الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
République Algérienne Démocratique et populaire

Ministère de l'Enseignement Supérieur
et de la Recherche Scientifique

Université de Ghardaïa

Faculté de Droit et des Sciences politiques
Département de Droit

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة غرداية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

# شهادة تصحيح

يشهد ..... في لجنة المناقشة لمذكرة

بصفته رئيسا .....

الماستر .....

الطالب(ة): ..... رقم التسجيل .....

الطالب(ة): ..... رقم التسجيل .....

تخصص: ..... دفعة: ..... نظام (ل م د)

أن المذكرة المعنونة بـ: .....

.....

.....

تم تصحيحها من طرف الطالب / الطالبين وهي صالحة للإيداع.

حررت بـ: غرداية في .....

إمضاء الأستاذ رئيس اللجنة المكلف بمتابعة التصحيح

رئيس القسم

رئيس قسم الحقوق
أبو القاسم عيس

جامعة غرداية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

# أسباب الإباحة في التشريع الجزائري

مذكرة مُقدّمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي حقوق

تخصص: قانون جنائي

إعداد الطالبين:

- يوسف بن مسعود

-عائدة حسيني

إشراف الدكتورة:

د/ زروقي عاسية

لجنة المناقشة:

| الاسم واللقب | الرتبة | الجامعة | الصفة |
|---|---|---|---|
| زاقي دارين | أستاذة محاضرة "أ" | غرداية | رئيسا |
| زروقي عاسية | أستاذة محاضرة "أ" | غرداية | مشرفا ومقررًا |
| بوراس صلاح الذين | أستاذ محاضر "أ" | غرداية | مناقشا |

نوقشت بتاريخ: 2024/06/09م

السنة الجامعية:

2024/2023

جامعة غرداية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

# أسباب الإباحة في التشريع الجزائري

مذكرة مُقدّمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي حقوق

تخصص: قانون جنائي

إعداد الطالبين:

- يوسف بن مسعود

-عائدة حسيني

إشراف الدكتورة:

د/ زروقي عاسية

لجنة المناقشة:

| الاسم واللقب | الرتبة | الجامعة | الصفة |
|---|---|---|---|
| زاقي دارين | أستاذة محاضرة "أ" | غرداية | رئيسا |
| زروقي عاسية | أستاذة محاضرة "أ" | غرداية | مشرفا ومقررًا |
| بوراس صلاح الذين | أستاذ محاضر "أ" | غرداية | مناقشا |

نوقشت بتاريخ: 2024/06/09م

السنة الجامعية:

2024/2023

بسم الله الرحمن الرحيم

# شكر وعرفان

**الحمد لله على أن أنعم وسهل وأرشد فله الحمد كله**

**وله الشكر كله على ما توصلنا ومنحنا الصبر ومكننا لإنجاز هذا العمل**

**وبعد:**

**نتقدم بالشكر الجزيل ووافر الامتنان والعرفان مع فائق الاحترام والتقدير**

**للأستاذة المشرفة الدكتورة: زروقي عاسية**

**على قبولها الإشراف على الموضوع، حيث لم تبخل علينا بتوجيهاتها ونصائحها السديدة**

**كما نتقدم بخالص الشكر للجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذا العمل**

**والشكر موصول إلى الأساتذة الكرام أعضاء الهيئة التدريسية**

**في قسم الحقوق، تخصص قانون جنائي.**

**يوسف، عائدة**

# إهـــداء

**إلهي لا يطيب الليل إلا بشكرك، لا يطيب النهار إلا بطاعتك، ولا تطيب اللحظات إلا بذكرك، ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك، ولا تطيب الجنة إلا برؤية وجهك الكريم**

**إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة ونصح الأمة، إلى نبي الرحمة ونور العالمين سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم**

**إلى من كللهما الله بالهيبة والوقار، إلى من علماني العطاء بدون انتظار، إلى والدي الكريمين عليهم من الله سحائب الرحمة والمغفرة وجعلهم من الشهداء وستبقى كلماتهما نجوم نهتدي بها اليوم وفي الغد وإلى الأبد .**

**إلى زينة الحياة الدنيا أبنائنا فلدة أكبادنا – حفظهم الله وجعلهم من الصالحين والبارين– الشيخ، أيوب، أميمة، يزيد، فاروق، باسم، أمنية.**

**إلى اخواننا الأعزاء**

**إلى كل أحبابنا من قريب ومن بعيد**

**إلى من كانوا دعمًا لنا وسندًا في إتمام هذا العمل**

**إلى كل الزملاء والزميلات في هذه الدفعة وبالأخص الزميل نواصر عمر بوحفص.**

**إلى أساتذتنا الأفاضل الكرام.**

**يوسف، عائدة**

## قائمة المختصرات

| الاختصار | العبارة |
|---|---|
| ق إ ج ج | قانون الإجراءات الجزائية الجزائري |
| ق ع ج | قانون العقوبات الجزائري |
| ج | الجزء |
| ص | الصفحة |
| ف | الفقرة |
| ب ت ن | بدون تاريخ النشر |

# مقدمة

## مقدمة:

حصر الدستور الجزائري الجريمة والعقاب بيد السلطة التشريعية، ومنح لها مهمه سن القوانين وضبطها، وذلك لتنظيم حياه الأفراد وضمان الاستقرار في المجتمع، وكذلك حماية كل دي حق من انتهاك حقه، وهذا الانتهاك للنصوص القانونية على أنها جريمة يعاقب عليها القانون، حيث لا جريمة من غير نص أو قانون، ولكن الإنسان في أحيان ما يلزمه كسر القانون إما حمايه لنفسه، أو حمايه لغيره.

لذلك أخذ المشرع هذه الحالات تحت مسمى الأفعال المبررة، والتي يمكن صياغتها على أنها الجرائم التي سمح القانون والتشريع بارتكابها دون عقاب لمرتكبها، فالطبيب مثلاً لا يمكن له مداواة الناس من غير جرحهم ومس أعضاء جسمهم في أغلب الأحيان، كما لا يمكن للشرطي أن يمارس عمله من دون أن يرتكب جرمًا ما، وبالتالي أخذ المشرع هذه الحالات بعين الاعتبار وأجاز في نصوصه القانونية في الشق الجنائي ارتكاب بعض الجرائم تحت سلطه القانون وحمايته.

ولم يتم تقرير هذه الأفعال مرة واحده؛ بل جاء على عده خطوات، وأيضًا عن طريق تكاتف جل التشريعات الجنائية الدولية ذلك لما لها من حاجة ملحة في حياة الإنسان، حيث كان من التشريعات السابقة لاعتماد هذه الأفعال هو التشريع الإسلامي، حيث نصت أحكام الشريعة الإسلامية على عدة جرائم مباحة عند ارتكابها في حالات معينة مضبوطة وفقا لعده أسس ومبادئ كان قد ضبطها بعناية ليأخذ في سيرة أغلب التشريعات الجنائية الدولية والوطنية، فعند المقارنة بين أحكام القانون الداخلي الذي يتضمن هو الآخر مجموعة من الأسباب التي تبيح ارتكاب الجريمة وتنزع وصف المجرم عن فاعلها وتجعل منها أفعالاً مباحة بعدما كانت لا تؤخذ على هذا الأساس وإن اختلفت بعض الدول في وصفها لهذه الأسباب وتسميتها، حيث يعتبر البعض منها أسبابًا معينه كأسباب لإباحة الفعل وإخراجه من دائرة التجريم، والبعض الآخر يعتبرها على

أنها من موانع المسؤولية كذلك الحال بالنسبة للقانون الدولي الجنائي، الذي يتضمن بعض من الأسباب التي تعتبر أسبابًا إباحة.

كذلك الحال بالنسبة للقانون الدولي الجنائي الذي هو الآخر يتضمن بعض من الأسباب التي تعتبر أسباب إباحة، لذلك أقرها المشرع ضمن قانون العقوبات مسميًا إياها أسباب الإباحة، والتي تخرج الفعل من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة، كما أحاطها بضوابط حتى لا يساء استخدامها، وتمثلت في مواد قانونية تحدد الكيفية التي يرتكب فيها الفعل حتى لا تخرج على نطاق الإباحة، وكان المشرع شديد الصرامة فيها، كونه أقر أن غياب ضابط واحد يرجع الفعل لنطاق التجريم ليعاقب عليه وفق النصوص القانونية.

وقد يثار الالتباس بقيام الفرد بارتكاب فعل يتطابق تمامًا مع نموذج إجرامي وارد في قانون العقوبات، ولكن رغم ذلك لا يسأل جزائيًا، ويرجع السبب في ذلك أنه لا نكتفي في اكتمال الركن الشرعي بوجود الفعل الذي يتطابق مع النص؛ بل يجب أن لا يخضع هذا الفعل لأسباب الإباحة، فإن كان خاضعًا لها كان الفعل مباحًا وهو الأمر الذي سيتم توضيحه في موضوعنا هذا من خلال التطرق إلى أسباب الإباحة وأسباب الواردة في قانون العقوبات الجزائري تحت مصطلح الأفعال المبررة.

تتجلى أهمية دراستنا للموضوع في مدى حساسية هذا الموضوع، كونه يخرج الفعل من نطاق التجريم إلى نطاق الإباحة كليا وليس جزئيًا ويعكس الأصل العام لعقاب هذا الفعل، وكذلك للأهمية العملية من حيث معرفه مدى نجاعتها في تحقيق أهدافها المرجوة منها ومعرفه الضوابط القانونية التي أطرها المشرع في سبيل عدم استغلالها للإفلات من العقاب في حالة توافر بعض الشروط وما مدى تطبيق القانون لأسباب الإباحة.

وترجع أسباب ودوافع اختيارنا لهذه الدراسة إلى دوافع ذاتية ودوافع موضوعية.

- **الدوافع الذاتية:** تتمثل في اهتمامنا الشخصي بالشق الجنائي الخاص في قانون العقوبات ومعرفه مدى توفيق المشرع في ضبط هذه الحالات.
- **الدوافع الموضوعية:** متمثلة والمتمثلة في مدى أهمية وفعالية القوانين المتعلقة بموضوع أسباب الإباحة وإخراج مرتكبها من دائرة التجريم وعدم تعريضه للعقاب والبحث في الأسباب التي تعرقل هذا النظام ومعرفة الحلول التي وضعها المشرع لتخطيها وحلها.

تهدف دراستنا إلى تسليط الضوء على مدى نجاعة الضوابط القانونية في تقرير مدى صحة كون حالة إرتكاب الفعل المجرم من أسباب الإباحة والإحاطة بهذه الحالات ودراستها دراسة قانونيه.

ومن خلال ما سبق يمكننا أن نطرح الإشكالية التالية:

**ما هي أسباب الإباحة وفق التشريع الجزائري؟ .**

ولمعالجة هذه الإشكالية اعتمدنا على المنهج الوصفي في وصف وتعريف الأفعال المبررة في التشريع الجزائري في ظل الأهمية البالغة لهذا الموضوع، واعتمدنا على المنهج التحليلي في تحليل النصوص القانونية المتعلقة بهذا المجال، وذلك لمعرفة الضوابط القانونية التي وضعها المشرع لتأطير هذا النوع من الحالات وحمايتها من استغلال الغير للإفلات من العقاب، وكذلك المنهج المقارن، وذلك مقارنة وإنطلاقًا من الشريعة الإسلامية بالقانون من حيث تطبيقها للحالات المبررة وتطبيق قاعده الإستثناء من القاعدة العامة في جعل هذا الفعل مباحا.

وللإجابة على الإشكالية وتحقيق أهداف الدراسة قسمنا هذا البحث إلى فصلين؛ الفصل الأول بعنوان الإطار المفاهيمي لأسباب الإباحة، اين تطرقنا فيه إلى مبحثين؛ الاول بعنوان ماهية أسباب الإباحة، وتطرقنا فيه إلى التعريفات والأقسام والآثار والسند القانوني. والمبحث الثاني إلى

الأسباب المبررة والمتمثلة في ما أمر وما أذن به القانون، وتطرقنا إلى الدفاع الشرعي وكل ما يحيط به.

وفي الفصل الثاني تطرقنا إلى حالات الضرورة ورضاء المجني عليه كسبب من أسباب الإباحة، وتطرقنا فيه إلى مبحثين، الأول تناولنا فيه حالة الضرورة، والثاني تطرقنا إلى رضاء المجني عليه.

# الفصل الأول

# الإطار المفاهيمي لأسباب الإباحة

المعلوم أن للجرائم أركان ثلاث تقوم عليها وهي: الركن الشرعي والركن المادي والركن المعنوي، وقد يحدث جدل في كون الفعل الذي قد يقوم به فرد معين بانه فعل مجرم تام الأركان ورغم ذلك فإنه لا يسأل جزائيا عن هذا الفعل المجرم، وترجع العلة في ذلك أن لا نكتفي في اكتمال الركن الشرعي بوجود الفعل الذي يتطابق مع النص؛ بل يجب كذلك أن لا يخضع الفعل لسبب من أسباب الإباحة، فإن كان الأمر كذلك فإن الفعل يكون بذلك مباحًا ومبررًا، والأمثلة التي قد تطرح في هذا الباب كثيرة ومتعددة، كمثل الوالد الذي يقوم بتأديب ابنه، فالضرب يعتبر جريمة، ولكن يدخل هذا الفعل في الأعمال المباحة، لأن العلة في ذلك عمل تأديبي والفعل كذلك يكون في مباريات الملاكمة، فطالما كانت تحت الغطاء الرياضي فإنها تدخل في الأفعال المبررة قانونًا رغم أن هذا الفعل يجرمه القانون إذا خرج عن الغطاء الرياضي، والأمر ذاته يكون في الطبيب الجراح، الذي يقوم بالجرح بنية العلاج، أو القائم بتنفيذ حكم الإعدام فهو بذلك يقوم بإزهاق روح، ولكن ذلك الفعل يكون مجرمًا في حالة خروجه عن التبريرات التي يمنحها القانون بخصوص الأوضاع التي يكون فيها الفعل أو بمناسبة الظروف المحيطة بالفعل.

ومن خلال هذا الفصل سنتطرق بحول الله وقوته إلى ماهية الإباحة، والتي سنخوض في التعريفات اللغوية والإصطلاحية وما أوردته الشريعة الإسلامية حول التعريف بأسباب الإباحة ومن ذلك إلى الأساس القانوني لها، ونخوض في الآراء الفقهية حول أسباب الإباحة ومنها إلى ذاتية الإباحة، ونعرج فيها إلى ضرورة التفرقة بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية وموانع العقاب وذلك في أوجه الإتفاق وأوجه الاختلاف، ثم نحوم في المبحث الثاني عن الأفعال المبررة في قانون العقوبات الجزائري، وسنناقش من خلالها الأفعال التي أمر بها القانون والأفعال التي أذن بها القانون، ونتطرق بعدها إلى الدفاع المشروع، أسسه وشروطه والطرق التي يثبت بها الآثار المترتبة عنه، ونتطرق إلى بعض الآراء القضائية والاجتهادات التي وصلت إليها المحكمة العليا في نفس الباب.

## المبحث الأول: ماهية أسباب الإباحة

للإباحة أهمية في النظام القانوني، فالمشرع يعمد إلى التجريم لإعتبارات تقتضيها مصلحة المجتمع، لذلك فقد كان من الضروري أن يكون لقواعد الإباحة نفس الهدف عندما تحجب الجزاء وهو تحقيق المصلحة العامة.

فالتعريف بالإباحة في الفقه والتشريع الفرنسي لم يُورد أين منهما تعريفا صريحًا للإباحة، أما الفقه العربي فقد تناول هذا الموضوع بالدراسة والتفصيل، فوضع بعضهم تعريفًا للإباحة مما أدى إلى تفوقه في هذا المجال على الفقه الفرنسي وهو ما سنتناوله بالتفصيل فيما يلي:

### المطلب الأول: مفهوم أسباب الإباحة

المعلوم أن للجريمة أركان ثلاث منها الركن الشرعي، والذي يتجسد من خلاله السياسة الجنائية في أنه لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير إلا بقانون، هذا الركن الشرعي الذي كما رأينا سابقًا أنه ينقسم إلى قسمين؛ شق إيجابي يتمثل في خضوع الفعل للنص التجريمي، وشق سلبي يتمثل في عدم خضوع هذا الفعل لأي سبب من أسباب الإباحة، فقد يرتكب شخص معين لجريمة محددة معالمها في قانون العقوبات، والتي يتحمل مسؤوليتها الجزائية المترتبة على هذه الجريمة وفق ما هو ما هو وارد في قانون العقوبات، ومع ذلك فإن الأمر لا يساق على غالبه في كل الأحوال، فقد لا يعتبر القانون هذا الفعل جريمة كمن يقتل أو يضرب دفاعا عن النفس أو الغير، أو يجرح من أجل القيام بعمل طبي، أو ينتهك حرمة مسكن بدافع التفتيش، فتخرج هذه الأفعال عن دائرة التجريم ويحولها القانون إلى دائرة الإباحة والتي سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى مجموعات من التعاريف والمفاهيم المتعلقة بأسباب الإباحة، سواءً في المنظور اللغوي أو التشريعي والفقه والإسلامي ووفق ما جاء في القوانين الوضعية، ثم نتطرق بعدها إلى الأساس القانوني لأسباب الإباحة.

**الفرع الأول: تعريف أسباب الإباحة وأقسامها**

**أولاً: تعريف أسباب الإباحة**

معنى كلمه أسباب: سبب لغة يُطلق على كل شيء يتوصل به إلى غيره، ويُطلق أيضًا على الحبل اصاله[1].

وعرف سبب اصطلاحًا، عدة تعريفات أهمها ما عرفه الغزالي بقوله: هو عبارة عما يحصل الحكم عنده إلا به[2].

فقد عرفها الآمدي بقوله: هو كل وصف ظاهر منضبط دل الدليل السمعي على كونه معرفا لحكم شرعي[3]. أما التشريع الوطني فلم يذكر المشرع تعريفا للسبب ضمن تناوله للمواد 39 هو 40 من قانون العقوبات الجزائري.

**الإباحة لغة** هي مصدر لفعل أباح. الإباحة بمعنى ما هو محظور إجازته والسماح به الإباحة فقهًا حكم يقتضي التخيير بين الفعل والترك، أو إجازة الفعل دون اثم. وله معاني أخرى مثل تساوي الفعل مع جميع الوجوه، وله معنى كذلك بإتيان الفعل كيف شاء الفعل الفاعل في حدود الاذن.

**التعريف الإصطلاحي:** عُرفه بعض الفقهاء على أنه تلك الأسباب التي من شأنها إزالة صفه التجريم عن أفعال سبق أن جرمها القانون[4].

وعُرفت كذلك بأنها تلك الظروف المادية التي تضاف إلى الفعل المجرم فتسحب منه الصفة الجرمية وتضفي عليه الصفة الجرمية[5].

---

1- ابن منظور، **لسان العرب**، الجزء الرابع، دار الحديث، القاهرة، ص 460.

2- الغزالي أبو حامد، **المستصفى من علوم أصول الفقه**، تحقيق: محمد سليمان الأشقر، ، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، لبنان، ج1، 1997.، ص 177 -178.

3- الآمدي علي بن محمد، **الأحكام في علم الأصول**، ج1، ط1، المكتبة الإسلامية، بيروت، 1402هـ، ص127.

4- عبد الله سليمان، **شرح قانون العقوبات، القسم العام الجريمة**، الجزء الاول، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليله، الجزائر، (د.س.ن)، ص 95.

5- عبد الرحمن خلفي، **القانون الجنائي العام دراسة مقارنة**، دار بلقيس، الدار البيضاء، ط5، الجزائر، 2022، ص 235.

هناك من الأفعال ما يتوفر على أركان الجريمة، ومع ذلك فإن مرتكب هذا الجرم لا يقع تحت طائله العقاب وذلك نظرًا لإحاطة الفعل ببعض الأسباب التي تجيز إرتكابه، حيث يرى المشرع في هذه الحالات أن الفعل المرتكب لم يحقق الضرر أو الخطر الذي من أجله وضع النص التجريمي[1].

لم تتفق التشريعات جميعًا على تسميه واحده للإباحة؛ بل البعض يسميها بأسباب التبرير والبعض الآخر أسباب إنتفاء الجريمة، والبعض الآخر أسباب الإباحة والبعض الرابع الأفعال المبررة، والبعض الخامس بأسباب عدم المؤاخذة بالجرائم، لكن التشريعات ورغم اختلاف التسمية لها لم تعرف الإباحة، رغم أن البعض منها جعلها مجاورة لموضوعات أخرى تشبهها مما أدى إلى اختلاط الموضوعات، فالمطلع مثلاُ على القانون الجزائري يجد أنه سماها الأفعال المبررة، ونص عليها في المادة 39 من قانون العقوبات، ونصه في المادتين 47 48 على موانع المسؤولية، ونص في المادة 52 من القانون العقوبات على الأعذار القانونية، معفية كانت أو مخففة، ونص في المادة 53 من قانون العقوبات على الظروف المخففة، ومع ذلك لم يعرفها، ونتيجة لذلك فإننا نجد أنفسنا مضطرين إلى اللجوء إلى الفقه قصد تعريفها وبيان أساسي وجودها، حيث يرى المشرع في هذه الحالات أن الفعل المرتكب لم يحقق الضرر أو الخطر الذي من أجله وضع النص التجريمي[2]. فتنتفي عنه الصفة غير المشروعة، ويطلق على هذه الأفعال أسباب الإباحة، ترجمة للمصطلح الفرنسي "Causes de justification" وترجمتها الصحيحة أسباب التبرير والحقيقة أنه لا يوجد فرق من حيث الدلالة اللغوية والقانونية بين هذين التعبيرين[3].

وبناء على ذلك لا مانع من إستعمال أيًا من هاتين العبارتين للدلالة على معنى واحد، ويطلق عليها البعض بأسباب انتفاء الجريمة، لانعدام الصفة الإجرامية للواقعة التي لها في القانون

1- خلود سامي، عزاره ال معجون، **النظرية العامة للإباحة**، دار الفكر العربي، القاهرة، 1984، ص12.

2- المرجع نفسه، ص 12 .

3- مأمون محمد سلامة، **شرح القانون الجنائي، القسم العام**، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979، ص 12-13.

صورة الجريمة، فقد لا يحمل الفعل معنى العدوان إذا ما أرتكب في ظروف معينة، كجراحة الطبيب مما يبرر إباحته، وقد يراعي القانون حقا أقوى من حق المعتدى عليه ويراه أجدر بالرعاية فيجيز الفعل، ويبطل النص كما في حالة القتل للدفاع المشروع.

وقد قسم تعريف الإباحة إلى معنى عام ومعنى خاص، فالمعنى العام للإباحة هي إتيان الشخص لكل فعل لم يجربه القانون، أو هو ما يعبر عنه فقهاء الأصول في الشريعة بأن الأصل في الأشياء الإباحة حتى يأتي النص الذي يجرم، أما المعنى الخاص فهو ما يعرف بأسباب الإباحة أو الأفعال المبررة، وهي إخراج فعل من العقاب استفتاء بوقوع بسبب وقوعه في ظروف خاصة، وفي هذا التعريف ركز المعرف على التفرقة بين أسباب الإباحة وما يمكن أن تشتبه معها طبيعة ونتائج ونتائجها، ذلك لأن أسباب الإباحة تمحو الجريمة أصلاً، وأما أسباب عدم المسؤولية فتمح المسؤولية مع بقاء الجريمة بينما الأعذار المخفية المعفي المعفية من العقوبة لا تمحو الجريمة ولا المسؤولية، وإنما تعفي من العقاب والأفعال المبررة هي تلك الأفعال التي يمكن إسقاطها على نص في القانون يجرمها ولكن استثناها المشرع بنص خاص أخر أخرجها من دائرة التجريم وأدخلها مجال المباحات معطلا بذلك الشق الأول من النص القانون الجنائي، وعلى هذا جاء نص المادة 39 من قانون العقوبات لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون إذا كان الفعل أولا وإذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال المملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الإعتداء.

وما يمكن تلخيصه في تعريف الإباحة بأنها تلك الأفعال التي تخرج من دائرة الإجرام إلى دائرة الإباحة بنص شرعي أو بسبب الظروف والملابسات التي اقترنت بحدوث الفعل المجرم.

**ثانيًا: أقسام أسباب الإباحة**

لدينا الطبيعة القانونية للإباحة، وما تتضمنه من جوانب موضوعية وأخرى شخصية ولقد كان لهذه الطبيعة 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، وقد أجمع الفقه على تقسيمها إلى عامة وخاصة ومن حيث أساسها الشخصي إلى أسباب مطلقة ونسبية.

**1- تقسيم أسباب الإباحة بالنسبة لأساسها الموضوعي:**

أ- **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 ذلك أداء الواجب وإستعمال الحق.

ب- **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 المشروع، 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 التي تنطبق عليه.

والواقع أن كل سبب خاص، لا يمثل إلا تطبيقا خاصا لمبادئ واردة في الأسباب العامة للإباحة (أي ممارسة حق أو القيام بأداء الواجب) لأنه بدون القاعدة القانونية الخاصة ليس في الإمكان تطبيق القاعدة العامة[1].

**2- تقسيم أسباب الإباحة بالنسبة لأسا سها الشخصي:**

أ- **أسباب الإباحة المطلقة**: وهي تلك الأسباب التي يمكن أن يستفيد منها أي شخص ويسري أثرها على كل من ساهم في إرتكاب الجريمة، سواء كان فاعلا أصليا أم شريكا، ومثال هذه

1- خلود سامي، عزاره ال معجون، المرجع السابق، ص 98.

الحالة الدفاع المشروع، حيث يعتبر سببًا مطلقًا يستفيد منه كل شخص يتعرض لخطر الإعتداء على نفسه أو ماله.

ب- **أسباب الإباحة النسبية:** وهي الأسباب التي ليس لها فعالية إلا إزاء أشخاص معنيين إذا توافرت فيهم صفات معينة، مثال مزاولة مهنة الطب حيث تسري الإباحة على من توافر لديه صفة الطبيب في أداء الأعمال الجراحية ولا يستفيد من هذه الأسباب، إلا من يقرر له القانون ذلك، فإجراء الممرض العمليات الجراحية يعتبر جريمة تخضع لطائفة العقاب[1].

**ثالثًا: التحديد الفقهي للإباحة**

للإباحة أهمية في النظام القانوني، فالمشرع يعمد إلى التجريم لإعتبارات تقتضيها مصلحة المجتمع، لذلك فقد كان من الضروري أن يكون لقواعد الإباحة نفس الهدف عندما تحجب الجزاء وهو تحقيق المصلحة العامة.

فالمقصود بالإباحة في الفقه والتشريع الفرنسي، لم يورد أين منهما تعريفا صريحا للإباحة، أما الفقه العربي فقد تناول هذا الموضوع بالدراسة والتفصيل، فوضع بعضهم تعريفا للإباحة مما أدى إلى تفوقه في هذا المجال على الفقه الفرنسي، فيعرف بعض الفقهاء المصريين الإباحة بقولهم "أن أسباب الإباحة يكون من شأنها رفع الصفة الجنائية عن الفعل في الظروف التي وقع فيها، فهي تعدم الركن الشرعي فيخرج عن دائرة الأفعال المعاقب عليها إلى مجال الإباحة، فهذه الأخيرة وصف يلحق بالفعل[2]، إلا أن هذا التعريف لم يكن دقيقا حيث اقتصر على بيان أثر أسباب الإباحة فقط.

وذهب البعض الآخر إلى أنه لا يكفي لتحقيق المسؤولية توفر ركن التمييز والإختيار بل لا بد من إرتكاب خطأ ينسب للفاعل حتى يعاقب، فإذا لم يرتكب الفاعل خطأ فلا يعاقب، وإذا

1- خلود سامي، عزاره ال معجون، المرجع السابق، ص 18.

2- المرجع نفسه، ص 17.

كان الفعل المكون للجريمة مباحا في ظروف معينة فلا يعد إرتكابه خطأ بل مباحا كحالة القتل والضرب دفاعا عن النفس[1].

ويمكن أن نوجه إلى هذا القول نفس الملاحظات التي وجهت للرأي الأول بالإضافة إلى أننا نجد أنه إعتمد في تعريفه على فكرة الخطأ (أي الركن المعنوي)؛ إذ إعتبر أن توافر أحد أسباب الإباحة من شأنه أن ينفي الخطأ مما يترتب عليه إعفائه من المسؤولية، وهذا الأمر لا يمكن الأخذ به، لأننا سوف نرى أنه رغم توافر جميع أركان الفعل المجرم، إلا أن الصفة المجرمة لهذا الفعل تخلع عنه، وعليه فإن التعريف الذي نعتد به ونعتمد عليه هو ما جاء جامعا لكل عناصر الموضوع، ومانعا لأي غموض قد يشوبه، لهذا نعود إلى التعريف الذي يعرف أسباب الإباحة بأنها "حالات إنتفاء الركن الشرعي بناء على قيود واردة على نص التجريم تستبعد منه بعض الأفعال"[2]. وهذا التعريف أكثر دقة من سابقيه، إذ لم يقف عند حد بيان أثر الإباحة، وإنما أظهر عناصرها وذلك أن تتحقق صفة عدم المشروعية في السلوك الذي يقوم بها الركن الشرعي للجريمة، الذي يتمثل في مطابقة السلوك والفعل إلى نص قانون العقوبات الذي يجرمه، وتوافر سبب من أسباب الإباحة بالنسبة لهذا السلوك يزيل عنه صفة عدم المشروعية ويرده إلى أصله من حيث الإباحة والمشروعية.

**الفرع الثاني: تعريف أسباب الإباحة في الشريعة الإسلامية**

عرف فقهاء الشريعة الإسلامية السبب باعتباره حكمًا وضعيًا وضعه الشارع إمارة عن حكم والإباحة كحكم شرعي فيما استوى طرفه من حيث التخيير في الفعل والترك، إلا أن المتفحص في بعض المسائل الفقهية في كثير من أبواب الفقه يجب استعمال الفقهاء لهذا المصطلح المركب سبب الإباحة، ومثال ذلك إباحة أكل الميت للمضطر. قال الله تعالى: ﴿فمن اضطر في مخمصة

1- خلود سامي، عزاره ال معجون، المرجع السابق، ص 18.

2- مأمون محمد سلامة، المرجع السابق، ص 14.

غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم﴾[1]، وفسرت المحمصة بالمجاعة. والمعنى أن الله عز وجل أباح عند الضرورة أكل ما حرمته الآية نفسها لأن الآية بدأت بحكم شرعي، وهو قول الله تعالى حرمت عليكم. فالإباحة كانت خشيه الهلاك.

ومن ذلك قول رسول الله – صلى الله عليه وسلم–: لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس، والثيب الزان والتارك لدينه المفارق للجماعة[2].

ذكر الإمام الشاطبي في معرض هذا الحديث عن الأفعال الواقعة والتي تقتضي أمورًا تشرع لأجلها، فقد ذكر أمثلة عن السبب الذي يشرع لأجله، فالسبب مثلاً كون الاضطرار سببًا في الإباحة للميت وخوف العنت سبب في نكاح الإمام، وذكر كذلك السفر سبب في إباحة قصر الصلاة وإفطار الصائم[3].

وعليه يظهر من خلال هذه الأمثلة وبصورة جلية أن أسباب الإباحة عند فقهاء الشريعة الإسلامية هو الأساس في رفع الاثم عن المكلف ديانة كحالة الاضطرار إلى أكل الميتة حفاظًا على النفس، لأن الميتة حرام بنص شرعي، أو القضاء بإنزال العقوبة بالجاني، مثل إسقاط عقوبة القصاص على القاتل في حالة الدفاع الشرعي والمسمات حالة دفع الصائل.

في هذا الشأن يقول الدكتور عبد القادر عودة الأصل في الشريعة الإسلامية أن الافعال المحرمة محظورة على الكافة بصفة عامة، لكن الشارع رأى استثناء في هذا الأصل بأن يبيح بعض الأفعال المحرمة، كما توفرت فيه صفات خاصه لأن، ظروف الأفراد وظروف الجماعات

1- سورة المائدة، الآية 03.

2- رواه مسلم كتاب، القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب ما يباح به دم المسلم، رقم 1676. ج3، ص 1302.

3- الشاطبي أبو اسحاق، **الموافقة في أصول الشريعة**، دار الكتب العلمية، ط2، بيروت، ج1، 2004، ص 136.

تقتضي هذه الإباحة، ولأن هؤلاء تباح لهم الأفعال المحرمة يأتونها في الواقع لتحقيق غرض أو أكثر من أغراض الشارع[1].

وعليه يمكن حوصلة ما تم التطرق إليه بأن أسباب الإباحة هي تلك الظروف والأحوال والأوضاع والتي بموجبها يرفع الحظر والمنع عن الأفعال بالصفة استثنائية وتنتفي عندها العلة في التجريم.

والجدير بالذكر أن الإباحة التي وردت في هذه النصوص هي إباحة أصلية مفهومة من خطاب المشرع، أما الإباحة الطارئة هي ما كانت على وجه خاص؛ أي استثناء من حكم عام لسبب تتوقف عليه تدور معه وجودًا وعادمًا، كإباحة المساس بجسد الإنسان عند القصاص أو الضرب عند التعزير، التأديب وإقامة الحدود، أو إجراء عمليات جراحيه ضرورية، لأن الأصل في ذلك حرمه المساس بالأجساد، لكن لوجود سبب من أسباب الداعية لذلك أُبيح التعرض لها مستند الإباحة للمصلحة. عرف محمد طاهر بن عاشور المصلحة بأنها وصف لفعل يحصل به الصلاح؛ أي النفع منه دائما أو غالبًا للجمهور أو للآحاد[2].

ولا يراد بالمصلحة هنا ما لا تحققه المباحات من أغراض ومنافع وغير ذلك، وإنما المراد بها المصلحة التي يراد تحقيقها في إباحة المحظور لأن المصلحة معتبرة في الأحكام، فإذا كان الفعل محظورًا شرعًا في الأصل وأُبيح لتحقيق مصلحه ما فإن هذه الأخيرة تكون سببًا في إباحته، ولأن الأسباب علامات لإظهار الحكم، وبالتالي تكون الإباحة لأجل المصلحة، ومن أمثله ذلك أن الأصل في التعرض لجسد الإنسان الحرمة، لكن لوجود مصلحة تقتضي المساس بجسده أُبيح التعرض له كحال العمليات الجراحية، فاذا توقفت حياه الشخص على إجراء العملية الجراحية ولم يكن هناك بد من ذلك فلا اعتبارا للجروح والآلام مع حفظ حياته، لكن إذا ثبت باليقين أو الظن

---

1- عبد القادر عودة، **التشريع الجنائي الإسلامي، مقارنا بالقانون الوضعي**، مؤسسة الرسالة، ط2، بيروت، ج1، 1986، ص 469.

2- محمد الطاهر بن عاشور، **مقاصد الشريعة الإسلامية**، تحقيق: محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس، ط2، الاردن 2001، ص 278.

القوي عن طريق إخبار الطبيب الذي له خبرة في إختصاصه أن إجراء العملية الجراحية يؤدي إلى الهلاك، فإن حياة الشخص محتملة بدون عمليه جراحية، فلا يمكن التعرض لجسده لإحتمال نجاته. ومن أمثلة ذلك حالة توقيع عقوبة القصاص الوارد في القرآن الكريم في قوله تعالى في سورة البقرة، الآية 179: ﴿ولكم في القصاص حياة﴾، جاء في تفسيرها والمعنى أن القصاص إذا أُقيم وتحقق الحكم فيه ازدجر من يريد قتل آخر مخالفة أن يقتص من حياته بذلك جميعا[1].

إذًا فتوقع عقوبة القصاص تتضمن الضرر الذي يوقع على الجانِ حتمًا وهو مخالف للأصل العام الذي يمنع التعرض لجسد الإنسان، لكن لوجود السبب وهو الإعتداء على الأنفس التي لها الحق في الحياه وإزاله هذا الحق من طرف الجاني أُبيح المساس بجسده. قال البابرتي وفيه زيادة حكمه وهي مصلحه الأحياء زجرًا للغير عن وقوعه فيه وجبرًا للورثة[2].

قال ابن نجيم "الحدود موانع قبل الفعل وزواجر بعده؛ أي أن العلم بشرعيتها يمنع الإقدام على الفعل وإيقاعه بعده يمنع من العودة إليه، فهي من حقوق الله تعالى لأنها شرعت لمصلحة تعود إلى كافة الناس فكان حكمها الأصلي الإنزجار عما يتضرر به العباد وصيانة دار الإسلام عن الفساد"[3].

**الفرع الثالث: الأساس القانونية لأسباب الإباحة**

العلة من الإباحة تكمن في إنتفاء العلة من التجريم، فالمشرع إنما يُجرم من الأفعال ما يهدد الحقوق والمصالح الإجتماعية التي يرى ضرورة حمايتها، فإذا تبين له أن فعلاً من هذه الأفعال لا يؤثر في ظروف معينة على تلك الحقوق أو المصالح، أو ثبت لديه وإن كان يلحق ضرر بجزء فإنه يسعى لحماية غيرها، مما يعد أولى بالرعاية منها، فإنه في مثل هذه الحالة تغلب جانب الإباحة على التجريم[4].

---

1- الشاطبي أبو اسحاق، المرجع السابق، ص 206.

2- البابيرتي محمد بن محمد بن محمود، **العناية شرح الهداية**، دار الفكر، بيروت، ج10، (د.ت.ن)، ص 208

3- ابن نجيم المصري، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، دار الكتب العلميۃ، بيروت، ج5، 1997، ص04.

4- أحمد عوض، **محاضرات في النظرية العامة للجريمة**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002/2001، ص 361.

وأمثلة ذلك متعددة، فالطبيب الذي يأمر بإجهاض الأم لحملها حفاظًا على حياتها فعل لا يجرمه القانون، لأن الهدف منه هو حماية الأصل، رغم أن الإجهاض جريمة يعاقب عليها القانون، وبالتالي هذا العمل لا يشكل عدوانًا على سلامة البدن بل العكس من ذلك صيانة له مما يقتضي إباحته. ومثال ذلك أيضًا القائم بتنفيذ حكم الإعدام، والذي يعد فعله أساسًا بحق الإنسان في الحياة، فهو بذلك العمل يقوم بحماية حق آخر، هو من الناحية الإجتماعية أعلى وأهم، وهو حق المجتمع في إقرار الأمن وتطبيق القانون وتنفيذ أحكام القضاء[1].

إذًا فهذا الموضوع يرمي إلى بيان التبريرات التي أدت بالمشرع إلى إتخاذ هذا المنهج، فمن السياسة الجنائية التي يتبعها لتحقيق ضمان المصالح وأمن المجتمع، فقد اختلف الفقهاء حول تحديد الأساس الذي ابتغاه المشرع من وراء إباحة هذه الأفعال غير مشروعه أصلاً ومحو الصفة الجرمية، والتي سنتطرق لها فيما يلي:

**1- انتفاء القصد الجنائي:**

يرى بعض الفقهاء أن أساس الإباحة يعود إلى انتفاء القصد لأتر المرتكب الفعل المجرم، وبناء عليه الشخص الذي يقدم على فعل معين وهو يعتقد أنه مباح قد توفر لديه عنصر الإرادة وعنصر العلم بالواقع، ولكن تخلف لديه العلم بحظر القانون في هذا الفعل الذي يقوم به مباحًا، ومن ثم تكون عناصر القصد الجنائي غير متوفرة بالكامل لديه، وبناء على ذلك يصبح الفعل ذاته مباح[2].

فأصحاب هذا الرأي يستندونه إلى التعليقات الواردة على المادة 50 من القانون المصري لتأديب الوالد لولده، مثلاً فإن هذا الفعل يقال أنه جريمة الضرب إذا أخذنا الفعل على حساب الظاهرة على أنه بمقتدى القواعد العامة لا عقاب، في مثل هذه الحالة للتجرد من النية الإجرامية فلا مانع في تقرير هذا المبدأ صراحة، ولقد أُثير حول هذا الراي عدة انتقادات من بينها أن القصد الجنائي هو عنصر ليس له حدود واضحه لنفي المسؤولية، ثم أنه لا يجوز أن يترك تقرير هذا

1- محمد سامي الشوا، **شرح قانون العقوبات القسم العام**، مطبعة جامعه المنوفية، 1996، ص177.

2- رؤوف عبيد، **مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، دار الفكر العربي**، 1989، ص498.

الأمر في يد الفاعل الذي يجعل من تجريم سلوكه، أو إباحته أمرًا متوقفًا على وجود القصد الجنائي لديه، إنما قد يؤدي إلى اختلاف القضاة وعدم تحكمهم في تقدير توافر هذا الأمر من عدمه، وفضلاً عن أن السياسة الجنائية تقتضي بيان أسباب الإباحة وتحديدها حصرًا وحصر أحوالها بقدر الإمكان لضمان حماية المصالح العامة، وبالتالي تحقيق العدالة في المجتمع[1].

**2- شرف الباعث:**

إذا كان الدافع هو القوة المحركة إرتكاب الفعل الإجرامي فإن الدوافع السامية أُثيرت في العقوبة من حيث التخفيف والتجديد، الأمر الذي دفع ببعض الفقهاء بإعتبار أن دافع الشرف الشريف يعتبر أساسًا للإباحة، وقد انتقد هذا الرأي، كون الدافع غير شريف لا يمكنه أن يكون ركنا من أركان الجريمة، فبالتالي لا يترتب على عدم توافر الدفع الشريف، أما عن عدم تطبيق القانون الجزائري كحال العمال الذين يستعملون حقهم في الإضراب لو كانوا يعلمون أن الإضراب سيؤدي بالإضرار بصاحب العمل ففي مثل هذا المثال لا نلاحظ شرف الباعث أو نبله[2].

**3- استعمال الحق:**

يرى أصحاب هذا الرأي أن الأفعال مباحة لا تخرج عن كونها استعمال لحق قرره القانون ويتحقق في وضعيتين هما: استعمال الحق وأداء الوجه الذي يرجع في أصله في استعمال الحق فالمشرع إذا أذن بأمر أو إجازة فهو لا يعاقب عليه، ومفاد هذا الراي يساوي بين من يؤدي واجبًا مفروضًا عليه ومن يستعمل حقًا، وانتقد هذا الراي لوجود اختلاف بين الحق والواجب فالحق يمكن التنازل عليه والواجب يلزم من هو مختص به ولا يمكن التنازل عنه ويكون مسؤولا عن عدم القيام به، فهذا الرأي لم يبين لنا أن المشرع ارتقع ببعض الحقوق وميزها عن بعضها وجعلها بمنع عن نصوص التجريم [3].

1- خلود سامي عزارة ال معجون، المرجع السابق، ص90- 92.

2- رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص498.

3- رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص498.

**4- المصالح المعتبرة هي أساس الإباحة:**

هذا الراي هو الأرجح، الذي اتفق عليه جل الفقهاء، والذي يجعل أساس الإباحة أن يقوم على المسار الذي يقوم على حماية مصالح الأولى اعتبارًا للأفراد والمجتمع، فالحكمة التي يثبت بسببها أسباب الإباحة سلوك مشتمل بحسب الأصل على عناصر الجريمة انه بالنظر إلى الظروف التي أحاطت في ذلك السلوك، ويكون الإتيان به في هذه الظروف محققا لمصلحة إجتماعية[1].

وتنتفي علة التجريم في حالتين: حالة مباشرة، وهي أنه إذا ثبت أن الفعل المجرم أصلاً لم يعد كذلك في ظروف معينة، فالمشرع مثلاً يجرم أفعال الجرح حماية للحق في سلامة الجسم ولكنه يقدر أفعال الجرح وإن مسه الجسم فهي لا تهدر مصلحته ولا تمس سلامته؛ بل تصون المصالح وتحمي سلامة الجسم ومن ثم ينتفل إعتداء، أما الحالة الثانية فهي غير مباشرة وهي حالة ما إذا كان الفعل لا يزال ينتج الإعتداء ولكنه في نفس الوقت يصون حقًا أشد بالرعاية فإذا كانت تشريع مثلاُ يجرم القتل صيانة لحق الضحية إلا أنه يبيح ذلك الفعل وشروط معينة دفاعا عن النفس والمال والغير، والحكمة هنا أن المشرع قدر أن حق المعتدى عليه في الحياة أهم عنده عند المجتمع من حق المعتدي لذلك يصعد حق.

**المطلب الثاني: ذاتية أسباب الإباحة**

إن الجريمة بإعتبارها عمل غير مشروع مخالف لأحكام القانون الجنائي، فهو يستوجب تسليط أقصى العقوبة على مرتكبها، إلا أنه رغم هذا فهناك بعض الأسباب التي إذا ما توفرت اعتبرت أسباب إباحة تبيح إرتكاب هذه الجرائم وتنزع الوصف الجرمي عنها وتجعلها مباحثا بعدما كانت لا تعتبر كذلك، لقد اختلفت الدول في اعتبار بعض الأفعال مانعًا من موانع المسؤولية الجنائية، في حين تعتبرها دول أخرى أسباب إباحة , وبإعتبار أن أسباب الإباحة هي تلك التي تقترن بالفعل الإجرامي فتزيل عنه الصفة الجرمية، وإذا كانت أسباب الإباحة تتصل بالركن

1- رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص498.

الشرعي للجريمة فإن موانع المسؤولية تتصل بالركن المعنوي للجريمة، مما أكسبها الطبيعة الشخصية، فلا يستفيد منها إلا من توفرت فيه، ولا تتعدى إلى من ساهم في الجريمة ولمعرفة الضوابط التي تحكم موانع المسؤولية كان لابد علينا أن نتطرق إلى أن نعالج أسباب الإباحة وموانع المسؤولية في القانون الجزائري.

**الفرع الأول: أسباب الإباحة وموانع المسؤولية**

إن قانون العقوبات الجزائري قد حدد أسباب الإباحة في كل فعل يأمر أو يأذن به القانون أو في حالة الدفاع الشرعي، وذلك حسب ما هو ورد في المادة 39 والمادة 40 من قانون العقوبات الجزائري، وعليه فلا يجوز إضافة أي سبب آخر ما عدا ما ورد على سبيل الحصر لا المثال في المواد المذكورة أعلاه، بمعنى آخر أي فعل يثور التساؤل حوله إذا كان من الأفعال التي تخضع لأسباب الإباحة أم لا يجب الرجوع إلى الفعل هل يدخل ضمن ما حدده القانون كأسباب إباحة، كان يكون الفعل في نطاق ما أمر أو أذن به القانون أو حالة الدفاع الشرعي[1].

في حين أن موانع المسؤولية هي أسباب تعرض لمرتكب الفعل، فتجعل إرادته غير معتبره قانونًا بأن تجردها من التمييز أو حرية الاختيار، ومثالها صغر السن والجنون والسكر، غير الاختياري والاكراه وحالة الضرورة، ويتضح بذلك أن موانع المسؤولية ذات طبيعة شخصيه، إذ مجالها إرادة الجاني وما يعرض لها من أسباب تؤثر على قيمتها القانونية وتأثير موانع المسؤولية ينصرف إلى الركن المعنوي للجريمة فيهدمه، وبذلك لا تقوم المسؤولية الجنائية ولا يوقع العقاب، ويعني ذلك أنه لا شأن لموانع المسؤولية بالتكييف القانوني للفعل، إذ تبقيه على ما كان عليه، وبذلك يظل الركن الشرعي للجريمة متوفرًا وتأثير مانع المسؤولية يقتصر على من توفر لديه، فلا يمتد إلى غيره ولو ساهم معه في ذات الجريمة؛ أي أنه إذا تعدد المساهمون في الجريمة وتوفر مانع المسؤولية لدى أحدهم فهو وحده الذي تقوم مسؤوليته ولا يقع عليه العقاب، أما سواه فيسألونه ويعاقبون وهذا بيان لموانع المسؤولية يوضح من خلاله الفاروق بين أسباب الإباحة. وكما سبقت

1- عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص118، 119.

الإشارة إليه أنها واردة على سبيل الحصر هو وموانع المسؤولية الجنائية، فأسباب الإباحة موضوعية أصلاً، وموانع المسؤولية شخصيه، فالأولى تزيل التكييف عن المشروع للفعل والركن الشرعي للجريمة ويمتد تأثيرها في الأصل إلى كل من ساهم في الجريمة، أما الثانية فلا شأن لها بالتكييف القانوني للفعل والركن الشرعي، ولكن ينحصر تأثيرها على إراده الفاعل والركن المعنوي للجريمة ويقتصر أثرها على من توافرت لديه دون سواه ونلاحظ أنه ليس من المنطقي قانونًا ما يحول دون أن يجتمع سبب إباحة ومانع المسؤولية، كما لو دفع مجنون عن نفسه أو غيره دفاعًا شرعية والعقاب لا يقع بذلك استنادا إلى المسببين ولو أن اقتناع القاضي بتوافر سبب الإباحة يجعله في غنى عن البحث في مانع المسؤولية، وهو في الغالب بحث عسير بإعتباره يتناول نفسية الجاني والركن المعنوي في ذلك[1].

ويمكن تلخيص الفوارق بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية فيما يلي:

في أسباب الإباحة الركن الشرعي للجريمة سوف ينتفي، وبالتالي يصبح الفعل مباح، فلا تقوم المسؤولية في مواجهه الشخص المرتكب لهذا الفعل، وبمعنى آخر أن الشخص سوف يعفى من المسائلة القانونية لكون فعله بات مباحًا، أما موانع العقاب فيظل الركن الشرعي للجريمة قائمًا؛ أي أن الجريمة أركانها متوفرة، غير أن المسؤولية الجنائية لا تقوم في مواجهة من ارتكبها، وبالتالي يعفى الشخص من العقاب وفقًا لحالات معينه يحددها المشرع بنص القانون كصغر السن والجنون والعته والإكراه.

ويكمن كذلك الفارق بينهما في الآثار المترتبة على كليهما، فأسباب الإباحة يترتب عليها من الآثار على إرتكاب الفعل الجرمي، والذي أصبح مباحًا بنص قانون فإنها تسري على الفاعل نفسه الأصلي وعلى الشريك وعلى المساهم معهم في الجريمة، أما موانع المسؤولية فيقتصر أثرها فقط على الفعل الأصلي دون الشريك في الجريمة، وبالتالي يظل الشريك مسؤولا عن الجريمة وتثار في مواجهته المسؤولية الجنائية.

1- عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص119.

**الفرع الثاني: أسباب الإباحة وموانع العقاب**

يمكن تعريف موانع العقاب على أنها عبارة عن حالات معينه، يرى فيها قاضي المحكمة بضرورة عدم إيقاع العقوبة بشخص المتهم على الرغم من وقوع جريمة كامله، وبمعنى آخر أن موانع العقاب توقف تطبيق العقوبة المقررة قانونًا على الرغم من وقوع الجريمة واكتمال أركانها وتبعا لها تقوم المسؤولية الجنائية لمرتكبها، وبذلك فهو يستحق العقاب، ولكن يبدو أن المشرع القانوني قرر إعفاء بعض الأشخاص من العقاب، وذلك تشجيعًا منه لهم في عدم التمادي في سلوكهم الإجرامي أو أنه أقدم على منع قيام جريمة كان من المقرر لها أن تحدث، ومن أمثلة هذا إعفاء الراشي أو الوسيط من العقوبة، الراشي إذا ما بادر إلى إبلاغ السلطات المختصة بشأن جريمة الرشوة، وعلى هذا الأساس تشترك موانع العقاب مع أسباب الإباحة في أن كليهما يمنعان توقيع العقاب على الشخص المتهم بالفعل الجرمي؛ أي أن المحكمة تعفي كليهما من إيقاع العقاب بحقه، ولكنهما يختلفان من حيث الموضوع الذي دفع بالقضاء إلى إعفائهما، كما أن موانع العقاب تعتبر موانع شخصيه، تتمثل في موانع الإرتباط بالإدراك؛ أي الوعي، وموانع الإرتباط بالإرادة الإكراه، وهذه الأسباب شخصية بسبب أن الجاني[1]، ومن أمثله ذلك أن يعفى الخاطف من العقاب إذا تزوج بمن خطفها زواجًا شرعيًا، وكذلك إعفاء كل من اشترك في إتفاق جنائي، وذلك إذا بادر بالإخبار عن هذا الإتفاق ومن اشتركوا فيه قبل وقوع آية جناية أو جنحة قبل البحث والتفتيش عن المتهمين.

وترجع العلة في الإعفاء من العقاب إلى حسن سير السياسة الجنائية، وذلك لأن الفائدة التي تعود على المجتمع من الإعفاء تربو على الفائدة التي تعود عليه من توقيع العقاب، ويترتب الاختلاف بين أسباب الإباحة وموانع العقاب فيما يلي:

1- سامح السيد جاد، **الإجراءات الجنائية في القانون المصري**، طبعة دار الوزان، 1989، ص118.

1-أن الشركة في أسباب الإباحة لا يعاقب، بينما الشريك مع الشخص توافر في حقه مانع العقاب لا يفلت من العقاب، لأن الفعل كما هو مكون لجريمة وأن مانع العقاب يتعلق بشخص من توفر في حقه.

2-أن سبب الإباحة يحول دون تطبيق أي تدبير احترازي بعكس مانع العقاب، فلا يحول دون توقيع التدابير الاحترازية.

3-أن سبب الإباحة يحول دون المطالبة بالتعويض المدني "الدعوة المدنية التبعية"، بعكس موانع العقاب الذي لا يمنع من المطالبة بالتعويض جراء الفعل الجنائي[1].

## المبحث الثاني: الأفعال المبررة في قانون العقوبات الجزائري

أورد المشرع الجزائري في قانون العقوبات أسباب الإباحة، والتي كما سبقت الإشارة إليها أنها تلك الأفعال التي تخرج عن دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة، وبالرجوع إلى نص المادة 39 فقره واحد من قانون العقوبات الجزائري نجدها أنها تنص "لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون"، وذلك أن الأفراد قد يقومون في مجموعة من الأعمال ينطبق عليها النص التجريمي الوارد في قانون العقوبات، ومع ذلك فإن القانون لا يعتبر ذلك جريمة بنص القانون

1- سامح السيد جاد، المرجع السابق، ص118.

ذاته كالقتل، أو الضرب، أو الجرح، أو الإجهاض، والأمثلة على ذلك كثيرة ومتعددة، بمعنى أنه لا يكفي أن يتطابق الفعل مع نص وارد في قانون العقوبات تجريمي سار المفعول، إذ يجب حين ذاك التأكد من عدم وجود سببًا لتبرير هذه الأفعال، فهذه الأسباب المسمات بأسباب التبرير تخرج تلك الأفعال المجرمة بأصلها من تلك الدائرة إلى دائرة المباحات بنص قانوني ثاني.

ومن خلال الفقرة الأولى من نص المادة 39 يستشف أنه يدخل في حالة إباحة حالات استعمال الحق، وهو ما أذن به القانون، وحالات وأداء الواجب، ويتجسد فيما أمر به القانون من خلال هذا نجد الأفعال في كلتا الحالتين ما أمر القانون به، وما أذن به القانون من الأفعال المبررة المباحة، وسنحاول بإذن الله تعالى التفصيل فيما أذن به القانون كأسباب من أسباب الإباحة، ثم نتطرق بعد ذلك إلى ما جاء في نص المادة 40 من قانون العقوبات التي تتكلم على ما يسمى بالدفاع المشروع، ونتطرق إلى شروطه وآثاره، ونعرج على بعض ما توصلت إليه المحكمة العليا في هذا الباب.

## المطلب الأول: الفعل الذي يأمر به أو يأذن به القانون

ونكون بصدد أمر القانون كسبب من أسباب الإباحة كترخيص منه بإتيان الفعل وتنفيذه، وهذا ما يعرف بأداء الواجب، وأما إذن القانون فيتمثل في ممارسة حق سمح به القانون، وهو ما يعبر عنه في بعض المؤلفات بإستعمال الحق، ولم يحدد المشرع هذا النوع من الأفعال المبررة وترك المجال واسعًا أمام الإجتهاد القضائي، وقد نص عليه القانون الجزائري في مادته 39 من ق.ع، وسنقوم بدراسة كلا منهما على حدى فيما يلي:

### الفرع الأول: الفعل الذي يأمر به القانون

يكمن سبب الإباحة في الأفعال التي يأمر بها القانون في نص القانون ذاته، فليس من المنطقي أن يأمر القانون بإتيان فعل معين ثم يجرمه بعد ذلك وتنص المادة 39 من قانون

العقوبات "لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر به القانون"[1]، حيث يلزم القانون الشخص بأداء وجبات قانونية، فإن ذلك يكون بهدف تحقيق مصلحة عامة لأنه بوجه عام هو الفعل الذي يقوم به الموظف عند أدائه لمهمته، وتنتفي أمامها أهمية المصلحة المحمية للمجني عليه، وتعطي لفعله صفة الشرعية، حيث يستفيد بسبب الإباحة أي شخص يوجه إليه القانون الأمر بأداء الواجب، سواء كان موظفًا عموميًا أو شخصا عاديًا، فقد يلزم الشارع المواطنين بإبلاغ السلطات العمومية في حالة مشاهدة جريمة، أو حصولهم على معلومات عليها كجريمة التجسس "المادة 91 ق.ع"، وكما قد يعطيه القانون بعض السلطات بهدف المصلحة العامة مثل القبض على مرتكب الجريمة المتلبس بها "61 ق.إ. ج" فمثل هذه الحقوق تقيد من حقوق الغير.

وكما يوجه القانون أداء واجبات قانونية على الموظفين العموميين، الذين يقومون بتنفيذ القوانين واللوائح التنظيمية، وقد يوجه الشارع أمره مباشرة إلى الموظف فيحدد له الشروط اللازمة لإجرائه دون أن يترك له مجال للتقدير، مثل مأمور السجن الذي عليه أن يحبس أي شخص متى كان هناك أمر موقع عليه من السلطة المختصة، بناءًا على أمر من سلطة التنفيذ (النيابة العامة)، وقد يترك القانون سلطة تقديرية للموظف العام في إرتكاب الفعل أو عدم القيام به، مثل حق الحبس الإحتياطي الممنوح للنيابة العامة على المتهم في حالة ما إذا كان الإفراج عليه يؤثر على الأدلة في الدعوى، وكما أن فعل الموظف العام يكون مباحا إذا أمر به القانون مباشرة فإنه يكون إذا كان بناءا على أمر صادر إليه من رئيسه الأعلى أو السلطة المختصة[2].

ويتجه القضاء الفرنسي نحو تأطير الفعل الذي يأمر به القانون، بحيث لا يكون مبررًا إلا إذا كان إرتكاب الجريمة ضروريا وكان الفعل يتوفر فيه شرط التناسب، كما يتبين ذلك من القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 2003/02/18، الذي تتلخص وقائعه كالآتي: كان سائق يقود سيارته، وهي بدون تأمين ولما شاهد رجال الدرك رجع على أعقابه وفر هاربا،

1- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ج1، 1995، ص121.

2- عادل قورة، **محاضرات في قانون العقوبات**، القسم العام، الجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص81.

فلاحقه دركيان ولما أدركه أحدهما أطلق عليه النار بمسدسه لإرغامه على التوقف فأصيب السائق في صدره وتوفي، توبع الدركي من أجل القتل الخطأ فبرأته محكمة الإستئناف على أساس أن ما قام به هو فعل يأمر به القانون "المرسوم الصادر سنة 1903 الذي يجيز لرجال الدرك الوطني إستعمال السلاح الناري إذا ما حاول الأشخاص المستوقفون الفرار"، وأن الفعل المبرر لا يخضع لأي قيد، غير أن محكمة النقض ألغت القرار على أساس أن قضاة الموضوع لم يبحثوا عما إذا كان إستعمال السلاح كان ضروريا[1]، ضرورة مطلقة بالنظر إلى وقائع الدعوى وظروفها، وفي هذا السياق نتساءل عن مصير أي موظف أو أي شخص قام بالفعل الذي يأمر به القانون أو أن القيام بالفعل غير ضروري ضرورة مطلقة[2]، وسنتناول شرح الفعل الذي يأمر به القانون في بيان العمل القانوني وحكم العمل الغير قانوني بإيجاز.

**أولاً: العمل القانوني.**

حتى يكون الفعل مباحًا على أساس أداء الواجب المكلف به قانونا (أمر به القانون)، فإنه يتعين على الفرد العادي أن يكون له الحق في أداء العمل أو الفعل على سبيل الواجب إذا منحه إياه القانون، حيث ينص على واجبات إلزامية على الفرد في حالة وجود جريمة مثلا الإخبار عليها أو القبض على المتلبس بالجريمة رغم أنه ليس من إختصاصه، إلا أن القانون خوله هذا الفعل وأضفى عليه طابع الشرعية وكذلك يكون العمل قانوني بالنسبة للموظف العام، الذي يقوم بتنفيذ أوامر القانون وتضفي على أعماله صفة المشروعية، والإباحة أثناء تنفيذه لهذه الأوامر، فيكون هذا التنفيذ إما مباشرا من طرف الفرد أو صادر من سلطة مختصة[3]، فالتنفيذ المباشر من طرف الفرد لأمر القانون، قد يكون خاضعا لسلطة رئاسية أو تنفيذه مباشرة دون وجودها.

---

1- أحسن بوسقيعة، **الوجيز في القانون الجزائي العام**، الديوان الوطني للأشغال التربوي، ط1، الجزائر، 2002، ص123-124.

2- أحسن بوسقيعة، المرجع نفسه، ص124.

3- عادل قورة، المرجع السابق، ص81.

في الفرض الأول فإن القانون يجعل الموظف عند تنفيذه لفعل معين سلطة وسيطة يستوجب الرجوع إليها، ومثال ذلك ضابط الشرطة القضائية لا يستطيع التفتيش إلا في حالة حصوله على إذن من السلطة المختصة وإلا أعتبر عمله غير مشروع.

وفي الفرض الثاني إذا لم يكن الفرد خاضعًا لسلطة رئاسية، فإن أمر القانون وحده يكفي لتبرير سلوك الفرد وإباحة فعله، مثل إفشاء الطبيب لسره المهني بشأن مرض معدي أصيب به مريضه تأسيسا على أن قانون الصحة يلزمه بذلك غير أن تنفيذ الأمر لا بد من الأفعال المبررة إذا تجاوز حدوده التي يقتضيها أمر القانون.

وكذلك ينفذ الموظف أوامر صادرة من سلطة مختصة، حيث يلزم الموظف بطاعة رئيسه الأعلى في السلم الإداري التسلسلي في الوظيفة وذلك تطبيقا لأمر القانون، ولكي يكون فعل الموظف مشروعا ومباحا يجب أن تتوافر فيه الشروط التالية[1]:

1-أن يكون العمل داخلاً في إختصاص الموظف، فيلزم فيه توافر الإختصاص بكل معاييره المكانية والوظيفية فإذا كان الأمر صادرًا من سلطة أعلى يجب أن يكون صادرًا من مختص قانونا بإصدار الأمر، وكذلك أن يكون الموظف مختص بالتنفيذ.

2-أن يكون عمل الموظف قد روعيت فيه الشروط الشكلية والموضوعية التي يتضمنها القانون كالكتابة وحضور شاهدين في حالة تفتيش منزل.

3-إذا ترك المشرع سلطة تقديرية للموظف في أن يأتي بالفعل أو تركه، وجب عليه تنفيذ أمر القانون هنا، أي أن يباشر العمل حسب الغاية التي أجاز من أجلها القانون تلك السلطة مثل حبس قاضي التحقيق للمتهم إنتقاما فهو خروج عن الغاية التي رسمها المشرع.

**ثانيًا: حكم العمل غير القانوني.**

وكما بينا سابقا أن الواجب الذي يقوم به الفرد يجب أن يكون مشروعا وأمر به القانون بحيث لا يجب ويلزم بعدم تجاوز حدود الإباحة، وإلا عد الفعل جريمة ويعاقب عليها.

1- سليمان بارش، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، دار الهدى، الجزائر، ج1، 1992، ص92.

ويكمن الإشكال عندما يصدر الأمر من سلطة مختصة إلى الموظف بالقيام بعمل غير مشروع فما حكم هذا العمل؟ وهل يعتبر مباحا و من يتحمل مسؤولية الفعل؟.

وهنا نكون بصدد هذه الحالة أي في حالة إصدار السلطة المختصة لأمر مخالف للقانون، وقيام أحد الموظفين بتنفيذه، ففي التشريع الجزائري بينته المادة 135 ق.ع تنص "بأن تنفيذ أمر السلطة المخالف للقانون لا يعفي مرتكبه من الجزاء الجنائي بحجة أنه تلقى أمرا من رئيسه"، وسنعرض موقف الفقه القانوني من هذه الحالة حيث ظهرت فيها عدة نظريات أهمها:

1-**نظرية الطاعة المطلقة:** إن طاعة أوامر الرئيس حسب هذه النظرية هي طاعة مطلقة أي تتعدى الأوامر المشروعة إلى الأوامر غير المشروعة و لقد إنقسمت إلى فريقين:

- الأول إتجه إلى القول بضرورة إباحة سلوك الموظف في هذه الحالة وإخراجه من دائرة التجريم وإلحاق أمر التجريم برئيسه لأن الإباحة مستمدة من الإلتزام بالطاعة، ويعاب على هذا الفريق بأنه لم يجد حلا للمشكل الذي هو تنفيذ الأمر في حد ذاته وليس الأمر لأن التنفيذ هو الذي أورد الجريمة في الواقع[1].

- والفريق الثاني إتجه إلى القول بعدم مسؤولية الموظف مع الإحتفاظ بوصف التجريم وبرروا رأيهم أن المرؤوس أداة عمياء مجردة من أسس الإستقبال أمام الرئيس، وليس أمامه سوى تنفيذ هذا الأمر الواجب عليه طاعته، والمرؤوس هو فاقد الشعور لأفعاله الإجرامية، ويتم تنفيذها بناءًا على إرادة الرئيس وليس إرادته الشخصية ويعاب عليهم بأنهم جردوا الموظف من الإرادة والمشكل الذي يطرح هو شرعية التنفيذ وليس الموقف الإداري.

2-**نظرية الطاعة المقيدة:** وهي توفيق بين واجب الطاعة للرئيس وإحترام القانون، وظهرت فيها ثلاث إتجاهات وهي:

أ- وجوب الإعتراض على أمر الرئيس قبل تنفيذه، إذا شك الموظف في شرعية الأمر الصادر له من رئيسه فعليه الإعتراض على تنفيذه، ووجب عليه الطاعة ويترتب على ذلك إعفاءه

1- سليمان بارش، المرجع السابق، ص95.

من المسؤولية الجنائية، أي يستفيد من الإباحة بحكم أداء الواجب المفروض عليه قانونا وهو الطاعة.

ب- وجوب عدم تنفيذ الأمر اللاشرعي بحسب الظاهر، و هو إذا كانت عدم شرعية الأمر بادية للموظف فإنه يتعين عليه عدم التنفيذ.

ج-إذا كان تنفيذ الأمر يشكل جريمة، فإن طاعة الأوامر يجب أن يؤخذ بها في هذه الحالة، حيث يحترم الموظف القانون ويترك تنفيذ الأمر الصادر من رئيسه.

3-**نظرية الشرعية:** وتقوم على أساس الأوامر، بحيث أن تتفق مع القوانين وألا تخالفها شكلاً ومضمونًا، ويتعين على الموظف عدم تنفيذ وإطاعة الأوامر الصادرة من رئيسه إذا اختلت الشروط القانونية، فإنه يسقط عنه واجب الطاعة، وبالتالي فإن كل من الرئيس والمرؤوس لا يعفيان من المسؤولية في حالة تنفيذ أمر مخالف للقانون[1]، ووضع القضاء بعض الحلول في مساءلة الموظف الذي يقوم بتنفيذ أمر غير شرعي بالإعتماد على الخطأ غير المتوقع الذي يؤدي إلى عدم قيام المسؤولية، إذا كان غير عالما بعدم الشرعية والعلم ينظر له من عدة نواحي منها درجة ثقافة الموظف والرتبة وفي حالة تواجده تحت الإكراه.

**الفرع الثاني: الفعل الذي يأذن به القانون**

ويقصد بإذن القانون أو إستعمال الحق هو ترخيص القانون لصاحب الحق في إستعمال حقه حيث يجيز القانون في حالات معينة، والسماح للشخص بإتيان عمل، بحيث لو غاب هذا السماح لكان الفعل مجرما، وإن المشرع الجزائري بإستعماله لفظ ما أذن به القانون، فإنه يأخذ بمدلوله الواسع "يتسع ليشمل كل قاعدة قانونية سواء كانت محددة في نص تشريعي، أو قاعدة واردة في الشريعة الإسلامية أو عرفا ساريا"[2].

1- سليمان بارش، المرجع السابق، ص96.

2- سليمان بارش، المرجع السابق، ص98.

وتأخذ عبارة "القانون" مدلولا أوسع حيث يتفق القضاء الفرنسي والمصري على أنها لا تقتصر على القانون في حد ذاته بل تتعداه لتشمل العرف، وهذا يتفق مع واقعنا في الجزائر رغم عدم عثورنا على أحكام قضائية في هذا الشأن.

قد يكون الإذن من القانون في حد ذاته، ومن هذا القبيل تفتيش منزل من طرف ضابط الشرطة القضائية بإذن من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق (المادة 44 ق.إ.ج)، وكذا القبض على مجرم من طرف العامة في حالات الجنايات والجنح المتلبس بها (المادة 61 ق.إ.ج).

وقد يكون الإذن من العرف الذي يبيح للأولياء ممارسة عنف خفيف على أولادهم لتربيتهم وللمعلم تأديب تلميذه بإستعمال عنف خفيف (المادة 269 ق.ع)، ويبيح للطبيب القتل أو العجز الدائم المترتب من جراء عملية جراحية وفقا لمبادئ فن الجراحة، ويبيح لممارسي بعض الرياضات مثل الملاكمة والمصارعة إستعمال العنف وفق قواعد اللعبة.

وقد يكون الإذن من الشريعة الإسلامية أيضا سواء إعتبرناها قانونا أو عرفا، كحق التأديب الذي يبيح العنف الخفيف الذي يمارسه الوالد على إبنه القاصر.

وإذا كانت الشريعة الإسلامية تقرر أيضًا للزوج حق تأديب زوجته، ولو بالضرب بشرط ألا يكون شديدًا ولا مبرحًا وإنما خفيفًا لا يحدث كسرًا أو جرحًا ولا يترك أثرًا ولا ينشأ عنه مرض، فإن مثل هذا الحق لا يمكن للزوج التحجج به أمام القاضي الجزائي إذا قدمت زوجته شكوى ضده من أجل الضرب، ذلك أن قانون العقوبات الجزائري هو قانون وضعي محض ومن ثم فلا يأخذ بما هو مقرر في الشريعة الإسلامية إلا إذا كان متوافقا مع أحكام قانون العقوبات[1]، مثلما هو الحال مثلا بالنسبة لحق تأديب الصغار الذي لا يعاقب عليه القانون (المادة 269 ق.ع)، ومن خلال هذا كله فإننا سنتطرق إلى الشروط العامة لإستعمال الحق وأهم تطبيقاته:

**أولاً: الشروط العامة لإستعمال الحق.**

1- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص124-125

لقد أورد المشرع لممارسة الحقوق، شروط لا بد من توافرها حتى لا يخرج عن إطاره القانوني ولا يدخل في دائرة التجريم، ويكون كذلك إذا زاد عن حده المعقول وهذه الشروط هي:

**1. وجود الحق:**

والمقصود بالحق مدلوله القانوني العام، أي تلك المصلحة التي يعترف بها القانون ويحميها فيبيح تبعا لذلك إستعمال ما هو ملائم لتحقيق هذه المصلحة، حيث لا يشترط أن تكون المصلحة المقررة لمن يستفيد من الإباحة فقد تكون مقررة لشخص غيره أو للمجتمع، فيمكن أن يكون للحق مصدر قانوني، فيمكن أن يكون مصدر الحق الدستور، كالحق المعطى للنواب للتعبير عن إرادتهم أثناء جلسات البرلمان، وكذلك ما يتضمنه حق الدفاع الذي يتضمنه ويحميه قانون الإجراءات الجزائية ولكنه يمكن أن يكون للحق مصدر يعترف به القانون مثل العرف والشريعة الإسلامية.

وإضافة إلى ذلك ينبغي أن يكون الحق المقرر بمقتضى القانون مؤكدا أي غير متنازع عليه لأنه كقاعدة أن الإنسان لا يقتضي لنفسه بل عليه الرجوع إلى القضاء.

**2 . إلتزام حدود الحق:**

يلزم صاحب الحق بممارسة حقه في حدود المعقول، وأن تكون هذه الأفعال تتناسب وتحقيق الغاية المنشودة منها، دون تجاوزها، فحق التأديب مثلا غايته الإصلاح وحق مباشرة الأعمال الطبية غايته معالجة المريض، وإذا إستعمل الفاعل حقه لغرض غير الغرض المقصود به فلا يمكن له الإحتجاج بإستعمال حقه كسبب للإباحة، وترد قيود على ممارسة الحق بحيث أن يمارس من طرف صاحبه المقرر له هذا الحق، ولكن قد يرخص القانون لصاحب الحق التنازل عنه أو نقله إلى شخص آخر وبالنظر إلى طبيعة الحقوق فإننا نجد بعض الحقوق غير قابلة للنقل مثل حق تأديب الزوجة الممنوح للزوج وقد يشترط القانون لإستعمال الحق إتباع إجراءات معينة، فإذا لم يؤتيها الفاعل فإن صفة الإباحة تزول، وتجدر بنا الإشارة إلى أن ممارسة هذه الأفعال تكون

حسب جسامة الفعل ومن ثم فحق التأديب لا يبيح إلا الضرب الخفيف[1]. وأخيرا أن يتوافر لدى صاحب الحق حسن النية أي أنه يمارس حقه في حدود الغرض الذي تقرر لأجله، فلا يمكن الخروج على هذا الهدف أو الغاية وهي المصلحة الإجتماعية التي شرع أو قرر من أجلها الحق.

**ثانيًا: أهم تطبيقات إستعمال الحق.**

لقد تناول القانون حقوق عديدة معطاة للأفراد، حيث يخول كل حق لصاحبه ممارسة طائفة من الأفعال، فحق التأديب يبيح الضرب، وحق ممارسة الأعمال الطبية يبيح الجرح، وكذا حق ممارسة الألعاب الرياضية، وحق الدفاع يبيح القذف والسب أمام القضاء وحق النقد وغيرها، وسنتناول بعض الحقوق الهامة والتي تعتبر مألوفة ويكثر التصادف بها وهي:

**1- حق ممارسة الأعمال الطبية:**

العمل الطبي هو نشاط يتفق مع الأصول والقواعد المقررة في علم الطب ويهدف إلى شفاء المريض بتخليصه من المرض الذي يعاني منه والكشف عن أسبابه والوقاية منه فالطبيب يسعى نحو هذه الغاية وهي الشفاء، فإنه يعطي للمريض مواد ليتناولها ويقوم بعمليات تمس جسمه أي المريض، كإعطائه مخدر أو إجراء عملية جراحية وهذه الأفعال لا ترقى إلى كونها عدوانا عليه، والواقع أن علة الإباحة تستخلص بالرجوع إلى علة التجريم، حيث أن إنتقاء علة التجريم هي التي تحدد توافر العلة، وأن ترخيص القانون للطبيب بمزاولة هذه الأعمال أساسها عدم توافر العدوان على الجسم، وأن الطبيب لا يهدف إلى إيذاء الجسم وإنما يهدف إلى صيانته[2]، ولابد من توافر شروط لممارسة الأعمال الطبية لكي يقوم الطبيب بتلك الأفعال والإستفادة من الإباحة وهي: الترخيص بمزاولة المهنة، رضا المريض بالعلاج، إجراء العمل الطبي قصد العلاج.

وتثور مشكلة الأخطاء الطبية وحكمها، فإذا توافرت شروط الإباحة في العمل الطبي فإن سلوك الطبيب يعتبر مشروعا ولو ساءت حالة المريض، غير أنه إذا إقترن العمل الطبي بخطأ

---

1- إبراهيم الشباسي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، دار الكتاب اللبناني، لبنان، (د.ت.ن)، ص 168.

2- عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 127.

سئل الطبيب مسؤولية غير عمدية "كترك وسيلة جراحة في جسم المريض" ولا يعتبر فشل العلاج قرينة قاطعة على خطأ الطبيب، وقد يفشل العلاج على الرغم من إلتزام الطبيب بالأصول العلمية وقواعد الحذر ولذا ففي هذه الحالة البحث عن صورة الخطأ المهني لتقرير مسؤولية الطبيب.

**2- حق ممارسة الألعاب الرياضية:**

تفترض بعض الألعاب الرياضية أن يقوم المتنافس بالمساس بجسم منافسه عمدًا، فالبعض منها قائم عليها كالملاكمة والمصارعة، ففي الأصل أن تلك الأفعال التي يقوم بها الرياضي مجرمة، كالضرب الذي قد يؤدي إلى الجرح، حيث أن هذا الفعل الذي يكون في حدود اللعب يتصف بالإباحة إستنادًا إلى الحق في ممارسة الألعاب الرياضية التي أساسها إعتراف القانون وتقنين العرف الرياضي، وقد وضعته الدولة حفاظا على الصحة العمومية للمواطنين، ولكي يكون الضرب والجرح في إطار حق ممارسة الألعاب الرياضية لابد من توافر الشروط التالية: أن تكون اللعبة يعترف بها القانون والعرف الرياضي ويضع لها قواعد وتقاليد تحدد لها جهات معينة لمزاولتها وأن يرتكب فعل العنف على جسم المنافس أثناء المباراة، فإن تعمد الضرب والجرح خارج أوقات اللعب يسأل عن الضرب والجرح العمدي، وينبغي أيضا أن يكون فعل العنف يتناسق وقواعد اللعبة المتعارف عليها.

**3- حق التأديب:**

هو من الحقوق المقررة بمقتضى القانون وعلة الإباحة فيها أن المشرع راعى مصلحة الأسرة والمحافظة على كيانها وتقويم الصغار وتربيتهم، ومصلحة المجتمع، حيث تقتضي هذه المصلحة منح بعض الأفراد من الأسرة سلطة بعضهم على الآخر، وذلك بإعطائه حق توقيع بعض الأفعال كجزاء عن خروجه عن هذه المصلحة وفي هذه الأفعال الضرب والإيذاء الخفيف، وأن الضرب المبرح الشديد والعنيف الذي يضر بصحة المجني عليه غير مباح ويسأل عنه صاحب هذا الحق، حيث يمارس هذا الحق عادة الأب أو الزوج على الزوجة أو الأولاد الصغار[1].

1- عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 127.

أ-**تأديب الزوجة:** لقد أباحت الشريعة الإسلامية حق تأديب الزوجة، ضمن شروط يجب التقيد بها حفاظا على الغاية التي وجد من أجلها هذا الحق وهذا بعد إرتكابها معصية وهذا الحق بينته الآية 33 من سورة النساء: ﴿واللاتي تخافون نشوزهن فعضوهن وأهجروهن في المضاجع وأضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان عليا كبيرا﴾، وعليه فالضرب لا يتم إلا بعد إستنفاذ إجراءات أولية وسابقة مثل الوعظ والهجر...، وإن إستمرت فالضرب كسبب للإباحة.

ب- **تأديب الصغار:** يحق للأب أن يؤدب إبنه الصغير، وهذا الحق يتعلق بالولاية على النفس التي يمارسها الأب عليه، ويجب لتوافر الإباحة في هذا الفعل شروط وهي:

- أن يكون حق التأديب للأب أو الوصي أو الأم وكذا الولي على النفس عند عدم وجود الأب وكذا المعلم بالمدرسة وملقن الحرفة شرط إذن الأب أو الولي.
- أن يكون الضرب كوسيلة للتأديب خفيفا، فإذا كان مبرحا فهو غير مشروع، ويجب أن يكون باليد وليس بالعصا أو السوط واتقاء المواضع الخطيرة كالرأس[1].

وإذا كان التشريع الجزائري لا يعرف إلا الفعل الذي يأمر به أو يأذن به القانون، فإن القانون المقارن، لا سيما منه الفرنسي والمصري، يعرف صورة أخرى للأفعال المبررة ذات الصلة وهي أمر السلطة الشرعية، وإرتئينا أن نعرضها فيما يلي:

**الفرع الثالث: مسألة السلطة الشرعية**

ويتعلق الأمر هنا بالحالة التي فيها الفاعل لفعل بأمر سلطة عمومية، مدنية كانت أو عسكرية، شريطة أن تكون هذه السلطة شرعية.

ويثور التساؤل حول ما إذا كان أمر السلطة الشرعية يشكل في حد ذاته فعلا مبررًا بصرف النظر عما إذا كان هذا الأمر قانونيا أو غير قانونيا، أو بمعنى آخر فهل يسأل جزائيا من ينفذ أمرا غير قانوني صادرا عن رئيسه أم أن ما قام به يعد فعلا مبررا؟.

1- عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 126-128.

إختلف الفقه الفرنسي في إجابته على هذا التساؤل وإنقسم إلى ثلاث فرق: الأول يقول إن تنفيذ أمر ولو كان غير قانوني يعد دائما سببا للإباحة بحجة أن على المرؤوس إطاعة رئيسه، أما الفريق الثاني يقول إن من حق المرؤوس في تقدير مشروعية الأمر الذي يتلقاه وعدم الإنصياع له إذا كان غير قانوني، أما الفريق الثالث يميز بين الأمر الذي تكون عدم مشروعيته ظاهرة جليا والأمر الذي يبدو أنه قانوني، وأخذ القضاء الفرنسي بوجه عام بالمذهب الثالث وجاء المشرع لتكريسه في قانون العقوبات الفرنسي الجديد حيث نصت المادة 122-4 في فقرتها الثانية "لا عقاب على من يأتي فعلا تأمر به سلطة شرعية ما لم تكن عدم مشروعية الأمر ظاهرة" وبمقتضى هذا النص فالقاعدة هي إعفاء المرؤوس من المسؤولية الجزائية عند تنفيذه أمر السلطة الشرعية ولا تقوم مسؤوليته إلا استثناءا[1]، ويشترط لذلك أن تكون عدم المشروعية ظاهرة، بمعنى أنه إذا كانت عدم مشروعية الأمر غير ظاهرة؛ أي عادية، أفلت المرؤوس من المساءلة، و ما هو الأمر الذي تبدؤ عدم مشروعيته بصفة جلية؟ أجابت محكمة النقض الفرنسية على هذا التساؤل في قرارها المؤرخ في: 2004/03/24 و بمقتضاه يكون الأمر غير مشروع بصفة ظاهرة في حالتين:

- الأمر الرامي إلى المساس بالسلامة الجسدية كالأمر بإستعمال العنف أو التعدي على الحريات الفردية.
- الأمر الرامي إلى المخاطرة بالحياة من أجل ضبط شخص.

غير أن المشرع الفرنسي استبعد بصفة إستثنائية، أمر السلطة الشرعية كفعل مبرر عندما يتعلق الأمر بالجرائم ضد الإنسانية (المادة 213- 4 ق.ع)، كما استبعد النظام السياسي للمحكمة الجنائية الدولية المعتمد بروما في 1998/07/17 أمر السلطة الشرعية من الأفعال المبررة في جناية الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب والجرائم الخطيرة الأخرى.

1- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 125-126.

أما قانون العقوبات المصري فهو يبيح عمل الموظف إذا كان مطابقا للقانون، ويمنع قيام المسؤولية عنه إذا كان مخالفا للقانون، ولكن الموظف إذا إرتكبه وهو حسن النية وبعد التثبت والتحري (المادة 63 ق.ع.م)[1].

**المطلب الثاني: الدفاع المشروع**

القاعدة العامة في القانون أنه لا يجوز للشخص أن ينصف لنفسه بنفسه فإذا وقع عليه الإعتداء وجب رفع الأمر إلى الجهة المختصة لإنصافه، ولكن تثور الإشكالية في حالة أن الفعل أو الإعتداء على وشك الوقوع، حيث لا تسمح الظروف بإخبار السلطات المختصة بالتدخل لمنع وقوعه في الوقت المناسب فهل يترك الجريمة تتحقق أم يرد الشخص الإعتداء على نفسه أو عن ماله؟ وهل يسأل المعتدي عن هذه الجريمة التي يرد بها الإعتداء عنه؟.

ويتمثل رد المعتدي على الإعتداء في نفس الدفاع الذي نص عليه القانون الجزائري في مادته 2/39 ق.ع على أنه (لا جريمة إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع الشرعي عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو الغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الإعتداء)[2].

ونلاحظ أن المشرع الجزائري لم يضع تعريفا له وإنما بين شروطه[3]، والدفاع المشروع هو إستعمال القوة اللازمة لصد خطر غير مشروع يهدد بالإعتداء على حق يحميه القانون، وهو الحق في إستعمال القوة اللازمة التي يقررها القانون لمصلحة المدافع لرد الإعتداء الحال عليه أو على ماله أو على نفس الغير أو ماله.

1- أحسن بوسقيعة، المرجع نفسه، ص 126-127.

2- عادل قورة، المرجع السابق، ص 84.

3- عادل قورة، المرجع نفسه، ص 84.

ويتضح من خلال نص المادة وكذلك تعاريف بعض الفقهاء أن القانون يقرر حقا للفرد برد وصد العدوان ولو بفعل مجرم قانونا كالعنف متى كان الإعتداء غير مشروع، وبصرف النظر عن الحق المعتدى عليه وبذلك تنتفي صفة التجريم عن الفعل ويدخل ضمن دائرة الأفعال المبررة، ولكن ليس مطلقا وأن يتوافر شروط في هذا الدفاع حتى يعتبر شرعيا.

وقبل بيان الشروط لابد علينا معرفة أساس وطبيعة الدفاع المشروع، كسبب من أسباب الإباحة المعطل للنص التجريمي.

**الفرع الأول: أساس الدفاع المشروع وطبيعته**

قد عرفت الشعوب القديمة الدفاع المشروع، بأنه قانون الفطرة، إذ أنه في غير اللائق إلزام الشخص بتحمل عدوان غيره، إذا تعذر عليه اللجوء إلى السلطة المختصة (العامة) في الوقت المناسب وكان قادر على رد العدوان بنفسه، حيث لا يدور الخلاف حول حق الدفاع المشروع في حد ذاته، وإنما في أساس قيامه ليكون سبب للإباحة وطبيعته.

**أولاً: أساس الدفاع المشروع:**

ففي تحديد أساس الدفاع المشروع ظهرت عدة إتجاهات وهي:

**1-الإتجاه الأول:** يرى هذا الإتجاه أن أساس الدفاع المشروع ومرجعه تخلف الركن المعنوي للجريمة فذهب فريق من هؤلاء الفقهاء عندما يكون المدافع تحت الإكراه، الشيء الذي يدعم لديه حرية الإختيار وتصبح إرادته غير معتبرة قانونا، والنقد الموجه لهذا الإتجاه كون الإكراه المعنوي لا يؤثر في الجانب المادي للجريمة مما يؤدي إلى عدم مساءلة الفاعل ولا يبيح السلوك وكذلك من جهة أخرى فقد تمنع المسؤولية الجنائية بالرغم من عدم مشروعية سلوكه، وذهب رأي ثاني إلى إرجاعه إلى أن دفاع الشخص ليس بقصد العدوان على غيره وإنما يهدف لحماية حق له أو لغيره وهذا الهدف لا يتعارض مع الغاية التي يهدف إليها القانون[1].

1- عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 129- 130.

ويعاب على هذا الرأي إعتباره لمشروعية الغاية مانعا لقيام الركن المعنوي والقصد الجنائي حين أن الباعث أو الغاية لا يدخل في عناصر القصد الجنائي، وزد على دلك إنتفاء وتخلف الركن المعنوي[1]، لا يؤدي إلى إنتقاء صفة التجريم لأنه لا علاقة له بالجانب المادي للجريمة.

2-**الإتجاه الثاني:** يرى أن أساس الدفاع المشروع هو وظيفة عامة للفرد نيابة عن الدولة التي لا يمكن تواجدها في مسرح الجريمة وقت الإعتداء، لدرء وحماية الفرد الممارس عليه الإعتداء، وفي هذه الحالة يباح له الإقتصاص بنفسه، بواسطة الدفاع المشروع، ويكون فعل رد الإعتداء مجرد من الصفة الإجرامية، نتيجة لغياب الحماية له، وطبقا لهذا فإن مرد وأساس الدفاع المشروع ومرجعه هو الترخيص القانوني للفرد لإستعمال العنف والعمل غير المشروع.

3-**الاتجاه الثالث: (الرأي الراجح):** حيث تقوم فكرة الدفاع المشروع على مبدأ الموازنة والموافقة بين المصالح المتعارضة للأفراد، فيغلب أحدهما على الآخر تحقيقا للصالح العام، وأن حق المعتدي والمعتدى عليه متكافئين من الناحية المجردة "الحق في الحياة أو عدم المساس بجسمه"، فيهدر حق المعتدي ويصون حق المعتدى عليه، ويتم حماية المجتمع للحقوق بالنظر إلى القيمة الإجتماعية للحق، وعليه فحق المعتدي أضعف قيمة لحقه الإجتماعي، ويستفيد صاحب الحق الثاني من الإباحة على أساس الدفاع المشروع[2].

أما أساس الدفاع المشروع فيرجع إلى فكرة الموازنة بين المصالح المتعارضة للأفراد وإيثار مصلحة أولى بالرعاية تحقيقا للصالح العام، وهو هدف كل نظام قانوني، فكل من الخصمين يرتكب عملا غير مشروع، ولكن بالنظر إلى الظروف التي وقع فيها كل من الفعلين، رأى ألمشرع أن المصلحة العامة تتحقق بإيثار مصلحة المدافع في درء الإعتداء على مصلحة من بادر بالإعتداء، فقلب عمل المدافع إلى عمل مشروع، ومن المسلم كقاعدة عامة أنه لا يجوز للإنسان أن يقيم العدالة لنفسه أو يدرأ بنفسه الإعتداء على حقه أو مصلحته، وإنما عليه أن يلجأ في ذلك

1- عبد الله سليمان المرجع نفسه، ص 129- 130.

2- عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 130.

إلى السلطات المختصة، وإستثناء من هذه القاعدة تجيز كافة التشريعات للمدافع أن يدرأ الإعتداء على حقه حين لا يتيسر الإستعانة بالسلطات العامة، ولقد أوردت المادة 39 ق.ع الجرائم التي تبيح الدفاع المشروع ولم تحصرها في جرائم الإعتداء على الأشخاص بل وسعت من نطاقها إذ تشمل:

- جرائم الإعتداء على النفس ولقد وسع من مجال الجرائم من خلال نص المادة 40-1ق.ع التي أشارت إلى الإعتداء على "حياة الشخص أو سلامة جسمه" ومنها جرائم الإعتداء على حياة الإنسان وسلامة جسمه، الجرائم الماسة بالشرف والإعتبار وجرائم الإعتداء على الحرية، وجرائم الإعتداء على الأموال[1].

هذا فيما يخص الجرائم العمدية، أما مسألة الجرائم غير العمدية فإن موقف القضاء الجزائري من المسألة، فإننا لم نعثر فيه على ما يمكن الإستدلال به، ومن خلال إستقراء أحكام المادتين 39-2 و 40 ق.ع المتعلقتين بالدفاع المشروع أن المشرع يقصد الجرائم العمدية كما يتبين ذلك في النص الأول من إشتراط التناسب بين الدفاع وجسامة الإعتداء وفي النص الثاني من طبيعة الجرائم التي وردت فيه وكلها جرائم عمدية.

أما في مسألة المخالفات لا يميز القانون الجزائري في تبرير الدفاع المشروع بين الجرائم المرتكبة ضد الأشخاص وتلك المرتكبة ضد الأملاك كما لا يميز بين الجرائم الموصوفة جنايات أو جنح وتلك الموصوفة مخالفات[2].

**ثانيًا: طبيعة الدفاع المشروع**

وقد اختلف الفقه كذلك في تحديد طبيعة الدفاع المشروع، على أنه حق أو واجب أو رخصة وسنقوم بشرح كل الآراء فيما يلي:

1- أحسن بوسقيعة المرجع السابق، ص 128- 129.

2- أحسن بوسقيعة، المرجع نفسه، ص 130- 131.

1-**الدفاع المشروع حق:** فيرى جانب من الفقه أن الدفاع المشروع هو حق مقرر لكافة الناس قانونا، فهو بإعتباره من الحقوق العامة يجوز لأي شخص إستعماله لدفع الإعتداء الذي يهدده أو يهدد غيره، وكذلك يتعين على الناس إحترامه وعدم الإعتراض على من يستعمله، حتى الشخص الذي قام في مواجهة الدفاع المشروع.

2-**الدفاع الشرعي واجب:** ويرى "إهرنج" أن الدفاع المشروع ليس حقا فقط، وإنما كذلك واجب وهو واجب إجتماعي، تفرضه حماية الحقوق ذات الأهمية الإجتماعية، حيث أن المدافع عندما يدافع على الحق المعتدى عليه هو يساعد السلطة العامة التي تمثل المجتمع في الدفاع عن الخطر الذي يمس بمصلحة إجتماعية.

3-**الدفاع الشرعي رخصة:** حيث ينكر هذا الرأي بإعتباره حقا لعدم مكافأته أو مقابلته بإلتزام في ذمة شخص معين، وذلك بإنكار إعتباره واجبا لأنه لا يرتب على مخالفته أي جزاء، وإنما هو مجرد رخصة من طرف القانون لمواجهة العدوان[1].

4-**الرأي الراجح:** إن طبيعة الدفاع المشروع تختلف حسب الجريمة والوقائع، فقد يكون حقا إذا مس العدوان حقا خالصا للفرد، وإذا كان الدفاع مارسه غير صاحب الحق كالغير مثلا فإنه رخصة لحماية حقوق الآخرين ويكون واجبا إذا فرض القانون على المعتدى عليه الدفاع على حقه مثل رجل الأمن الذي يعتبر ملزم بحماية حقوق الآخرين، ويمكن له التمسك بالدفاع المشروع.

وتجدر بنا الإشارة إلى أن الدفاع المشروع هو حق مطلق يستفيد منه كل من ساهم في رد الإعتداء سواء بصفته فاعل أو شريك، وذلك سبب عام للإباحة، وهو يبيح القيام بكل الجرائم كالجرح والضرب وحتى القتل وهذا وفقا لجسامة الإعتداء[2].

1- عادل قورة، المرجع السابق، ص 84.

2- عادل قورة، المرجع نفسه، ص 85.

**الفرع الثاني: شروط الدفاع المشروع**

يتطلب الدفاع المشروع سلوكا من جانب المعتدي (الإعتداء) وسلوك من جانب المدافع (رد الإعتداء) ويكون الفاعل في حدود الدفاع إذا توافرت شروط معينة في الإعتداء وشروط أخرى في الدفاع، ويرجع لقضاة الموضوع تقدير تحقيق هذه الشروط، وذلك تحت رقابة المحكمة العليا، ومن ثم يتعين إثارة الدفع بتوافر شروط الدفاع المشروع أمام قضاة الموضوع ولا يجوز إثارتها لأول مرة أمام المحكمة العليا، وسنتناول هذه الشروط فيما يلي:

**أولاً: شروط الإعتداء:** يجب أن يكون حالا وغير مشروع.

**1- يجب أن يكون الإعتداء حالاً:** وقد عبرت عنه المادة 39-2 ق ع بـ"الضرورة الحالة" ويتحقق ذلك إذا وقع الإعتداء أو كان في طريقه إلى الوقوع أو وشيك الوقوع، فلا بد إذن من وجود خطر حال، ويتعين أن يكون هذا الخطر حقيقة ملموسة وليس من صنع الخيال للفاعل، غير أنه قضي في فرنسا بأنه ليس من الضروري أن يكون المعتدى عليه الذي دفع الإعتداء في خطر الموت. ويرجع للقاضي في تقدير الطابع الحال للدفاع، فإذا لم يكن الخطر حال وإذا كان مستقبلا أو كان قد زال، فلا يعد في مثل هاتين الحالتين من يوجه إليه الخطر في حالة دفاع مشروع وإنما يكون الدفاع في الحالة الأولى وقائيا وفي الحالة الثانية إنتقاما.

ويكتفي القانون، كما سبق ذكره بحلول الخطر ولا يشترط أن يكون المعتدي قد بدأ في إيقاع الضرر أي أصاب الحق بالفعل، وإلا ضاعت الفائدة من تقرير الدفاع المشروع، ويكفي لذلك أن يكون الضرر وشيك الحلول، كما يستفاد من قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ: 1957/02/14 الذي أخذ بالدفاع المشروع لصالح الوالد الذي أطلق النار على شخص فأرداه قتيلا بعدما شاهده و هو يهدد إبنه بسلاح ناري، وقد تبين بعد ذلك أنه لم يكن يقصد إيذاء الولد و إنما كان يمزح معه فقط. ويثير هذا القرار مسألة توهم الإعتداء، بوجه عام، ويقصد به أن تحيط بالشخص ظروف وملابسات تجعله يعتقد بأن ثمة إعتداء يقع عليه أو على غيره، فيبادر فورا باستخدام القوة اللازمة لدفعه ثم يتضح أن إعتقاده لم يكن إلا وهما.

والسائد في الفقه والقضاء المصريين أن توهم الإعتداء كالإعتداء الحقيقي، غير أن هذا الرأي منتقد على أساس أن أسباب الإباحة عامة، بما فيها الدفاع المشروع، ذات طبيعة موضوعية لا شخصية، بمعنى أن وجودها قانونا يرتبط بوجودها في الواقع فإذا تخلف الثاني تخلف الأول، وينبني على ذلك أن توهم الإعتداء لا يعدل قيامه[1].

ويعيب أصحاب الرأي المخالف على نظرائهم الخلط بين السبب المبيح والغلط فيه وهما أمران مختلفان تماما، أما الأول فيحدث أثره في مجال الركن المادي؛ إذ يبيح الفعل من كل الوجوه وأما الثاني فيحدث أثره في مجال الركن المعنوي؛ إذ ينفي القصد الجنائي وحده وقد ينفي القصد والخطأ معا، ولكنه لا يبيح الفعل على أي حال.

وفي صورة ما إذا بدأ المعتدي في إحداث الضرر، فالمعتدى عليه من باب أولى أن يمنع المعتدي من الإستمرار في الإعتداء.

**2-يجب أن يكون الإعتداء غير مشروع:** يجب أن لا يستند الإعتداء إلى الحق أو أمر أو إذن من القانون، أما إذا وقع الإعتداء بأمر من القانون أو بإذن منه أو كان طبقا للقانون ففي مثل هذه الحالات يكون الإعتداء عادلاً ويفقد الدفاع شرعيته. فالشخص الذي أصدرت في حقه السلطة القضائية أمرا بقبضه ويقاوم تنفيذ هذا الأمر لا يكون في حالة دفاع مشروع، وكذلك الحال بالنسبة لمن يقاوم الضبط الذي يقوم به مواطن طبقا لأحكام المادة "61 من ق إ ج " التي تخول كل شخص في حالات التلبس بجناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس ضبط الفاعل وإقتياده إلى أقرب ضابط شرطة قضائية[2]، وتتعقد المسألة عندما يتم القبض بصفة غير شرعية، كأن يقبض على شخص بدون أمر قضائي أو أن يتعرض المقبوض عليه بأمر قضائي إلى الضرب المبرح من طرف أعوان السلطة أثناء القبض عليه ويثور التساؤل حينئذ حول ما إذا كانت مقاومة المقبوض عليه دفاعا مشروعا أم لا؟

1- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 131- 132.

2- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 132.

إختلف الفقه والقضاء في بداية الأمر وإنتهى القضاء الفرنسي في قرارين، الأول صدر في 05-01-1821 في قضية "برنار"، والثاني في 15-09-1865 في قضية "أنطوليوني" إلى إعتبار المقاومة غير شرعية ومن ثم خلص إلى إنعدام الدفاع المشروع بدعوى وجوب الإنصياع دائما لأعمال السلطة، غير أن هذا لا يمنع المعتدى عليه من متابعة أعوان السلطة من أجل الإعتداء عليه، ويثور التساؤل أيضا حول ما إذا كان الإعتداء الصادر عن عديمي المسؤولية، كالمجنون مثلا والطفل غير المميز مشروعا؟ أجاب الفقهاء سطيفاني ولوفاسور وبولوك على هذا التساؤل بقولهم: "إذا كان هذا الإعتداء مشروعا من الناحية الذاتية بسبب عدم مسؤولية مرتكبه فإنه غير مشروع من الناحية الموضوعية، ذلك أن أسباب إنعدام المسؤولية الذاتية لا تمحو الطابع الإجرامي عن الفعل المرتكب من طرف المعتدي" وخلصوا إلى القول بأن "الإعتداء الذي يقوم به المجنون أو الطفل يمكن أن يكون محل رد مشروع، وهو رأي نؤيده ونضيف إليه أنه ليس باستطاعة المعتدى عليه التكهن بان المعتدي عديم المسؤولية ما لم يكن ذلك ظاهرا[1].

ونجد المشرع الجزائري قد أباح الدفاع المشروع عن النفس، أو عن الغير، أو عن مال مملوك للشخص، أو الغير "المادة 39 ق.ع"، دون أن يستلزم صلة خاصة بين المدافع والمعتدى عليه، ويقع خطر الإعتداء غالبا بنشاط إيجابي، غير أنه في بعض الأحيان قد يتحقق الخطر بإمتناع عن عمل، فإمتناع الأم عن إرضاع طفلها لقتله، فهو خطر يبيح الدفاع المشروع متى توافرت باقي شروطه سواء بإرغام الأم على إرضاع طفلها أو بإتخاذ أي وسيلة ملائمة أخرى لإنقاذه.

ولكي يكون الخطر بإعتداء غير مشروع، بمعنى أن يهدد الإعتداء على حق يحميه القانون[2]، ولا يلزم لوصف الإعتداء بأنه غير مشروع، أن يكون جريمة متكاملة الأركان، فقد يقع الإعتداء غير المشروع بمجرد الشروع، أو الأعمال التحضيرية بالرغم من أن القانون لا يجرم

1- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 133.

2- إبراهيم الشياسي، المرجع السابق، ص 171.

العمل التحضيري، وكذلك لا يجرم الشروع في جميع المخالفات ومعظم الجنح، فهذا العمل وإن لم يكن جريمة ينطبق عليها أحد النصوص في التجريم[1]، إلا أنه يعد خطرا بإعتداء لما قد يترتب عليه لو ترك دون دفاع من إصابة الحق الذي يحميه القانون الجنائي ونتيجة هذا:

1- لا يقوم الدفاع المشروع إذا لم يوجد إعتداء قط، متى كان العمل ليس من شأنه المساس بأي حق محمي بالقانون، كما لو تقدم الموظف المختص لتوقيع حجز على منقولات شخص فلا يعد هذا العمل إعتداء يبيح للمحجوز عليه أن يقاومه بالقوة بدعوى الدفاع المشروع.

2- لا يقوم الدفاع المشروع إذا كان العمل مباحا: إذا توافرت في الخطر صفة الإباحة، فلا يجوز الإحتجاج بالدفاع المشروع، حيث أن ما يحميه القانون لا يعتبر عدوانا كما أسلفنا أنفا.

3- قيام الدفاع المشروع ولو كان سبب الإعتداء إستفزاز المدافع: إن حق المدافع في الدفاع المشروع لا تنتفي إذا كان قد تسبب بإفتزازه في صدور الإعتداء عليه فإنه يحق لشريك الزوجة الزانية إستعمال القوة اللازمة لسد عدوان الزوج الذي يهم بقتله حال تلبسه بالزنا، لأن هذا الفعل يعد جريمة ولا يسقط حقه في الدفاع، وإن فعله هو الذي إستفز فعل الزوج.

4- قيام الدفاع المشروع ولو كان المعتدي غير خاضع لقانون الدولة: والغرض هو صدور إعتداء من شخص لا يخضع لقانون عقوبات الدولة المقيم على ترابها بالشخص المتمتع بالحصانة الدبلوماسية، وإذا كانت القاعدة أن سلوك هؤلاء الأشخاص يخرج عن نطاق تطبيق قانون العقوبات، فإنه مع ذلك يظل محتفظا بالصفة غير الشرعية ومن ثم فإنه يحق الدفاع المشروع ضده، إذ ليس هناك تلازم بين خطر تقديم هؤلاء الأشخاص للمحاكمة وامتناع الدفاع المشروع ضدهم (لأن الخطر الأول لا يقتضي الثاني بحكم القانون، وإنما لكل حكم علته ومناطه، ومناط الدفاع المشروع هو العدوان) [2].

**ثانيًا: شروط الرد على الإعتداء:**

---

1- عوض محمد عوض، **قانون العقوبات، القسم العام**، دار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000، ص 88.

2- عوض محمد عوض، المرجع نفسه، ص 88- 89.

يلزم في فعل الدفاع توافر شرطين وهما: يجب أن يكون لازما لدفع الإعتداء ومتناسبا مع الإعتداء، كما حرصت على بيانه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2003/09/23، وسنتطرق إلى هذين الشرطين فيما يلي:

**1- لزوم رد الإعتداء:**

يثور التساؤل حول المقصود بلزوم رد الإعتداء، فهل يقصد به ألا يكون أمام المعتدى عليه لتجنب الخطر إلا إرتكاب الجريمة، بمعنى أن إرتكاب الجريمة هي الوسيلة الوحيدة لدفع الإعتداء، على أساس أن حالة الضرورة المطلقة هي وحدها التي تبرر الفعل؟، أم أن الدفاع يكون لازما أيضا حتى وإن كان للمعتدى عليه وسيلة أخرى غير إرتكاب الجريمة لصد الإعتداء[1]، بمعنى أن الرد على الإعتداء غير مقيد بعدم القدرة على تفادي الخطر بطريقة أخرى غير إرتكاب الجريمة، على أساس أن الدفاع المشروع يرتكز على حق؛ بل وعلى القيام بواجب؟.

يرى البعض أن رد الإعتداء لا يكون لازما إلا إذا استحال رده أو تعذر بغير إرتكاب الجريمة، أما إذا أمكن رده بفعل لا يعد جريمة فإن هذا البديل يحول دون حق الدفاع، وقد أورد قانون العقوبات المصري تطبيقا لهذا المبدأ فنصت المادة 247 منه على أنه ليس لحق الدفاع المشروع وجود متى كان من الممكن الركون في الوقت المناسب إلى الاحتماء برجال السلطة العمومية.

وإن كان يتعذر علينا تحديد موقف المحكمة العليا من الموضوع، فإننا لمسنا في قرارها سالف الذكر توجها نحو الأخذ بالرأي السابق، حيث قضت بأن الدفاع المشروع يقتضي على وجه الخصوص "الضرورة الحالة للدفاع"، وهو ما يتطلب تبرير عدم وجود طريقة أخرى أو وسيلة أخرى لتفادي الإعتداء واللجوء إلى رد الإعتداء".

ولكن بوجه عام، نحن نرى أن الرد على الإعتداء لا يقتضي بالضرورة عن القدرة على تفادي الخطر بطريقة أخرى غير إرتكاب الجريمة، فلا يمكن أن نطالب الإنسان بالهرب مثلا عند

1- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 134.

تخوف الإعتداء عليه، لأن الهرب شين ويحط من قدر الإنسان، ومع ذلك فمتى كان في وسع المعتدى عليه تجنب الإعتداء باللجوء إلى السلطة العامة، لاسيما إذا ما تعلق الأمر بالإعتداء الحاصل على الممتلكات أو بالاستغاثة أو الهرب في غير الأحوال التي يوصف فيها الشخص بالجبن ولا يلحقه من الهرب معرة، فإن رد الإعتداء غير لازم، كما لو كان المعتدي والد المعتدى عليه أو طفلا صغيرا أو مجنونا أو عاجزا.

ومع التسليم بضرورة الجريمة للدفاع فإنها لا تباح إلا بالقدر اللازم للمحافظة على الحق ولكن الصعوبة في تحديد القدر المناسب، وهكذا فمن الصعب على سبيل المثال قبول ضرورة الدفاع المشروع عندما يتعلق الأمر بجروح خطيرة تسبب فيها شخص بالغ على طفل إعتدى عليه وتصبح المسألة أكثر تعقيدا عندما يتعلق الأمر بالدفاع عن الأملاك[1]، وفي هذا الصدد يشدد القضاء الفرنسي على أن يكون الدفاع "ضروريا جدا لبلوغ الهدف المراد".

**2-رد متناسب مع الإعتداء:**

يجب أن يكون رد الإعتداء متناسبا مع جسامة الإعتداء، حيث يتعين أن لا يكون الأذى الذي أصاب المعتدي بدون تناسب مع الأذى الذي كان المدافع عرضة له وأراد تجنبه وجسامة الإعتداء مسألة وقائع يفصل فيها القضاء بالنظر إلى الخطر الذي كان يهدد "المدافع" فعلى سبيل المثال لا يكون في حالة دفاع مشروع الشخص الذي يتلقى لطمة فيقابلها بقتل المعتدي. ولكن لا يشترط أن يكون الأذى الذي أصاب "المدافع" أخطر مما قد ينجر عن دفعه، فالمرأة التي تقتل من حاول هتك عرضها تكون في حالة دفاع مشروع.

وفي كل الأحوال يرجع للقضاة تقدير بكل سيادة مدى الإلتزام بالتناسب الضروري، وهو مطالب بتقدير هذا التناسب بصرامة أكبر عندما يتعلق الأمر بالإعتداء على الأملاك ذلك أن الدفاع عن الملكية مهما كانت مشروعيته، لا يبرر بأي حال من الأحوال التضحية بحياة إنسان أو إصابته بجروح خطيرة لا يرجي شفاؤها وهذا ما كرسه المشرع الفرنسي في قانون العقوبات

1- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 134- 135.

الجديد في المادة 122 – 5 الفقرة 2 التي نصت على أن "الدفاع عن الأملاك لا يبرر القتل العمد".

وفي الجزائر، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2003/09/23 السالف الذكر، بعدم توفر شرط التناسب في قضية تتلخص وقائعها في إطلاق نار من قبل شخص على آخر بدعوى أن هذا الأخير تهجم عليه وضربه بكماشة. وفي حالة ما إذا كان الدفاع غير متناسب مع الإعتداء تكون في وضعية تجاوز الدفاع المشروع، ومن ثم يستبعد الدفاع المشروع، غير أن هذا لا يمنع مرتكب الأعمال الإجرامية من التحجج بالإكراه المعنوي للإفلات من العقاب أو التمسك بعذر للإستفادة من تخفيف العقوبة[1].

وعليه فلتحديد التناسب بين فعل الدفاع والعدوان يجب إعتماد فكرة الرجل المعتاد بحيث يعد فعل الدفاع متناسبا مع جسامة العدوان إذا انطوى على إستخدام قدر من العنف لا يتجاوز القدر الذي كان يستخدمه الشخص العادي.

**الفرع الثالث: إثبات الفعل المشروع وآثاره**

إن مسألة الإثبات هي مسألة لها أهمية كبيرة وخاصة في إثبات مسألة الدفاع المشروع وما ينتج عنه من أثار، وهذا ما سنتناول في هذا الفرع فيما يلي:

**أولاً: إثبات الدفاع المشروع.**

**1- مسألة الإثبات بوجه عام:**

يثور التساؤل حول من يقع عليه عبء إثبات أن الإعتداء كان حالاً وغير مشروع من جهة، وأن الدفاع كان ضروريا ومتناسبا من جهة أخرى، فهل يقع ذلك على سلطة المتابعة (النيابة العامة) أم على المتهم؟.

1- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 135- 136.

الأصل وإنطلاقا من قرينة البراءة، أن على النيابة العامة إثبات أن الشروط المطلوبة قانونا متوفرة، غير أن القضاء الفرنسي ذهب مذهبا مغايرا، حيث قضى في عدة مناسبات أن على المتهم إثبات توافر الشروط القانونية للدفاع المشروع سواء فيما يتعلق بعمل الإعتداء أو بعمل رد الإعتداء ويستند القضاء في حكمه على الطابع الإستثنائي الذي يكتسبه تبرير الجريمة بالدفاع المشروع وإلى حكم القانون الذي تضمن حالات خاصة يكون فيها الدفاع بقرينة حيث يعفى فيها المتهم من تقديم دليل توافر الدفاع المشروع.

**2- قرينة الدفاع المشروع:**

طبقا للمادة 40 من قانون العقوبات يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع المشروع:

أ- القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع إعتداء على حياة الشخص، أو سلامة جسمه أو لمنع تسلق الحواجز، أو الحيطان، أو مداخل المنازل، أو الأماكن المسكونة، أو توابعها أو كسر شيء منها أثناء الليل.

ب- الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة.

وتبعا لذلك يستفيد "المدافع" من قرينة الدفاع المشروع في ثلاث حالات وهي:

- دفع إعتداء واقع على حياة شخص أو سلامة جسمه.
- منع تسلق الحواجز، أو الحيطان، أو مداخل المنازل، أو الأماكن المسكونة، أو توابعها، أو كسر شيء منها أثناء الليل.
- الدفاع عن النفس، أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات، أو النهب بالقوة[1].
- ويثور التساؤل حول ما إذا كانت هذه القرينة مطلقة لا تقبل إثبات العكس، أو أنها نسبية بحيث يكون للنيابة العامة والطرف المدني إبعاد الفعل المبرر بتقديم البينة على أن مرتكب القتل أو الجرح لمنع تسلق الحواجز أو كسرها يعلم بأن حياته وأملاكه لم تكن مهددة؟.

1- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 136- 137.

أخذ القضاء الفرنسي بادئ الأمر بالطابع المطلق لقرينة الدفاع المشروع، غير أنه منذ صدور قرار محكمة النقض المؤرخ في 1959/02/19 في قضية "ريميناك" أصبح القضاء الفرنسي يميل إلى الأخذ بالطابع البسيط لقرينة الدفاع المشروع.

وإن كنا لم نعثر في المنشور من القضاء الجزائري على قرارات في هذا الشأن، فإننا نميل إلى القول مع القضاء الفرنسي بنسبية قرينة الدفاع المشروع التي جاءت في المادة 40ق.ع.

**ثانيًا: آثار الدفاع المشروع.**

إذا ثبت قيام الدفاع المشروع يزول عن عمل الفاعل أي طابع إجرامي، ومن ثم تسلط عليه أية عقوبة، فإذا كان الملف على مستوى النيابة العامة يتعين عليها حفظه، وإذا كان على مستوى التحقيق تعين على قاضي التحقيق إصدار أمر بانتفاء وجه الدعوى، وإذا كان على مستوى جهة الحكم تعين عليها إصدار حكم بالبراءة.

وعلاوة على ذلك لا تطبق على الفاعل تدابير الأمن لأن المعني ليس في حالة خطورة، كما أنه لا يسأل مدنيا ولا يجوز للمجني عليه أن يقيم ضده دعوى مدنية للمطالبة بالتعويض بأي عنوان كان[1].

إن القانون مكتوب وليس معمول، أي أن قانون العقوبات الجزائري حصر أسباب الإباحة في سببين بنص المادة 39 ق.ع، وهما الفعل الذي يأمر أو يأذن به القانون وحالة الدفاع المشروع، وقد بينا كل منهما على حدى إلا أن تطبيقهما عمليا غير واسع الإنتشار، وخاصة حالة الدفاع المشروع ، وبالتالي فإن النص على هاته الحالة كسبب من أسباب الإباحة الذي يقرره القانون لصالح الحق المعتدى عليه، نجد تطبيقه في الميدان العملي وخاصة مع بحثنا لمحاولة إيجاد أحكام وقرارات في هذا الشأن من أجل الإستعانة بها لإجراء هذا البحث المتواضع بطريقة أخرى وهي جعل هذا البحث تطبيقي أكثر منه نظري، وذلك كما أسلفنا أنفا، إلا أننا بالرغم من بحثنا ومحاولتنا إيجاد أحكام وقرارات على مستوى المحاكم والمجالس القضائية، وكذا قرارات

1- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 138-139.

المحكمة العليا القليلة جدا في هذا الشأن المنشورة وغير المنشورة، ولم نجد في هذا الشأن أي أحكام أو قرارات صادرة عن الجهات القضائية توحي بإقرار حالات الإباحة خاصة الدفاع المشروع لمن تقرر له هذا الحق قانونا، ومثال ذلك شخص يدافع عن نفسه أو عن ماله فيقتل، فعند تقديمه أمام القضاء فالغالب تتم إدانته بالجرم المنسوب إليه، متجاهلين حالة الدفاع المشروع الذي قرره القانون له ،وهذا السبب في نظرنا هو الذي يمكن من خلاله إستخلاص عدم وجود أحكام وقرارات عن أسباب الإباحة وخاصة حالة الدفاع المشروع، وكذلك عدم توسع القضاة في تقدير هذه الحالات بالرغم من السلطة التقديرية الممنوحة لهم قانونا.

وإذا كان التشريع الجزائري لا يعرف من أسباب الإباحة إلا الأفعال التي سبق لنا التعرض لها، فإن القانون المقارن يعرف سببين آخرين للإباحة وهما: حالة الضرورة ورضا المجني عليه، وهذا ما سنحاول التطرق له بشيء من التفصيل في الفصل الثاني.

# الفصل الثاني

# حالة الضرورة ورضا المجني عليه

يري الكثير من الفقهاء أن حالة الضـرورة ورضـاء المجني علية يشكلان سببًا من أسباب الإباحة كونهما يشتركان في الأركان المطلوبة في رفعة الصفة الجرمية من الفعل المعاقب عليه وذلك لوجود ملابسات تعطل الركن الشرعي من التطبيق يعفى الجاني من حلالها من العقاب

في ظل التشـريع الجزائري الحالي، فإن موقع حالة الضـرورة لو أخذ بها المشـرع، تكون ضـمن أسـباب الإباحة لكونها سـببا موضـوعيا يمحو الجريمة وليس سـببًا ذاتيًا لعدم المسـاءلة الجزائية، وقد إعتبرها كذلك المشـــروع التمهيدي لقانون العقوبات لســـنة 1997 الذي لم يرى النور[1]، والأمر نفســه الدي يقال عن رضـــاء المجني عليه هذا الذي يعطل تجريم الافعال التي يقوم بها.

لذلك ارتأينا في هذا الفصل دراسة حالة الضرورة ورضا المجني عليه، في مبحثين بشيء من التفصيل فيما يلي:

- المبحث الأول: حالة الضرورة.
- المبحث الثاني: رضا المجني عليه.

1- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 139.

## المبحث الأول: حالة الضرورة

### المطلب الأول: تعريف حالة الضرورة وموضعها في القانون الجزائري

من خلال هذا المطلب نتطرق لتعريف حالة الضـــرورة (الفرع الأول)، ثم موضـــعها في القانون الجزائري (الفرع الثاني).

**الفرع الأول : تعريف حالة الضرورة**

هي أن تحيط بالشـخص ظروف يجد معها نفسـه أو غيره مهدد بخطر جسـيم على وشـك الوقوع فلا يرى طريقا للخلاص منه، إلا بإرتكاب الفعل المكون للجريمة، والغالب لا تقوم حالة الضرورة نتيجة عمل الإنسان وإنما تكون وليدة قوى طبيعة.

ومثال ذلك أن تغرق سـفينة فيتعلق شـخصـان بقطعة خشـب لا تتسـع لهما سـويا، فيدفع أحدهما الآخر لينجو بنفســه ويغرق الآخر، وقد يهدد الخطر الشــخص أو غيره كالطبيب الذي يضطر إلى إجهاض الجنين لإنقاذ الأم، ومن يتلف باب المنزل لإنقاذ حياة من تحاصرهم النار.

**الفرع الثاني: حالة الضرورة في القانون الجزائري**

لم يرد في القانون الجزائري نص خاص بحالة الضـــرورة، وإنما نصـــت المادة 48 ق.ع على أنه "لا عقوبة على من إضـطرته إلى إرتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها"، وعبارة النص تنصـرف أسـاسـا إلى الإكراه المادي، ولكن الفقه والقضـاء الفرنسـي قد توسـع في تفسـير النص المقابل في التشـريع الفرنسـي وهو مصـدر النص الجزائري، بحيث أدخلا في نطاق الإكراه وحالة الضرورة واستمد منه شروطهما.

### المطلب الثاني: أساس الإباحة في حالة الضرورة وشروطها

نتطرق في هذا المطلب إلى أسـاس الإباحة في حالة الضـرورة (الفرع الأول)، ثم شـروطها (الفرع الثاني).

**الفرع الأول: أساس الإباحة في حالة الضرورة**

نرى أن حالة الضـرورة سـبب من أسـباب الإباحة تقوم " كما في الدفاع المشـروع" على أسـاس الموازنة بين حقين، وتضـحية أحدهما في سـبيل صـيانة حق آخر يعلو عليه أو يتسـاوى معه في القيمة[1]، فالطبيب يجري عملية جراحية لإنقاذ حياة مريض في حالة تسـمح له بالموافقة على إجرائها، أو الذي يجهض لإنقاذ حياة الأم، إنما كان لديه حرية الإختيار، لكن القانون بعملية موازنة بين المصـالح ضـحى بالجنين لصـيانة مصـلحة أخرى وهي حياة الأم، وضـحى بالإعتداء على سـلامة جسـم المريض، أما في حالة ما إذا كان مصـدر حالة الضـرورة هي ظروف طبيعة تهدر حياة الشخص ذاته، كمن يدفع شخص آخر فيغرقه لينجو بنفسه و لعله في هذه الحالة قدر الطبيعة البشـرية وغريزة حب البقاء لدى الإنسـان، فوضـع موازنة القاعدة التي تضحي بأحد الحقين المتساويين في القيمة وهو حق الحياة بالنسبة لأحدهما في سبيل إنقاذ حياة الآخر. ويذهب رأي إلى القول بأن حالة الضـرورة مانع من موانع المسـؤولية وليسـت سـببا للإباحة، ذلك أنه سـتنفي حرية الإختيار لدى الشـخص الذي تحيط به ظروف لا قبل له بردها لإرتكاب الجريمة ومتى إنتفت حرية الإختيار لدى الفاعل إنهار الركن المعنوي في الجريمة، ومن ثم تمتنع مسؤولية الفاعل، ويعيب هذا الرأي في نظرنا:

1-أنه لا يمكن القول بأن الشـخص الذي يرتكب الفعل المجرم لإنقاذ حياة آخر قد إنعدم لديه كلية حرية الإختيار فمرتكب الفعل يتمتع بالقدر اللازم من حرية الإختيار.

2-أنه في الدفاع المشروع قد يتعرض المدافع لخطر جسيم صادر من المعتدي ولم يقل أحد أن ذلك يؤثر في إختيار المدافع ويخرج الدفاع المشـروع من حالات الإباحة إلى موانع المسـؤولية، فالإجماع منعقد على أن الدفاع المشـروع حالة من حالات الإباحة ولا يتغير

1- فريد ناشف، محاضرات في القانون الجنائي النظرية العامة للجريمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 02 لونيسي علي، 2022/2021، ص52.

الأمر إذا كان مصـــدر الخطر ظروف طبيعية ما دام المشـــرع يقيم حالة الضـــرورة على أساس الموازنة بين المصالح.

وأخيرا نجد في التشـريع الجزائري حجة حاسـمة على إعتبار حالة الضـرورة سـبب لإباحة الجريمة، وليس مجرد مانع من المســـؤولية، فقد نصـــت المادة 182 فقرة 02 من ق.ع على معاقبة" كل من إمتنع عمدا على تقديم مسـاعدة شـخص في حالة خطر كان بإمكانه تقديمها له بعمل مباشـر منه أو طلب الإغاثة له وذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو الغير"، فمن لا يتلف باب منزل لإنقاذ حياة من تحاصـــرهم النار في الداخل يتعرض للعقاب بمقتضـــى المادة المشـــار إليها مادام ذلك ليس فيه خطورة عليه أو على الغير، فلا جريمة الإتلاف في حق من قام بكسـر الباب لأنه في هذه الحالة ينفذ القانون، وهي تعد صـورة من صـور حالة الضـرورة لإنقاذ حياة آخر، و بالتالي يمكن القول بأن المشـــرع الجزائري يتجه إلى إعتبار حالة الضـــرورة سبب للإباحة بصفة عامة، و ذلك حتى تتسق أحكامه فلا تقتصر صورة منهم دون أخرى على إعتبارهم سبب لإباحة الجريمة[1].

**الفرع الثاني: شروط حالة الضرورة**

يخضـــع الفقه والقضـــاء الذي أخذ بحالة الضـــرورة ســـببًا للإباحة، أو مانعا من موانع المسؤولية لشروط مقيدة، وهذه الشروط نجدها مكرسة في التشريعات التي أقرت حالة الضرورة كالقانون المصري والقانون الفرنسي.

**أولاً: الشروط المتعلقة بالخطر:**

ملثما هو الحال في الدفاع المشـروع يشـترط لعدم العقاب على الجريمة في حالة الضـرورة أن يجد الشـخص نفسـه أمام خطر حال، أو على وشك الوقوع يهدده في شـخصـه، أو في ماله أو يهدد شخص غيره، وإذا كان القانون الفرنسي لا يشترط أن يكون الخطر جسيما، فإن المشرع المصري يشترط ذلك، كما تشترط ذلك المادة 308 ق.ع جزائري بالنسبة للإجهاض.

1- فريد ناشف، المرجع السابق، ص54.

ويبرر الفقهاء المصريون إشتراط جسامة الخطر في حالة الضرورة، على عكس أن الدفاع المشروع الذي لا يشترط فيه أن يكون الإعتداء جسيما، بأن جريمة الضرورة تقع على بريء بينما الدفاع على معتدي، ومن ثم فإذا كان الأذى الذي ينجم عن الخطر ضئيلا فإنه لا يجيز الإعفاء من المسؤولية، وجسامة الخطر تقدرها محكمة الموضوع، وفقا لمعيار مجرد هو معيار الشخص المتوسط الذي يوجد في ظروف المتهم، فإذا كانت هذه الظروف تلجئه إلى إرتكاب الفعل المكون للجريمة صح تطبيق المادة 61 عليه، هذا ما إستقر عليه القضاء المصري، حيث حكم بأنه لا يعفى من المسؤولية من كان صغير السن و إشترك في جريمة إحراز مواد مخدرة مع متهم آخر من أهله هو مقيم معه و محتاج إليه، لأنه ليس في صغر سنه وإقامته مع المتهم الآخر وحاجته إليه ما يجعل حياته في خطر جسيم لو لم يشترك مع هذا المتهم في إحراز المواد المخدرة[1].

وحكم بأنه لا يجوز للمتهم القاصر أن يعتذر عن جريمة إرتكبها بأنه مكروه على إرتكابه بأمر والده، وبأن العلاقة الزوجية في ذاتها لا تصلح سندا للقول بقيام حالة الضرورة الملجئة لإرتكاب الجرائم أو خرق محارم القانون.

ويستوي أن يكون الخطر يهدد الشخص في نفسه أوفي ماله، أما إذا كان الأمر يتعلق بالغير فلا يؤخذ إلا بالخطر الذي يهدده في شخصه دون ماله.

وتستبعد بعض التشريعات حالة الضرورة إذا كان الخطر الذي يهدد الشخص ناتج عن خطئه وهذا ما فعله قانون العقوبات السويسري.

كما اشترط التشريع المصري، أن لا يكون لإرادة الفاعل دخل في حلول الخطر المحدق به، فلا يعفى من المساءلة الجزائية من يضع النار عمدا في مكان إذا ما أحاطت النيران به وأضطر إلى قتل شخص، أو جرحه وهو يحاول النجاة، ولا الفتاة التي تعمل سفاحا إذا أجهضت

1- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص141- 142.

نفسها أو قتلت طفلها خشية العار، والحكمة في ذلك واضحة، فلا مفاجأة ولا عذر لمن تسبب بنفسه في إحداث الخطر.

وينبني على ذلك أنه إذا كان الخطر قد نشأ عن إهمال الجاني وعدم إحتياطه فلا يمنع ذلك من أن يدرأ المسؤولية عن الجريمة التي يرتكبها دفعا لهذا الخطر.

**ثانيًا: الشروط المتعلقة بالعمل المرتكب:**

يجب أن يكون العمل المنجز في مواجهة الخطر الحال ضروريا للحفاظ على سلامة الشخص أو المال.

يرجع للقضاء تقدير الضرورة، وقد أبدى في ذلك القضاء الفرنسي تشددًا ملحوظًا، حيث ذهب في مجمل أحكامه إلى إشتراط ألا تكون هناك وسيلة أخرى للحفاظ على الشخص أو المال إلا إرتكاب الجريمة.

كما يشترط أيضا تناسب الوسائل المستعملة مع جسامة الخطر، وفي هذا الصدد يشترط البعض أن تكون المصلحة المضحى بها أقل عن المصلحة المحمية في القيمة (حياة امرأة وطفل أفضل من ملكية خبزة واحدة)[1].

وفي حالة ما إذا كانت المصالح المتنازع عليها متساوية في القيمة "قتل الغير للبقاء على قيد الحياة" يرفض البعض إعتبار العمل المرتكب ضمن حالة الضرورة، مفضلين تأسيس عدم العقاب على الإكراه المعنوي.

أما إذا كانت المصلحة المضحى بها تعلو على المصلحة المحمية في القيمة "القتل من أجل الحفاظ على المال". ففي هذا الفرض لا يمكن لحالة الضرورة تبرير الجريمة، لما يترتب عنها من ضرر لمصلحة المجتمع بل لا يمكن تبرير الجريمة حتى بحالة الدفاع المشروع.

1- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص142- 143.

وهكذا فإن الخطر الذي يهدد النفس يجوز دفعه بجريمة من جرائم المال، كما يجوز دفعه أيضًـــا بجريمة من الجرائم على النفس، ولكن لا يجوز الإلتجاء لواحدة من هذه الأخيرة متى تسـير الإفلات من الخطر بواحدة من الأولى، فإذا أوشـكت سـفينة على الغرق يلقى ما بها من البضـائع أولاً، وإذا كان يسـهل تطبيق ذلك في جرائم الأموال، فإن الأمر ليس بهذه السـهولة في الإعتداء على النفس، و لكن يمكن القول أنه إذا دعت الضـرورة إلى تضـحية بنفس لوقاية نفس أخرى يرى البعض بأن الإعفاء واجب إذ للأنفس قيمة واحدة في نظر القانون.

## المطلب الثالث: آثار حلة الضرورة والفرق بينها وبين الدفاع المشروع

نتطرق في هذا المطلب إلى حالة الضـــرورة (الفرع الأول)، ثم الفرق بينها وبين الدفاع المشروع (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: آثار حالة الضرورة

#### أولاً: على مستوى المسؤولية الجزائية:

تتفق الأنظمة القانونية التي أخذت بحالة الضرورة على أن توافر حالة الضرورة يؤدي إلى عدم العقاب على العمل المرتكب، سواء كان ذلك على أساس إنعدام الجريمة (بالنسبة للأنظمة القانونية التي تعتبر حالة الضرورة سببا للإباحة)، أو على أساس إنعدام الخطأ (بالنسبة للأنظمة القانونية التي تعتبر حالة الضرورة مانعا للمسؤولية كالقانون الفرنسي 1992).

#### ثانيًا: على مستوى المسؤولية المدنية:

مادام العمل المرتكب من قبل من هو في حالة الضـرورة لا يشـكل خطأ فالأصـل أن لا يسأل مرتكبه مدنيا.

غير أن ضحية هذا العمل لم ترتكب أي خطأ، فهي في وضع مغاير لوضع من وقع عليه الإعتداء في حالة الدفاع المشـــروع، الأمر الذي أدى ببعض التشـــريعات التي أخذت بحالة الضرورة إلى إقرار تعويض الضحية[1]، ويكون ذلك في الغالب على أساس الإثراء بلا سبب.

ويبدو أن القضـاء الفرنسـي لم يستسـغ ذلك حيث أصـدرت محكمة النقض الفرنسـية قرارين في 1986/07/18 في قضية تتعلق بأعوان الشرطة إستعملوا أسلحتهم، قضت فيهما بأن العمل الضـروري ينفي الخطأ، غير أن القرارين المذكورين أعلاه في ظل الإجتهاد القضـائي الذي كان يعتبر حالة الضـــرورة ســـببا للإباحة، فحين من المحتمل أن تعتبر في القانون الفرنســـي حالة الضرورة مانعا من موانع المسؤولية[2].

**الفرع الثاني: الفرق بين حالة الضرورة والدفاع المشروع**

1. أن الذي ينشـئ حق الدفاع المشـروع هو إعتداء بجريمة، ففعل الدفاع يوجه ضـد معتد بخلاف جريمة الضرورة فهي ضد بريء.
2. أنه يلزم القيام حالة الضرورة أن يكون الخطر جسيما، بينما يكفي لقيام الدفاع المشروع الخطر اليسير، بشرط أن يتناسب معه فعل الدفاع.
3. أن الخطر الذي ينشـــئ حالة الضـــرورة يكون موجها ضـــد النفس، بينما يكفي القيام الدفاع المشروع الخطر الموجه ضد المال أو النفس[3].

1- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص143- 144.

2- أحسن بوسقيعة، المرجع نفسه، ص144.

3- محاضرات في قانون العقوبات.

## المبحث الثاني: رضا المجني عليه

الأصـــل أن رضـــا المجني عليه لا أثر له على المســـؤولية الجزائية وهذا إعتبارا إلى كون القانون الجزائي من النظـام العـام، ومن ثم فلا يجوز للمجني عليـه أن يعطـل تطبيقـه بـإرادتـه، وهكذا فإن رضا المجني عليه لا يؤثر في الجرائم الماسة بالحياة والصحة وسلامة الجسم كالقتل والضرب والجرح العمد.

فلا أثر لرضا المجني عليه على تجريم فعل الطبيب الذي ينهي ألم مريض ميؤوس شفاؤه، وفي هذا السـياق حرم المشـرع الجزائري، خلافا للمشـرع الفرنسـي، مسـاعدة الغير على الإنتحار (المادة 273 ق.ع).

غير أن بعض التشـريعات بدأت تتجه نحو الأخذ برضـا المجني عليه كسـبب من أسـباب الإباحة على وجه الخصـوص في حالة مسـاعدة مريض ميؤوس شـفاؤه على الموت[1]، وإذا طلب منه ذلك.

وهكذا صـادق البرلمان الهولندي في: 2000/11/18 على قانون يبيح القتل إشـفاقا، تلاه البرلمان البلجيكي في: 2002/05/16.

1- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص144- 145.

وكذلك لا أثر لرضا المجني عليه، في الجرائم ضد الأموال بل إنه يؤدي أحيانا إلى تجريم فعل المجني عليه كما هو الحال في جرائم الشيكات بالنسبة للمجني عليه الذي يقبل شيكا وهو يعلم أنه بدون رصيد (المادة 2/374 ق.ع).

إلا أن هناك استثناءات فتوجد حالات يكون فيها لرضا المجني عليه أثرا في قيام الجريمة فتارة يعدم ركنا من أركان الجريمة وتارة أخرى يشكل رضا المجني عليه مبررا ناتجا عن رخصة ضمنية من القانون والعرف.

من الجرائم ما يلزم لقيامها عدم رضا المجني عليه عن الفعل وهي الجرائم التي يكون فيها عدم رضا المجني عليه ركنا من أركان الجريمة.

فلا ترتكب جريمة إنتهاك حرمة منزل إذا كان الدخول إلى المنزل برضا صاحبه، ولا تقوم جريمة هتك العرض (الإغتصاب) ولا الفعل المخل بالحياء على من تجاوز سن السادسة عشر (16)، إذا حصل كل منهما برضا المجني عليه، ولا تقوم جريمة السرقة إذا استلم الجاني الشيء من المجني عليه بإرادته، غير أن رضا المجني عليه في هذه الجرائم وأمثالها لا يعد سببا في أسباب الإباحة[1].

إن لكل جريمة عادة مجني عليه يحميه القانون غير أنه في بعض الحالات قد يكون المجني عليه راضيا بوقوع الجريمة على حقه، فالمريض قد يوافق على أن يقتل ومن أجل ذلك قد يترجى قاتله ليتخلص من آلامه ومرضه وصاحب المال قد يرضى بأن ينتزع عنه الحيازة.

لم يتضمن التشريع الجزائري نصا يعرف رضا المجني عليه، ولا أثره في المسؤولية الجنائية، وقد استقر الفقه والقضاء على أن رضا المجني عليه يعتبر سببا من أسباب الإباحة، حيث بالرغم من عدم النص عليه ضمن أسباب الإباحة، إلا أن مبدأ الشرعية يجيز التفسير الواسع للنص الجنائي والقياس، ومن ثم يمكن إضافة رضا المجني عليه ومن ناحية أخرى نلاحظ أن المشرع نص على رضا المجني عليه في العديد من الحالات، فتارة إعتبر توافره أو

1- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص145.

عدم توافره مؤثر في قيام الجريمة، كما في حالة الإغتصـــاب (هتك العرض) الذي يقع على قاصر لذا نستخلص أن المشرع يعتد برضا المجني عليه كسب للإباحة وسنتطرق لتعريف رضا المجني عليه وشروطه وطبيعة وأثار رضا المجني عليه في ثلاث مطالب وهي:

**المطلب الأول: تعريف رضا المجني عليه**

تعددت التعاريف الفقهية لرضـا المجني عليه، وأهمها هو ما يحدد تكييفه القانوني، فيعرف الرضـا بأنه الإذن الصـادر من شـخص بإرادته الحرة الحقيقية إلى شـخص آخر للإعتداء على مصلحته أو حقه الذي يحميه القانون[1].

إن القانون الجنائي يحمي مصـالح عامة تتصـف بقيمة إجتماعية جديرة بالرعاية وذلك بغض النظر عن الضـــرر الذي يلحق بالمجني عليه من الجريمة، وبناءا على ذلك فإن القاعدة أن رضا المجني عليه لا يصلح سببا يبيح الجريمة بصفة عامة، فلا يجوز لشخص أن يضرب أو يجرح آخر ولو كان برضـائه، ذلك أن المصـلحة العامة تقتضـي المحافظة على حياة الأفراد وسـلامة أجسـامهم حتى من أفعالهم، غير أن رضـا المجني عليه المعني الحقيقي لإعتداء على الحق الذي يحميه القانون، ومعيار ذلك أن يكون لصـاحب الحق المحمي سـلطة التصـرف فيه والتنازل عنه فرضـا المجني عليه في هذه الحالة يكون من قبيل التصـرف أو التنازل عن حقه، فلا يتحقق معنى الإعتداء على حق يحميه القانون، وقد نص المشـــرع الإيطالي صـــرامة في المادة 50 على أنه لا عقاب على من يعتدي على حق الغير أو يجعله خطر إذا حصـــل ذلك برضا صاحب الحق وكان من الجائز له التصرف فيه.

ويجد رضـا المجني عليه كسـبب للإباحة تطبيقاته في جرائم الأموال، فهي التي تحمي حقوقا تقبل بطبيعتها التصـرف والتنازل، وبناء على ذلك قضـت محكمة النقض المصـرية، أن إختلاس المحجوزات أو تبذيرها يكون مباحا إذا حصـل بناء على رضـا الدائن الحاجز، والمدين المحجوز على أمواله ويكون مباحا أيضا إتلاف المنقول برضا صاحبه.

1- سليمان بارش، المرجع السابق، ص137.

## المطلب الثاني: الشروط اللازمة في رضا المجني عليه

لكي تتحقق الآثار القانونية للرضا يجب أن تتوافر الشروط التالية:

1-أن يكون الرضـــا صـــادرا من شـــخص مميز، إذا لا يمكن إعتبار إرادة المجني عليه ذات قيمة قانونية ما لم يكن مميزا ومدركا لأفعاله.

2-أن تكون إرادة المجني عليه خالية من العيوب، ومن ثم إذا كان صـــاحب الرضـــا ضـــحية غلط أو تدليس أو إكراه، فإن رضاه لا يعتد به.

3-لكي يلغي الرضـــا عن الفعل صـــفته غير المشـــروعة فإنه يجب أن يكون معاصـــر الوقت وقوع الفعل، فإذا كان سابقا على الفعل فإنه يجب أن يظل قائما لحين وقوع الفعل، أما إذا كان لاحقا، فإن تأثيره يمتد فقط إلى الإجراءات بحيث يعتبر مانعا من قيام الإجراء في الحالات المحددة قانونا.

## المطلب الثالث: طبيعة وآثار رضا المجني عليه

من خلال هذا المطلب نتناول طبيعة رضـــا المني عليه (الفرع الأول)، ثم آثار رضـــا المن عليه (الفرع الثاني)

### الفرع الأول: طبيعة رضا المجني عليه.

إن رضـــا المجني عليه ليس ســـببا عاما للإباحة، وإنما يمتد أثره إلى تلك الجرائم التي تقع إعتداء على بعض الحقوق التي يرخص المشـــرع للفرد حق التصـــرف فيها أو التنازل عنها، بحيث يكون عدم الرضا عنصر من عناصر الركن المادي للجريمة.

فجريمة الإغتصـــاب مثلا لا تتحقق إلا إذا إنعدم رضـــا المرأة وجريمة الســـرقة لا تتحقق إذا كان صاحب المال راضيا بخروج الشيء من حيازته، وعليه فلكي يتحقق الدفع برضا المجني عليه، فإنه يجب على من يدفع بذلك أن يثبت أن للمجني عليه الحق في التصـــــرف في الحق

المعتدى عليه، وأن الإعتداء تم برضا صاحب الحق ورضا هذا الأخير في هذه الحالة يعتبر نوعا من التصرف في الحق، أما إذا كان الحق يتعلق بالمجتمع فلا يجوز للفرد التصرف فيه مثل الحق في الحياة، في الحياة، وسلامة الجسم[1].

**الفرع الثاني: آثار رضا المجني عليه**

إذا توافرت شروط الرضا فإنه ينتج أحد الأثرين وهما:

1- إلغاء الصفة غير المشروعة عن السلوك المرتكب، ولكن بشرط أن يكون الرضا معاصرا لوقوع السلوك.

2- إذا لم يكن الرضا معاصرا لوقوع الفعل، بل كان لاحقا عليه، فإن لا يلغي الصفة غير المشروعة للفعل وإنما يقف حائلا دون قيام الإجراءات في الحالات المحددة قانونا، ففي حالة تعليق الدعوى العمومية على شكوى، فإن النيابة العامة لا تستطيع تحريكها إذا ما رضي المعتدى عليه بالإعتداء فإذا رضي الزوج فيما بعد بزنا الزوجة فلا تحرك الدعوى العمومية، وإذا أراد سحب الشكوى فإن هذا الرضا يؤدي إلى سحبها أيضا[2].

إن حالة الضرورة هي أن يرتكب الشخص الجريمة مكرها على إرتكابها؛ أي لا قوة له على ردها، وبالتالي هي غالبا ما تكون نتيجة ظروف طبيعية.

وهناك بعض التشريعات المقارنة أخذت بها كسبب من أسباب الإباحة ،فحين المشرع الجزائري أخذ بسببين للإباحة ،ويستشف بأخذه بهذه الحالة أي حالة الضرورة من خلال السبب

1- عادل قورة، المرجع السابق، ص107.

2- عادل قورة، المرجع السابق، ص108- 109.

الثاني وهو ما نصت عليه المادة39 ق.ع، فقرة 2 من ق.ع، بالضرورة الحالة للدفاع المشروع، وبعض النصـوص المتفرقة في مختلف القوانين، إلا أننا نرى أن حالة الضـرورة يجب أن تكون من أسباب الإباحة، بإعتبار أن هناك مجال واسع لتطبيقها وأن هناك في بعض الحالات التي يقوم الشخص فيها بإرتكاب الجريمة بسبب خارجي لا قبل له في رده، مع ترك السلطة التقديرية للقضـاة الممنوحة لهم بقوة القانون، أما رضـا المجني عليه، فبما أنه لا أثر له في الجريمة، وفي الغالب لا يعتبر ركنا من أركان الجريمة، إلا إسـتثناءًا مثلا في بعض الجرائم مثل جريمة الإجهاض، فلا نرى داعي لإعتباره سببا من أسباب الإباحة.

# خاتمة

## خاتمة:

مما سبق نستخلص أن المشرع الجزائري كسائر المشرعين قد نص على أسباب الإباحة ضمن نصوصه القانونية لإباحة الفعل المجرم، والتي يقصد بها إخراج الفعل من دائرة التجريم الى دائرة الإباحة، وبالتالي عدم تعرض الشخص مرتكب الفعل للمسائلة القانونية، وذلك بوجود ظروف موضوعيه تطرأ على إتكاب الفعل المجرم وعند توافرها يعدم الوصف الإجرامي عن الفعل، وبالتالي هذه الأسباب تعدم الركن الشرعي وتضم أسباب الإباحة بحسب طبيعتها وبحسب نص القانون مما أُمر أو أذن به والدفاع الشرعي بأسباب الإباحة، كما يفصح عنها اسمها هي أحوال تبدو فيها الواقعة من حيث الظاهر مستجمعه كل العناصر لإعتبارها جريمة، ولكنها مع ذلك لا تعد جريمة، وذلك لوجود قاعدة قانونية ترخص بإرتكاب الفعل في تلك الأحوال، أو توجبه فالقانون يحمي الحق في سلامة البدن، ولهذا يجرم الضرب والجرح ويعاقب على من يرتكب هذا الفعل أو ذاك، لكنه في الوقت نفسه لا يعرقل عمل الطبيب أثناء ممارسة مهنته، وربما قد يقتدي أن يجري عملية جراحية لمريض قد تؤدي إلى بطر عضو من أعضائه فتكمن العلة من الإباحة في انتفاء العلة من التجريم، فالمشرع يجرم من الأفعال ما يهدد الحقوق والمصالح الإجتماعية التي يرى ضرورة حمايتها، فإذا تبين له أن فعلاً من هذه الأفعال لا يؤثر في ظروف معينة على تلك الحقوق أو المصالح أو ثبت لديه أنه وإن كان يضره ببعضها فإنه يكفل الحماية لغيرها مما يعد أولى بالرعاية منها، فانه يغلب جانب الإباحة على جانب التجريم, ومن خلال دراستنا توصلنا إلى النتائج التالية:

- أولاً: أسباب الإباحة بظروفها الموضوعية التي تطرأ على وقت إرتكاب الفعل المجرم تعدم الوصف الإجرامي وتنفي الركن الشرعي.
- ثانيًا: أن الآثار المترتبة عن أسباب الإباحة هي عدم مساءلة الشخص مرتكب الفعل جنائيا ومدنيا.

- ثالثًا: أساس الدفاع الشرعي أنه حق من حقوق الإنسان وهو رد العدوان قائم على النفس أو المال وفق شروط قانونيه ويقوم بتوافرها جميعا وبمجرد تخلف شرط واحد يسقط حق التمسك بالدفاع أمام القاضي.
- رابعًا: لاحظنا من خلال دراستنا ان جل القضايا التي تتعلق بالدفاع الشرعي تكون أحكام القاضي فيها مخالفة لمبدأ الدفاع الشرعي نفسه المنصوص عليه في المادة 40 القانون العقوبات، ويتجه مباشرة لتجريم الواقعة دون الأخذ بمبدأ الإباحة، رغم أن الظروف المؤدية إلى تلك الواقعة تنطبق عليها أحكام نص المادة 40 من قانون العقوبات.

وفي ختام دراستنا نقدم التوصيات التالية:

- يجب على المشرع أن يخصص دراسة أكبر لحالة الدفاع الشرعي، وذلك عن طريق تخصيص مواد أكثر تفصيل تحدد شروط هذا الفعل، ويجب على المشرع الجزائري أن ينص ذلك ضمن قانون العقوبات على تجاوز الدفاع الشرعي بسوء النية وحالة إعتباره كخطأ جنائي، وان ينص على إعتبار الأول ظرفًا مشددًا والثاني ظرفا مخففا، وذلك مثل ما فعل المشرع المصري لمدى أهميه الموضوع في تحديد مسؤوليه الجاني وضمان حق المجني عليه كما قصر الدفاع الشرعي على الشخص الطبيعي دون الشخص المعنوي على خلاف المشرع الأردني الذي نص في المادة 60 من قانون العقوبات يستوي في الحماية الشخص الطبيعي والشخص المعنوي، إذ أنه يجوز استخدام العنف لصد مؤامرة في مرحلة الإعداد إذا كانت تستهدف أمن الدولة بإعتبار الدولة شخص معنوي تصح المدافعة عنه.
- يجب على المشرع التعبير عن الوقت ليلاً في المادة 40 وتحديده بالساعات من قانون العقوبات، وذلك لتفادي أخذ المادة 47 من قانون الإجراءات الجزائية لمعرفه وقت الليل يجب على المشرع فتح المجال للقضاء لترسيخ مبدأ الدفاع شرعي وتوسيعي نطاق الأخذ به وتفعيل نص المادة 40 وتوضيح الأسس التي يبنى عليها في مواد تكون بمثابة المواد التفسيرية والتكميلية لمبدأ الدفاع الشرعي.

وختام يمكننا القول أن السياسة الجنائية التي انطلقت من أنه لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن الا بنص هيئات السياسة التي أباحت أفعالاً مجرمة بنص قانوني وأخرجتها من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة بنص شرعي قانوني وبإعتبار أسباب الإباحة قاعدة إستثناء تسقط الركن الشرعي وبالتالي تسقط المسائلة القانونية لمرتكبها.

# قائمة المصادر والمراجع

## قائمة المصادر والمراجع

**أولاً: القرآن الكريم.**

**ثانيًا: الكتب المتخصصة:**


1. أحسن بوسقيعة، **الوجيز في القانون الجزائي العام**، الديوان الوطني للأشغال التربوي، ط1، الجزائر، 2002.
2. أحمد عوض، **محاضرات في النظرية العامة للجريمة**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002/2001.
3. إبراهيم الشباسي، **الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام**، دار الكتاب اللبناني، لبنان، (د.ت.ن).
4. خلود سامي، عزاره ال معجون، **النظرية العامة للإباحة**، دار الفكر العربي، القاهرة، 1984.
5. رؤوف عبيد، **مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، دار الفكر العربي**، 1989.
6. سامح السيد جاد، **الإجراءات الجنائية في القانون المصري**، طبعة دار الوزان، 1989.
7. سليمان بارش، **شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام**، دار الهدى، الجزائر، ج1، 1992.
8. عادل قورة، **محاضرات في قانون العقوبات**، القسم العام، الجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
9. عبد الرحمن خلفي، **القانون الجنائي العام دراسة مقارنة**، دار بلقيس، الدار البيضاء، ط5، الجزائر، 2022.
10. عبد الله سليمان، **شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ج1، 1995.
11. عوض محمد عوض، **قانون العقوبات، القسم العام**، دار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000.

**12.**مأمون محمد سلامة، **شرح القانون الجنائي، القسم العام**، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979.

**13.**محمد سامي الشوا، **شرح قانون العقوبات القسم العام**، مطبعة جامعه المنوفية، 1996.

**ثالثًا: الكتب العامة**

1. ابن منظور، **لسان العرب**، الجزء الرابع، دار الحديث، القاهرة، (د.ت،ن).
2. ابن نجيم المصري، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، دار الكتب العلمية، بيروت، ج5، 1997.
3. الآمدي علي بن محمد، **الأحكام في علم الأصول**، ج1، ط1، المكتبة الإسلامية، بيروت، 1402هـ.
4. البابيرتي محمد بن محمد بن محمود، **العناية شرح الهداية**، دار الفكر، بيروت، ج10، (د.ت.ن).
5. الشاطبي أبو اسحاق، **الموافقة في أصول الشريعة**، دار الكتب العلمية، ط2، بيروت، ج1، 2004.
6. عبد القادر عودة، **التشريع الجنائي الإسلامي، مقارنا بالقانون الوضعي**، مؤسسة الرسالة، ط2، بيروت، ج1، 1986.
7. الغزالي أبو حامد، **المستصفى من علوم أصول الفقه**، تحقيق: محمد سليمان الأشقر، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، لبنان، ج1، 1997.
8. محمد الطاهر بن عاشور، **مقاصد الشريعة الإسلامية**، تحقيق: محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس، ط2، الاردن 2001.
9. فريد ناشف، **محاضرات في القانون الجنائي النظرية العامة للجريمة**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 02 لونيسي علي، 2022/2021، ص52.

# الفهرس

## الفهرس:


شكر وعرفان ..... 5

إهـــداء ..... 6

قائمة المختصرات ..... 7

مقدمة: ..... أ

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لأسباب الإباحة

المبحث الأول: ماهية أسباب الإباحة ..... 7

المطلب الأول: مفهوم أسباب الإباحة ..... 7

الفرع الأول: تعريف أسباب الإباحة وأقسامها ..... 8

الفرع الثاني: تعريف أسباب الإباحة في الشريعة الإسلامية ..... 13

الفرع الثالث: الأساس القانونية لأسباب الإباحة ..... 16

المطلب الثاني: ذاتية أسباب الإباحة ..... 19

الفرع الأول: أسباب الإباحة وموانع المسؤولية ..... 20

الفرع الثاني: أسباب الإباحة وموانع العقاب ..... 22

المبحث الثاني: الأفعال المبررة في قانون العقوبات الجزائري ..... 23

المطلب الأول: الفعل الذي يأمر به أو يأذن به القانون ..... 24

الفرع الأول: الفعل الذي يأمر به القانون ..... 24

الفرع الثاني: الفعل الذي يأذن به القانون ..... 29

الفرع الثالث: مسألة السلطة الشرعية ..... 34

المطلب الثاني: الدفاع المشروع ..... 36

الفرع الأول: أساس الدفاع المشروع وطبيعته ..... 37

الفرع الثاني: شروط الدفاع المشروع ..... 41

الفرع الثالث: إثبات الفعل المشروع وآثاره ..... 47

الفصل الثاني: المبحث الأول: حالة الضرورة

المطلب الأول: تعريف حالة الضرورة وموضعها في القانون الجزائري..... 53
الفرع الأول : تعريف حالة الضرورة ..... 53
الفرع الثاني: حالة الضرورة في القانون الجزائري ..... 53
المطلب الثاني: أساس الإباحة في حالة الضرورة وشروطها ..... 53
الفرع الأول: أساس الإباحة في حالة الضرورة ..... 54
الفرع الثاني: شروط حالة الضرورة ..... 55
المطلب الثالث: آثار حلة الضرورة والفرق بينها وبين الدفاع المشروع ..... 58
الفرع الأول: آثار حالة الضرورة ..... 58
الفرع الثاني: الفرق بين حالة الضرورة والدفاع المشروع..... 59
المبحث الثاني: رضا المجني عليه ..... 60
المطلب الأول: تعريف رضا المجني عليه ..... 62
المطلب الثاني: الشروط اللازمة في رضا المجني عليه..... 63
المطلب الثالث: طبيعة وآثار رضا المجني عليه ..... 63
الفرع الأول: طبيعة رضا المجني عليه..... 63
الفرع الثاني: آثار رضا المجني عليه ..... 64
خاتمة: ..... 67
قائمة المصادر والمراجع ..... 71
الفهرس:..... 74
ملخص

**ملخص:**

تهدف هذه الدراسة إلى إبراز القيمة العلمية العملية "للأسباب الإباحة"، كأسباب تنتفي مع وجودها علة التجريم، فهي تعطل النص التجريمي، وتوقف العمل به؛ و بموجبها يرتفع الحظر عن الأفعال المجرمة بالنص استثناء، ويعود التجريم لأصله بعد زوالها. وهذا المعنى يكاد يكون متقارب بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، إلا أن دائرة استعماله قانونيا ضيقة؛ فلا يستعمل إلا في إطار قانون العقوبات، الذي يرتبط بالنظام العقابي؛ أما الشريعة الإسلامية فتستعمله في مسائل الضرورات؛ في العبادات والمعاملات والجنايات. وتستند أسباب الإباحة إلى النص المتضمن للحالات التي ترد كاستثناء على النص التجريمي، وهي حالات محصورة ومبينة بنص، حتى لا يمكن التذرع بها قضاء، كما تستند إلى المصلحة الجديرة بالحماية والمتمثلة في الحق الراجح في إطار مقاصد الشريعة الإسلامية، وما تتضمنه القاعدة القانونية من حق للمجتمع يستلزم حمايته.

**الكلمات المفتاحية:** الإباحة، أسباب، التبرير ، ضرورة، طارئة.

## Abstract:

This study aims to showing the practical scientific value of “permissive reasons”, as reasons that deny their existence the cause of criminalization, as they disrupt the criminal text and stop working with it; And according to it, the prohibition of the acts criminalized by the text is lifted as an exception, and the criminalization returns to its origin after its demise. This meaning is almost close to Islamic Sharia and Algerian law, but the scope of its legal use is narrow; It is used only within the framework of the Penal Code, which is related to the penal system; As for Islamic Sharia, it uses it in matters of necessities In acts of worship, transactions, and felonies. The reasons for permissibility are based on the text containing the cases that are included as an exception to the criminal text, which are limited and indicated by text, so that they cannot be invoked by the judiciary, and are also based on the interest worthy of protection represented in the preponderant right within the framework of the purposes of Islamic Sharia, and the legal rule of the right of society It requires protection.

***key words*** ; Permissibility, reasons , justification, necessity, emergency.