يتواجدوا، وكذلك يجهل المدافع بوجود المعتدي فإن كان عالما بوجود المعتدي الذي ليس له الحق في الدفاع، بمعنى أن يكون الدخول دون إذن صاحب المنزل لأنّه برضاه تنتفي الجريمة، كما يجب أن يكون المدافع حسن النية، وكذلك أن يتخوف من فعل قد يحدث منه قتل أو ضرب

1المجلة القضائية،ع1،عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال العمومية ،الجزائر ،2003 ،ص467.

2-علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص224،225.

أو جراح بالغة[1]، و كذلك الدخول أو محاولة الدخول عن طريق تسلق الجدران والمداخل والكسر والثقب واستعمال مفاتيح مقلّدة أو أدوات خاصة، وهذا ما هو منصوص عليه في قانون العقوبات في المادة 40 وهنا يجوز الدفاع المشروع الممتاز بإثبات اللزوم دون إثبات التناسب.

المطلب الثالث:

حكم الدفاع المشروع وإثباته وحكم تجاوز حدوده

بعدما تطرقنا في المطلبين السابقين تعريف الدفاع المشروع من الناحية القانونية ونظرة المشرع الجزائري إلى هذا النوع من الدفاع عن نفس الشخص وماله ونفس الغير وماله، إضافة إلى الشروط الواجب توافرها في الاعتداء والدفاع، وسنتطرق في هذا المبحث إلى حكم الدفاع المشروع وكيفية إثباته وأثاره وحكم القانون في تجاوز حدود الدفاع المشروع، ونتناول ذلك في ثلاث فروع:

الفرع الأول

حكم الدفاع المشروع و إثباته

نتناول في هذا الفرع حكم الدفاع المشروع وإثباته في محورين:

1-سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص439،440.

أولا: حكم الدفاع المشروع: إنّ توافر الاعتداء وحده لا يعطي للمعتدى عليه الحق في الدفاع المشروع لأنّ المشرع لا يبيح الدفاع المشروع إلّا لرد إعتداءات وردت على سبيل الحصر، كما أنّ المشرع منع اللّجوء إليه إلّا في أحوال معينة، وهذا ما اتفق الفقه على تسميته بالحالات العادية للدفاع المشروع، كما أضاف المشرع حالات أخرى للدفاع المشروع اتفق على تسميتها الحالات الممتازة للدفاع المشروع[1]، والفرق هنا بين حالات الدفاع الشرعي العادي وحالات الدفاع الشرعي الممتاز، هو أنّه في الحالة الثانية المدافع غير مطالب بإثبات جميع شروط الدفاع الشرعي، بل يكفي أن يثبت حالة من الحالات الواردة في المادة 40 من قانون العقوبات[2].

و يستخلص من نصوص التشريع الجزائري وبالضبط المادة 2/39 قانون العقوبات لا جريمة إذا كان الدفاع قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو نفس الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الإعتداء.

ثانيا: إثبات الدفاع المشروع: يعتبر الدفاع المشروع وسيلة يتذرع بها المعتدى عليه لدفع المسؤولية الجنائية عليه بسبب جرم نسب إليه فيعد سببا مبررا إذا وضع دفاعا عن النفس أو المال أو نفس الغير أو ماله، ويستوي في الحماية الشخص الطبيعي والشخص المعنوي، فقد يعترف المعتدى عليه بما أسند إليه ويدفع بكونه في حالة دفاع مشروع وللتمسك بالدفع أن يرد بصريح لفظه، وعندئذ يجب على محكمة الموضوع أن تبين عناصره وتمكن المحكمة من التمييز من إجراء رقابتها على حسن تطبيق القانون والتذرع بحق الدفاع المشروع من الدفوع الجوهرية التي على المحكمة الرد عليها في الحكم تحت طائلة اعتباره مشوبا بالقصور والتعليل، وبالتالي على من يقع عبء إثبات الدفاع المشروع؟.

1- فتوح عبد الله الشاذلي، المرجع السابق، ص 352.

2 عبد الرحمان خلفي، المرجع السابق، ص86.

باعتبار أن سلطة محكمة الموضوع تخضع لرقابة المحكمة العليا، بحيث يحق لها مراقبة كيفية استنتاج محكمة الموضوع لمدى توافر وانتفاء الدفاع المشروع من وقائع الدعوى[1].

1/ إثبات الدفاع المشروع في الحالات العادية: مبدئيا أنّه من يتمسك بالدفاع المشروع عليه أن يقيم الدليل على ادعائه، لكن السؤال المطروح هنا على من يقع عبء الإثبات؟ هل على المتهم أم على جهة الاتهام إثبات عدم توافره ؟

القاعدة أنّه يقع على جهة الاتهام إثبات عدم توافر أي عنصر من العناصر التي تبيح الفعل سواء تعلّق الأمر بشروط الاعتداء أو بشروط الدفاع المشروع، وأنّه يقع على المتهم إثبات توافره من إقرار وشهود واستحضار الأدلة والبراهين، فمن يتمسك بالدفع يجب عليه إقامة الدليل وتوافره وفي الصورة ظهر رأيان:

الرأي الأول: يستند إلى قرينة البراءة استنادا إلى قاعدة أنّ كل شخص يعتبر بريء حتّى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته طبقا لنص المادة 56 من دستور 2016 بهذا يقع عبء إثبات الجريمة على جهة الإتهام[2].

الرأي الثاني: يستند إلى أنّ من واجب النيابة العامة عند إثبات الجريمة بأركانها وشروطها، ويقع على المتهم عبء إثبات الوقائع التي تنفي وجودها، وعليه فالدفاع المشروع يعد من قبيل الدفوع الموضوعية التي يجب إثارتها خلال سير الدعوى أو النظر في الحكم أو في المذكرات المقدمة، كما يجب التمسك به لدى محكمة الموضوع، ولا يجوز إثارته لأول مرة أمام المحكمة العليا إلّا إذا كانت وقائع الدعوى كما ثبت لدى محكمة الموضوع ترشح لقيام الدفاع المشروع، ومدى تناسب القوة اللازمة لرد الاعتداء تعتبر من الأمور المتعلقة

1د .بارش سليمان، المرجع السابق، ص132.

2د.فتوح عبد الله الشاذلي، المرجع السابق ، ص353.

بموضوع الدعوى، تستقل محكمة الموضوع بالفصل فيها، وتقوم محكمة الموضوع بالبحث في الدفع المقدم، باعتباره دفعا موضوعيا يتطلب التحري والتحقيق من تصور الواقعة وتقديم الأدلّة إذا توافرت كافة أركان الدفاع المشروع، كان من واجبها الحكم بالبراءة لتحقيق سبب الإباحة أو تخفيف العقوبة إذا تجاوز المدافع حدود الدفاع المشروع بنية سليمة[1]،لا يتمسك المتهم بالدفاع المشروع مستعملا اسمه القانوني بل تكفي أية عبارة يفهم منها أنّ المتهم في هذه الحالة كان يقول أنّه لم يكن معتديا، بل إنّه كان يريد رد الاعتداء الذي وقع عليه من المجني عليه، وهذا يشترط أن يكون المتهم جادا بتمسكه بدفعه بصفة أصلية لا على سبيل الاحتياط أو لمجرد الافتراض، فيجب أن يثار الدفع الأول أمام الجهة القضائية المختصة، لأنّه من شأنه إنشاء قرينة قانونية على توافر أركان الدفاع المشروع، يتعين على المحكمة في هذه الحالة أن تعمد من تلقاء نفسها للبحث في حالة الدفاع المشروع وإثباتها لتقول كلمتها فيها نفيا أو إثباتا لما تقتضيه واقعة الدعوى من إباحة الفعل المسند إلى المتهم أو من تجاوز حدود الدفاع المشروع بنية سليمة ولو اعترف المتهم بالتهمة المنسوبة إليه فيكون على المحكمة أن تتعرض لبحث هذه الحالة دون إرغام المتهم على الاعتراف مادام منكرا للواقعة، وإلّا كان حكمها معيبا. وحتّى لو أنكر محاميه لاعتقاده بوجود مصلحة لموكله لأنّ دور المحامي لا يكون إلّا من قبيل الافتراض والاحتياط[2].

وعليه فليس لها فيما بعد الاحتجاج بعدم إثارة المحامي لهذا الدفع لأنّه حر في اختيار كل السبل التّي تؤدي إلى تبرئة موكله حتى ولو كان من واجبها إصدار الحكم ما دامت مقتنعة بذلك وفقا لوقائع الدعوى دون الحاجة لاعتراف المتهم أو دفاع محاميه.

2/إثبات الدفاع المشروع في الحالات الممتازة: إنّ المشرع الجزائري في هذه الحالة أعفى المتهم من الإثبات، وجعل المدافع يمتاز بمركز أقوى من موقف المعتدي الذي يخضع

1-.محمد نجيب حسني، المرجع السابق، ص214

2 -أحسن بوسقيعة، المرجع السابق،ص137،138.

للشروط العامة في الحالات العامة الممتازة التي نظمها المشرع الجزائري في المادة 40 من قانون العقوبات، والتي من شأنها إنشاء قرينة قانونية على توافر شروط الدفاع فهل هي قرينة مطلقة أم قرينة بسيطة؟.

من خلال النص يستفاد بأنّها قرينة قاطعة إذ يكفي أن يستعمل المدافع في الدفاع المشروع في الأحوال المنصوص عليها، وبعد ذلك يتخلص من كل مساءلة قانونية، فهو قد قام بفعل أقرّه القانون وليس عليه أن يبين توافر شروط ذلك الفعل الذي أصبح مباحا فيما يتعلق بشرطي التناسب واللزوم، ولكن القول أنّها قرينة مطلقة يؤدي بالسلطات إلى عدم الاستمرار في الإجراءات التحقيقية وحفظ الملف نهائيا بعدم وجود جريمة أصلا لانتفاء الركن المشروع لها، وبهذا يستخلص من كل مسائلة أنّ الفعل الذي قام به من الأفعال المباحة وبهذا هل القرينة التي جاءت في المادة 40 من قانون العقوبات قرينة مطلقة لا تقبل إثبات العكس أم بسيطة يمكن نفيها ؟ ونبين ذلك فيما يلي :

* **في حالة اعتبار القرينة قاطعة:** إنّ القضاء الفرنسي يعتبر هذه القرينة قاطعة ودليل ذلك هو صدور الأحكام التي تدل على اعتبار هذه القرينة قاطعة لا تقبل العكس، ويتجلى ذلك من خلال الأحكام التالية:

–قضية "مادام جوفوس" التّي قتلت أحد جيرانها الذي يحضر أثناء الليل بعد تسلق صور حديقتها لوضع رسالة غرام أسفل شباك ابنتها و كذا قضية " بوشرون" إتهم هو وإبنه بقتل عشيق إبنته الذي يعلم مسبقا بوجود تلك العلاقة وانتظره في منزله وعند تسلقه صور الحديقة في الظلام قتله، وقد أقرت ابنته أنّه كان يعلم بذلك وأنّه دخل لمقابلتها[1]، وقد صدر حكم محكمة الجنايات ببراءة كل من السيدة جوفوس والسيد بوشرون استنادا إلى نص المادة 329 قانون العقوبات الفرنسي المقابلة للمادة 40 من قانون العقوبات الجزائري، وهي

1 –أحسن بوسقيعة، المرجع السابق،ص.138.

الحالات الممتازة للدفاع المشروع وقد علّق الفقه على هذه الأحكام بأنّ ظروف ارتكاب الأفعال هي التّي أملت تلك الأحكام، وتعتبر هذه إذن دليلا على أنّ القضاء الفرنسي يأخذ بفكرة القرينة القانونية القاطعة.

* **في حالة إعتبار القرينة بسيطة:** لقد عاد القضاء الفرنسي مرة أخرى لتغيير طبيعة القرينة من قاطعة إلى بسيطة التي يمكن نفيها وإثبات عكسها، وهذا بعد إدانة محكمة الجنايات بباريس لأحد الأشخاص لأنّه جرح شخصا فاجأه في مكتبه ليلا وكان هذا الأخير على موعد مع الجاني، ومن الواضح أنّ حكم محكمة الجنايات أقرت أن القرينة التي تنشأها المادة 40 ليست قاطعة وإنّما بسيطة، ولكن يوجد اتجاه أخر يرى بضرورة إعطاء هذه القرينة صفة الإطلاق بحيث لا تقبل إثبات العكس، وذلك حتّى يتحقق هدف المشرع وهو حماية المساكن ليلا، لأنّه لو يعلم كافة الناس أنّ صاحب المسكن قد منحه القانون حقا مطلقا في إطلاق النار دفاعا عن مسكنه دون أن يسأل فإنّ ذلك يؤدي إلى احترام الناس لحرمة مساكن الغير وعدم التجرؤ على دخولها دون إذن أصحابها[1].

أمّا بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أقرّ أنّ هذه القرينة قاطعة إذا تمت وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 40 قانون العقوبات، وتعتبر بسيطة من جهة أخرى بالنسبة للقضاء حيث أنّه يمكن لجهة الاتهام تقديم الدليل على عدم توافر الحالات الممتازة بعد توافر ظرف الليل أو انعدام فعل التسلق، وتعتبر قرينة بسيطة يمكن نفيها وإثبات عكسها حيث يكون الاعتداء بالنسبة لنية الجاني وشخصيته وإرادته أكثر من اعتداده بالفعل المرتكب، فالمشرع الجزائري أعفى المتهم في حالة الدفاع المشروع الممتاز من التمسك بالدفاع المشروع وإثبات التناسب[2].

1 –أحسن بوسقيعة، المرجع السابق،ص139.

2–عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص140.

والملاحظ في المادة 40 من قانون العقوبات والتي تنص على أن" يدخل ضمن – حالات الضرورة الحالة للدفاع المشروع :

1– القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه أو لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيئ منها أثناء الليل.

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

وبعد التعديل الجديد الذي جاء به المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 24–06 الصادر بتاريخ 25–04–2024[1] المعدل و المتمم للأمر رقم 66–156 تم تعديل نص المادة 40 منه بموجب نص المادة 6 نجد ان نص المادة السالفة الذكر لم يمسها أي تغير من حيث الحالة بل حتى ما جاء في صياغتها ماعدا استبدال خرف أو بحرف و أثناء ذكره لكلمة المسكونة **(و)** توابعها و قبل التعديل كانت المسكونة **(أو)** توابعها.

نلاحظ من خلال ظاهر النص يفيد بأنّها قرينة قاطعة، ولكن الأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها يؤدي في بعض الأحيان إلى نتائج غير مقبولة، وذلك أنّه من غير المعقول أن يستغل المدافع هذا النص ليقوم بفعل الدفاع دون قيد إذا ثبت بأنّه على علم مسبق بفعل الغير، كما تبينه الأحكام الواردة من القضاء الفرنسي، هذا بالنسبة للفقرة الأولى التّي تتكلم عن أي اعتداء ضد أي شخص أو حرمة مسكنه ولكن الأمر واضح في الفقرة الثانية، حيث أنّ القرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس.

1–قانون رقم 24–06 مؤرخ في 25 أفريل 2024، المتضمن قانون العقوبات، ج.ر، عدد 30، الصادر في 30 أفريل 2024.

الفرع الثاني

أثار الدفاع المشروع

إذا حدث تجاوز في حدود الدفاع المشروع وذلك بانتفاء التناسب بين جسامة فعل الاعتداء والخطر الذي يهدد المعتدى عليه لا يكون لإباحة محل ويعد فعل الدفاع غير مشروع تتحدد معه مسؤولية المتجاوز طبقا للقواعد العامة حتّى وإن كان يستفيد من بعض الأعذار القانونية المحددة قانونا وتنتج عنه أثار نتناولها في نقطتين:

1- الآثار المترتبة على فعل الدفاع: يمكن لفعل الدفاع أن يصيب حق غير المعتدي وفي هذه الحالة وجب التفرقة بين الحالتين وهي حالة إصابة حق الغير دون عمد وحالة إصابة الغير عمدا.

***حالة المساس بحقوق الغير دون قصد:** الغرض هنا هو أن توجه القوة في حالة الدفاع المشروع إلى مصدر الاعتداء بقصد رده إلّا أنّها تصيب غير المعتدي عن غير قصد إمّا نتيجة للغلط في الشخص، وإمّا لعدم إصابة الهدف[1]، ومثال ذلك الغلط في الشخص هنا هو كأن يستيقظ المدافع ليلا على صوت حركة في منزله ثم يشاهد شخصا ينطلق داخل المنزل فيعتقد أنّه لص فيحضر مسدسه ويطلق عليه عيارا ناريا ويصيبه، فيتضح بعد ذلك أنّه أصاب خادمه الذي كان بدوره قد استيقظ على حركة غير عادية في المنزل واتجه إلى مصدرها يتحرّى الأمر[2]،ومثال عدم إصابته الهدف أن يفاجئ المدافع في الحالة المذكورة شخصا في منزله ليلا ويطلق عليه النار من مسدسه لكنّه يخطئه فيصيب خادما أو قريبا يكون قد قدّم بدوره لتحري صوت الحركة غير عادية في المنزل ففي مثل هذه الحالات لا محل بدافعه لإثارة فكرة إساءة استعمال الدفاع ما دام المدافع قد باشر حقه بحسن نية وحقيقة

1-.مصطفى العوجي، القانون الجنائي-القسم العام-المسؤولية الجنائية،ط1،مؤسسة نوفل ،بيروت،لبنان،1985،ص217.
2-محمود نجيب حسني، المرجع السابق،ص224.

الموقف هي أنّ للمدافع في مثل هذه الحالات يحتج بحق الدفاع المشروع بالنسبة لما أتاه من أفعال بقصد دفع الاعتداء الذي كان يهدده، ولو أنّ القوة المادية أصابت غير المعتدي في نشوء الحق في الدفاع المشروع لتوفر شرط الإعتداء وشرط لزوم القوة لدفعه، ومتى نشأ الحق فكل قوة مناسبة تستعمل بحسن نية لرد الاعتداء تكون مشروعة وليس من شأن الغلط في الشخص أو عدم إصابة الهدف نفي الحق الذي نشأ ولا تنفي الإباحة المترتبة على مباشرته بحسن نية والحكم واحد في الحالتين، وهو إباحة الفعل طالما لم يصدر عن المعتدى عليه خطأ عمدي فإذا ثبت أنّ المعتدي عليه بذل كل العناية اللّازمة لإصابة المعتدي وحده، ولكن حدوث إصابة الغير كان لأسباب لا سيطرة لإرادته عليها فالفعل مباح[1]،ومن المتصور كذلك أن يصدر المدافع بحسن نية خطأ مصدره التهور أو عدم اتخاذ الحيطة اللّازمة وهو يستخدم القوة دفعا للاعتداء مما ينشأ عنه ضرر يعاقب عليه القانون في صورة جريمة غير عمدية، ومثال ذلك أن يفاجئ المدافع بحركة في منزله أثناء الليل فيطلق عياره الناري صوب مصدر الحركة فورا وبدون تحر أو استفسار فيصيب خادمه أو حتّى زوجته فيقتلها خطأ ففي مثل هذه الحالة ارتكب خطأ إلّا أنّه لا يمكن أن يمنع من حيث الإباحة الخطأ أو التهور الذي يثبت اقترافه بمباشرة الحق المذكور، أمّا عن التثبيت من وجود هذا الخطأ أو مقداره فالأمر مثل هذه الحالة لا مفر منه محاسبة المدافع عن خطئه مدنيا وجزائيا، ويسأل من هذه الناحية الأخيرة عن القتل الخطأ بحسب الأحوال، وذلك عملا بالقواعد العامة في المسؤولية الجنائية عن الخطأ، وذلك لأنّ الحق المقدّر قانونا وإن كان يبيح الفعل الذي هو متروك بطبيعة الحال لقاضي الموضوع يفصل في شأنه وبحسب ما تكشفه وقائع الدعوى، فالقاعدة هنا تختلف عن القاعدة في الحالتين الغلط في الشخص وعدم إصابة الهدف[2].

1-مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص225.

2-محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص225.

* **حالة إصابة حق الغير عمدا:** يحدث أن يجد المدافع نفسه مضطرا إلى الاعتداء على حق الغير كي يستطيع رد الخطر المحدق به والقيام بأعمال المدافع، ومثال ذلك أن يتسلق المعتدى عليه شجرة مملوكة للغير ليحصل منها على عصى يستعملها في الدفاع أو يستولي على سلاح مملوك للغير للدفاع عن نفسه والحكم في هذه الأحوال أن المعتدى عليه (المدافع) لا يستطيع الإحتجاج بالدفاع في مواجهة الغير، إذ أنّ فعل الدفاع قد أصاب شخصا أخر غير المعتدي، وهو شخص لا شأن له بالخطر الذي هدد به المعتدي عليه، لكن يستطيع المدافع أن يحتج بحالة الضرورة إذ أنّه قد التجأ تحت الضغط إلى إتيان هذا الفعل، وبتعبير أخر فإنّ المدافع إذا لم يجد أمامه وسيلة تخوله الدفاع عن نفسه أو ماله غير الاعتداء على حق غيره فإنّه يكون في هذه الحالة مضطرا إلى القيام بهذا الفعل، وبالتالي يمكن له الاحتجاج بحالة الضرورة حيث أنّه تحت الضغط التجأ إلى القيام بهذا الفعل ومثال ذلك إذا نشبت النار في مبنى واندفع شخص يريد الفرار، وأثناء هربه دفع شخصا أخر أو حاول المرور قبله، ومثال ذلك أيضا حالة من يشاهد بناء حاصرته النيران فيحطم باب مسكن مجاور له للحصول على الماء المملوك لحائزه واستعماله في إطفاء الحريق، وواضح من هذين المثالين أنّ المدافع قد تعدّى بفعله هذا على حق مملوك للغير وعدم مؤاخذته على فعله هذا راجع إلى كونه أقدم عليه بحكم الضرورة حيث أنّه لم يجد أي وسيلة أخرى يدرأ بها الخطر المحقق به دفاعا عن نفسه أو ماله أو نفس غيره سوى الإضرار بحق غيره عمدا، وبالتالي فإنّه لا يستطيع الاحتجاج بالدفاع في مواجهة الغير، وإنّما يمكنه الاحتجاج بحالة الضرر[1]،إلّا أنّه في كلتا الحالتين وعند إباحة الفعل يصبح مشروعا رغم أنّه في الواقع ليس كذلك ومن نتيجة هذه الإباحة انتفاء المسؤولية المدنية والجنائية[2].

1 –مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص220.

2–محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص226.

2- إنتفاء المسؤولية المدنية والجنائية: سبق القول بأنّه إذا توفرت كل عناصر الدفاع المشروع فإنّ الأثر المباشر الذي يرتبه القانون هو جعل فعل المدافع مشروعا لا تترتب عليه أي مسؤولية مدنية أو جنائية.

و منه يترتب عن ذلك عدم قيام المسؤولية الجنائية فلا توقع عقوبة أو أيّة أثار جنائية أخرى على من يستفيد منها، وبتعبير أدق فإنّه تزول الصفة الجريمة عن الفعل أي يخرج الفعل من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة فينتفي بذلك الركن الشرعي للجريمة، ويستفيد منها كل من ساهم في ارتكاب الجريمة سواء كان فاعلا أصليا أو شريكا[1]،وبالتالي يصبح الفعل المجرّم بعد أن كان غير مشروع مبررا، ومثال ذلك أفعال القتل والجرح والضرب المرتكب لدفع أي اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه أو لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل، وكذلك الفعل المرتكب للدفاع عن النفس أو الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة، أي أنّ هذه الأفعال تعد مشروعة ومباحة، ولا يمكن مساءلة الشخص القائم بها[2] وفي هذا الصدد إذا كانت الدعوى العمومية مازالت لم تحرك بعد أو كانت في طور التحقيق فإنّ الجهة القضائية وهي النيابة العامة وقضاء التحقيق تصدر أمرا بحفظ الأوراق أو أمر بألّا وجه للمتابعة الجنائية أمّا إذا كانت القضية مطروحة على جهة الحكم فإنّ هذه الجهة تصدر حكما بالبراءة لتوافر الظرف المتيح[3]، ونجد أن المحكمة العليا قد أخذت بهذا الطرح وقضت بالبراءة بدل الإعفاء من المسؤولية الجزائية وذلك في القرار الصادر بتاريخ 2006/07/19 ملف رقم 411831، بقولها " إنّ محكمة الجنايات يجب عليها في حالة الدفاع المشروع أن تنطق ببراءة المتهم وليس بالإعفاء"[4]، وعززته أيضا في القرار الصادر

1- عبد الرحمان خلفي، محاضرات في القانون الجنائي العام، -ط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، سنة 2010، ص87.

2 -مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص222.

3 -عبد الله أوهايبية، المرجع السابق، ص211.

4 -مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، قسم الوثائق، الأبيار، الجزائر،2006،ص561.

بتاريخ 2001/11/23 بقولها "حيث أنّ محكمة الجنايات وعندما أخذت بالدفاع الشرعي لفائدة المتهم فإنّه كان يتعين عليها النطق بالبراءة لهذا الأخير وليس الأمر بوضع حد للمتابعات مثلما يستخلص ذلك من بيانات الحكم المطعون فيه"[1].

ولكن في المقابل يمكن مساءلة الفاعل جنائيا وذلك في صورة الأفعال التي تصدر من المعتدى عليه بعد انتهاء الإعتداء، حيث أنّه في مثل هذه الظروف لا يكون بصدد تجاوز حق الدفاع المشروع، وإنّما بصفة جريمة يعاقب عليها القانون الجنائي، إذ أنّ المعتدي ليس في حالة تجاوز حدود الدفاع المشروع، وإنّما فعله ذلك يعد إنتقاما يستحق عليه العقاب كاملا ويسأل جنائيا عن فعله، ومثال ذلك أن يتجاوز المدافع حدود حقه بسوء النية إذ لم يعد للمعتدى عليه هدف هو الدفاع عن النفس أو المال، بل تحقيق نتيجة إجرامية، أي أن يكون في حالة الأخذ بالثأر بحيث ينتهز المدافع فرصة نشوء حق الدفاع المشروع له فيتمادى ويبالغ في استعمال حقه ومبتغاة التخلص من المعتدي أو إتلاف أمواله لخصومة سابقة بينهما أو ثأر قديم[2].

الفرع الثالث

تجاوز حدود الدفاع المشروع.

نتطرق في هذا الفرع لتجاوز الدفاع المشروع وذلك من خلال النقاط الاتية كما سنبينه فيما يلي:

المقصود بتجاوز حدود الدفاع المشروع تخلف عنصر التناسب بين جسامة فعل الدفاع وخطورة الاعتداء، وذلك رغم توافر شروط الدفاع الأخرى والالتزام بقيوده[3]، أي

1 –الاجتهاد القضائي للغرفة الجنائية، عدد خاص، قسم الوثائق، الأبيار، الجزائر،2003،ص488.

2 –علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص229.

3 –عبد الله أوهايبية، المرجع السابق، ص211.

استعمال قدر من القوة زائد عن الخطر[1]، فإذا تجاوز المدافع الحدود المقررة للتناسب، فقد انتفى بهذا أحد شروط الدفاع المشروع فينتفي تبعا لهذا وجود الدفاع ذاته فيصبح فعل الدفاع غير مشروع جنائيا، ويتحقق التجاوز في حالة إذا ما استعمل المدافع قدرا من القوة يزيد عن القدر الكافي لرد الخطر، وقد اختلف الفقهاء في تحديد معيار التجاوز فأخذ البعض بمعيار موضوعي، ولم يغفل مع هذا ظروف المدافع، وأخذ البعض الأخر بمعيار شخصي محض قوامه ظروف المدافع الشخصية وحدها، وقد يكون التجاوز مقصودا من المدافع فتكون جريمته عمدية ويسأل في هذه الحالة في حدود القواعد العامة للمسؤولية الجنائية، وقد يكون التجاوز وليد خطأ غير عمدي ويتحقق هذا في الحالة التّي فيها يخطأ المدافع في تقدير جسامة الخطر أو في تقدير جسامة فعل الدفاع، رغم أنّه كان في إمكانه تفادي هذا الخطأ ويسأل في هذه الحالة عن جريمة غير عمدية، وقد يتجرد التجاوز من العمد والخطأ فلا يسأل المدافع في هذه الحالة عن النتيجة المترتبة على فعله[2]، ومسألة تجاوز حدود الدفاع المشروع تتطلب تحقق شرطين وجود حق في الدفاع، فإذا لم يكن هناك خطر حال وغير مشروع أو لم يكن الدفاع ضروريا، فالقول بوجود الحق في الدفاع غير وارد أصلا حتّى يمكن لنا أن نبحث عن مسألة تجاوز حدود الدفاع المشروع، فإذا انتفى السبب " وجود الحق " انتفى المسبب عنه بالضرورة " التجاوز"، أمّا فيما يتعلق بالشرط الثاني فإنّ مسألة التجاوز لا تثار أيضا إلّا إذا كان نتيجة خطأ حيث يخطأ المدافع في تقدير دفاعه فيتجاوز به التناسب المطلوب بينه وبين الخطر المحدق به[3]، كما يقوم التجاوز قانونا على عنصرين منه العنصر النفسي و العنصر المادي.

1 –محمود نجيب حسني، المرجع السابق،ص229.

2–عبد الفتاح مصطفى الصفي، المرجع السابق، ص500.

3–محمد الرازقي، المرجع السابق،ص.175

كما انه لتجاوز حدود الدفاع الشرعي انواع منها التجاوز يمكن أن يرتب مسؤولية جنائية عادية في جريمة عمدية أو غير عمدية ونتناول ذلك فيما يلي:

***التجاوز العمدي لحدود الدفاع المشروع:** إذا كان المدافع في وضع يدرك فيه تماما قدر الخطر الذي يتعرض له، ويعلم أنّ بوسعه أن يدرأه بفعل مناسب، ولكن بفضل استعمال قدر من القوة لا يتناسب مع حجم الاعتداء، ويقدم على الفعل وهو يعلم بذلك مزيدا إياه، وهنا تكون المسؤولية الجنائية كاملة عن جريمة عمدية فمن يلمح عدوا له من بعيد يقترب منه وفي يده عصا فينتظره حاملا مسدسا في يده، وما أن يقترب منه حتّى يبادره بإطلاق النار في صدره، فهذا الشخص قد تجاوز حق الدفاع المشروع بصورة عمدية ومسؤوليته الجنائية تقوم عن جريمة عمدية.

***التجاوز الغير العمدي لحدود الدفاع المشروع:** يقدّر المدافع جسامة الاعتداء وفيها الخطر تقديرا غير سليم في حين أنّه كان في وسعه أن يقدره التقدير الصحيح، لأنّ الرجل العادي لو وجد في نفس الظروف لقدر الوضع على نحو أقل جسامة، وبالتالي لرد الفعل بصورة أقلّ قوة مما ردّ به المدافع، فإذا ارتكب الجريمة فإنّما يرتكبها بناءا على خطأ، وبالتالي تترتب مسؤولية جنائية عن جريمة غير عمدية.

وفي الأخير نتعرض الى حكم تجاوز الدفاع الشرعي

إذا تجاوز المدافع حدود التناسب بنية سليمة جاز للقاضي أن يخفف عقوبته، وتتوافر سلامة النية لدى المدافع إذا اعتقد أنّ القانون يخوله ارتكاب ما ارتكبه، وأنّ ما ارتكب هو السبيل الوحيد والملائم لدرأ الخطر، أمّا إذا كان التجاوز بسوء نية فالدفاع يتحول في هذه الحالة إلى انتقام فيسأل صاحبه عنه مسؤولية عادية.

خلاصة الفصل الثاني

من خلال ما تم عرضه بشأن أسباب الإباحة التي اخذ بها المشرع الجزائري من خلال قانون العقوبات الجزائري كما سبق أن تعرضنا إليه تبين لنا أن النص في قانون العقوبات والقوانين المكملة له يحدد الأفعال المحظورة التي يعد اقترافها بشروط معينة جريمة من الجرائم وتتعد هذه النصوص بتعدد الأفعال التي يحضرها القانون، وتسمى نصوص التجريم والفعل لا يمكن اعتباره جريمة إلا إذا انطبق عليه أحد هذه النصوص، ولكن هناك أفعال مجرمة ومع ذلك يبيحها القانون بهدف تحقيق المصلحة العامة ولكن ضمن شروط يحددها القانون.

ومن هنا فإن أسباب الإباحة هي ذات طبيعة موضوعية تمحو عن الفعل صفته التجريمية وتنحصر في الظروف المادية للفعل، لا الظروف الشخصية للفاعل وينجر عن ذلك عدم الاعتداد بالعمل بالإباحة.

خاتمة

خاتمة:

في ختام هذه الدراسة التي سعينا من خلالها إلى توضيح بعض الجوانب، والإجابة على بعض الاستفسارات الموجودة في طيات موضوع أسباب الإباحة لاسيما منها الدفاع المشروع في شكل دراسة تحليلية ومن جهة مقارنة بين قوانين العقوبات لمختلف الدول واتجاهها، وأهم شيء ملفت للنظر أنّ قوانين الدول الغربية كانت أكثر تنظيما وعدلا في تنظيم أسباب الإباحة لاسيما منها الدفاع المشروع.

منذ أن كرست قوانين الدول الغربية وقامت بضبط قواعد وأحكام وحدود أسباب الإباحة لاسيما منها الدفاع المشروع والشروط الواجب توافرها فيه، كما نجد أن أسباب الإباحة عالجها المشرع الجزائري في نص المادتين 40،39 من قانون العقوبات، أين تطرق تحت حالات الدفاع المشروع والدفاع المشروع الممتاز، والذي حدد بدوره شروط وضوابط وأثار وحدود الدفاع المشروع، على الرغم من تقصير المشرع الجزائري في ضبط المسألة ضبطا محكما، فبالنسبة للقوانين المقارنة لاسيما الغربية التّي ضبطت الموضوع ضبطا أدق من قانون العقوبات الجزائري.

ونجد المشرع الجزائري بعيد عمّا أصطلح عليه فيه بأسباب الإباحة لاسيما الدفاع المشروع العام لبعد التشريعات الوضعية الغربية في تشريع قوانينها وصياغة نصوصها، ومرد ذلك توريث القوانين الاستعمارية للدول المستعمرة، وهذا يبين أن المشرع الجزائري رغم مساعيه لمعالجة مسألة أسباب الإباحة، إلّا أنّه أهمل منها لاسيما حالة ما أمر به القانون وما أذن به القانون وكذلك الدفاع المشروع العام في التدقيق فيها وحضرها في بعض الحالات في مرات أخرى، وذلك يعود إلى انسياقه نحو ما حوته التشريعات الغربية بإيجابياتها وسلبياتها.

ومع ذلك يجدر بالمشرع الجزائري إعمال والأخذ بعين الاعتبار طبيعة المجتمع و أعرافها في تنظيم مسألة أسباب الإباحة وما هو مناسب لمجتمعنا من حيث تركيبته و عقيدته وأعرافه، والأخذ بعين الاعتبار الظروف الاجتماعية وموقع الجريمة ونظرة المجتمع الجزائري لهذه الأفعال والتصرفات التي يجرمها القانون باعتبار أنّ القانون وليد المجتمع ويشرع لعلاج مشاكل مطروحة في واقع المجتمع، وكذلك ضرورة تطبيق النصوص الخاصة بأسباب الإباحة لاسيما منها بالدفاع المشروع وما أمر به القانون لوضع حد لتجاوزات بعض القائمين على الحفاظ على النظام العام أثناء أداء مهامهم ولإعمالها وتوسيع تطبيقاتها أينما وجد إلى ذلك سبيلا ومجال لتكريسها إحقاقا للحق وردعا للجريمة من قبل القضاء.

ولمّا كان على المشرع الجزائري التدخل من أجل وضع الحد للغموض الذي كانت تتميز به نص المادتين 39 و40 من قانون العقوبات، ولاسيما لما كان من الإلحاح من قبل دارسي الحقوق والعاملين في مجاله، ومنه على سبيل المثال ما كان يشير إليه والانتقادات التي لطالما جاء بها الأستاذ أحسن بوسقيعة، فإنّ المشرع الجزائري أراد تعقيد الوضع خلال التجديد الذي جاء به بموجب قانون 24-06 المعدّل والمتمّم لقانون العقوبات، لاسيما منه القسم الأول مكرّر 1 من خلال نص المادة 149 مكرّر 15 وما يليها، أي جاء بالفصل الخاص بالإهانة والتعدي على رجال القوة العمومية ومصالح الأمن، لاسيما المادة 149 مكرّر 24 التي تنص على دور الإخلال بأحكام المادتين 39 و 40 من هذا القانون، تعد مبرراً للأفعال التي يرتكبها أفراد القوة العمومية أثناء أو بمناسبة ممارسة مهامهم لوضع حد للجريمة مهما كان ذلك ضرورياً، خطر جسيم حال ومحدق على حياتهم أو على سلامتهم الجسدية أو على حياة الغير أو سلامتهم الجسدية، وأفضت التحقيقات التي باشرتها السلطة القضائية إلى إثبات قيام عناصر الدفاع المشروع، إلا انه بتخصيص مادة قانونية للقوة العمومية فهذا غير مبرر من جهة يعتبر تميز عن باقي أفراد المجتمع و من جهة ثانية فهو تشريع يفتح به مجال من اجل الانحراف عن استعمال السلطة و التفريط فيها لاسيما انه من

الصعب فرض الرقابة عنهم أثناء أداء مهامهم، ما يجعل الأمر على السلطة التشريعية التدخل مستقبلا لوضع ضوابط أكثر منظمة و واضحة من اجل تفادي التفريط في استعمال هذا النظام بما يؤثر عن الحقوق و الحريات الفردية.

قائمة المصادر

و المراجع:

أولا:المصادر:

I- القرآن الكريم.

II-المعاجم اللغوية:

1-إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط،ج1،مجمع اللغة ، مصر،1381 هـ.

2-جمال الدين محمد بن مكرم المعروف بابن منظور، لسان العرب، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1997.

3-محمد بن يعقوب الفيروز أبادي بن يعقوب، القاموس المحيط،ج3، ط2، المطبعة الحسينية، المؤسسة العربية للطباعة، مصر،1944.

ثانيا: المراجع:

I- الكتب:

1-أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام،ط4،دارهومة للنشر والتوزيع ،الجزائر،2007.

2-أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، الطبعة الخامسة دار هومة الجزائر ،2005.

3-أحمد فتحي سرور، الوسيط في شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة النشر.

4-أكرم نشات ابراهيم القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت، بدون سنة النشر.

5-بارش سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري(شرعية التجريم)،ج1، باتنة، الجزائر1992.

6-بارش سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري(شرعية التجريم)،ج1، دار الهدى للطباعة و النشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر 2006.

7-جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات المصري، دون طبعة، منشأة المعارف،الإسكندرية، مصر،1989.

8-خلود سامي عزارة المعجوب،النظرية العامة للاباحة، دار الفكر العربي، د.س.ن.

9-رؤوف عبيد، شرح قانون العقوبات (القسم العام) ، دار الفكر العربي ،بيروت ،لبنان ،1966.

10-سعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة مصر،1952 .

11-سلطان عبد القادر الشاوي،محمد عبد الله الوريكات،المبادئ العامة في قانون العقوبات، دار وائل للنشر و التوزيع، الأردن، د.س.ن.

12-سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، 2003.

13-سمير عالية، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، دون طبعة، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع بيروت، لبنان، دون سنة النشر.

14-عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات الجزائري، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر ،1994.

15-عبد الرحمان خلفي، محاضرات في القانون الجنائي العام، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع عين مليلة، الجزائر، 2010.

16-عبد الفتاح مصطفى الصفي، قانون العقوبات (النظرية العامة)، دار المطبوعات الإسكندرية، مصر، دون سنة النشر.

17-عبد القادر عبدو، مبادئ قانون العقوبات، القسم العام، دار هومة الجزائر، 2010.

18-عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج2، دار الكاتب العربي، بيروت، 1981.

19-عبد الله أوهايبية، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، د. ط، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر،2011.

20-عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات،القسم العام، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 1998.

21-عبد الله سليمان،شرح قانون العقوبات،القسم العام، الجزء الأول الجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000.

22-علي راشد، القانون الجنائي (المدخل وأصول النظرية العامة)، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 1974.

23-علي عبد القادر القهواجي، قانون العقوبات القسم العام،الجزء الاول –الدار الجامعية، الإسكندرية، 2000.

24-علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات (القسم العام) ، دون طبعة ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1977.

25-عمر خوري، شرح قانون العقوبات،القسم العام ، المكتبة القانونية، الجزائر، 2012/2011 .

26-عوض محمد عوض، قانون العقوبات (القسم العام)، دون طبعة، مؤسسة الطباعة الجامعية الإسكندرية، مصر، دون سنة النشر.

27-فتوح عبد الله الشادلي، شرح قانون العقوبات (القسم العام) ، دون طبعة ، دار المطبوعات الجامعة الإسكندرية، مصر ،2001.

28-مأمون سلامة، قانون العقوبات، ط3، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، 1998.

29-محمد أحمد المشهداني، الوسيط في قانون العقوبات ، ط1، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007.

30-محمد الرازقي، محاضرات في القانون الجنائي العام ،ط3، دار أويا للنشر، طرابلس ،2002.

31-محمد الفاصل، المبادئ العامة في قانون العقوبات، د د ن، و د.س.ن.

32-محمد سلام مذكور، نظرية الاباحة عند الفقهاء،مباحث الحكم عند الاصولين للحكم التحضري، دار النهضة العربية، القاهرة.

33-محمد صبحي نجم، قانون العقوبات (القسم العام)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن 2000.

34-محمد علي السالم عياد الحلبي ، شرح قانون العقوبات (القسم العام) ، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن، 2007.

35-محمد مروان، نبيل صقر، الموسوعة القضائية، الدفوع الجوهرية في المواد الجزائية، 2005.

36-محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 1977.

37-مصطفى العوجي، القانون الجنائي (القسم العام، المسؤولية الجنائية)،ج2، ط1،مؤسسة نوفل، بيروت،لبنان، 1985.

38-مصطفى العوجي، القانون العام، الجزء الثاني، المسؤولية الجنائية، مؤسسة نوفل، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1985.

39-ممدوح عزمي، دراسة عملية في أسباب الإباحة وموانع العقاب، دار الفكر العربي،الاسكندرية، مصر،2000.

40-منصور رحماني، الوجيز في القانون الجنائي العام، دون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة الجزائر، 2006 .

II- المجلات القضائية:

1-المجلة القضائية، العدد الأول، عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال العمومية،الجزائر،2003.

2-مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، قسم الوثائق، الأبيار، الجزائر، 2006.

3- الإجتهاد القضائي للغرفة الجنائية، عدد خاص، قسم الوثائق، الأبيار، الجزائر،2003.

III-القوانين:

1-دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 96-438 مؤرخ في 26 رجب 1417 الموافق ل7 ديسمبر 1996 الجريدة الرسمية العدد 76.

2-أمر رقم 66-156 مؤرخ في 18 صفر 1386، الموافق ل 8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 49.

الفهرس:

مقدمة:	01
الفصل الأول: **الإطار المفاهيمي لنظام الإباحة**	07
المبحث الأول: ماهية نظام الإباحة	08
المطلب الأول: مفهوم نظام الإباحة	09
الفرع الأول: تعريف اسباب الإباحة	10
الفرع الثاني: مصادر اسباب الإباحة	12
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لنظام الإباحة	13
الفرع الأول: عناصر نظام الإباحة	14
الفرع الثاني: أثار نظام الإباحة	15
الفرع الثالث: اقسام الاباحة و مدى جواز القياس فيها	16
المطلب الثالث: تميز أسباب الإباحة عن الأنظمة المشابهة له	19
الفرع الأول: تميز أسباب الإباحة عن موانع المسؤولية	19
الفرع الثاني: الفرق بين أسباب الإباحة و موانع العقاب	20
الفرع الثالث: تتميز أسباب الإباحة عن الإباحة الأصلية	22
المبحث الثاني: الأساس القانوني لنظام الإباحة و أثارها	23
المطلب الأول: الأساس القانوني لأسباب الإباحة	23
الفرع الأول: استعمال الحق	24
الفرع الثاني: انتفاء القصد الجنائي	30
المطلب الثاني: اثار أسباب الإباحة	31
الفرع الأول: الجهل بالإباحة	31

الفرع الثاني: الغلط في الإباحة	32
الفرع الثالث: اثار أسباب الإباحة عن الأنظمة المشابهة لها	34
الفرع الرابع: حكم تجاوز الإباحة	36
الفصل الثاني: **أنظمة الإباحة المكرسة في قانون العقوبات الجزائري**	41
المبحث الأول: الأنظمة ذات الآثار النسبي للإباحة	43
المطلب الأول: إستعمال الحق القانوني كسبب من أسباب الإباحة	43
الفرع الأول: أساسه القانوني	44
الفرع الثاني: حالات ما أذن به القانون	47
المطلب الثاني: أداء الواجب القانوني كسبب من أسباب الاباحة	52
الفرع الأول: حالات ما أمر به القانون	53
الفرع الثاني: حالة تجاوز ما أمر به القانون	57
الفرع الثالث: تميز ممارسة أمر صادر عن السلطة عن مانع المسؤولية	58
المبحث الثاني: الدفاع الشرعي كنظام واسع للإباحة	59
المطلب الأول: مفهوم الدفاع الشرعي	60
الفرع الأول: تعريف الدفاع الشرعي	60
الفرع الثاني: طبيعة الدفاع الشرعي و أساسه	62
الفرع الثالث: مجال الدفاع الشرعي	67
المطلب الثاني: شروط الدفاع الشرعي	69
الفرع الأول: الشروط المتطلبة في الاعتداء	70
الفرع الثاني: الشروط المتطلبة في الدفاع	74

المطلب الثالث: حكم الدفاع المشروع و اثاره و حكم تجاوز حدوده	80
الفرع الأول: حكم الدفاع المشروع و إثباته	81
الفرع الثاني: أثار الدفاع المشروع	87
الفرع الثالث: حكم تجاوز حدود الدفاع المشروع	92
خاتمة:	95
المراجع:	98
الفهرس:	103

ملخص:

منذ أن كرست قوانين الدول الغربية وقامت بضبط قواعد وأحكام وحدود أسباب الإباحة لاسيما منها الدفاع المشروع والشروط الواجب توافرها فيه، كما نجد أن أسباب الإباحة عالجها المشرع الجزائري في نص المادتين 40،39 من قانون العقوبات، أين تطرق تحت حالات الدفاع المشروع والدفاع المشروع الممتاز، والذي حدد بدوره شروط وضوابط وأثار وحدود الدفاع المشروع، على الرغم من تقصير المشرع الجزائري في ضبط المسألة ضبطا محكما، فبالنسبة للقوانين المقارنة لاسيما الغربية التّي ضبطت الموضوع ضبطا أدق من قانون العقوبات الجزائري.

الكلمات الدالة: نظام الإباحة، موانع المسؤولية، الدفاع الشرعي، السلطة.