جامعةغرداية

كلية الحقوق والعلوم السياسة

– قسم الحقوق–

أسبـــــــاب الإباحـــــــــة في المادة الجزائيـــــــــة

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات لنيل شهادة ماستر أكاديمي حقوق تخصص قانون جنائي وعلوم جنائية

من إعدادالطالبتين:

- شيخي فاطمة
- العربي فريدة

إشراف الدكتور:

فروحات سعيد

لجنة المناقشة:

الاسم و اللقب	الدرجة العلمية	الجامعة	الصفة
هــوام نسيــم	أستــاد	جامعة غرداية	رئيسا
سعيد فروحات	أ–دكتــور	جامعة غرداية	مشرفا ومقررا
سيد اعمر محمد	دكتـــــور	جامعة غرداية	عضوا مناقشا

نوقشت بتاريخ: 19 /2023/06 م

السنة الجامعية :

1443–1444ه/ 2022–2023 م

جامعةغرداية
كليةالحقوق والعلوم السياسية
-قسم الحقوق-

أسباب الإباحة في المادة الجزائية

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات لنيل شهادة ماستر أكاديمي حقوق تخصص قانون جنائي وعلوم جنائية

من إعدادالطالبتين:
- شيخي فاطمة
- العربي فريدة

إشراف الدكتور:
فروحات سعيد

لجنة المناقشة:

الاسم و اللقب	الدرجة العلمية	الجامعة	الصفة
هــوام نسيــم	أستـــاد	جامعة غرداية	رئيسا
سعيد فروحات	أ-دكتــور	جامعة غرداية	مشرفا ومقررا
سيد اعمر محمد	دكتـــــور	جامعة غرداية	عضوا مناقشا

نوقشت بتاريخ: 19 /2023/06 م

السنة الجامعية :

1443-1444ه/ 2022-2023 م

بسم الله الرحمن الرحيم

شكـــر و عرفـــان

الحمد لله و الصلاة و السلام على من لا نبي بعده

الشكر اولاً واخيراً لله عزوجل على نعمة التيسير و التوفيق و من لم يشكر الناس لا يشكر الله .

أتقدم بجزيل الشكر إلى استاذنا الفاضل

"فروحات سعيد "

نظرا لأنك عظيم و غالي فعبارات الشكر و التقدير لا تكفي ، نحن فخورين جداً بكم لصدقكم، لأنك كنت و ما زلت غيمة ماطرة

بالعطاء الدائم لنا.

كما اوجه الشكر الى كل من علمني حرفا في المشوار الدراسي و خاصة الاسرة الجامعية بغرداية

وإلى كل من ساعدنا من قريب و بعيد.

في انجاز العمل

وأسأل الله التوفيق لي ولكم.

إهـــــــداء

إلى من علمني العطاءوإلى من أحمل اسمه بكل افتخار وإلى من له الفضل الكبيرفي تشجيعي وتحفيزي ومن منه تعلمت المثابرة والاجتهاد "والدي العزيز"

إلى ملاكي في الحياة وإلى من علمتني معنى الحب والحنان والصبر

إلى بسمة الحياة وسرالوجود وإلى من دعائها سرنجاحي أغلى الحبايب "امي الحبيبة".

أطـــــال الله في عمرهمـــــا.

إلى من بهم أكبروعليهم أعتمد وإلى من بوجوده مأكتسب قوة ومحبة لاحدود لها وإلى من عرفت معهم معنى الحياة "إخواني وأخواتي" والى أبنائهم ميلود، حسان، نصر الدين، مراد، مليكة، وسيلة، والى كل أفراد العائلة الكريمة.

الى من تميزوا بالإخاء والوفاء والعطاء والى من كانوا معي في السراء والضراء زملائي وزميلاتي في الدراسة والعمل.

الى رفيقة دربي في المشوار الجامعي

" فريـــــــدة"

لجميع هؤلاء اهدي فرحتي بتخرجي واشكر كل من مد لي يد العون.

فاطيمـــة

www.belardzayapps.com

إهـــــــداء

قـال تـعـالـي :

قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الحمد لله الذي وفقنا لتثمين هذه الخطوة في مسيرتنا الدراسية

أهدي ثمرة الجهد و النجاح بفضله تعالى

إلى من بلغ الرسالة و أدى الأمانة و نصح الأمة سيدنا محمد عليه أفضل الصلاة و السلام

إلى فقيدة قلبي إلى روح أمي الطاهرة رحمها الله و أسكنها فسيح جناته

إلى سندي و قدوتي إلى مصدر فخري و عزتي والدي العزيز أطال الله في عمره

إلى رياحين حياتي و رفقاء دربي و فرحتي إخوتي و أخواتي

جرجرة – يمينة – مصطفى - يونس – عبد المجيد

إلى كل الأهل و الأقارب

إلى من مهد لي طريق العلم اساتذتي الأفاضل ،

إلى من شاركتني مراحل الدراسة و طعم النجاح زميلتي" فاطمـــة"

إلى كل زملائي و زميلاتي في مشواري الدراسي،إلى كل زملائي في العمل،

إلى من مد لي يد العون من قريب أو بعيد .

كل الشكر و الإمتنان لمن دعى لي و تمنى لي النجاح

فريـــــدة

قائمة المختصرات

الاختصار/ الرمز	الدلالة
ج	جزء
د س	دون سنة
ص	صفحة
ط	طبعة
ق إ ج ج	قانون الإجراءات الجزائية الجزائري

مقدمة

مقدمـــــــــــــة

من المعروف أن للركن الشرعي شقان شق إيجابي وشق سلبي فالشق الإيجابي يتمثل في خضوع الفعل لنص التجريم والشق السلبي وهو عدم خضوع هذا الفعل لأي سبب من أسباب الإباحة أو كما سماها المشرع الجزائري بالافعالالمبررة والتي هي محور موضوع بحثنا.

مبدئيا أي شخص يرتكب فعل مخالف للقانون فإنه يتحمل المسؤولية الجزائية المترتبة عنه ، غير أنه هناك بعض الأفعال تكون مخالفة للقانون ولا يعاقب مرتكبها جزائيا لأنها تدخل في إطار ما يسمى بسبب من أسباب الإباحة و هذا لوجود قاعدة قانونية ترخص بإرتكاب الفعل المخالف للقانون بحيث تزيل صفة التجريم عن أفعال سبق و أن جرمها المشرع و بالتالي تصبح مباحة ولا يعاقب القانون عليها ولا يتابع مرتكبها جزائيا و يعني ذلك أنه لا يكفي أن يتطابق الفعل مع نص تجريمي بل يجب علاوة على ذلك أن نتأكد من عدم وجود سبب يبرر هذه الأفعال و يخرجها من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحـــــــة .

يعتبر موضوع أسباب الإباحة من أهم المواضيع التي عرفتها القوانين الجنائية بما فيها القانون الجنائي الجزائري فهو حق كفلته جميع الشرائع منها الشريعة الإسلامية والتي أباحت للإنسان إستعمال الحق وآداء الواجب وحماية نفسه من أي خطر.

فمن أهم أهداف قانون العقوبات، حماية المصالح الجوهرية للمجتمع والأفراد، و قد يجري إرتكاب الجريمة في ظروف لا يجوز فيها تطبيق نص التجريم، لأن هذا التطبيق لا يحقق الهدف المقصود منه، و هو حماية مصالح المجتمع و الافراد.

فأسباب الإباحة أو التبرير من شأنها إباحة الفعل المجرم الذي جرى إرتكابه، ليصبح هذا الفعل مشروعا وغير معاقب عليه كالدفاع الشرعي مثلا الذي يمارسه أي فرد لدفع الإعتداء عن حياته.

إن أسباب الإباحة قد حصرها المشرع بعددها و موضوعها، فهي تتشابه مع العديد من الأفكار الجنائية المشابهة لها، غير أنها تختلف عنها ، و أهم ما تختلف فيه عن هذه الأفكار من حيث الآثار القانونية المترتبة عليها ، ما يثير الإلتباس هو انه كيف لشخص ما ان يرتكب فعل يتطابق تماما مع نموذج إجرامي وارد في قانون العقوبات و رغم ذلك لا يسأل جزائيا و يرجع السبب

في ذلك إلى عدم الاكتفاء بوجود النص بل يجب ان لا يخضع الفعل لأي سبب من أسباب الإباحة.

وعلى ضوء ما سبق يتضح لنا أن قاعدة التجريم لها إستثناءات فهناك حالات يعوذ فيها الفعل المجرم إلى أصل إباحته فلا يعاقب مرتكبه، بل يصبح حقا من حقوقه إذا توفر على سبب من أسباب الإباحة. وعليه سنتطرق لبيان هذه الأفعال أو الحالات التي يصبح فيها الفعل المجرم مباحا والإلمام بجميع جوانب الدراسة من شرح وتوضيح.

تكمن أهمية هذا الموضوع في عدة نقاط نذكر منها:

معرفة الأفعال التي جرمها المشرع بنص من القانون ثم يتم إباحتها و إخراجها من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة، بالإضافة إلى معرفة الأسباب التي إذا توافرت في السلوك الإجرامي نزعت عنه الصفة الإجرامية و اصبح مباحا، معرفة القيود أو الشروط التي يجب على الشخص إحترامها حتى لا يتجاوز حدود الإباحة.
إن إختيارنا لموضوع أسباب الإباحة لم يكن صدفة إنما يعود لأسباب موضوعية وأخرى شخصية فمن الأسباب الموضوعية لإختيار موضوع بحثنا هو كون أسباب الإباحة تدخل ضمن القانون الجنائي والذي يحدد حقوق وواجبات الأفراد في المجتمع، بالإضافة إلى توسيع المعارف كون هذا الموضوع لم يأخذ حقه في الدراسة.

أما بالنسبة للأسباب الشخصية بداية دراسة القانون الجنائي بكل جوانبه ممتعة ويعطيك ميول وشعور بالحماس والجدية في البحث، كذلك كونه موضوع غير معقد ومناسب بالنسبة للفترة الزمنية أو الوقت الممنوح لإنجاز المذكرة.

إن الهدف من دراستنا بالدرجة الأولى هو:

معالجة الإشكالية ومحاولة الوصول إلى النتائج المرجوة، بالإضافة إلى الإجابة عن التساؤلات بطريقة قانونية والرغبة في إثراء الرصيد العلمي لمكتبة الجامعة كذلك إضفاء محاولة في إطار القانون الجنائي.

من الدراسات السابقة كتاب عبد الله سليمان ، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام) و الذي جاء في فحواه ، أن لإعتبار الفعل خاضع لأسباب الإباحة وجب دخوله

ضمن ما حدده القانون أي أن يكون الفعل في نطاق ما يأمر أو يأذن به القانون أو حالة الدفاع الشرعي و يخرج منها ما تعدى ذلك و هذا ما نصت عليه المادة 39 من قانون العقوبات فلا يجوز القول أن حالة الضرورة هي سبب من أسباب الإباحة ، إذ لا تدخل ضمن نطاق ما أمر به و أذن به القانون و الدفاع الشرعي .
والملاحظ أن معظم الدراسات السابقة تناولت أسباب الإباحة في الأفعال التي تدخل في نطاق ما أذن و أمر به القانون و حالة الدفاع الشرعي، ولا وجود لحالة الضرورة بإعتبارها سبب من أسباب الإباحة كون حالة الضرورة جاءت في نصوص متفرقة ولم يحدد لها نصوصا قانونية تنظمها.

من خلال الإطلاع على مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص القانون الجنائي و العلومالجنائية ، **حالة الضرورة بين أسباب الإباحة و موانع المسؤولية** ، للطالبتان قشود مونة – منصور جوهر ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزولسنة 2019 ، و التي تضمنت في فحواها أن المشرع الجزائري لم يفرد نصا خاصا لحالة الضرورة و لم يحدد الطبيعة القانونية لها و عبارة " **الضرورة الحالة** " التي نصت عليها المادة 39 الفقرة 2 من قانون العقوبات الجزائري ،خلفت لبس فهل كان يريد دمج حالة الضرورة ضمن أسباب الإباحة ؟ .

- كذلك من بين الدراسات السابقة و المتعلقة بموضوع بحثنا، مذكرة الماستر، **حالة الضرورة سبب من أسباب الإباحة أو مانع من موانع المسؤولية الجنائية**، للطالبتان أعراب أغلاس– توجي يعقوب ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزولسنة 2016 .

– كتاب القانون الجنائي العام (دراسة مقارنة) للدكتور عبد الرحمان خلفي.

– كتاب الوجيز في القانون الجزائي العام للدكتور أحسن بوسقيعة.

– كتاب شرح قانون العقوبات الجزائري للأستاذ سعيد بوعلـــي.

من الصعوبات التي واجهتنا في إنجاز مذكرتنا:

- نقص المراجع، بالرغم من كثرتها نجد ان كلها تتضمن نفس المعلومات بحيث لا نجد فيها ما هو جديد.
- ظروف خاصة

و الإشكالية التي يمكن طرحها:

– فيما تتمثل أسباب الإباحة في التشريع الجزائري؟

و تندرج ضمن هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات الفرعية:

- ما هي الأفعال التي تندرج ضمن أسباب الإباحة؟
- هل إباحة الفعل المجرم أصل أم إستثناء ؟
- ماهي الحدود التي لا يمكن تجاوزها في الإباحة؟

انطلاقا من الإشكالية و بالنظر إلى الأسئلة الفرعية يمكن صياغة فرضيات الدراسة على النحو التالي :

- **الفرضية الرئيسية :**
- أسباب الإباحة حددها قانون العقوبات الجزائري في المادة 39 و 40 .
- **الفرضيات الفرعية :**
- الأفعال التي تندرج ضمن أسباب الإباحة هي كل الأفعال التي تدخل في نطاق ما أمر و أذن به القانون و الدفاع الشرعي .
- الأصل في الأفعال الإباحة.
- المشرع عند وضعه لنص التجريم لابد أن تكون لديه علة التجريم أقوى و أشد من علة الإباحة.

و لمعالجة إشكاليتنا و محاولة الوصول إلى نتائج و إجابات على كل هذه التساؤلات قسمنا موضوع بحثنا إلى فصلين:

- إعتمدنا في إنجاز بحثنا على كل من المنهج الوصفي التحليلي المناسب لطبيعة البحث و يتجلى ذلك في إعطاء تعريف لأسباب الإباحة و بيان تقسيماتها بالإضافة إلى طبيعتها و آثارها و تحديد نطاقها إلى جانب إستعمال المنهج الإستقرائي في جمع المعلومات

- و المنهج المقارن و ذلك لتوضيح الفرق بين أسباب الإباحة و غيرها من موانع المسؤولية و موانع العقاب .
- لدراسة موضوع بحثنا و الذي هو بعنوان أسباب الإباحة في المادة الجزائية ، إعتمدنا فصلين بعد المقدمة ، تطرقنا في الفصل الأول إلى الإطار المفاهيمي لأسباب الإباحة، حيث تناولنا في المبحث الأول مفهوم أسباب الإباحة حيث تم تقسيمه إلى مطلبين هما: المطلب الأول تعريفها وطبيعتها القانونية، المطلب الثاني تقسيماتها وأساسها القانوني، وفي المبحث الثاني مصادر أسباب الإباحة وآثارها، وخصصنا الفصل الثاني لنطاق الإباحة في قانون العقوبات الجزائري، حيث تناولنا في المبحث الأول ما أمر وأذن به القانون، وقسمناه إلى مطلبين وكان المطلب الأول ما يأمر به القانون والثاني ما يأذن به القانون، وفي المبحث الثاني الدفاع الشرعي، بحيث تناولنا في المطلب الأول تعريف الدفاع الشرعي وأساسه، و المطلب الثاني شروط الدفاع الشرعي وحالاته.

الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي لأسباب الإباحة

تمهيد:

سنتناول في هذا الفصل مبحثين تطرقنا في المبحث الأول إلى مفهوم أسباب الإباحة بإعتبارها أحد الأسباب الموضوعية التي تلحق السلوك الإجرامي فيترتب عنها رفع الصفة الاجرامية على السلوك وصيرورته، سلوكا مشروعا لا جريمة فيه، وعلى ذلك ستكون دراسة هذا المبحث موزعة الى تعريف أسباب الاباحة وطبيعتها القانونية في المطلب الأول، تقسيمات أسباب الإباحة وأساسها القانوني في المطلب الثاني، وفي المبحث الثاني مصادر أسباب الإباحة و آثارها، حيث خصصنا المطلب الأول لمصادر أسباب الإباحة والمطلب الثاني لآثار أسباب الإباحـــــــــة.

المبحث الأول: مفهوم أسباب الإبـــــاحة

ستكون دراسة هذا المبحث موزعة الى تعريف أسباب الاباحة وطبيعتها القانونية في المطلب الأول، تقسيمات أسباب الإباحة وأساسها القانوني في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تعريف أسباب الإباحة والطبيعة القانونية لها

قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول خصصناه لتعريف أسباب الإباحة و الفرع الثاني تطرقنا للطبيعة القانونية لأسباب الإباحة.

الفرع الأول: تعريف أسباب الإباحة

أولا: التعريف اللغوي والاصطلاحي لأسباب الإباحة (أسباب التبرير)

لغـــــــــة: المباح في اللغة ضد المحظور، و أباح الشيء أحله[1]، وباح الشيء أظهره[2] ، يقال أبحتك الشيء أحللته لك .

---

[1]– الجوهري، إسماعيل بن حماد، **الصحاح**،ج1، دار العلم للملايين، بيروت 1979، ص 58.

[2]– ابن منظور، أبي الفضل جمال الدين، **لسان العرب**، الطبعة 1، دار أحياء التراث العربي، 1405هـ، ص 131.

الإباحة في اللغة هو الإظهار، يعني اللزوم، كما يقال باح بسره أي أظهره والبوح معنى متعدي والمباح من الإباحة وهو اسم مفعول، وجاء في لسان العرب، البوح ظهور الشيء وأيضا الممنوع.

والباحة بمعنى ساحة الدار، وأيضا بمعنى أوسط الدار. وجاء في المعجم الوسيط باح بوحا[1]، ظهر باح فلان بالسر أي أظهره، فهو بائح ومبؤوح وباح خصمه: صرعه(أباحه) أظهره ، أباحه أحله وأطلقه ، ويقال أباحه الشيء ، استباحه عده مباحا.

الإباحة شرعا: هي ما خير الشارع المكلف فيه بين الفعل والترك[2]، أو هو حكم يقتضي التخيير بين الفعل والترك ، أو هو ما لا يمدح على فعله أو تركه[3].

والاباحة من الحلال وهي على نوعين ايضا ، إباحة أصلية وتعني الإذن بالفعل ابتداءا كما في قوله تعالى في سورة الملك الآية 15 " **هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذَلُولاً فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ**" ، وإباحة استثنائية بمعنى اخراج الفعل المحظور اصلامن دائرته برفع الحظرعنه لعلة او لحكمة خاصة كما في قوله تعالى في سورة الأنعام الآية 151 " **وَلا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَق** " ، ويفيد ذلك ان قتل النفس حرام أصلا" ولا يباح إلا بالحق كوجود سبب للقصاص .

ـــــ **أسباب الاباحة اصطلاحا:** أو ما يطلق عليها أسباب التبرير في بعض القوانين هي «عبارة عن ظروف مادية تطرأ على الفعل الجرمي وقت ارتكابه فتزيل عنه الصفة الجرمية وتجعله مباحا وهذا ما يهدم الركن الشرعي للجريمة ويخرج الفعل من دائرة المنع إلى دائرة الاباحة».[4]

---

[1]– مجمع البحوث الإسلامية ، مطبعة مصر، 1961، ص 75/1.

[2]– محمد أبو زهرة ،أصول الفقه ، عابدين، دار الفكر العربي، 1957، ص 64.

[3]– بدران ابو العينين ،اصول الفقه ، الأسكندريه ، دار المعارف ، 1965 ، ص365.

[4]– معاذ العشاري، أسباب التبرير وموانع المسؤولية الجزائية، 2020، ص 12.

كما يمكن تعريفها «هي الحالات والظروف التي من شأنها لو توافرت على الشروط التي حددها القانون لأدت الى ان تسلخ عن الفعل الجرمي صفته الجرمية وتعيده الى أصله من الإباحة»

كما تعرف أسباب الإباحة أو أسباب التبرير أنها «جملة الظروف التي تجرد الواقعة من الصفة الاجرامية»[1]

ثانيا : التعريف الفقهي والقانوني لأسباب الإباحة (أسباب التبرير)

– التعريف الفقهي لأسباب الاباحة :

اختلف الفقهاء في نظرتهم لموقع أسباب الإباحة في القانون الجزائي:

- فريق ألحق أسباب الإباحة بالمسؤولية الجزائية على أساس أنها من الأسباب الموضوعية لانعدام المسؤولية وتقابلها الأسباب الداخلية أو الذاتية لانعدام المسؤولية متمثلة في الجنون والإكراه وصغر السن، وكلتاهما تؤدي في نهاية المطاف إلى عدم المساءلة الجزائية.
- فريق ألحق أسباب الإباحة بالركن الشرعي على أساس أنها تعدم الركن الشرعي، ومن ثم فلا جريمة لانعدام أحد أركانها، وهو الركن الشرعي، مستندا في ذلك إلى ما نص عليه قانون العقوبات الفرنسي القديم في المادتين 327 و328 (و يقابلهما في القانون الجزائري المادة 39 من قانون العقوبات ومؤداهما أن " لا جناية ولا جنحة...." وبذلك فإن أسباب الاباحة تختلف عن موانع المسؤولية على أساس أن الأولى تعطل نص التجريم فتمحو الفعل المجرم وتجعله كأن لم يكن ومن ثم لا يصير في عداد الجرائم، في حين أن الثانية لا تؤثر على سلطان النص غاية ما هناك أن النص لا يطبق ومن ثم فهي تحول فقط دون تطبيق النص

1–عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، نظرية الجريمة، نظرية الجزاء الجنائي، ط2، دار هومه، الجزائر، 2013، ص 96.

الجزائي على من قام به لسبب مانع ولكنها لا تمحو الفعل ولا تمنعه من ترتيب نتائج أخرى[1].

غالبية الفقهاء يرون بأن أسباب التبرير هي قيود ترد على نص التجريم فتعطل مفعوله ولهذا فهي تنعكس على الركن الشرعي للجريمة فتبطله، إذ تخرج الوقائع من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة.

فإذا كان الأصل في الأفعال هو الإباحة فإن التجريم استثناء على هذا الأصل، وتأتي أسباب التبرير كإستثناء على هذا الإستثناء لترد الفعل إلى أصله من المشروعية بعد أن كان مجرما، وعلة ذلك كما يرى أنصار هذا الرأي تكمن في انتفاء علة التجريم فقد، فعلة التجريم و علة الإباحة مرتبطتان بحيث يمكن إستخلاص ثانيهما من أولهما، علة التجريم هي حماية حق أو مصلحة فعلة تجريم القتل هي حماية الحق في الحياة لا يحمل الفعل معنى العدوان إذا ما ارتكب في ظروف معينة كالجراحة للتطبيب مما يبرر إباحته.

وقد يراعى القانون حقا أقوى من الحق المعتدى عليه ويراه أجدر بالرعاية فيجيز الفعل ويبطل نص التجريم كما في حالة القتل للدفاع الشرعي[2].

- تعريف أسباب الإباحة في الفقه الإسلامي

عرف صدر الشريعة المباح بأنه فعل المكلف الذي يستوي على فعله وتركه[3].المباح ما دل خطاب الشارع المتعلق بفعل المكلف على التخيير بين فعله و تركه. يستعمل الغزالي لفظ الجواز كمرادف للإباحة لأن الجواز عنده هو التخيير بين الفعل و الترك[4]، وسبب الإباحة

1- أحسن بوسقيعة، **الوجيز في القانون الجزائي العام**، الطبعة الثامنة، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2009 ، ص 121.

2- عبد الله سليمان **شرح قانون العقوبات الجزائري ، القسم العام** ، الجزء الأول " الجريمة" ، ص 117 .

3- التفتازاني، **شرح التلويح على التوضيح، لمتن التنقيح في أصول الفقه** وصدر الشريعة هو عبد الله بن مسعود الحنفي المتوفى 747هـ ، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، ص 175.

4- الغزالي ، ط 1 ، مكتبة الجندي بالقاهرة ، 1391ه/1971 م ، ص 81 .

يعني التخيير بين إتيان الفعل و الكف عنه فلا إثم على المكلف إذا أتى الفعل، و لا إثم عليه إن كف عنه [1].

ـــــ تعريف أسباب الإباحة في قانون العقوبات الجزائري:

أسباب الإباحة كما يفصح عنها إسمها أحوال تبدو فيها الواقعةمن حيث الظاهر مستجمعة كل العناصر لإعتبارها جريمة ولكنها مع ذلك لا تعد جريمة، و ذلك لوجود قاعدة قانونية ترخص بإرتكاب الفعل في تلك الأحوال و توجبه، فالقانون يحمي الحق في سلامة البدن و لهذا فهو يجرم الضرب و الجرح ويعاقب على من يرتكب هذا الفعل ، لكنه في الوقت نفسه لا يعرقل الطبيب أثناء ممارسة مهنته و ربما إقتضاه ذلك إجراء عملية جراحية لمريض قد تؤدي به إلى بتر عضو من أعضائه.

المشرع الجزائري لم يتطرق صراحة إلى تعريف لأسباب الإباحة و لكن بالرجوع إلى قانون العقوبات الجزائري نجد أنه ذكر صورها في المادتين 39و 40 فقد نصت المادة 39 " لا جريمة:

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

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

كما تنص المادة40:

يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع المشروع.

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

1- محمود نجيب حسني ،**التشريعالجنائيالإسلامي** ، (د. ت. ن) ، (د . م . ن) ، ص 219 .

-2 الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أوالنهب بالقوة.
إذا أسباب الإباحة ظروف مادية تضاف إلى الفعل المجرم و تسحب عنه الصفة الجرمية

و تضفي عليه الصفة الشرعية ، و يمكن تعريفها بأنها " **تلك الأسباب التي من شأنها إزالة صفة التجريم عن أفعال سبق أن جرمها المشرع** "[1]

ونلاحظ مما سبق أن قانون العقوبات الجزائرينص على أسباب الاباحة تحت عنوان الأفعال المبررة بحيث ورد في المادة 39القسم الأول منها المتمثل فيما يأمر و يأذن به القانون

و في نفس المادة في الفقرة الثانية ورد القسم الثاني منها و المتمثل في حالة الدفاع الشرعي و نأخذ أمثلة عن هذه الأفعال المبررة و التي حصرها القانون ، الشخص الذي يقتل دفاعا عن نفسه أو الطبيب الذي يقوم بعملية جراحية انقادا للمريض[2].

أما المادة 40 من ق.ع.ج ، فهي تكملة للقسم الثاني و التي تناولت حالة الدفاع الشرعي الممتاز ، والملاحظ على المادتين نجد أن المشرع الجزائري عند حصرهلأسباب الاباحة فيما يأمر به القانون ويأذن به، والدفاع الشرعي رتبعند توافر أي سبب منها محو الصفة الإجرامية عن الفعل حيث أنه لم يكتفي بنص **«لا جناية ولا جنحة»**بل قال **«لا جريمة»**[3]

والى جانب هذه الأفعال التي أباحها المشرع بصريح العبارة توجد حالات أخرى أقرها المشرع في القانون المقارن ويتعلق الأمر بحالة الضرورة ورضا المجني عليه.

إلا أننا نشير على أن هناك موانع أخرى تمنع الجاني من العقاب وهي موانع المسؤولية الجنائية ألا وهي الجنون وصغر السن والإكراه كما هي محددة في المواد 47،48،49 من

1- عبد الرحمان خلفي، **القانون الجنائي العام (دراسة مقارنة)** ، طبعة 2016، دار بلقيس للنشر، الجزائر، ، ص 163 – 164 .

2- عبد الرحمان خلفي ،مرجع سابق، ص 163.

3- قانون العقوبات الجزائري، الفصل الرابع من الباب الأول ، تحت عنوان " الأفعال المبررة " العقوبات الجزائري.

قانون العقوبات ولا مجال للكلام عن المسؤولية الجنائية إلا بعد قيام الجريمة، وهي أسباب تتعلق بذاتية الشخص وعندما تتحققيمكنها أن تمنع مسؤولية الفاعل العقابية ولكنها لا تنفي عن الفعل صفته الإجرامية.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لأسباب الإباحة

تتميز أسباب الإباحة بأنها أسباب طبيعة موضوعية لا شخصية، تتعلق بالفعل المجرم ومدى خطورته على المجتمع، وعليه فهي لا تتعلق بنفسية الجاني ولا بأهليته الجنائية ، لأنه إذا كان ما وقع من الفاعل الأصلي مباحا فلا يمكن أن يلحق التأثيم فعل شريكه[1]، إذ انها ليست أسباب شخصية، و هذا خلافا لموانع المسؤولية و التي تتعلق بالركن المعنوي و سنتطرق لاحقا لأهم الإختلافات بين أسباب الإباحة و موانع المسؤولية و العقاب فإذا كانت أسباب الاباحة تتعلق بركن عدم المشروعية أو الركن القانوني للجريمة باعتبارها شرط يجب توافرها فيه ، فإنه يترتب على هذا التكييف ما يلي:

- إذا كان السبب المبيح يتعلق بالصفة الاجرامية للفعل فيبيحه ويزيل الصفة الاجرامية عنه فهي أسباب عامة من حيث أنها تسري على كل مساهم في ارتكاب الفعل ، فاعلا كان أو شريكا دون اشتراط توفر أي صفة فيمن يقوم بالسلوك الذي ينطبق على النموذج الاجرامي، فيستفيد منها كل المساهمين في السلوك المبرر ولا يعتد بكون الشخص يعلم بوجودها أو يجهلها أو أنكرها ولم يطالب بها، كونها أسباب ذات طبيعة موضوعية تتعلق بالفعل أو السلوك الاجرامي فتمحو عنه الصفة الاجرامية، وهذا حكم عام بالنسبة لأسباب الاباحة فيتطلب القانون صفة خاصة في من يستفيد من الاباحة كصفة الأبوة في التأديب والطبيب في الأعمال الطبية، فلا يستفيد منها إلا من كانت تتوفر فيه هذه الصفة أثناء القيام بالسلوك الاجرامي، ويستفيد الشريك بدوره من الاباحة في هذه الحالة حتى وإن لم يكن يتمتع بالصفة المطلوبة قانونا، كالممرض الذي يقوم بمساعدة الطبيب في إجراء

1-أحمد عوض بلال، **محاضرات في النظرية العامة للجريمة**، دون طبعة، دار النهضة العربية،القاهرة، 2001/ 2002، ص 363.

عملية جراحية فإنه يستفيد من الاباحة متى كان يجريها الطبيب ويقوم بمساعدته[1]، و إذا أعدم الجلاد محكوما عليه شملت الإباحة فعل الجلاد وفعل من أمره بالتنفيذ ، وإذا أدب الأب ولده فإن الاباحة تنصرف إلى فعل الأب و إلى أبنائه بانحراف ولده وحرصه على تأديبه[2].

- لا أثر للغلط في الإباحة على قيام المسؤولية الجنائية، لأن أثر الغلط وتأثيره ينصبان على الركن المعنوي للجريمة كونه حالة نفسية تتعلق بنفسية الجاني ليس لها علاقة بالركن القانوني للجريمة أي ركن عدم المشروعية.
- **الفرق بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية والعقاب:**

01- أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية تتعلق بالركن الشرعي للفعل المجرم أما موانع المسؤولية فهي تتعلق بالركن المعنوي للجريمة وذات طبيعة شخصية، في حين أن موانع العقاب طبيعتها كذلك شخصية لا تتعلق بأي ركن من أركان الجريمة وإنما تبقى الجريمة و تبقى العقوبة.

02- أسباب الإباحة هي أسباب موضوعية تخرج عن حدود الشخص ، و تتعلق بذات الفعل فترفع عنه الصفة الجرمية و تقلبه إلى عمل مشروع ، و تمنع بالنتيجة العقاب عن كل من قام بالفعل أو شارك أو تدخل فيه ، أما موانع المسؤولية فهي تلك الأسباب التي تفقد الشخص قدرته على التمييز و الإختيار ، فتجعله غير أهل لتحمل المسؤولية الجنائية و تحول فقط دون تطبيق نص التجريم و لا تمحو الفعل و لا تمنعه من ترتيب نتائج أخرى ، في حين أن موانع العقاب تحول فقط دون تطبيق العقاب .

03- أسباب الإباحة يتعدى أثرها إلى كل من ساهم في ارتكاب الجريمة فاعلا كان ام

1- عبد العظيم مرسي وزير، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، النظرية العامة للجريمة، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 601.

2- عبد الرحمان خلفي ، مرجع سابق ، ص 166 .

شريكا في حين أن موانع المسؤولية و موانع العقاب لا تتعدى إلى غير من يتصف بها و لا يستفيد منها إلا من توافرت فيه .

04- أسباب الإباحة تعفي من قيام المسؤولية المدنية عن الأضرار التي سببتها الجريمة في حين أن موانع المسؤولية و موانع العقاب لا تعفي من قيام المسؤولية المدنية عن الأضرار التي تسببها الجريمة .[1]

المطلب الثاني: تقسيم أسباب الإباحة والأساس القانوني لها

سنتناول في هذا المطلب تقسيم أسباب الإباحة بالنسبة لأساسها الموضوعي والشخصي في الفرع الأول بعدها نذهب للأساس القانوني لأسباب الاباحـــــــــــــة في الفرع الثاني .

الفرع الأول: تقسيم أسباب الإباحة

تقسم أسباب الاباحة بالنسبة لأساسها إلى موضوعي و شخصي

ـــــ تقسيم أسباب الإباحة بالنسبة لأساسها الموضوعي:

- **أسباب الاباحة العامة:**

يقصد بها تلك الأسباب التي تنطبق على كل الجرائم، فتبيحها إذا ما توفرت شروطها فهي لا تتقيد بجرائم معينة، بل تبيح الفعل الذي يرتكب مهما كان وصفه في القانون، فيستفيد منها كل شخص توافرت في فعله الشروط التي يتطلبها القانون.[2]

1- زروقي آسيا ، **محاضرات مبدأ الشرعية الجنائية**، لطلبة السنة الأولى ماستر ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة غرداية ، 2022 ، ص 20 .

2- ولد عبد الرحمان هشام، **أسباب الإباحة وموانع المسؤولية الجزائية**، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون جنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2019-2020، ص7.

- **أسباب الاباحة الخاصة :**

هي تلك الأسباب التي تتوافر بالنسبة لجرائم معينة، وبالتالي فهي لا تنتج أثرهاإلا بالنسبة لهذا النوع المعين من الجرائمفهي تلك التي تتقرر بالنسبة لبعض الجرائم دون البعض الآخركإباحة القذف أثناء الدفاع أمام المحاكم و الجرح بالنسبة للطبيب في العمليات الجراحية ، و الزوج في تأديب زوجته ، و الأب في تأديب الإبن من قبل الولي [1].

ـــــ تقسيم أسباب الاباحة بالنسبة لأساسها الشخصي :

أ- أسباب الاباحة المطلقة :

وهي تلك الأسباب التي يمكن أن يستفيد منها أي شخص، ويسري أثرها على كل من ساهم في ارتكاب الجريمة سواء كان فاعلا أصليا أم شريك، ومثال هذه الحالة الدفاع الشرعي حيث يعتبر سببا مطلقا يستفيد منه كل شخص يتعرض لخطر الاعتداء على نفسه أو ماله[2].

ب- أسباب الإباحة النسبية :

وهي الأسباب التي ليس لها فعالية الا إزاء أشخاص معينين، إذا توافرت فيهم صفات معينة، مثال مزاولة مهنة الطب بحيث تسري الإباحة على من توافرت لديه صفة الطبيب في أداء أعمال جراحية، ولا يستفيد من هذه الأسباب إلا من يقرر له القانون ذلك، فإجراء الممرض للعمليات الجراحية يعتبر جريمة يعاقب عليها القانون .[3]

الفرع الثاني: الأساس القانوني للإباحة

تكمن العلة من الإباحة في انتفاء العلة من التجريم، فالقاعدة أن المشرع إنما يجرم من الأفعال ما يهدد الحقوق والمصالح الاجتماعية التي يرى ضرورة حمايتها[4]، فاذا تبين له ان

1-ماهية أسباب الإباحة و آثارها القانونية، منتديات ستار تايمز عبر الرابط:
https://www.startimes.com/f.aspx?t=37525783.-متاريخ الاطلاع يوم 2023/04/30م على الساعة 10:35

2- ولد عبد الرحمان هشام، **أسباب الإباحة وموانع المسؤولية الجزائية**، مذكرة تكميلية لنيل شهادة المرجع السابق، ص8.

3- خلود سامي عزارة آل معجون، **النظرية العامة للإباحة**، دار الفكر العربي، ص98.

4- عبد العظيم مرسي، مرجع سابق، ص 600.

فعلا من هذه الأفعال لا يؤثر في ظروف معينة على تلك الحقوق والمصالح، أو تبث له أنه وإن كان يضر ببعضها إلا أنه يكفل الحماية لغيرها مما يعد أولى بالرعاية منها، فإنه يغلب جانب الاباحة على جانب التجريم.

فالضرب والجرح كلاهما اعتداء على سلامة البدن، ومن حق المجتمع بل من واجبه أن يحافظ على سلامة أبدان أفراده وأن يجرم العدوان على هذا الحق[1].

غير أنه إذا وقع الفعل من طبيب على مريض لدرء علة فإن هذا الفعل في ظروف ارتكابه لا يعد عدوانا على سلامة البدن، بل هو على العكس من ذلك صيانة له مما يقتضي إباحته والطبيب كذلك الذي يعطي دواء لمريضه أو يكشف عورته أو يتسبب في إحداث عاهة له لا يعتبر مرتكبا لجرائم إعطاء مواد ضارة أو سامة أو جريمة هتك عرض أو إحداث عاهة مستديمة متى التزم بأصول مهنته وكان مرخصا له بممارستها، وكان قيامه بهذا العمل نتيجة لظروف معينة، والموظف الذي ينفذ حكم الإعدام فيمن حكم عليه والذي يعد فعله بحسب الظاهر فيه مساسا بحق الانسان في الحياة فانه يحمي حقا أخر هو من الناحية الاجتماعية أغلى وأهم وهو حق المجتمع في إقرار الأمن وتطبيق القانون وتنفيذ أحكام القضاء[2].

يمكن القول إن الفعل الذي يعاقب عليه في الأحوال العادية يكون مباحا في حالتين:

- **الحالة الأولى:** إذا أحاطت بالفعل وقت ارتكابه ظروف من شأنها دائما أن تعقمه وتجرده تماما من كل معنى من معاني العدوان، أي انتفاء الضرر الذي كان يمكن أن يلحقه بالحق أو بالمصلحة الجديرة بالحماية.
- **الحالة الثانية:** إذا وقع التعارض بين حقين اجتماعيين واستحال صيانة أحدهما دون الآخر، وكان ذلك الفعل يهدر أدنى الحقين قيمة، ففي هذه الحالة يفضل المشرع حماية الحق الأول عن الحق الثاني، مثل حالة الدفاع الشرعي إذ يقوم شخص بالاعتداء على

1- عبد الرحمان خلفي، ،مرجع سابق، ص 164.

2- محمد سامي الشوا، **شرح قانون العقوبات(القسم العام)**، دون طبعة، مطبعة جامعة المنوفية، 1996، ص 177.

نفس أو مال الغير، فلا يكون أمام المعتدي عليه سوى الدفاع عن نفسه في مواجهة المعتدي، فالمشرع هنا يفاضل بين حقيق حق المعتدي وحق المعتدى عليه ولا يملك سوى حماية حق الثاني ولو بالتضحية بالحق الأول[1].

عند وضع المشرع لنص تجريمي لابد و ان تكون لديه علة التجريم أقوى و أشد من علة الإباحة ، فإذا انتفت علة التجريم أو كانت مصلحة الإباحة أولى من مصلحة التجريم أباح السلوك، و إذا كانت الحكمة و العلة من نصوص التجريم هي حماية مصالح معتبرة للمجتمع أو الأفراد فإنها بعض الأحيان قد ترتكب في ظروف لا يصلح معها تطبيق نص التجريم لأن التطبيق لا يحقق في تلك الظروف الغرض المقصود منه و هو حماية مصلحة معتبرة

و يكون عدم القول بالتجريم أولى بالإعتبار و ما دامت فكرة التجريم تدور مع العلة وجودا و عدما كالمصلحة تماما في الأحكام الشرعية فإنه بذلك متى انتفت علة التجريم ابيح الفعل و أجيز و هذا الاساس يعد أكثر الأسس قبولا لدى الفقهاء و هذا لتماشيه مع علة الإباحة و اقتصاره عليها وحدها دون سواها .

المبحث الثاني: مصادر أسباب الإباحة و آثارها

من المعروف أن مصادر التجريم و العقاب تنحصر فيما يسمى بالتشريع والمتمثل في قانون العقوبات و القوانين المكملة له ، أما في أسباب الإباحة طالما اننا سنرجع الفعل إلى أصله يجوز للقاضي القياس و الإستناد إلى الشريعة الإسلامية و العرف لتقرير أسباب الإباحة حيثلا يعدهذا هدم أو خرق لمبدأ الشرعية .

المطلب الاول: مصادر أسباب الإباحة

قسمنا هذا المطلب إلى فرعين الفرع الاول تناولنا نصوص القانون و أحكام الشريعة الإسلامية كمصدر للإباحة و الفرع الثاني تطرقنا فيه لمصدري العرف و القياس

1- عبد الرحمان خلفي ، مرجع سابق، ص 165.

الفرع الأول: نصوص القانون و أحكام الشريعة الإسلامية

لقد وردت أسباب الإباحة في قانون العقوبات الجزائري في نص المادة 39 و 40 منه ، في الفصل الرابع من الباب الأول تحت عنوان الأفعال المبررة بحيث ورد في المادة 39 القسم الأول منها المتمثل فيما يأمر و يأذن به القانون و في نفس المادة في الفقرة الثانية ورد القسم الثاني منها و المتمثل في حالة الدفاع الشرعي ، أما المادة 40 فهي تكملة للقسم الثاني والتي تناولت حالة الدفاع الشرعي الممتاز [1].

و إذا أخذنا قانون العقوبات الجزائري على سبيل المثال نجد أنه حدد أسباب الإباحة في كل فعل يأمر أو يأذن به القانون او في حالة الدفاع الشرعي ، حيث نظمها المشرع الجزائري في الفصل الرابع من الباب الأول منه تحت عنوان " الأفعال المبررة " و ذلك في المادة (39 و 40) .

حيث نصت المادة 39 "على أن " لا جريمة :

1- إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون

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

كما تنص المادة 40 على ما يلي :

" يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع المشروع :

1- القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع الإعتداء 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.

1-عبد الرحمان خلفي ،مرجع سابق، ص 166.

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

و عليه فلا يجوز إضافة أي سبب آخر لهذه الأسباب التي وردت على سبيل الحصر لا المثال ففي البحث عن أي فعل يثور حوله التساؤل عما إذا كان من الأفعال التي تخضع لأسباب الإباحة أم لا يجب أن نحدد ما إذا كان الفعل يدخل ضمن ما حدده القانون كأسباب للإباحة ، أي أن يكون الفعل في نطاق ما يأمر أو يأذن به القانون أو حالة الدفاع الشرعي ، إذ في نطاق هاتين الحالتين فقط تكون الأفعال مبررة و يخرج منها ما تعدى هاتين الحالتين و عليه فلا يجوز القول بأن حالة الضرورة مثلا هي سبب من أسباب الإباحة إذ لا تدخل ضمن نطاق هاتين الحالتين [1] ، إذ نجد أن المشرع الجزائري لم يفرد نصا خاصا لحالة الضرورة ، فعبارة " **الضرورة الحالة** " التي نصت عليها المادة 39 الفقرة 2 من قانون العقوبات الجزائري و التي نصت على أنه " إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص او للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الإعتداء " هي التي خلقت لبس ، فالمشرع إذا أراد حقيقة إدراج حالة الضرورة في اسباب الإباحة ، كان قد نص عليها صراحة ضمن حالات أسباب الإباحة التي حصرها و حددها و المتمثلة في ما أمر و اذن به القانون و حالة الدفاع الشرعي في فقرة مستقلة من نص المادة 39 [2] .

و قد يكون مصدر الإباحة قانون الإجراءات الجزائية كما هو الحال بالنسبة للقبض على مرتكب جناية أو جنحة عقوبتها الحبس في حالة التلبس و إقتياده إلى أقرب مركز للشرطة (المادة 61 من قانون الإجراءات الجزائية) [3].

1 -عبد الله سليمان مرجع سابق ، ص 119 .

2- قشود مونة – منصور جوهر ، **حالة الضرورة بين أسباب الإباحة و موانع المسؤولية** ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص القانون الجنائي و العلوم – الجنائية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو 2019، ص 93.

3- زروقي آسيا،مرجع سابق ، ص 18 .

و قد يكون الدستور مصدر للإباحة كما هو الشأن في الجرائم القولية التي يرتكبها النواب أثناء ممارسة نيابتهم المادة 109 من الدستور[1].

كما قد يكون مصدر الإباحة القانون المدني كحق الدائن في حبس مال مدينه ، إذ لا يعد هذا التصرف جريمة خيانة الأمانة (المادة 200 من القانون المدني)[2].

و نجد أن قانون العقوبات قد حصر مواضيع أسباب الإباحة في نصوصه و عطل النص التجريمي عن العمل في كل فعل يدخل ضمن هذه المواضيع في القوانين الأخرى و حتى لا يجري المشرع وراء نصوص متناثرة هنا و هناك لا يمكن حصرها ، فإذا ما وجدنا نصا في القانون يبيح فعلا معينا وجب علينا رده إلى أحد المواضيع التي حددها النص في قانون العقوبات[3] .

لا تنحصر مصادر الإباحة في قانون العقوبات ، كما هو الشأن في نصوص التجريم أو تقرير العقوبات أو بيان أنواع التدابير ، ففي الإباحة يجوزالأخد بنصوص الشريعة الإسلامية ، كما ورد في قوله تعالى في شأن حق الزوج في تأديب زوجته " **فعضوهن واهجروهن في المضاجع و اضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا** " [4] ، و قوله تعالى في رد الإعتداء على المعتدي " **الشهر الحرام بالشهر الحرام و الحرمات قصاص ، فمن اعتدى عليكم فاعتدو عليه بمثل ما اعتدى عليكم و اتقو الله و اعلمو أن الله مع المتقين** "[5] ، كما وردت أحاديث كثيرة تدل على الإباحة و أسبابها في قوله عليه الصلاة والسلام"**من شهر على المسلمين سيفا فقد أطل دمه** "ولأنه باغ فتسقط عصمته ببغيه، ولأنه تعين طريقا لدفع القتل

1- المادة 109 " الحصانة البرلمانية معترف بها للنواب و لأعضاء مجلس الأمة مدة نيابتهم و مهمتهم البرلمانية و لا يمكن أن يتابعو أو يوقفو ، و على العموم لا يمكن أن ترفع عليهم أية دعوى مدنية أو جزائية أو يسلط عليهم اي ضغط بسبب ما عبرو عنه من آراء أو ما تلفظو به من كلام أو تصويتهم – خلال ممارسة مهامهم البرلمانية"

2- المادة 200 " من القانون المدني " لكل من إلتزمبآداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بإلتزامترتب عليه وله علاقة سببيةو إرتباطبإلتزام المدين " .

3- عبد الله سليمان، مرجع سابق ص 118 .

4- سورة النساء الآية 34 .

5- سورة البقرة الآية 194 .

عن نفسه فله قتله وقوله فعليهم ، وقول محمد في الجامع الصغير فحق على المسلمين أن يقتلوه إشارة إلى الوجوب، والمعنى وجوب دفع الضرر [1] ، كما أبيح الضرب التأديبي للصبي من طرف وليه (الأب أو من يقوم مقامه) ، لأن ضربه للتأديب مصلحة ، بحيث يستعان به في الحالات التي لم يرد بشأنها نص يعاقب عليه ، و تتمثل العلة من إباحة إستعمال حق التأديب من الوالد على إبنه فيما تقتضيه مصلحة الاسرة من تهديب أفرادها و تقويم سلوكهم على نحو تتحقق معه مصلحة المجتمع ككل [2]، و يظهر ذلك في قوله صلى الله عليه و سلم فيما رواه عبد الله ين عمر بن العاص " **مُرُوا أولادَكمبالصلاة وهم أبناء سبع سنين، واضربوهم عليها وهم أبناء عشرٍ، وفرِّقوا بينهم في المضاجع** "[3]

الفرع الثاني : القياس و العرف

في الإباحة يجوز القياس و ليس في ذلك تعطيل لمبدأ الشرعية حيث أننا لا نجرم فعلا مباحا أما بالنسبة للعرف فهو و إن كان لا يشكل مصدر للتجريم إلا أنه من الجائز أن يكون مصدرا لإباحة الفعل متى كان إستعمالا لحق ، و مثال ذلك إباحة الظهور بملابس الإستحمام على الشواطيءأو حمامات السباحة في حين أن هذا الظهور في الأماكن العامة يشكل جريمة الفعل الفاضح العلني ، كما أن العرف جرى على إباحة إستخدام بعض العنف في بعض الألعاب الرياضية ولا يشكل جريمة الضرب ، و قد يكون العرف محددا لنطاق الإباحة ، و هذا ما جعل أحد الفقهاء يقول بأن أسباب التبرير تكون قد وردت في القانون على سبيل المثال و ليس على سبيل الحصر إلا أن أغلبية فقهاء القانون الجنائي يرون أن أسباب الإباحة قد وردت في قانون العقوبات على سبيل الحصر لا المثال حتى إن جاز فيها الأخذ بالقياس أو العرف ، و حتى لا يجري المشرع وراء نصوص متناثرة هنا و هناك لا

1- جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي، **نصب الراية في تخريج احاديث الهداية** ، دار الحديث ، 1415 ه/1995 م، ط 1،ج 6، ص 349.

2- أمين مصطفى محمد ،**قانون العقوبات ، القسم العام ، نظر الجريمة** ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى 2010 ، ص 133 .

3- رواه أبو داوود ، **كتاب الصلاة ، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة** ، رقم الحديث 495 ، ج 1 ، ص 133 .

يمكن حصرها ، فإذا ما وجدنا نصا في القانون يبيح فعلا معينا وجب علينا رده إلى أحد المواضيع التي حددها النص في قانون العقوبات[1].

و يشترط في العرف كمصدر من مصادر الإباحة أن لا يتعارض مع قاعدة تجريمه ، ذلك أنه متى وجد نص صريح بتجريم سلوك معين فإنه لا يجوز الإعتداد بالعرف كأساس لتبريره و الإعتدادبالعرف في هذه الحالة فيه تعطيل لقواعد قانون العقوبات ، و الأصل أن هذه القاعدة وجدت لرعاية الصالح العام ، و من ثمة يتوجب إتباعها حتى و لو كانت مخالفة لما تعارف عليه الناس في بيئة معينة و لا ينقص من هذا الإلتزام تهاون السلطة العمومية في تطبيق أي نص من نصوص قانون العقوبات [2].

المطلب الثاني :آثار أسباب الإباحة

و قد قسمنا هذا المطلب إلى فرعين خصصنا الفرع الاول للآثار المترتبة على الإباحة و الفرع الثاني للآثار المترتبة على الجهل بالإباحة و الغلط فيها و حكم تجاوزها

الفرع الأول : الآثار المترتبة على الإباحـــــــــة

الفعل الذي يخضع لسبب الإباحة يعد فعلا مشروعا و يترتب على ذلك إعتبار كل من ساهم فيه كفاعل أصلي أو كشريك بريء بإعتباره قد ساهم في عمل مشروع أو مبرر [3] .

فعندما تعرض علينا واقعة تتوفر على سبب من أسباب الإباحة يحكم بإباحة الفعل لأن أسباب الإباحة ترفع الصفة التجريمية عن الفعل فيتحول من فعل جرمي إلى فعل مباح أو مشروع و من تم لا عقاب عن الأفعال المباحة أي خرج من دائرة التجريم و أصبح في دائرة الإباحة، هذا الأمر يخلق آثار قانونية في قانون العقوبات و هي :

1- عبد الله سليمان ،مرجع سابق ،ص118 .

2- زروقي آسيا ، مرجع سابق، ص192 .

3- عبد الله سليمان،مرجع سابق، ص 119 .

أولا : توفر سبب من أسباب الإباحة يجعل من الفعل الذي يعد في الحالات العادية جريمة فعلا مباحا ، أي الفعل الذي يشكل بحسب الأصل جريمة إذا ما أقترف في الظروف العادية إذا ما اقترن بسبب من أسباب الإباحة عد فعلا مباحا مما ينفي كل مسؤولية عنه و يحول دون توقيع أي جزاء على مقترفه ، سواء تمثل في عقوبة أو تدبير امن .

ثانيا : إنتفاء المسؤولية الجنائية في حالة توفر سبب من أسباب الإباحة يقود إيضا إلى إنتفاء المسؤولية المدنية ، إذ لا يمكن للشخص أن يعوض عن فعل يسمح به القانون و قد يامر به أحيانا او يرخص به في الكثير من الاحيان .

ثالثا: كقاعدة عامة يستفيد من أسباب الإباحة كل من ساهم في الفعل المقترن به بإعتبار أسباب الإباحة تنصب على الفعل ذاته لا على الفاعلين كونها أسباب موضوعية عينية لا ذاتية أو شخصية[1] ، كأن يجري الطبيب جراحة لمريض (الجراحة فعل مباح) ، فلا تقتصر الإباحة على فعل الطبيب وحده ، بل تمتد كذلك إلى فعل الذي ساعده .

يتأثر الشريك بالظروف المادية التي تتوافر لدى الفاعل الأصلي ، حيث يمتد تأثيرها إلى جميع المساهمين في الجريمة ، فاعلين كانو أو شركاء و لو كان الشريك جاهلا بها ، إذ أن هذه الظروف الشخصية مثلا إذا توافر مانع عقاب بالنسبة للفاعل فإن الشريك يظل خاضعا للعقوبة المقررة للجريمة المرتكبة ، ولكن الأمر يختلف إذا ما إقترن الفعل المرتكب بسبب من أسباب الإباحة ، حيث يصبح سلوكه مشروعا و بالتالي لا يصح القول بوجود مساهمة جنائية لأنه يتطلب أن يكون الفعل المساهم فيه غير مشروع كشرط للعقاب عليه ، سواء كانت المساهمة أصلية أو تبعية [2].

1- الرابط: https://www.startimes.com/f.aspx?t=37525783.-، تاريخ الاطلاع يوم 2023/05/03م على الساعة 20:15، مرجع سابق.

2- ولد عبد الرحمان هشام،**أسباب الإباحة و موانع المسؤولية الجزائية**، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر سنة 2020 جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم ص 52 .

الفرع الثاني : الآثار المترتبة على الجهل بالإباحة و الغلط فيها و حكم تجاوزها

أولا : الجهل بالإباحة

يقصد بالجهل بالإباحة أن يقوم شخص بإرتكاب فعل و هو يعتقد أن القانون يعاقب عليه بينما يكون هنا سبب من أسباب الإباحة يجهله و لما كانت أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية فهي تنتج أثرها و ترفع عن الفعل الصفة الإجرامية سواء علم الجاني بتوافرها أو جهل وجودها أي يتحقق الجهل بالإباحة عند توافر سببها و شروطها القانونية و لو لم يكن مرتكب الفعل على علم بذلك ، و مادامت أسباب الإباحة بهذه الصفة فإنها تنتج آثارها في إسقاط وصف التجريم عن الفعل بصرف النظر عما إذا كان مرتكب الفعل عالما أو جاهلا بها .

غير أن هذه القاعدة يرد عليها إستثناء لأنه في بعض الحالات تكون أسباب الإباحة مبنية على عناصر شخصية منها العلم كحالة إستعمال الحق للإباحة ، إذ يشترط فيه توافر حسن النية ، و لذلك فالجهل يحول دون توافرها إذ جعل القانون العلم من شروطها .

ثانيا: الغلط في الإباحة

يتحقق الغلط في الإباحة إذا توهم مرتكب الفعل توافر سبب الإباحة بكل شروطه في حين أن السبب غير متوفر ، إن الغلط في الإباحة هو الغلط في الوقائع ، إذ لا يتوافر الغلط إذا أخطأ الشخص في فهم القانون فالقانون لا يعذر بشأنه احد وقد إستقر الفقه أن الغلط في الإباحة لا ينفيقيام الجريمة إذ ما دامت أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية و مادية،فإنه يوجب توافرها في الواقع وليس في مخيلة الجاني .

غير أنه إذا كان الغلط في الإباحة لا يزيل الصفة الإجرامية عن الفعل إلا أنه ينفي القصد الجنائي و قد ينفي الخطأ غير العمدي و يحول دون توقيع العقاب ، و عليه فإن إعتقاد الجاني خطأ يتوافر أحد الوقائع التي تقوم عليها الإباحة ينفي عنه القصد الجنائي تأسيسا على

أن القصد الجنائي يفترض علما محيطا بعناصر الجريمة و بالتالي يحول الجريمة إلى جريمة غير عمدية [1].

ثالثا : حكم تجاوز الإباحة

لكي ينتج سبب الإباحة أثره لابد من تحقق جميع الشروط التي يتطلبها القانون ، و بالتالي فإن إنتفاء أحد هذه الشروط يؤدي إلى إنتفاء سبب الإباحة و ارتداد الفعل إلى وصفه الأصلي و هو الجريمة ، ورجوع الفعل إلى وصفه الأصلي لا يخرج من أحد الفرضيتين:

01- إذا كان تجاوز الإباحة راجعا إلى التعمد ، فمن يضرب إبنه ضربا مبرحا متجاوزا حدود حق التأديب فيؤدي إلى موته يسأل عن الضرب المفضي إلى الموت .

02- إذا كان تجاوز الإباحة نتيجة خطأ غير عمدي كأن يكون المتهم غير عالم بهذا الأمر بسبب خطأ في تقدير الظروف التي ارتكبت فيها الجريمة فإنه يسأل عن فعله بوصفه جريمة غير عمدية ، و مثال ذلك من يكون في حالة دفاع شرعي فيصوب سلاحه ضد المعتدي فيقتل شخصا يتصادف وجوده فإنه يسأل عن القتل الخطأ [2].

1-بوجلال لبنى ، **موانع المسؤولية الجنائية في التشريع الجزائري** ، مذكرة الماجستير في الحقوق تخصص علوم جنائية ، كلية الحقوق ، جامعة لخضر ، باتنة ، 2013 ، ص162-165

2- قشود مونة – منصور جوهر ، **حالة الضرورة بين أسباب الإباحة و موانع المسؤولية** ،مرجع سابق، ص 14 .

خلاصة الفصل:

قد يرتكب الشخص فعل مجرم ومنصوص عليه في قانون العقوبات و رغم ذلك لا يسأل جزائيا و سبب ذلك خضوع هذا الفعل لسبب من أسباب الإباحة المنصوص عليها في المادة 39 و 40 من ق ع ، لم يعطي المشرع تعريفا لأسباب الإباحة و إنما ذكر صورها المتمثلة فيما يأمر او يأذن به القانون و الدفاع الشرعي ، و لا يجوز إضافة أي سبب آخر لا يدخل في نطاق هذه الأسباب التي وردت على سبيل الحصر ، فلا يجوز القول أن حالة الضرورة سبب من أسباب الإباحة إذ لا تدخل ضمن نطاقها .

فأسباب الإباحة أو كما سماها المشرع الجزائري بالافعال المبررة هي " تلك الاسباب التي من شأنها إزالة صفة التجريم عن افعال سبق ان جرمها المشرع " أو هي " عبارة عن ظروف مادية تضاف إلى الفعل المجرم فتسحب عنه الصفة الجرمية و تضفي عليه الصفة الشرعية " .
تنقسم أسباب الإباحة بالنسبة لأساسها الموضوعي إلى عامة و خاصة أما بالنسبة لأساسها الشخصي إلى أسباب إباحة نسبية و أخرى مطلقة .

لا تنحصر مصادر الإباحة في قانون العقوبات فقط و إنما يجوز فيها القياس و الإستناد إلى العرف و قواعد الشريعة الإسلامية و إلى نصوص القوانين الوضعية لتقرير وجود سبب الإباحة ، فالقاعدة أن المشرع إنما يجرم من الأفعال ما يهدد الحقوق والمصالح الاجتماعية التي يرى ضرورة حمايتها، فالعلة من الإباحة تكمن في العلة من التجريم .

يعد الفعل الذي يخضع لسبب من أسباب الإباحة مشروعا و يترتب على ذلك إعتبار كل من ساهم فيه كفاعل أصلي أو شريك بريء ولا يسأل جزائيا ولا مدنيا و هذا بخلاف موانع المسؤولية و موانع العقاب .

الفصل الثاني

نطاق الاباحة في قانون العقوبات الجزائري

تمهيـــــــــــد:

بعد ما تعرضنا في الفصل الأول للاطار المفاهيمي لأسباب الاباحة و التي هي عبارة عن ظروف موضوعية تلحق السلوك الاجرامي فتمحو عنه الصفة الاجرامية، فتجعل منه فعلا مباحا،فهي أفعال تظهر فيها كل اركان الجريمة من (ركن مادي، ركن معنوي، العلاقة السببية) و مع ذلك يكون الفعل مباحا و لا يعاقب عليه، و في هدا الفصل نتناول نطاق الاباحة في قانون العقوبات الجزائري حيث ان المشرع الجزائر ينص عليها في الفصل الرابع من الباب الأول تحت عنوان **الأفعال المبررة** ،حيث ورد في نص المادة 39 منق ع ج أن أسباب الإباحة تتمثل فيما يأمر ويأذن به القانون والدفاع الشرعي، وفي المادة 40 تحدثت على حالة الدفاع الشرعي الممتاز وهي حالات خاصة محددة على سبيل الحصر.

فمن خلال نص المادتين يفهم ان المشرع الجزائري قد حصر أسباب الإباحة في ما أمر به القانون وما أذن به و في حالة الدفاع الشرعي.

وهدا ما سنتعرض له بالتفصيل في هدا الفصل حيث نتناول في المبحث الأول ما امر به القانون وما أذن به وأما المبحث الثاني نتناول فيه الدفاع الشرعي تعريفه وأساسه إضافة الى شروطه وحالاته.

المبحث الأول: ما أمر وأذن به القانون

بالرجوع الى النص القانوني نجد ان المادة 39 من قانون العقوبات لم تحدد الأفعال التي تشملها الاباحة إذا ارتكبت بناء على أمر القانون أو إذنه فقد جاء النص عاما شاملا بحيث يشمل جميع الأفعال التي تعتبر جرائم لو لم يأمر أو يأذن بها القانون فتنفيذ القانون وخاصة في تحقيق الجرائم ومتابعة تنفيذها تقتضي تدخل السلطة العامة بالتفتيش والحجز والاستجواب والاعتقال والسجن وبعد صدور الحكم بالإدانة.

وكلها اعمال تعتبر اعتداء على الحريات العامة لو لم يأمر أو يأذن بها القانون.[1]

وهذا ما سنتناوله في المطلبين المطلب الأول ما أمر به القانون والثاني ما أذن به.

المطلب الأول: ما يأمر به القانون

يقصد بأمر القانون جميع النصوص التشريعية، ويضاف إليها في بعض الحالات اللوائح، ويتخذ تنفيذ أمر القانون شكل التنفيذ المباشر كما يتخذ شكل استعمال السلطة الشرعيةلاختصاصها[2].

وتعتبر الأفعال التي أمربها القانون سواء مباشرة أو تنفيذ لأوامر السلطة أفعال المباحة. غير أنه وان كان التنفيذ المباشر لأمر القانون لايثير صعوبة، إلا أن تنفيذ أوامر السلطة الشرعية يثير بعض الإشكالات فيما يتعلق بشرعية الفعل المنفذ.[3]

الفرع الاول: تنفيذ ما امر به القانون

ان الأفعال في هذه الحالة تكون مجرمة نتيجة لتعارضها مع مصالح المجتمع، و لكن مع مرور الزمن و نظرا لمصلحة و منفعة المجتمع، يرى القانون ضرورة اباحتها فيأمر

1 – عبد الله سليمان, مرجع سابق ص 121.

2– ولد عبد الرحمان هيشام، مرجع سابق، ص25.

3- المرجع نفسه .

بتنفيذها، فتصبح هده الأفعال التي يأمر بها القانون افعالا مباحة لا تقوم بتوافرها الجريمة، لان امر القانون هو الذي عمل على اباحتها فيصبح كل فرد أو موظف ملزم بتنفيذها [1] .

وتكمن أسباب اباحة الأفعال التي يأمر بها القانون في النص القانوني في ذاته، فمن غير المنطقي أن يأمر القانون بفعل معين، ثم يجرمه بعد ذلك فإذا رأى المشرع ضرورة التدخل رعاية لمصلحة اجتماعية بتعطيل نص التجريم وتبرير الخروج عليه في حالة معينة، فإن ذلك يعني إباحته ضمن الشروط التي حددها القانون[2].

و من أمثلة ذلك ما يأمر به القانون ما ورد في قانون الصحة يأمر الطبيب بالكشف عن أي مرض معدي تم اكتشافه و مثال على ذلك فيروس كورونا الذي انتشر و بسرعة كبيرة في الجزائر مثلها مثل سائر بلدان العالم وتم تسجيل اول إصابة بتاريخ25 فبراير 2020 بالجزائر و كانت لرجل إيطالي[3]، او افشائه لسر مريضه ،رغم انه ملزم قانونا بموجب المادة 206 من القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها المعدل و المتمم .على وجوب التزام الأطباء بالسر المهني 3 فان قام الطبيب بذلك لا يعد مرتكبا لجريمة إفشاء سر المهنة طبقا لنص المادة 301 من قانون العقوباتفعمله في هذه الحالة يعتبر عملا قانونيا مباحا لان القانون قد امر به ، و هو ما نص عليه المشرع في المادة 54 من القانون السالف الذكر ،و التي امرت الطبيب بتبليغ المصالح الصحية عن كل مرض معد يقوم بتشخيصه حماية لصحة المواطنين ، و الا سلطت عليه عقوبات إدارية و جزائية[4] .

و الشاهد مطلوب منه الادلاء بشهادته المادة 89 من قانون الإجراءات الجزائية لا يرتكب جريمة إفشاء الاسرار او القذف و السب بحق المتهم عند الادلاء بشهادته و كذلك من علم بوجود خطط او أفعال لارتكاب جرائم الخيانة و التجسس او الجرائم التي من طبيعتها

1 – بوعلي سعيد، **شرح قانون العقوبات الجزائري**، دار بلقيس للنشر، الجزائر،2016 م، ص105.

2– خلفي عبد الرحمان ، **محاضرات في القانون الجنائي العام**، دار الهدى،2013 م، ص56.

3– **جائحة كورونا في الجزائر**، موقع وكيبيديا، عبر الرابط التالي : **wiki.https//ar.ma.wikipedia.org**، تاريخ الاطلاع يوم 2023/04/24م على الساعة 21:22 .

4– بوعلي سعيد، مرجع سابق، ص **105** .

الاضرار بالدفاع الوطني عليه ان يبلغ عنها السلطات العسكرية او الإدارية او القضائية فور علمه بها المادة 91 من قانون العقوبات حيت انه لا يتضمن دلك التبليغ جريمة افشاء سر المهنة المعاقب عليها بالمادة 301 من قانون العقوبات [1].

الفرع الثاني: تنفيذ الامر الصادر عن السلطة مختصة

ويدخل ضمن إباحة الأفعال بناء على أمر القانون، تنفيذ الامر الصادر عن سلطة مختصة، وذلك أن القانون يوجب على الموظف المرؤوس إطاعة رئيسه طبقا للتدرج التسلسلي في الوظيف العمومي وعليه فإن اطاعة المرؤوس لرئيسه ليست الا تطبيقا لما أمر به القانون.

ومن امثلة ذلك ان يقوم الموظف المختص وهو مأمورا قانونا، بتنفيذ حكم الإعدام في حق المحكوم عليه به بناء على أمر السلطة المختصة فلا يعتبر مرتكبا لجريمة قتل وفق لما تحدده المادة 254 من قانون العقوبات.[2]

كما أن تنفيذ أحد أعوان القوة العمومية أو ضابط الشرطة القضائية لأوامر قاضي التحقيق بإحضار المتهم جبرا عنه بطريقة القوة أو القاء القبض عليه طبقا لنص المادة 109 ق إ ج [3]لا يجعله مرتكبا لجرائم الاعتداء على الحريات الفردية طبقا للمادة 291 من ق.ع.ج التي تجرم الاعتداء على الحريات الفردية، لان العمل الذي قام به عون القوة العمومية أو ضابط الشرطة القضائية في مثل هده الحالة كان بأمر من القانون، فالقانون هو الذي ألزمه بإتيان هذا العمل الذي فقد بدلك طابعه الاجرامي، وهو ما نصت عليه المادة 13 من قانون الإجراءات الجزائية التي تأمر ضباط الشرطة القضائية بتنفيذ أوامر وطلبات جهة التحقيق.

1 -عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص**122** .

2 – المرجع نفسه.

3 – "يجوز لقاضي التحقيق حسبما تقتضي الحالة أن يصدر أمرا بإحضار المتهم أو بإيداعه السجن او بإلقاء القبض عليه. "

وتنفيذ مأمور المؤسسة العقابية لأمر حبس المتهم مؤقتا أو بإيداعه المؤسسة العقابية لا يعتبر مرتكبا لجريمة الحبس التعسفي المعاقب عليه قانونا طالما أنه ينفد أمر السلطة القضائية المختصة وفق لما يحدد لها في القانون في المادة 117 من قانون إجراءات الجزائية [1]

والمادة 5 و 12 من قانون رقم 05 -04 المتضمن تنظيم السجون و إعادة الادماج الاجتماعي للمحبوسين[2].

و قد يتطلب القانون أن تصدر أوامر السلطة بشكلية معينة فيجب مراعاتها .و مثال ذلك وجوب ان يصدر أمر الاحضار عن قاضي التحقيق كتابة (المادة 109 من ق إ ج)[3] ففي مثل هده الحالة يجب على عون القوة العمومية أن يتلقى أمر بالإحضار فليس له ان ينفذ بلا أمر الاحضار مدعيا أنه ينفذ امر القانون مباشرة ، كما لا يجوز له احضار المتهم بدون احضار كتابي مدعيا أنه تلقى الامر شفاهية فنص المادة 109 كان واضحا، إذ يجب أن يذكر في كل أمر نوع التهمة ومواد القانون المطبقة تاريخ الامر وهوية المتهم وتوقيع القاضي الذي أصدره ومهره بخاتمه. وهدا يعني أن مراعاة الشكل المطلوب قانونا هو أمر لازم لاعتبار أن الفعل مباح متى صدر الامر عن سلطة مخولة لإصداره قانونا، ونفذ من جانب الموظف المختص بتنفيذه حسب القواعد القانونية أيضا[4].

فيما يتعلق بالأمر الصادر عن السلطة المختصة كسبب من أسباب الاباحة فشرطه الأساسي ان تكون السلطة عمومية ومختصة، وأساسه الشرعي أن تنفيذ الموظف لأمر صادر اليه من رئيسه الإداري يعتبر انقيادا لما امر به القانون، على الا يكون الامر الصادر

1 – بوعلي سعيد، مرجع سابق، ص 106.

2 –قانون رقم : **05–04** مؤرخ في 6 فبراير سنة 2005، يتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة الادماج الاجتماعي للمحبوسين (ج .ر رقم 12 مؤرخة في 13–02–2005).

3– عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 123.

4– المرجع نفسه.

عن الرئيس الإداري غير شرعي لأنه في هذه الحالة لا يصلح كسبب للإباحة (ومثاله الامر بتعذيب محبوس)[1].

وعليه فكل ما قام به هؤلاء من أفعال كان بأمر من القانون مباشرة أو تم تنفيذ لأمر سلطة المخولة قانونا فهده الأفعال تعتبر أفعال مشروعة لا يترتب عليها أي مسؤولية جنائية أو مدنية ويشترط لإحداث إباحة الأثر الذي يرتبه القانون مايلي:

- ان تتوافر الصفة المطلوبة قانونا فيمن يقوم بالفعل (الموظف العمومي، الطبيب، الشاهد، القاضي، الضابط ...)
- يجب ان يرتكب الفعل تنفيذا للقانون مباشرة كأداء واجب يفرضه القانون أو تنفيذ لأمر من أوامر السلطة المختصة.
- ان تكون الغاية المبتغاة من أمر القانون أو من تنفيذه هي تحقيق المصلحة العامة والمثال على ذلك كأن يقوم قاضي التحقيق بحبس المتهم مؤقتا وفقا لما يقرره القانون[2]ومع توافر مبرراته المنصوص عليهافي الفقرة الأولى من المادة 123 مكرر من ق. إ.جلا ان يكون لغرض أخر كقصد الانتقام من المتهم[3]

المطلب الثاني: ما يأذن به القانون

هو سبب من أسباب الاباحة يطلق عليه في الفقه الجنائي العربي مصطلح " استعمال الحق ".

وهو كل فعل يأذن القانون بارتكابه، وبإباحته وتعطيل النص التجريمي عليه، فيكون المخاطب به حرا في القيام به أو تركه[4].

1- نجيمي جمال، **المبادئ العامة لقانون العقوبات الجزائري**، دار هومه للنشر والتوزيع – الجزائر ن2016 م ص 185.

2- بوعلي سعيد، مرجع سابق، ص 106.

3- المرجع نفسه.

4- المرجع نفسه، ص 107.

ويقصد بإذن القانون، "ترخيص القانون لصاحب الحق في استعمال حقه"، و لفظ القانون في نص المادة 39 من قانون العقوبات جاء شاملا ليتسع و يشمل كل قاعدة قانونية سواء كانت محددة في نص تشريعي أو قاعدة في الشريعة الإسلامية أو العرف[1]

ويكمن الفرق بين ما امر به القانون وما أذن به في أن الأول اجباري يجب القيام به بحيث يترتب على مخالفته المسؤولية الجنائية في حين ان الثاني يسمح للمخاطب بالقاعدة أن يستعمل رأيه الشخصي في القيام بالعمل أو الامتناع عنه، فإذا قام بالعمل فلا جريمة لان القيام بالعمل يأذن به القانون. ومثال على ذلك نص المادة 61 من ق.إ. ج " **يحق لكل شخص في حالات الجناية أو الجنحة المتلبس بها والمعاقب عليها بعقوبة الحبس، ضبط الفاعل واقتياده الى أقرب مأمور للضبط القضائي** ".

فقيام الشخص سواء كان موظفا أم غير موظف بهذا الفعل لا يعد جريمة احتجاز تحكمي للأشخاص أو مصادرة حريتهم في التنقل المكفولة بالدستور (المادة 41) والمعاقب عليها بالمادة 291 من قانون العقوبات[2]

فالإذن باعتباره سببا للإباحة قديكونمنالقانون بحدذاته ومن هذا القيد تفتيش منزل من طرف ضباط الشرطة القضائية بإذن من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق حسب المادة 44من ق.إ.ج وكذا القبض على المجرم من طرف العامة او أحد أعوان الشرطة القضائية في حالات الجنايات والجنح المتلبس بها حسب المادة 61 ق.إ.ج.

وقد نضيف إليه مانصت عليه المادة 308 ق.ع التي تبيح إجهاض الحامل إذاكان ضروريا لإنقاذ حياة الأم من الخطر.

وقد يكون الإذن من العرف الذي يبيح للأولياء ممارسة عن فخفيف على أولاده لتربيتهم وللمعلم تأديب تلميذه باستعمال العنف الخفيف حسب المادة 269 من ق.ع ويبيح

1- خلفي عبد الرحمان، محاضرات في القانون الجنائي العام، مرجع سابق، ص 87.

2- عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 124.

للطبيب القتل أوالعجز الدائم المترتب من جراء عملية جراحية وفقا لمبادئ فن الجراحة،

ويبيح لممارسي بعض الرياضات مثل الملاكمة والمصارعة استعمال العنف وفن قواعد اللعبة، وقد يكونالإذن من الشريعة الإسلامية أيضا سواءا عتبرناها قانونا أوعرفا لحق التأديب الذي يبيح العنف الخفيف الذي يمارسه الوالد على ابنه القاصر[1]

واذا كانت الشريعة الإسلامية تقرر أيضا للزوج حق تأديب زوجته، ولو بالضرب بشرط ألا يكون شديد اولا مبرحا وانما خفيفا لايحدث كسرا أوجرحا ولايترك أثرا ولاينشأ عنه مرض، فإن مثل هذا الحق لايمكن 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 يؤخذ بماهو مقرر في الشريعة الإسلامية إلا إذا كان متوافقا مع أحكام قانون العقوبات مثلما هو الحال مثلا بالنسبة لحق تأديب الصغار الذي لايعاقب عليه القانون حسب المادة 269 من قع[2].

ومن خلال ما تقدم ذكره سابقا يمكن القول ان الاعمال التي أذن بها القانون تنقسم الى قسمين و هي كالتالي:

- الحالات التي أذن بها القانون للموظف العام باستعمال السلطة تقديرية لمباشرة عمله.
- الحالات التي أذن بها القانون لممارسة أحد الحقوق المقررة.

وهذا ما سنقوم بتفصيله على النحو الاتي:

الفرع الاول: الحالات التي أذن بها القانون للموظف العام باستعمال سلطة تقديرية لمباشرة عمله

منح القانون للموظف العام سلطة تقديرية في مباشرة بعض أعمال وظيفته، وعليه فإذا قام الموظف بعمله ضمن هذه الرخصة المعطاة له من القانون فإن عمله لا يعد جريمة استنادا الى أن العمل مباح بإذن القانون ونجد احكام كثيرة في قانون الإجراءات الجزائية.

1 – قشود مونة –منصور جوهر، مرجع سابق، ص 19.

2 – المرجع نفسه، ص 20

و على سبيل المثال نذكر يجيز القانون لمأمور الضبط القضائي بالتفتيش (م 44ق إ ج) و الاطلاع على المستندات (م 45ق إ ج) و منع أي شخص من مبارحة مكان الجريمة ريثما ينتهي من إجراءات تحرياته (م50 ق إ ج) ....

وكل ذلك ضمن شروط يحددها القانون واتباع هذه الشروط لزم وضروري لاعتبار ان الفعل مباح واهمالها أو تجاوزها يجعل العمل غير مشروع.

فمثلا في عملية التفتيش المنازل يلزم القانون الضابط ان يجري تفتيش بحضور صاحب المنزل او من ينوب عنه او في حالة تعدر ذلك ان يتم بحضور شاهدين من غير الموظفين الخاضعين لسلطة مأمور الضابط القضائي وإلا اعتبر التفتيش باطلا طبقا لنص المادة(48) كما يجب ان تنفذ هده الاعمال بحسن نية وتطبيق الغاية التي يريدها القانون[1].

الفرع الثاني: الحالات التي أذن بها القانون لممارسة أحد الحقوق المقررة:

ومن تطبيقات ما يأذن به القانون استعمالا للحقوق المقررة قانونا نذكر الصور التالية:

حق التأديب، حق ممارسة الاعمال الطبية، وحق ممارسة الألعاب الرياضية.

غيرأنه لكي يستفيد صاحب الحق أثناء ممارسته لحقه من الإباحة، فإنه يجب عليه استعماله في الإطار القانوني المرسوم له، وهذا ما يقودنا إلى تحديدالشروط العامة لممارسة الحق كسبب من أسباب الإباحة، و هاته الشروط هي وجود الحق، والتزام حدود الحق، وتوافر حسن النية في ممارسة الحق[2] و هدا ما نتناوله كالتالي:

1- شروط ممارسة الحق كسبب للإباحة:

أ- وجودالحق:

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

1- عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 125.

2- ولد عبد الرحمان هيشام، مرجع سابق، ص 20

التأديب، كما أن حق الطبيب في العلاج هومصلحة المريض والمجتمع، ولا يشترط أن يكون مصدر الحق القانون، بل يمكن أن يكون مستمد من مصادر أخرى يعترف بها القانون.

ب- التزام بحدود الحق:

يجب على صاحب الحق أن يلتزم حدود الحق أثناء ممارسته، إذأن الحقوق ليست مطلقة من كل قيد، بل هي نسبية، ومن ثم يجب التأكد من دخول الفعل في نطاق الحق، ومحددا وفق لكل ما يتطلبه القانون من شروط .وقيود ممارسة الحق تتمثل في ممارسة الحق بواسطة صاحبه، وأن تكون الأفعال التي أتاها لازمة لممارسة الحق، وعليه سوف نحاول دراسة هذان القيدان[1]

أولا :أن يمارس الحق صاحب الحق

القاعدة أن ممارسة الحق يجب أن تتم من طرف صاحب الحق، حيث أن القانون قد يقرر الحق للشخص بذاته، فالطبيب لايقبل من غيره ممارسة الأعمال الطبية، غير أنه هناك حالات التي يرخص فيها القانون لصاحب الحق، التنازل عنه أونقله إلى الغير، فإنه يجب بحث كل حق لتحديد ماإذا كان المشرع يرخص نقله أم لا، ومثال ذلك حق الزوج في تأديب زوجته، هذاالحق الذي تقرّه الشريعة الإسلامية فهو غير قابل للنقل.

ثانيا :ممارسة الحق بأفعال لازمة

يجب أن تتم ممارسة الحق في الحدودالتي يسمح بها القانون، والا كانت هذه الأفعال غير مشروعة، ويتعلق هذا القيد من جهة بجسامة الأفعال، ومن ثم فحق التأديب لايبيح إلا الضرب الخفيف، إذ أنه إذا كان الضرب مشينا يكون بصدد التعارض بين مصلحتين يحمي القانون أجدر هما، وكل أثناء ممارسته يقتضي اتباع إجراءات معينة.

ج – توافرحسن النية

لكي تتحقق الإباحة يجب على صاحب الحق، أن يسعى التحقيق المصلحة الاجتماعية التي شرّع أوقرّر من اجلها، فالحقوق جميع اغائية (يعترف بها القانون لاستهداف أغراض

1 - ولد عبد الرحمان هيشام، المرجع السابق، ص 21.

معينة) فمثال هذه الحالة :استهداف الطبيب مثلا عرض تجربة على المريض وليس العلاج، فإن سوءالنية يتوافر وبتوافر يقع السلوك تحت طائلة العقاب[1].

بعدما تعرضنا للشروط العامة الواجب توفرها لممارسة الحق نأتي لتفصيل الحالات التي أذن بها القانون لممارسة أحد الحقوق المقررة

أولا –حق التأديب:

ان العلة في اباحة ممارسة حق التأديب هو تقدير المشرع لمصلحة الاسرة والمجتمع معا فمنح لبعض افراد الاسرة سلطة على بعضهم البعض مع اعطائهم الحق في توقيع الجزاء على من يخرج عليها واعتبارها حقا للمجتمع ترجح على الحق الخاضع لسلطة التأديب في سلامة جسمه والغاية من ذلك هي تهذيب من يخضع له واخضاعه على السلوك الذي يتفق مع مصلحة الاسرة والمجتمع[2]

1- بالنسبة لتأديب الزوجة:

قوله تعالى في سورة النساء (الآية 34) " **واللائي تخافون نشوزهن فعضوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن، فإن أطعنكم فلاتبغواعليهن سبيلا.**"[3]

لقدأباحت الشريعة الإسلامية حق تأديب الزوجة، وحددت شروط ممارسة هذا الحق و بحسب الآية ان ارتكاب الزوجة لمعصية لا يجيز للزوج اللجوء الى الضرب قبل استنفاذ جميع الإجراءات الخاصة بالتأديب و التي اقرتها الشريعة الإسلامية بداية من الوعظ تم الهجر و في الحالة الاستمرار يلجا الى الضرب كأخر حل بشرط ان لا يكون شديدا و مبرحا و ان تكون الغاية منه اصلاح حال الزوجة و ليس بداعي الانتقام فادا توافرت هاته الشروط كان الفعل مباحا و اذا تخلف احد هذه الشروط اصبح الفعل جريمة يعاقب عليها القانون المادة 264 من ق ع و ما يليها. [4]

---

1 – ولد عبد الرحمان هيشام، المرجع السابق، ص 22.

2– المرجع نفسه.

3 – سورة النساء الاية 34 .

4 –قشود مونة و منصور جوهر، مرجع سابق، ص 21.

1- **أما بالنسبة لتأديب الصغار:**

يسمح شرعا وعرفا للولي الشرعي أوالوصي حق التأديب الصغير بضرب خفيف لايترك آثار على الجسم وأن يكون باليد فقط دون استعمال العصا أوالسوط، وأن يتقي الفاعل المواضع المخوفة من الجسم كالرأس والوجه، وينطبق حق تأديب الصغار حتى على المعلم في المدرسة والمدرب في الرياضة والحرفي لمتعلم الحرفة[1]

ثانيا: حق ممارسة الأعمال الطبية

العمل الطبي عبارة عن نشاط يهدف إلى كشف العلة في المريض بغرض علاجه، وفي سبيل ذلك قد يعطي الطبيب للمريض مواد يتناولها أويجرى له عملية جراحية، [2]فهو في الأصل يمس الجسم، ولكن فعله هذا لايرتقي إلى مرتبة العدوان لأن غرضه الشفاء، ويشترط لإباحة العمل الطبي توافر الشروط التالية:

أ- أن يحمل الطبيب ترخيص قانوني لممارسة مهنة الطب.

ب– رضا المريض بالعلاج وبأي وسيلة يستعملها الطبيب لذات الغرض.

ت-إجراء العمل الطبيب غرضه العلا ج وليس لأهداف عملية كالتجارب.

أما بالنسبة لأخطاء الطبية فإن فشل العلاج لايعد قرينة قاطعة على خطأ الطبيب، فقد يفشل المعالج على الرغم من التزام الطبيب بالأصول والقواعد العملية للعلاج، وبالتالي فإن سلوك الطبيب يعتبر مشروعا و لوساءت حالة المريض أما إذا ثبت وجود خطأ مهني فإن الطبيب يسأل مسؤولية غير عمدية، كما أن الطبيب ملزم ببذل عناية الرجل الحريص وليس بتحقيق النتيجة ماعدا الجراحة التجميلية وعمليات التخدير اللتان يلتزم فيهماالطبيب بتحقيق نتيجة.[3]

1– خلفي عبد الرحمان ، محاضرات في القانون الجنائي العام، مرجع سابق ص 88.

2– قشود مونة ومنصور جوهر ، مرجع سابق ص 22.

3 – خلفي عبد الرحمان، محاضرات في القانون الجنائي العام، مرجع سابق ص 88 .

ثالثا :حق ممارسة الألعاب الرياضية:

نفترض بعض الألعاب الرياضية أن يقوم المنافس بالمساس بجسم منافسه عمدا مثل رياضة الملاكمة والمصارعة والجيدو والكاراتيه، وفي هذه الألعاب لاتقوم المسؤولية الجنائيةلأن قوانين الرياضة تبيح المساسب الجسم في حدود الالتزام بقواعداللعبة، ويترتب على ذلك خروج الفعل من نطاق التجريم، ولكي تتوافر الإباحة في الأفعال الرياضية لابد من توافر الشروط التالية:

أ –أن تكون اللعبة معترف بها قانونا.

ب –أن تكون أفعال العنف قدارتكبت أثناء المنافسة وليس خارجها.

ج –أن يلتزم اللاعب حدود قواعد اللعبة، فإن تجاوزها متعمدا سئل عن أفعاله[1].

المبحث الثاني: الدفاع الشرعي

المبدأ العام في القانون أنه لا يجوز للشخص أن ينتصف لنفسه بنفسه فإذا ما وقع عليه اعتداء وجب رفع الامر للسلطات المختصة لأنصافه و لكن هل يستقيم هذا المبدأ لو أن الشخص تعرض لخطر مبعثه فعل على وشك الوقوع في ظروف لا تسمح له بمراجعة السلطات المختصة في الوقت المناسب هل يترك الامر حتى تتحقق الجريمة أم يرد الاعتداء عن نفسه او عن ماله ؟

من المنطقي أن له في مثل هذه الظروف أن يرد الاعتداء قبل أن تتحقق الجريمة حفاظا عن نفسه و صونا لأمواله ,وهو ما ايده القانون بنصه : لا جريمة اذا كان الفعل قد دعت اليه الضرورة الحالة للدفاع عن النفس أو الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء.[2]

وتقتضي دراسة الدفاع الشرعي التعرض في مرحلة أولى لماهيته وأساسه القانوني وفي مرحلة ثانية لشروط قيامه وحالاته.

1– خلفي عبد الرحمان ، محاضرات في القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص 89 .

2 – عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 129.

المطلب الأول: تعريف الدفاع الشرعي وأساسه

الفرع الأول: تعريف الدفاع الشرعي

اختلف الفقهاء في تعريف الدفاع الشرعي اذ ان الدفاع الشرعي يعتبر الحالة الثالثة لأسباب الاباحة حسب قانون العقوبات الجزائري, و يعرف بالحق الذي يقره القانون لمصلحة المدافع باستعمال القوة اللازمة لرد و صد خطر أو اعتداء حال,يعتبر جريمة على النفس أو المال أو على نفس الغير أو ماله منصوص عليها في قانون العقوبات أو القوانين المكملة له.[1]

فقدعرفه الفقيه الفرنسي: "جاروا "بأنه استعمال القوة من أجل حماية مصلحة قانونية يريدالمعتد بإهدارها أو النيل منها"غير أن هذا التعريف انتقد كونه لايحدد بدقة عناصر.[2]الاعتداء وعناصر الدفاع، واقتصر على تحديد هدف الدفاع الشرعي.

أمابالنسبة للفقهاء العرب فقد عرفه محمدالسيد عبد التواب بأنه: "رد بقوة لازمة ومناسبة لاعتداء غير مشروع حال أو على وشكال وقوع"

ويلاحظ على هذا التعريف أنه أشمل كونه بين أركان الدفاع الشرعي والشروط المتطلبة فيها، وعرفه رمسيس بنهام بقوله:‹‹معناه أن يحرس الإنسان نفسه أوغيره حين لاتأتي حراسة البوليس››

كماعرفه محمد نجيب حسني بأنه‹‹استعمال القوة اللازمة لصد حال غير مشروع، يهدد بالإيذاء حقا يهبه القانون.››

أما محمود إبراهيم، فقدعرفه بأنه‹‹رفع اعتداء إجرامي على وشك الوقوع بدرء خطر عن نفس المدافع، أوعن ماله، أوعن غيره أوماله›› .[3]

نستنتج من التعريفات السالفة الذكر أن تعريف الذي جاء به محمدالسيد عبد التواب أهم من تعريف الفقيه الفرنسي" جاروا "لأن عبارته تشتمل على شروط نشوء الدفاع واستعماله،كما

1- بوعلي سعيد، مرجع سابق، ص 108.

2 - قشود مونة ومنصور جوهر، مرجع سابق، ص 24.

3- المرجع نفسه.

أن الحق الذي يحميه القانون يدخل في عمومه كل الحقوقالتي جاءت قوانين لحمايتها كحق الدفاع عن النفس والعرض والمال،وحق الدفاع عن الغير، في حين أن التعريف الذي جاءبه رمسيس بنهام لا يخرج عن مضمون التعريف الدكتور محمد السيد عبدالتواب.كما يعرفه أيضا الصديق أبوالحسن محمد بأنه‹‹حق الشخص في حماية نفسه أوماله من خطركل اعتداء غير مشروع، حال أو على وشك الوقوع بالقوة اللازمة المناسبة لردالاعتداء[1]››

يقصد بالدفاع الشرعي استخدام القوة اللازمة لمواجهة خطر اعتداء غيرمحق ولا مثار (غير مشروع)،يهدد بضرر يصيب حقا يحميه القانون إدا لم يكن باستطاعة المعتدى عليه التخلص من هذا الاعتداء.[2]

فالمشرع يرى أن المعتدي وقد صدر عنه أفعال تنطوي على خطر الاعتداء وعلى حق من الحقوق التي يحميها القانون فيمنح المتعدي عليه(أو المدافع)الحق فيصد هذا الخطر بالقوة اللازمة حتى لا يتحول إلى ضرر أومنع استمرار هذا الضرر إذا كان قد بدأ بالفعل دون تطلب تدخل السلطات العامة، أواللجوء إليه الحمايته[3].

وكما يقصد به رد اعتداء غير مشروع على مصلحة قانونية، فالقانون يحمي الحقوق والمصالح، وتتولى الدولة حماية حقوق الافراد من أي اعتداء عليها، ولكن القانون يرخص في نفس الوقت لمن يقع عليه اعتداء او يتعرض لخطر اعتداء حال ان يدفع هذا الاعتداء ويرده إذا استحال عليه الاستعانة بالسلطات، لأنه ليس من المنطقي أن يسأل المعتدى عليه جزائيا من رد عدوان وقع عليه في وقت لم تتمكن السلطات العامة ان تحميه.[4]

فالدفاع الشرعي هو الحق باستعمال القوة اللازمة الذي يقرره القانون لمصلحة المدافع لرد الاعتداء الحال عليه أو على ماله أو على نفس الغير أو ماله و على ذلك تكون ممارسة الدفاع الشرعي ممارسة لحق يقرره القانون و هو حق عام في مواجهة الناس كافة لا يجوز

1- قشود مونة ومنصور جوهر المرجع السابق، ص 25.

2- محمد صبحي نجم، **قانون العقوبات القسم العام**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،2008 م، ص 154.

3- ولد عبد الرحمان هيشام، مرجع سابق، ص 31.

4- خلفي عبد الرحمان، **محاضرات في القانون الجنائي العام**، مرجع سابق، ص 90.

رده و لا مقاومته و يرى بعض الفقهاء أن الدفاع الشرعي هو حق و واجب أيضا .أي أنه واجب اجتماعي (لا نعني به أنه واجب قانوني بحيث يترتب على عدم ممارسته جزاء جنائي) فمن يدافع عن حقه لمنع الاعتداء ,يساهم في فعالية القانون و الدفاع عن المجتمع لقد قال هيجل:" العدوان هو نقيض القانون و الدفاع هو نقيض هذا النقيض ,لأنه تطبيق القانون"[1]

يعرف الفقه الدفاع الشرعي بأنه " رخصة يخولها القانون لمن يتعرض لاعتداء تتوافر فيه شروط معينة باستعمال القوة الرد الاعتداء عنه قبل وقوعه أو الحيلولة دون استمراره. " والدفاع الشرعي بهذا المعنى هو أحد أسباب الاباحة والذي يقتضي أن كل شخص يتعرض لعدوان على نفسه أو ماله أو على نفس ومال الغير ان يدفع هذا العدوان ولو عن طريق ارتكاب جريمة إذا كانت هده الجريمة هي الوسيلة الوحيدة والملائمة لدرء هذا العدوان.[2]

كما عرف على أن" الدفاع الشرعي هو الحق الذي يقرره القانون لكل فرد يهدده خطر الاعتداء الحال والمحقق في ذرء هذا الخطر وصده بالقوة اللازمة." [3]

والدفاع المشروع اعترفت به التشريعات الحديثة، وكان كذلك في أغلب الشرائع القديمة، فشيشرون خطيب روما الشهير قبل الميلاد يرى أن الدفاع الشرعي أحدمبادئ القانون الطبيعي، التي عرفتها اليونان القديمة، وهو يمحو الجريمة عند الرومان، وكان يعفي من العقوبة في أوروبا المسيحية في القرون الوسطى، وقد نص عليه قانون الثورة الفرنسية الصادر في عام1810.[4]

كما أقرته الشريعة الإسلامية ويعرف في الفقه الإسلامي" بالدفع الصائل" أوالدفاع الشرعي الخاص. فالمعتدى صائل اسنادا الى قوله تعالى " **فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم** "، وما رواه عبد الله بن عمرو من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم " **من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد** "

1- عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 130.

2- خلفي عبد الرحمان، **محاضرات في القانون الجنائي العام**، مرجع سابق، ص91.

3- محمد علي سالم عياد الحلبي، **شرح قانون العقوبات القسم العام**، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2007م، ص 114.

4- ولد عبد الرحمان هيشام، مرجع سابق، ص 31.

وما رواه أبو هريرة عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أنه قال: " **لو ان أمرء أطلع عليك بغير حق فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح** "[1]

فالثابت أن الدفاع الشرعي بيحدر كل عدوان أيا كانت الجريمة التي يجسدهاهذا العدوان،وكماأن فعل الدفاع لاينحصر بالضرورة في ارتكاب إحدى جرائم العنف بل يتصور الدفاع بغيرها وان كان غالبا عملا أن يتم بإحداها،والواقع أنه تجدر التفرقة بين الطبيعة القانونية للدفاع الشرعي من ناحية وبين أساس تقريره من ناحية أخرى، فمن حيث الطبيعة القانونية فهو ذوطبيعة موضوعية تتعلق بماديات الفعل لابنفسية الفاعل، ومن هنا يعد سبب اللإباحة يرفع عن الفعل صفته الإجرامية، والدفاع الشرعي من هذاالمنظور يصبح حقا أوعلى الأقل رخصة لكن في الحالتين فإن تقدير قيامه وانتفاءه يتعلق بالوقائع لا بالجوانب الشخصية للفاعل،أما العلة من وراء تقدير الدفاع الشرعي أوأساس الأخذ به لشك أنها تتألف من اعتبارات عدة قد يكون الإكراه وكذا مبررات المصلحة الاجتماعية ومقتضيات المنطق والعدالة[2].

الفرع الثاني: الأساس القانوني للدفاع الشرعي

ان الدفاع الشرعي حق طبيعي مارسه الانسان منذ الازل البعيد وعبر العصور التاريخية الى يومنا هذا، وأقرته الشرائع القديمة، على أساس أن حق الانسان المعتدى عليه في الحياة أولى من حق المعتدي الاثم في حياته.

ولقد أخذت الشريعة الإسلامية بحق الدفاع الشرعي عملا بقوله تعالى " **فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم**"[3].

يرى بعض الفقهاء أن الدفاع الشرعي غريزي في جبلة الانسان وفطرته أن يمارسه، وبعضهم يعده حقا من الحقوق الطبيعية، ويرون أن دفع الاعتداء ليس حقا فقط ولكنه واجب

1- محمد صبحي نجم، مرجع سابق، ص 155.

2- ولد عبد الرحمان هيشام، مرجع سابق، ص 31.

3- الاية 194 من سورة البقرة.

إذا كان المعتدى عليه قادرا على الدفاع عن نفسه[1] وبعضهم يراه حقا اجتماعيا وتقتصر مهمة القانون على مجرد تنظيمه ووضع شروطه وحدوده، ويرى البعض أن سند الدفاع الشرعي هو الاكراه المعنوي، فالذي يشعر بأنه مهدد من جراء عدوان جائر عليه، يفقد حريته واختياره، ويتحرك بالغريزة وحدها. وقد عيب على هذا الرأي بأن المعتدى عليه، لا يفقد حريته، لانه يظل قادرا على الخيار بين أن يموت أو يقتل المهاجم، فيفضل إنقاذ حياته بقتل المعتدي.

ان حالة الدفاع الشرعي تمثل وضعا يتنازع فيه حقان، احدهما معتد و الاخر معتدى عليه، و يرى بعض الفقهاء ان الدفاع الشرعي ترخيص من القانون للمدافع لرد الاعتداء، وفرق بين الرخصة و الحق فالحق يقابله التزام مدين و ليست الرخصة كذلك، فأساس الدفاع الشرعي يرجع الى فكرة الموازنة بين المصالح المتعارضة للأفراد و إيثار مصلحة أولى بالرعاية تحقيقا للصالح العام، فالمصلحة العامة تتحقق بإيثار مصلحة المدافع في درء الاعتداء على مصلحة المعتدي، فتقلب عمل المدافع الى عمل مشروع[2] .

والرأي الراجح لدى جمهور الفقه هو أن طبيعة الدفاع الشرعي تختلف من حالة إلى أخرى وانه يدور بين الحقوال واجب والرخصة.

فإذا كان الدفاع الشرعي واقع على حق خالص للفرد فهنا يعتبر الدفاع حقا، امااذا المدافع ليس المعتدى عليه فإن لدفاع الشرعي يكون رخصة، أماإذاكان على المدافع الدّفاع عن الحق المعتدى عليه فإن الدفاع الشرعي يعتبر واجب اومثال هذه الحالة تدخل رجل الأمن إذا ماشهد جريمة توشك أن تقع على أي حق، فمن واجبه الدفاع عن هذاالحق وهنا يكون الدفاع الشرعي واجب.[3]

1– محمد علي السالم عياد الحلبي، مرجع سابق، ص115.

2– المرجع نفسه، ص 115 –116.

3– ولد عبد الرحمان هيشام، مرجع سابق، ص 32.

اما في القانون الجزائري فقد نص عليه المشرع ضمن المادة 39 الفقرة الثانية والتي أفادت انه فعل مبرر والمادة 40 من ق ع ج ومن خلال النصين نستنتج ان الدفاع مشروع بنص القانون وان للمدافع استعمال القوة في رد الاعتداء سواء كان عن نفسه او عن ماله او عن الغير.

المطلب الثاني: شروط الدفاع الشرعي وحالاته

الفرع الأول: شروط الدفاع الشرعي

لكي يتحقق الدفاع الشرعي لابد من توافر ركن العدوان سواء كان على النفس أوالمال المدافع أونفس أو مال غيره من الأشخاص، إضافة الى توفر ركن الدفاع إذ ان العدوان يتمثل في الجريمة لابد أن يتوافر على مجموعة من الشروط، وكذلك لابد من توافر شروط في ركن الدفاع لانتفاء علة التجريم عن فعل الدفاع، وتحديد هذه الشروط في كل ركن ومدى توافرها ضروري لتمكين المحكمة العليا من مراقبة توافر الدفاع الشرعي[1].

و هدا ما أكدته المحكمة العليا في قراراها و الذي جاء فيه " يشترط لتطبيق الدفاع المشروع توافر شرطين أساسيين يتعين على قضاة المجلس ابرازهما في قرارهما و هما ان يكون الاعتداء حالا و غير مشروع و ان يكون الدفاع لازما و متناسبا مع جسامة الاعتداء"[2]

لذا فإن الشروط المتطلبة في العدوان باعتباره إهدار لحق أوتهديد له يثبت حق المعتدي في استعمال القوة لرده.

ولفظ العدوان لايتعلق بالفعل في حدذاته وانما بالخطر الذي يهدد المعتدى عليه، ذلك أن فعل الدفاعي اتجه إلى الخطر لصده قبل أن يتحول إلى اعتداء فعلي، أما فعل الاعتداء

فالفرض فيه انه ارتكب فليس في الوسع إزالته وليس من حق المضرور منه أن ينتقم من مرتكبه، وانما كل ما له أن ينفي خطره. والخطر الواجب مواجهته وصده بفعل الدفاع، فهو اعتداء حال على حق يحميه القانون وعليه فإنه يجب توافر شروط[3]:

1- ولد عبد الرحمان هيشام ، المرجع السابق، ص 33، بتصرف

2 – قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1996/03/24 ، رقم : 120960 .

3- ولد عبد الرحمان هيشام، مرجع سابق.ص 33

هي أن يكون الخطر حالا، وأن يكون غير مشروع وان يهدد حق يحميه القانون.

1- الشروط المتطلبة في فعل العدوان

أولا-أن يكون العدوان حالا:

وهو شرط نجده في النص القانوني إذ بقول " الضرورة الحالة " فما معنى أن يكون الخطر حالا؟

يكون الخطر حالا عندما يصبح فعل الاعتداء على وشك الوقوع فهو ان لم يقع بعد فإنه متوقع ان يحدث فورا حسب المجرى العادي للأمور وقد يحل الخطر وذلك بوقوع فعل الاعتداء، ويستمر الخطر حالا ما دام فعل الاعتداء مستمرا لم ينته بعد.

ويعني ذلك أن فعل الدفاع المشروع هواما ان يكون الفعل الذي يواجه خطرا قائما نتيجة لاعتداء على وشك الوقوع، أو نتيجة لاعتداء وقع ولم ينته بعد.[1]

أ-الخطر الحال نتيجة لاعتداء على وشك الوقوع:

إذا صدر عن المعتدي أفعال تجعل وقوع الاعتداء امرا منتظرا على الفور حسب المجرى العادي للأمور كمن يرى خصمه يرفع عصاه بقصد ضربه او كمن يخرج سلاحه ويتهيأ بتعبئته بالرصاص أو يهم بتوجيه لكماته اليه يكون في موقف الدفاع حتى ولو لم يقع فعل الاعتداء.[2]

اما إذا كان الخطر مستقبلا كأن يتعرض شخص الى تهديد بالقتل بعد سنة من الزمن او في مناسبة قادمة او عند حدوث امر ما، فإن الشخص الذي يبادر الى القتل في هذه الحالة لن يكون في حالة دفاع شرعي، لأن الخطر كان بإمكانه تجنبه بغير وسيلة الدفاع, و هذا باللجوء الى السلطات العامة .

ولكن قد نستخلص من اجتهاد المحكمة العليا ما يوحي بجواز الاخد بالخطر الوهمي، حيث جاء في أحد قراراتها " لا يحتم حصول الخطر المطلوب درؤه فعلا بل يكفي خشية الخطر و الخوف من حصوله إذا كان لهذا الخوف أسباب معقولة، فلا يلزم في الفعل

1- عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 134.

2- المرجع نفسه،.

المتخوف منه و المسوغ للدفاع المشروع بصفة عامة ان يكون خطرا حقيقيا في حذ ذاته، بل يكفي أن يبدو كذلك في إعتقاد المتهم بشرط أن يكون هذا الاعتقاد مبنيا على أسباب معقولة، اذ ليس من الضروري ان ينتظر الشخص المهدد وقوع ضرر بالفعل كي يمكنه استعمال القوة، بل يجوز له استعمالها بمجرد أن يتحقق حلول الخطر.[1]

ب–وهي ان الاعتداء قد بدأ ولم ينته بعد:

أي ان الخطر لا يزال قائما، فهنا شرط الحلول يعتبر متوفرا وقائما، فيحق للمعتدي درء هذا الاعتداء بالدفاع عن نفسه او ماله أو نفس الغير أو ماله، بمنع الجاني من الاستمرار في عدوانه، كمن يضرب شخصا ضربة ويريد اشباعه بمزيد من الضربات، فهذا الخطر الحال مازال قائما يجيز الحق في استعمال الدفاع.[2]

كذلك تكون حالة الدفاع جائزة في مواجهة السارق الذي شرع في السرقة وقبل اتمامها، وضد من بدأ الضرب ولم ينهيه، وضد من طعن خصمه ويستعد لتوجيه طعنات أخرى.[3]

فإذا زال الخطر بوقوع الاعتداء وتحققه، كتوقف المعتدي على الضرب، لا يجوز للمعتدي عليه التذرع بحق الدفاع الشرعي، لان فعله يصبح نوعا من الانتقام وليس من قبيل الدفاع الشرعي فإذا ضرب شخص شخصا أخر وهرب بعد واقعة الضرب، فلا يجور للمعتدى عليه أن يتعقبه ليضربه بحجة الدفاع الشرعي.

أما إذا كانت الجريمة من الجرائم المستمرة، فإن اكتمال صورة الجريمة لا يحول دون القيام بالدفاع الشرعي، فحبس شخص دون حق يجيز له استعمال حق الدفاع الشرعي مهما استمرت مدة الحبس، وذلك ان الاعتداء يظل قائما والخطر الحال يظل مستمرا حتى تنتهي حالة الحبس[4].

ثانيا-أن يهدد الفعل بخطر غير مشروع:

1– قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ : 16–03–1981 ملف رقم : 46653 .

2 – بوعلي سعيد، مرجع سابق، ص 112.

3– عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 135.

4– المرجع نفسه.

ويكون الفعل غير مشروع إذا كان يهدد بوقوع نتيجة إجرامية معينة إذا تركت دون رد مناسب يحول دون تحقيقها أو استمرارها، فالمعتدي الذي يهم بضرب المعتدى عليه بالعصا يحقق بفعله جريمة الضرب، وإن استمرار الضربات ينشأ عنها حق للمعتدي عليه في الدفاع عن نفسه.

و يكون فعل العدوان غير مشروع حتى و لو كان الفاعل غير مسؤول جزائيا , اذ العبرة بأن يكون الاعتداء في حذ ذاته يهدد حقا يحميه القانون و ينذر بوقوع نتيجة إجرامية معينة.[1]

مثل الاعتداء الذي يقع من المجنون (المادة 47) من ق. ع أو صغير السن (المادة 49) من ق .ع و المكره و المضطر طبقا (للمادة 48) من ق .ع لان سلوك هؤلاء جميعا يعتبر جريمة رغم عدم قيام مسؤولية القائم به هدا من جهة و من جهة أخرى انه ليس باستطاعة المعتدي عليه التكهن بان المعتدي عديم المسؤولية ما لم يكن ظاهرا عليه , و منه يمكننا القول أن الاعتداء الذي يقوم به المجنون أو الطفل أو المكره يمكن ان يكون محلا لرد مشروع.[2]

و أما الخطر المشروع فلا يصلح كسبب لفعل الرد، ذلك لان مبعثه عمل من الاعمال التي تخضع لسبب من أسباب الاباحة التي يقتضي معها حق الدفاع الشرعي، فالمتهم المتلبس بالجريمة لا يعد في حالة دفاع شرعي ضد من يريد القبض عليه (م61) من ق إ ج.[3]

فالفعل المهدد بخطر اعتداء على مصلحة يحميها القانون مشروعا، كأن يصدر الاعتداء بأمر القانون او بإذنه، فان حالة الدفاع الشرعي في مثل هذه الحالة تنتفي وتطبيقا لذلك من يتعرض مثلا لأفعال ضرب يجيزها القانون كتأديب الاب لابنه، فليس لهذا الأخير أن يحتج بحالة رد الدفاع الشرعي.

1- خلفي عبد الرحمان، محاضرات في القانون الجنائي العام، مرجع سابق، ص 95.

2- بوعلي سعيد، مرجع سابق، ص 112.

3- خلفي عبد الرحمان، محاضرات في القانون الجنائي العام، مرجع سابق، ص95.

كما أن الشخص الذي أصدرت في حقه السلطة القضائية أمرا بقبضه ويقاوم تنفيذ هذا الامر، لا يكون في حالة الدفاع الشرعي[1].

على ان الخطر المشروع الذي ينبعث عن فعل من الأفعال المباحة توجب على مرتكب الفعل أن يلتزم حدود الاباحة، فإذا تجاوز هده الحدود انقلب الخطر المشروع الى خطر غير مشروع يمكن الاحتجاج به للدفاع الشرعي.[2]

و المثال على ذلك الأفعال الصادرة من قوات الامن أثناء القيام بأعمالهم، اذ ان اعمال قوات الامن قد تنطوي على بعض العنف، و هي أفعال تفتضيها ظروف العمل مع العلم انهم ممنوعون من الاعتداء أو التعذيب، وفي هذه الحالة يكون اعتداؤه ممشروع اولايحق للموقوف الدفاع الشرعي ضدهم،غيرأن الإشكالية تثار عند تجاوز عناصر الأمن لحدود صلاحياتهم واعتدئهم على المواطنين والمستوقفين دون مسوغ قانوني، فهل يحق لمن وقع عليهما لاعتداء في هذه الحالة ممارسة حق الدفاع الشرعي؟،الإجابة ببساطة هي بالإيجاب لأن رجال الأمن في الأخير ليسوا فوق القانون وتطبق أحكام الدفاع الشرعي في حقهم في حالة الاعتداء غير المبرر[3]،كذلك إذا دخل ضابط الشرطة أوقاضي التحقيق المنزل في غير الحالات المرخص بها قانونا فهل يحق للشخص الدفاع الشرعي؟

تبدو لأول وهلةأن مقاومة رجال السلطةلا تنطوي على مجردالاعتداء على شخصيتهم وانما تهددالأمن والنظام.

فبالنسبة للتشريع الجزائري من خلال المادة 135[4] ق ع ج تعاقب كل موظف دخل المسكن في غير الحالات المحددة قانونا، وعليه يحق مواجهتهم بالعنف، ولكن احتراما

1– بوعلي سعيد، مرجع سابق، ص 112.

2– عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 132.

3– بوقرين عبد الحليم، **الإشكاليات المثارة بشأن أحكام الدفاع الشرعي في التشريع الجزائري**، مجلة العلوم القانونية و السياسية، جامعة عمار ثليجي الاغواط، مجلد **10**، العدد **1** ،**2019**، ص 460.

4 – من القانون رقم **21** –**14** المؤرخ في **28** ديسمبر**2021** م، المعدل للأمر **66**–**156** المؤرخ في **18** صفر عام **1386** الموافق ل **8** يونيو **1966** المتضمن قانون العقوبات.

للسلطة وما يفترض من حسن نية موظفيها واجب الإنذار للموظف بطبيعة سلوكه قبل مواجهته[1].

ثالثا– أن يهدد الخطر النفس والمال:

يجيز القانون بنص المادة 39 من ق.ع.ج الدفاع عن النفس أو المال فلم يحدد جرائم بعينها دون أخرى، مما يعني وجوب ان يؤخذ النص بمعنى عام وشامل. فكل الجرائم التي تقع على الأشخاص تجيز أفعال الدفاع الشرعي. فلا فرق بين الجرائم التي تقع على الاجسام (الضرب والجرح والقتل) او الجرائم التي تمس العرض او الشرف او الاعتبار. وكذلك بالنسبة للجرائم التي تقع على الأموال، فكلها جرائم تبيح فعل الدفاع الشرعي.

و قد توسع النص فأجاز للشخص أن يدافع عن نفس الغير و عن مال الغير كما يدافع عن نفسه و عن ماله ، بدون شروط[2].

ويمكن طرح بعض الإشكالات التي تثار فيما يخص الدفاع عن الغير وماله فيستوي أن يكون هذا الغير عاقل أوغير عاقل على قيدالحياة أوميتا فالدفاع على جثة ميت من التشويه يعد من قبيل الدفاع الشرعي لمنع وقوع جريمة. كمايشترط المشرع أن يقع الاعتداء على مال مملوك للشخص، ويقصد بالمالك لشيء ذا قيمة اقتصادية ويجيز القانون التعامل به، ومن هنا يستطيع الانسان أن يدافع عن أمواله المنقولة والعقارية، ولكن هل يمكن للشخص أن يدافع على أشياء لاتعد مالا أوتعد مالاغير مشروع؟[3] لاشك أنه يخرج من مفهوم المال الأموال غير الشرعية كالمخدرات والأموال المسروقة، كما يخرج عن مفهوم المال الأشياء التي ليس لها قيمة وعلى هذا الأساس لايحق للشخص حق ممارسة الدفاع الشرعي[4]. كما يجوز للشخص استعمال حق الدفاع الشرعي إذا وقع الاعتداء على مال مملوك للغير، كأن يحاول الجاني سرقة شخص ما فيأتي شخص آخر ويدافع عنه للحيلولة دون سرقة ماله،

1– ولد عبد الرحمان هيشام ، مرجع سابق، ص 38 .

2– عبد الله سليمان ، مرجع سابق، ص 135.

3– بوقرين عبد الحليم، مرجع سابق، ص 461 .

4– المرجع نفسه.

ولكن هل يقصد بالغير الشخص الطبيعي أويدخل ضمنه الشخص المعنوي؟،في رأينا مصطلح الغير يحمل المعنيين الطبيعي والمعنوي فالمال المملوك للغير لايقصدبه فقط ذلك المملوك للشخص الطبيعي، وإنما كذلك المال المملوك للشخص المعنوي، فيجوز للشخص أن يدافع عن أموال الدولة أوالولاية أوأي شخص معنوي في حالة الاعتداء على ماله[1].

بالنسبة للمشرع الجزائري، لم يحصر الجرائم الواقعة على النفس الذي تتيح الدفاع الشرعي والرأي متفق على أن تعبير جرائم النفس لايقتصر فقط على أفعال العنف التي تقع على جسم المجني عليه وهكذا تشمل جرائم النفس:

-العدوان على الحق في الحياة وسلامة البدن كالقتل والجرح والضرب والإجهاض.

-العدوان على الحق في الحرية كالخطف والقبض والحبس بدون وجه حق.

-العدوان على الشرف والاعتبار.

-العدوان على حرية الحياة الخاصة كانتهاك حرمة المنزل والسرقة الموصوفة.[2]

-العدوان على الحق في العرض كالاغتصاب.

فالمشرع الجزائري نص على الدفاع الشرعي وجعله يشمل النفس والمال، لكننا بالعودة إلى جرائم الواقعة على المال على سبيل الحصر وجرائم الواقعة على النفس فإننا نلاحظ في نص المادة279 من ق.ع.ج ،أن الدفاع الشرعي عن العرض بمقتضى هذه المادة غير متوفر حيث من حال مشرع الجزائري للمعتدي في جريمة الزنا في حالة قتله للزوج المتلبس بالزناعذر مخفف للعقاب، والواقع أن هذا النقص باعتبار أن المشرع الجزائري نقل المادة عن التشريع الفرنسي الذي لم يعطي الأهمية الكبيرة للعرض بالقدر الواجب إعطاؤه في مجتمعنا الإسلامي[3].

كما ثار خلاف حول جرائم رد الاعتبارمثل السب والقذف، فانقسم الفقه إلى منكر للدفاع الشرعي ضد هذه الجرائم بحجة أنها جرائم مجردة من القوة المادية فلايجوز استعمال

1- بوقرين عبد الحليم ،المرجع السابق، ص 461 .

2-ولد عبد الرحمان هيشام، مرجع سابق، ص 41.

3- المرجع نفسه.

الدفاع الشرعي لدرئه كما أن هي أتتم امابعد تمامها فيكون انتقاما، لكنها نتقد باعتباره أضاف شرط القوة المادية للدفاع الشرعي.

وهنا كمن أجاز الدفاع الشرعي في هذه الجريمة وحجتهم أنه إذا استرسل المعتدي في السبب والقذف فيقتضي الأمر التدخل لمنعه من المواصلة لعدوانه، كمن يقرأ في خطبة مكتوبة أويدير اسطوانة تحتوي على ألفاظ ماسة بالشرف. والواقع أنه يمكن اللجوء إلى الدفاع الشرعي إذالم تنته الجريمة، كما أنه يمكن إذا واصلت الجريمة، إتلاف الوسائل التي يستخدمها المعتدي في عدوانه أوبضرب المعتدي أوبإغلاق فمه، فهذه كلها وسائل دفاعية لدرء العدوان المتمثل في السبب والقذف[1].

2-الشروط المتطلبة في فعل الدفاع:

إذا توافر في فعل المعتدي الشروط التي ذكرناها ووجد المعتدى عليه نفسه أمام خطر داهم أو خطر قائم، حق له استعمال القوة اللازمة لدفع الخطر. واستعمال القوة اللازمة لصد العدوان يفيد أن القانون أباح للمعتدى عليه القيام بأفعال هي أصلا من قبيل الجرائم المنصوص عليها بالقانون كحالة احتياطية، ولذا وجب على المدافع أن يقدر هذه الحقيقة، فلا يستعمل حقه في الدفاع إلا في حدود ما يلزم وبالقدر المناسب لدرء الخطر، فالقانون أباح الفعل لرد الاعتداء وليس للانتقام.[2]

الدفاع هو رد الفعل الفردي عن العدوان، ومن ثم تطرح مشكلة تحديد أفعال الدفاع التي يدرأ بها الخطر ولا يهتم قانون العقوبات بفعل الدفاع إلاإذا كان مشكلا في حدذاته بجريمة من حيث انه تطبيق المبدأ الشرعية، فإذاكان الفعل مجردا من الصفة الإجرامية فلا حاجة للبحث في شروطه. وعليه فطبيعة أفعال الدفاع إذا رجعنا إلى نص المادة 2/39 من ق.ع.ج نلاحظ أن المشرع لم يحدد أفعال الدفاع بل اكتفى بالقول" إذا كان الفعل "ولفظ الفعل يشمل الأفعال الإيجابية والأفعال السلبية.

-فالأفعال الإيجابية قد تكون في الغالب،الضرب والجرح والقتل أوبأعمال أخرى كإتلاف

1- ولد عبد الرحمان هيشام ، المرجع السابق، ص 42.

2- عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 136.

وتقييد حريته المعنوي.

-أماالأفعال السلبية كأن يتلقى المتعدي عليه الضربات على درع يحتمي به فيؤدي إلى تحطيم الآلة المستعملة في الضرب، وقد يكون الدفاع عن طريق الامتناع من يعتدي على غيره فيها جمع كل بهذا الأخير في تركه لحين إصابته بجروح، فالقانون أباح فعل الدفاع لرد الاعتداء وليس للانتقام، على ذلك تتحدد شروط فعل الدفاع في شرطين :اللزوم والتناسب[1].

أولا-ان يكون فعل الدفاع لازما:

ويعني هذا الشرط أن يكون فعل الدفاع لازما أي ضروريا لرد الاعتداء فإذا كان بإمكان المدافع رد الاعتداء بفعل لا يعد جريمة، فليس له الالتجاء الى أفعال مجرمة للدفاع الشرعي ومثال ذلك أن يكون باستطاعة المدافع أن يجرد خصمه من سلاحه الذي هدده به دون تعريض نفسه للخطر، ففي هذه الحالة لا يجوز له استعمال الدفاع الشرعي بقتل خصمه أو ايذائه فهذا يعد من قبيل الانتقام لا درء الخطر. وعلى ذلك فإن اللزوم يعني أن يكون فعل الدفاع هو الطريق الوحيد أمام المدافع للتخلص من الخطر.[2]

ولقد تار التساؤل فيما يخص استطاعة المدافع الهرب من المعتدي ولكن لم يفعل او رفض الهرب ولجأ الى حقه في الدفاع عن نفسه فيجوز له ذلك، لان الهرب يعرضه للإهانة والسخرية ويكون في موضع الجبناء والقانون لا يفرض على الناس أن يكونوا كذلك.

لكن الهرب قد يكون في بعض الظروف غير مشين، ومحل ذلك ان تبرره اعتبارات تنفي عنه دلالته على الجبن، وفي هده الحالة يتعين على المهدد بالخطر ان يجأ اليه ويحظر عليه استعمال العنف ضد المعتدي اذا لم يعد الدفاع لازما، و مثال ذلك ان يتعرض شخص لاعتداء صادر عن مجنون أو صادر عن اب أو ام في غير حالات التأديب، او عن أخ أكبر إذ لا يكون في الهرب ما يشين المهدد بالخطر. [3]

1- ولد عبد الرحمان هيشام، مرجع سابق، ص 42.

2- عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 136.

3- محمود نجيب حسني، **شرح قانون العقوبات القسم العام**، دار النهضة ،**1962**، ص 229.

فإذا ثبت ان فعل الدفاع كان المخرج الوحيد لتجنب الخطر أعتبر فعلا مشروعا بشرط أن يتوجه لمصدر الخطر للتخلص منه. وعلى ذلك لا يجوز للمعتدى عليه ان يترك مصدر الخطر ويوجه فعله الى شخص أخر لا يصدر عنه الخطر. فمن يهاجمه شخص ما لا يجوز له ان يوجه رده الى شخص اخر، ومن يهاجمه كلب لا يجوز له ان يوجه فعله ضد مالكه، بشرط ان لا يكون صاحب الكلب هو الذي يوجهه ويملك زمامه[1].

ثانيا–ان يكون الدفاع متناسبا مع الاعتداء:

وهو الشرط الذي أوردته المادة 39 من قانون العقوبات بقولها " يشترط ان يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء ". ويعني التناسب ان يكون فعل الدفاع متناسب مع فعل الخطر فيكون بالقدر الدي يدرأ او يدفع به المدافع الخطر عنه او عن غيره، أي يجب ان يكون رد الاعتداء متناسب مع جسامة الاعتداء، فيتعين الا يكون الأذى الذي أصاب المعتدي بدون تناسب مع الأذى الذي كان المدافع عرضه له وأراد تجنبه.

وينظر الى التناسب من خلال ما إذا كانت القوة التي استعملت لدفع الخطر قد جاءت مناسبة له، فلا يشترط ان تكون هده القوة مطابقة تماما لفعل الخطر، بل يقصد به ان تكون هده القوة قد تجاوزت القدر اللازم لدرأ الخطر، كما لو تلقى شخص لطمة على وجهه فيقابلها بالقتل العمدي، فهنا لا يكون الشخص في حالة الدفاع الشرعي.

كما ان التناسب لا يعني المساواة الحسابية بين الضرر الذي تعرض له المدافع وردة فعله. اذ لا يوجد ما يمنع من إنزال ضرر بالمعتدي اشد مما كان ينوي احداثه، كما لو حاول شخص اغتصاب او اختطاف فتاة فقتلته، فالفتاة هنا تكون في حالة دفاع شرعي.[2]

وفي كل الأحوال فان مسالة التناسب من حيث وجوده ومداه تختص بها محكمة الموضوع. فللقاضي ان يعتبر نفسه هذا الشخص فيضع نفسه موضع المدافع ويتساءل عما اذا كان يرد الخطر بالفعل الذي التجا اليه المدافع ام انه كان يلجا الى أفعال اقل جسامة.[3]

1– عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 137.

2– بوعلي سعيد، مرجع سابق، ص114.

3– محمد صبحي نجم، مرجع سابق، ص 180.

حيث يتم الاعتماد في تقرير مدى وجود تناسب فعلي الخطر والدفاع المشروع الى المعيار الشخصي، وهو معيار تدخل فيه مجموعة من الاعتبارات تتعلق بخطورة الاعتداء والحالة النفسية للمعتدي عليه (المدافع)، وقوته وجنسه، وزمان ومكان الاعتداء والوسائل المتاحة له لرده.

وفي حالة ما إذا كان الدفاع غير متناسب مع الاعتداء، نكون في وضعية تجاوز الدفاع الشرعي، ومن تم يستبعد الدفاع الشرعي فيترتب عليه انتفاء التبرير والإبقاء على الفعل كجريمة، يتوقف وصفها بأنها عمدية مقصودة او غير مقصودة على مدى توافر القصد الجنائي لدى الجاني، ففي هذا السياق قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 23 سبتمبر 2003، بعدم توافر شرط التناسب في قضية تتلخص وقائعها في اطلاق النار من قبل شخص على اخر بدعوى أن هذا الأخير تهجم عليه و ضربه بكماشة.

و جاء في قرار المحكمة العليا " تختص الضرورة الحالة للدفاع تبرير عدم وجود طريقة او وسيلة لتفادي المواجهة و اللجوء لرد الاعتداء " و هذا في القضية الموالية حيث أن الضحية كان يحمل مفتاحا " كليمونات " بينما المتهم استعمل مسدسه و اطلق ثلاث طلقات نارية و كان بإمكانه تفادي المفتاح أو تفادي مواجهة الضحية و طلب النجدة ان استعمال السلاح الناري ثلاث مرات على شخص مريض عصبيا لم يكن ملحا كما يتجلى من اقوال الأطراف و الشهود حيث ذكر القرار المطعون فيه لتاسيس منطوقه أن المتهم كان في حالة دفاع شرعي عن نفسه و ان استعماله لمسدسه كان سبب الضرورة الملحة و لم يكن له الخيار في ذلك مما يجعل تطبيق المادة 40 من قانون العقوبات مبررا و ان ما قام به المتهم هومن ضمن حالات الدفاع الشرعي.[1]

[1] – قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ : 2003/09/23 رقم الملف 316770 .

غير ان إضفاء صفة عدم المشروعية على فعل الدفاع لا يمنع مرتكب الاعمال الاجرامية من التحجج بالإكراه المعنوي للإفلات من العقاب او التمسك بعذر الاستفزاز للاستفادة من تخفيف العقوبة.[1]

الفرع الثاني: حالات الدفاع الشرعي الخاصة او الممتازة

لقد سبق لنا القول أن المشرع الجزائري قد نظم الدفاع المشروع بأسلوبين مختلفين حيث تناولت الفقرة الثانية من المادة 39 من قانون العقوبات، الدفاع الشرعي في أحواله العادية كما أشرنا اليه سابقا، أما المادة 40 من نفس القانون، فقد تناولت أحواله الخاصة، و التي تحكم بقواعد خاصة غير تللك المطبقة على الدفاع الشرعي العادي طبقا للمادة 39 يطلق عليها الحالات " الممتازة للدفاع الشرعي " [2] فجاء نص المادة 40 من (ق.ع) كما يلي:

" يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع المشروع:

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

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

وعليه طبقا لنص المادة أعلاه، أجاز المشرع للمدافع الاستفادة من قرينة الدفاع الشرعي في ثلاثة حالات هي:

- دفع اعتداء واقع على حياة الشخص او سلامة جسده.
- 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 او النهب بالقوة.

1- بوعلي سعيد، مرجع سابق، ص 114.

2- المرجع نفسه، ص 115.

وتسمى بالحالات الممتازة لأن مرتكب الفعل لايكون ملزما بإثبات توافر شروط الدفاع الشرعي، وانما يكتفي فقط أن يرتكب الفعل أثناء الليل وأثناء التسلق أويكون الفعل لمواجهة مرتكبي السرقات بالقوة.

فالمادة40من ق.ع أنشأت قرينة قانونية على توافر الدفاع الشرعي مفادها بأن من يدافع عن شخصه أو حرمة مسكنه من أي اعتداء حدث ليلا هو في حالة دفاع شرعي، و كذلك فإن فعل الدفاع عن النفس أو الغير هو دفاع شرعي دائما إذا كان ضد مرتكبي السرقات او النهب بالقوة.[1]

و عليه فإن وجود هذه القرينة جعل المدافع في مركز أقوى من موقف المدافع الذي يخضع للشروط العامة بحسب نص المادة 39 ق.ع.[2]

و حتى يستفيد المدافع من هذه القرينة وجب أن يتقيد بالشروط التي وردت في نص المادة 40 من ق.ع .ج ، وتتخد صورتين:

الصورة الأولى: الدفاع بالقوة ضد المتسلل ليلا إلى المنازل

و تفترض هده الصورة مشاهدة صاحب المنزل شخص غريب يحاول الدخول ليلا الى منزله المسكون أو أحد ملحقاته، عن طريق وسائل غير عادية للدخول كالتسلق او كسر الحواجز أو الحيطان، مما قد يثير الخوف لدى صاحب المنزل من خطر شديد يهدده، فيؤدي به الى إتيان أفعال القتل أو الضرب أو الجرح لدرأ هذا الخطر الذي يتربص به و يشترط لتبريره مايلي [3]:

- الشرط الأول: أن يكون الدخول الى المسكن أو أحد توابعه.[4]
- الشرط الثاني: أن يتم الدخول ليلا.

1- عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص138.

2- المرجع نفسه.

3- بوعلي سعيد، مرجع سابق، ص 116.

4-و يعتبر مسكنا كل مكان مخصص للسكن مهما كانت طبيعته (منزل،دار، خيمة ...) و كل ما يتصل به من توابع و يقصد بها كل ما اتصل بالمسكن (مخازن ، حيطان ، اسطبلات ....) وجميع المباني التي توجد بداخله من اسوار وسياج سواء كان المسكن مأهولا أو غير مأهول.

المشرع الجزائري في قانون العقوبات لم يحدد من اين يبدأ ظرف الليل ومن اين ينتهي، مما يفهم منه أنه ترك الامر لقاضي الموضوع لتحديده وفق كل حالة، ويعتبر القيام بالفعل ليلا دليلا على مدى خطورته وسوء نية صاحبه،لما يوفره الليل من إمكانية المعتدي لتنفيذ غرضه.

- الشرط الثالث: ان يتم الدخول بوسائل غير عادية كتسلق الحواجز والحيطان او مداخل المنازل أو الكسر.
- الشرط الرابع ان يكون الدخول بغرض ارتكاب جريمة أي ان التسلق كان بغرض ارتكاب جريمة مع وجود الظروف التي تبرر الاعتقاد بأن المعتدي ينوي ارتكاب جريمته.

الصورة الثانية: الدفاع بالقوة عن النفس أو الغير ضد مرتكبي السرقات باستعمال القوة.

وتفترض هده الصورة ان يفاجئ صاحب المال بسارق يحمل سلاحا أثناء الشروع في السرقة، فيضطر صاحب المال الى الدفاع عن طريق القتل او الجرح أو الضرب ويشترط لتبرير هده الحالة ان يتم الدفاع عن النفس أو الغير ضد عمليات السرقة والنهب بالقوة دون ربطها بظرف الليل، والغرض من ذلك هو تأمين سلامة الافراد في الطرق العامة وردع أعمال السطو المسلحة بالقوة والعنف. تختلف حالات الدفاع الشرعي الممتاز المذكورة في المادة 40 من قانون العقوبات عن حالاته العادية المنصوص عليها في المادة 39 من نفس القانون، من حيث أنه يجب لقيام حالة الدفاع الشرعي وفقا للفقرة الثانية من المادة 39 اثبات توافر جميع شروطه المتعلقة بالفعل الخطر و فعل الدفاع في حين أن الحالات الممتازة المذكورة في المادة 40 من قانون العقوبات تقوم بقوة القانون بمجرد توفر ظرف الليل طبقا للفقرة الأولى ، و استعمال القوة و العنف في السرقات ضد الافراد طبقا للفقرة الثانية من هذه المادة ، يعتبر الدفاع الشرعي متوفرا فلا يطلب من المدافع اتباثها ،فالمتهم هنا يعفى من تقديم الدليل على أساس أنه في حالة الدفاع الشرعي .[1]

1- بوعلي سعيد، مرجع سابق، ص 117.

ولقد تار جدل حول طبيعة قرينة الدفاع الشرعي الممتاز بين من يعتبرها قرينة مطلقة لا تقبل اثبات العكس أو انها قرينة قانونية بسيطة نسبية. و الرأي الراجح يميل الى اعتبار ان القرينة التي اقرها القانون لمصلحة المدافع في المادة 40 من قانون العقوبات هي قرينة بسيطة يمكن نقضها و إثبات عكسها في حالة إثبات الجاني ان المدافع كان بإمكانه دفع الجريمة بفعل اخف.[1]

عند توافر كل الشروط في الدفاع الشرعي المذكورة سالفا تجعل الفعل مباحا، ويستفيد منه كل من ساهم وشارك في فعل الدفاع باعتباره فعلا مباحا من حيث الأصل، فالدفاع الشرعي سبب إباحة موضوعي يتعلق بالواقعة فيمحو عنها الصفة الاجرامية، وقد عبر نص القانون على ذلك بقوله لا جريمة، وهو تعبير سليم وموفق. أما في حالة تجاوز المدافع لحدود الدفاع الشرعي وأخل بشروط الدفاع القائم على التناسب بين فعل الاعتداء والدفاع، أصبح فعله غير مبرر وبالتالي قامت مسؤوليته. و لم يتعرض قانون العقوبات لمثل هده الحالة و بالتالي فإن تقدير مسؤولية المتجاوز لحق الدفاع تعتمد على القواعد العامة.[2]

ونرى أنه في مثل هده الحالة يجب التميز بين حالة ان يكون التجاوز مرده إلى تعمد المدافع الى تجاوز الدفاع فيكون بذلك قد ارتكب جريمة عمدية، لان فعله أقرب للانتقام منه الى رد الخطر المحدق به.ووحالة ان يكون التجاوز خطأ في تقدير جسامة الاعتداء او الرد عليه، فان المدافع لا يحاسب عللا جريمة عمدية فمسؤوليته تنحصر في حدود ارتكاب جريمة غير عمدية وإذا استطاع المدافع في هده الحالة أن ينفي خطأه مستندا لأسباب جدية لا تسمح له بالتقدير السليم فهنا تنتفي مسؤوليته باعتبار ان فعله يكون قد تجرد من الخطأ العمدي و الغير العمدي.[3]

1- بوعلي سعيد، المرجع السابق، ص 118.

2- عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص142.

3- المرجع نفسه.

" ان توفر شروط الدفاع المشروع ينفي على الواقعة طابعا الاجرامي ومن تم تمحى الجريمة من الأساس " وهدا ما صدر عن المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 2003/04/29 ملف رقم 306921.

خلاصة الفصل الثاني:

لقد نص المشرع الجزائري على أسباب الاباحة في قانون العقوبات وسماها بالأفعال المبررة في المادتين 39و40، حيث حصرها في ما أمر به القانون و ما أذن به و الدفاع الشرعي حيث تعتبر الأفعال التي يأمر بها القانون مباشرة او التي تتم تنفيذا لأمر صادر من السلطة المختصة المخولة قانونا بإصدار دلك الامر أفعالا مباحة، اما فيما يخص ما يأذن به القانون فالإذن هو ترخيص القانون لصاحب الحق في استعمال حقه. والفرق بين ما يأمر به القانون وما يأذن به يكمن في أن الأول إجباري في حين أن الثاني هو اختياري. ومن تطبيقات إذن القانون حق التأديب والعلة من ممارسته هو مراعاة المصلحة الاسرة والمجتمع ويخضع للتأديب الزوجة والأولاد. وتانيا حق ممارسة الاعمال الطبية الأصل في الطب أنه يمس الجسم والبدن ولكن طالما كان الغرض منه الشفاء كان هذا الفعل مباحا، حق ممارسة الالعاب الرياضية ويشترط أن تكون اللعبة معترف بها قانونا و ان تكون الأفعال قد ارتكبت أتناء المنافسة مع التزام اللاعب بحدود قواعد اللعبة. اما فيما يخص الدفاع الشرعي فهو رخصة يخولها القانون لمن تعرض لاعتداء تتوافر فيه شروط معينة باستعمال القوة لرد الاعتداء عنه قبل وقوعه مع توفر شروط سواء في فعل العدوان وهي ان يكون حالا، وغير مشروع وموجود وان يهدد النفس والمال أما عن شروط فعل الدفاع وجب ان يكون لازما متناسبا. والحالات الممتازة للدفاع الشرعي نصت عليها المادة 40 وهي تتمثل في الدفاع بالقوة ضد المتسلل ليلا الى المنازل وفي الدفاع عن النفس أو الغير مرتكبي السرقات باستعمال القوة وسميت كدلك لان المدافع ليس مطالب بإثبات شروط الدفاع الشرعي العادي وانما عليه ان يثبت فقط الحالات المذكورة في المادة 40 اما الأثار المترتبة عن الدفاع فهي تعتبر سبب من أسباب الاباحة فهو يمحي الصفة الاجرامية عن الفعل ويضفي عليه الصفة الشرعية كما انه لا تقوم المسؤولية الجزائية والمدنية لمن كان في حالة دفاع شرعي.ويستفيد من الدفاع الشرعي كل من ساهم في ارتكاب الجريمة سواء كان شريكا او فاعلا أصليا.

الخاتمـــــــــــــــــــــة

لقد تطرقنا من خلال هده الدراسة لموضوع أسباب الاباحة في المادة الجزائية، و توضح لنا من خلال هذا البحث مدى مساهمة البحث في إثرائي كباحث جامعي بالإضافة الى الأهمية البالغة التي يتمتع بها هذا الموضوع، و بالإضافة الى الصعوبات التي تتار بشأن موضوع أسباب الاباحة في القوانين الوضعية، ومدى الحاجة الى حل هده الصعوبات. وتوصلنا الى النتائج التالية:

- ان اغلبية الفقهاء ترى بأن أسباب الاباحة على انها قيود ترد على نص تجريمي فتعطل مفعوله وتخرج الواقعة من دائرة التجريم الى دائرة الاباحة.
- أن اساب الاباحة يجوز فيها القياس وكما يمكن الاستناد الى قواعد العرف أو الشريعة الإسلامية او القوانين الأخرى .
- كما تبين لنا أن المشرع الجزائري قدحصر أسباب الاباحة في نصوصه وعطل النص التجريمي عن العمل في كل فعل يدحل ضمن هاته المواضيع التي حددها القانون كأسباب للإباحة أي ان يكون الفعل في نطاق ما يأمر به القانون أو أذن به او في حالة الدفاع الشرعي وأسباب الاباحة تكون في هاته الحالات ويخرج منها ما تعداهما.
- المشرع الجزائري لم ينص ولم يأخذ بحالة الضرورة وعليه لا يجوز القول أن حالة الضرورة من أسباب الاباحة لأنها لا تدخل في نطاقها.
- يمتد أتر أسباب الاباحة الى كل من ساهم في الفعل سواء كان فاعلا أصليا أو شريكا مساهما فتنتفي عنهما المسؤولية سواء كانت مدنية او جزائية.
- أسباب الاباحة هي ظروف موضوعية تمحو عن الفعل الصفة التجريمية.
- كما أنها تنحصر في الظروف المادية للفعل لا الظروف الشخصية للفاعل اذ انه لا يعتد بالجهل بالإباحة أو الغلط.

- يتشابه الفعل الذي يأمر به القانون والدي يأذن به في كونهما من أسباب الاباحة الا انهما يختلفان من حيث ان الأول يجب تنفيذه ويترتب عن مخالفته مسؤولية جنائية في حين ان الثاني لا يوجب ذلك ويكون للمخاطب اما العمل به أو تركه.
- المشرع الجزائري نص على الدفاع الشرعي وجعله يشمل النفس والمال وبالرجوع الى الجرائم الواقعة على المال والنفس المذكورة على سبيل الحصر نرى أن المشرع الجزائري لم ينص على دفاع الشرعي عن العرض ودلك بسبب النقل الحرفي للنص الفرنسي.
- فيما يخص الدفاع الشرعي الممتاز نلاحظ أن المشرع الجزائري ذكر في المادة 40 من ق.ع .ج "... على حياة الشخص أو سلامة جسمه ..." يعني دفع الاعتداء على حياة الشخص و سلامته و لم يذكر الغير بخلاف الدفاع الشرعي العادي المادة 39 ق.ع.ج ذكر " ...للدفاع المشروع عن النفس او الغير....." يعني أنه لا يمكن للشخص ان يدافع عن شخص اخر ليلا ويستفيد من حالات الدفاع الشرعي الممتاز بل عليه ان يدافع بشروط الدفاع العادي.
- كما أننا لاحظنا ان المشرع الجزائري في المادتين 39 و40 من ق.ع.ج ذكر "....للدفاع عن حياة الشخص أو سلامة جسمه ..." هذا في المادة 40 اما في 39 ذكر" للدفاع المشروع عن النفس أو الغير ...." نجد أن المشرع الجزائري لم يذكر نفس المصطلح " النفس " في كلا المادتين ويبقى السؤال المطروح لماذا؟
- كذلك نرى ان المشرع في حالات الدفاع الشرعي لم يبن لنا وقت الليل من اين يبدأ والى اين ينتهي لكن عندما نرى أحكام تفتيش نجد انه منع التفتيش في الليل وقد تم تحديد الليل من الساعة الثامنة الى الخامسة صباحا لكن على المشرع أن يراعي ان الخامسة صباحا في الشتاء تختلف عن الخامسة صباحا في الصيف.

ومن خلال ما تقدم نقترح ان يعاد النظر في صياغة المادتين 39 و40 من قانون العقوبات لتكون حياة الشخص او سلامته أو عن الغير في كلا المادتين وحتى لا يكون هناك اختلاف.

قائمة المصادر و المراجع

المصـــــــــادر:

1. القرأن الكريم.
2. السنة النبوية.
3. قانون رقم 05–04 المؤرخ في 6 فبراير سنة 2005 يتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة إدماج المحبوسين (ج . ر. رقم 12 مؤرخة في 13–02–2005 .).
4. قانون رقم 21–14 المؤرخ في28 ديسمبر2021 المعدل للأمر 66–156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو1966 المتضمن قانون العقوبات.
5. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ :1981/03/16 ملف رقم 46653
6. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1996/03/:24 .ملف رقم 120960
7. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ : 2003/09/23 ملف رقم 316770

المراجع :

الكتـــــب :

1- أحسن بوسقيعة– الوجيز في القانون الجزائي العام –دار هومه –ط 8 –2009 م

2- عبد الله سليمان – شرح قانون العقوبات الجزائري – القسم العام –ديوان المطبوعات الجامعية –1995م.

3- محمد صبحي نجم –قانون العقوبات –القسم العام– دار الثقافة للنشر والتوزيع – 2008 م .

4- محمد علي سالم عياد الحلبي –شرح قانون العقوبات– القسم العام –الجزء الأول – دار الثقافة للنشر و التوزيع –2007 م.

5- نجيمي جمال – المبادئ العامة لقانون العقوبات الجزائري –دار هومه –2016 م

6- سعيد بوعلي –شرح قانون العقوبات الجزائري –دار بلقيس – د ط.

7- محمود نجيب حسني – شرح قانون العقوبات –القسم العام –دار النهضة العربية –1962 م.

8- عبد الرحمان خلفي –القانون الجنائي العام –دار بلقيس للنشر –2016 م .

9- عبد الرحمان خلفي – محاضرات في القانون الجنائي العام –دار الهدى للنشر – 2013 م.

10–علي سالم عياد الحلبي – شرح قانون العقوبات –القسم العام –دار الثقافة للنشر والتوزيع –1997 م.

11–أحمد عوض بلال – محاضرات في النظرية العامة للجريمة – دون طبعة، دار النهضة العربية للقاهرة 2002/2001.

12–الجوهري إسماعيل بن حماد الصحاح– دار العلم للملايين– بيروت1979.

ابن منظور، ابي الفضل جمال الدين – لسان العرب –،ط1 ، دار احياءالثرات العربي.

13–محمد أبو زهرة– أصول الفقه – عابدين دار الفكر العربي ،1957 .

14–بدران أبو العينين– أصول الفقه–الإسكندرية ، دار المعارف 1965 .

15–معاد العشاري–أسباب التبرير و موانع المسؤولية الجزائية– 2020 .

16–عبد القادر عدو– مبادئ قانون العقوبات الجزائري،القسم العام نظرية الجريمة– ط 2 دار هومة، الجزائر 2013.

17–التفتازاني– شرح التنويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه و صدر الشريعة– ط1، دار الكتب العلمية ، بيروت.

18–الغزالي ،ط1 مكتبة الجندي بالقاهرة 1971 .

19–محمود نجيب حسني– التشريع الجنائي الإسلامي– (د.ت.ن) (د.م.ن).

20–خلود سامي عزارة أل المعجون–النظرية العامة للاباحة– دار الفكر العربي.

21–عبد العظيم مرسي–شرح قانون العقوبات (القسم العام) –النظرية العامة للجريمة.

22–محمد سامي شوا– شرح قانون العقوبات (القسم العام)–جامعة منوفية 1996 .

23-أمين مصطفى محمد- قانون العقوبات، القسم العام -منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2010 .

2 – البحوث الجامعيــة :

1- بوجلال لبنى-موانع المسؤولية الجنائية في التشريع الجزائري- رسالة الماجيستر في الحقوق تخصص علوم جنائية، كلية الحقوق، جامعة لخضر، باتنة،2013.

2- ولد عبد الرحمان هيشام- أسباب الاباحة و موانع المسؤولية الجزائية -مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون الجنائي كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم القانون العام جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم السنة الجامعية 2020/2019.

3- قشود مونة و منصور جوهر – حالة الضرورة بين أسباب الاباحة و موانع المسؤولية -مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص قانوني جنائي و العلوم الجنائية مولود معمري تيزي وزو 2019.

4- المقالات العلميـــــة:

1- بوقرين عبد الحليم – الإشكاليات المثارة بشأن احكام الدفاع الشرعي في التشريع الجزائري -مجلة العلوم القانونية والسياسية جامعة عمار ثليجي الاغواط مجلد 10 العدد 1 سنة2019.

5- المطبوعات الجامعية:

1- زروقي اسيا -محاضرات مبدأ الشرعية الجنائية- لطلبة السنة الأولى ماستر كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية 2022.

6- المواقع الالكترونية:

1. موقع وكيبيديا wiki.https//ar.ma.wikipedia .orgتاريخ الاطلاع يوم 2023/04/24 على الساعة 21:22 .

2. ماهية أسباب الاباحة و أثارها القانونية https://www.startimes.com/f.aspx?t=37525783 تاريخ الاطلاع: 2023/04/30 على الساعة 10:35.

الفهـــــــــــــــرس

قائمة الفصول	رقم الصفحة
الشكر و الاهداء	
قائمة المختصرات	
مقدمة	أ- هــ
الفصل الأول:الاطار المفاهيمي لأسباب الاباحة.	
المبحث الأول :مفهوم أسباب الإباحة	06
المطلب الأول :تعريف أسباب الاباحة وطبيعتها القانونية.	06
الفرع الأول : تعريف أسباب الإباحة.	06
الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لأسباب الاباحة.	12
المطلب الثاني : تقسيمات أسباب الاباحة و أساسها القانوني.	14
الفرع الأول :تقسيم أسباب الإباحة.	14
الفرع الثاني : الأساس القانوني للإسباب الاباحة.	15
المبحث الثاني: مصادر أسباب الإباحة و أثارها.	17
المطلب الأول: مصادرأسباب الاباحة	17
الفرع الأول : نصوص القانون وأحكام الشريعة الإسلامية.	18
الفرع الثاني: القياس و العرف.	21
المطلب الثاني: أثار أسباب الاباحة	22
الفرع الأول: الاثار المترتبة على الاباحة.	22
الفرع الثاني : الاثار المترتبة على الجهل بها و الغلط فيها و تجاوزها	24
خلاصة الفصل الأول	26
الفصل الثاني : نطاق الاباحة في قانون العقوبات الجزائري	
المبحث الأول : ما أمر و أذن به القانون.	29
المطلب الأول : ما يأمر به القانون.	29
الفرع الأول : تنفيذ ما امر به القانون.	29
الفرع لثاني : تنفيذ الامر الصادر عن سلطة مختصة.	31

المطلب الثاني : ما يأذن به القانون	33
الفرع الأول:الحالات التي أذن بها القانون للموظف العام باستعمال سلطة تقديرية لمباشرة عمله.	35
الفرع الثاني: الحالات التي اذن بها القانون لممارسة أحد الحقوق المقررة.	36
المبحث الثاني: الدفاع الشرعي.	40
المطلب الأول : تعريف الدفاع الشرعي و أساسه.	41
الفرع الأول : تعريف الدفاع الشرعي.	41
الفرع الثاني: الأساس القانوني للدفاع الشرعي.	44
المطلب الثاني: شروط الدفاع الشرعي و حالاته.	46
الفرع الأول: شروط الدفاع الشرعي.	46
الفرع الثاني: حالات الدفاع الشرعي الخاصة أو الممتازة.	57
خلاصة الفصل الثاني	62
خاتمة	64
قائمة المصادر و المراجع	67
الفهرس	72
ملخص	75

الملخـــــــــــــــص

من خلال بحثنا هذا تطرقنا الى أسباب الإباحة والآثار القانونية الناتجة عنها ونطاقها وتقسيماتها، ومن أثار الإباحة محو الصفة الإجرامية للفعل وبالتالي إعفاء الفاعل من العقاب، وبالتالي الحكم بالبراءة للفاعل سواء كان الأصلي او الشريك المساهم الذين توافرت أفعالهم على سبب من أسباب الإباحة،لان أسباب الإباحة تؤدي إلى انتفاء الركن الشرعي للجريمة.

وهذا يؤدي إلى انتفاء المسؤولية الجزائية والمدنية وتأثير ذلك على المسؤولين المساهمين في الجريمة المشمولة أفعالها بأسباب الإباحة هذا ما أدىبناإلى تحديد نطاق الإباحة في قانون العقوبات كل سبب على حدا فهنا كأفعال يأذنبها القانون وهنا كأفعال يأمر بها القانون وهنا كحالة الدفاع الشرعي وهي حالة بالغة الأهمية لانحالات الدفع بها كثيرة في المحاكم.

الكلمات المفتاحية: 1/ أسباب الاباحة 2/ ما أمر به القانون 3/الدفاع الشرعي.

Abstract :

Through our research, we have addressed the causes, scope and divisions of permissibility and the legal effects resulting therefrom. The effect of permissibility is to erase the criminal character of the act and thereby exempt the perpetrator from punishment. Thus, the acquittal of the perpetrator, whether original or contributing partner, whose actions are available on the grounds of permissibility, results in the absence of the legitimate element of the crime.

This results in the absence of criminal and civil liability and its impact on officials involved in the offence covered by the grounds for permissibility. This has led us to determine the scope of permissibility in the Penal Code on every ground. There are acts authorized by law, acts ordered by law, and there is a state of legitimate defence, which is a very important case because many cases of defence in the courts.

Keywords: 1/Reasons of pardon 2/What is ordered by Law 3/Legal Defence.