



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
المركز الجامعي المقاوم الشيخ أمود بن مختار
- اليزي -



معهد الحقوق

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون جنائي
بعنوان:

أسباب الإباحة في القانون
الجزائري

تحت إشراف الأستاذ:

● د. رشاشي نسيم

إعداد الطالبين:

● شرقي عقبة

● مادي تنهينان أمال

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	مؤسسة الانتماء	الصفة
		المركز الجامعي إيليزي	رئيسا
د. رشاشي نسيم		المركز الجامعي إيليزي	مشرفا ومقررا
		المركز الجامعي إيليزي	مناقشا

السنة الجامعية: 2023-2024



نشكر المولى عز وجل الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة ووفقنا على

إتمام هذا العمل

كما نتقدم إلى بأسمى عبارات الشكر والعرفان والامتنان إلى من تفضل
بالإشراف على هذا العمل الدكتور المحترم

د. رشاشي نسيم

الذي قدم لنا مجموعة من النصائح القيمة والتوجيهات لإتمام

هذا العمل

كما نشكر بعض الزملاء القضاة الذين قدموا لنا يد المساعدة

لكم جزيل الشكر .



إلى من علمتني طعم الحياة و كان عطائها سر نجاحي جدتي رحمها الله

إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله تعالى وبارك في صحتهما

و أدامهما نورا لي

إلى الإخوة والأخت الاكارم

إلى كل الأصدقاء والأحباب

إلى جميع أساتذتي و أهل الفضل الذين علمونا ودرسونا

طوال هذا المسار الدراسي

أستل الله العلي العظيم أن يوفقنا بهذا العمل وينفعنا به

شرقي عقبة



أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى من أفضلها عن نفسي ولم لا

"أمي الغالية"

أنا ثمرة تعبك اليوم أتوج تضحياتك بالوصول فأنت الوحيدة التي تستحق الفرح

إلى والدي الذي لطالما كان سندي ورفيق دربي ها أنت اليوم تقطف ثمار الزرع وتعانق نجاحي

أشكر الله عز وجل الذي ألهمني القوة والعزيمة للقيام بهذا العمل أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى

كل من قدم لي يد المساعدة في إنجاز هذا العمل من قريب أو بعيد بالأخص زميلي .

شرقي عقبة

والى من أثار دربي بنور العلم أساتذتي الكرام .

مادي تنهينان آمال

قائمة المختصرات

- ج,د,ج,ج : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

- ص: صفحة

- ص,ص: من الصفحة الى الصفحة.

- ف: الفقرة.

- ط: الطبعة.

- د.ط: دون طبعة.

مقدمة

الأصل أن الإنسان كائن اجتماعي بطبيعته و تلك حقيقة أزلية لا جدال فيها، و يترتب على ذلك ضرورة تنظيم علاقة الفرد بغيره داخل هذا المجتمع، ذلك حيثما يوجد المجتمع أو يوجد تنظيم سلوك الفرد في الجماعة يتحقق معه السلم الاجتماعي.

وتستمد القواعد التي تنظم سلوك الفرد في المجتمع مصدرها، من أمور ثلاثة هي الدين و الأخلاق والقانون، ولقد قام المشرع بتنظيم سلوك الأفراد، حيث بين السلوكات المجرمة والممنوعة في تقنينات عادة تسمى قانون العقوبات.

وهناك قواعد ملزمة بمعنى أنها واجبة الإحترام في تقديم مجموع الأفراد المكونين للمجتمع، و أن مخالفة هذه الوقائع يؤدي إلى رد فعل من جانب المجتمع، ويقابله الجزاء.

فالأصل في الأفعال الإباحة والاستثناء التجريم، وإذا ما ارتكب شخص طبعي خطأ جزائيا، عمديا كان أو غير عمديا، وأسند له هذا الفعل فإنه يتحمل مبدئيا المسؤولية الجزائية المترتبة عنه.

إلا أن هناك قواعد إباحة تزيل صفة عدم المشروعية عن الأفعال والسلوكات التي تصدر من قبل الفرد داخل المجتمع وبدورها خالفت القواعد الملزمة .

ولم يكن الفقه يعطي أهمية كبيرة بدراسة نظرية الإباحة، و لم يوليها الأهمية التي تتلاءم و مكانتها من النظرية العامة للجريمة، و إعطائها المفهوم الدقيق إلا في النصف الثاني من القرن التاسع عشر بفضل الفقهاء الألمان أما قبل ذلك فقد كان التعرض للإباحة يرد عرضا و في صور جد مغايرة.

ففي القانون الروماني لم يعتبر الإباحة فكرة مستقلة قائمة بذاتها، فقد كان في نظرهم أن عدم خضوع الأفعال إلى العقاب، مثل الدفاع المشروع، لتخلف النص الجنائي المطلوب و ليس لكون الفعل مباحا.

وفي العصور الوسطى بدأ فقهاء القانون الألماني و الإيطالي يتعمقون في دراسة حالي الضرورة و الدفاع المشروع، تفصيلا في محاولة جادة لتأصيل تخلف العقاب فيهما، ثم بدؤوا في التمييز بين تخلف العقوبة في حالة استبعاد عدم المشروعية، و بين عدم العقاب لتخلف القصد الجنائي، كما كان لهم الفضل في تقرير المبدأ العام الذي يقضي بأن

الفعل لا يكون معفيا عليه إلا إذا كان غير مشروع، و منذ منتصف القرن التاسع عشر قاموا بتأصيل أسباب الإباحة و وضعها في مكانها الصحيح من النظرية العامة للجريمة.

كما أن التشريع المصري و الفرنسي خلى كل منهما من أسباب الإباحة، ففانون العقوبات المصري عند تجريمه بعض الأفعال نص على ما يسقط عقوباتها من أعتذار، لذا لم يقبل تشريعه فيما بعد ما يبرر بالأعتذار الإباحية الأخرى، حيث أن خلو التشريع المصري من الإباحة أثار جدلا.

وبالرجوع إلى قانون العقوبات الجزائري نجد أن المشرع قد نص على أسباب الإباحة في المادة 39 ق.ع من الأمر 156/66 المتضمن قانون العقوبات.

ونلاحظ أن التشريع الجزائري نص فقط على حالتين من أسباب الإباحة أو ما تعرف بالأفعال المبررة وهما الفعل الذي يأمر أو يأذن به القانون و الضرورة الحالة للدفاع المشروع.

إلا أن القانون المقارن أضاف حالة الضرورة و رضا المجني عليه كسببين من أسباب الإباحة وأنه لم يوجد نص صريح في التشريع الجزائري بتلك الحالتين، إلا أنه لا يمكن عدم الجزم بأنه لم يأخذ بهما .

أهمية الدراسة:

يعتبر موضوع أسباب الإباحة وبالضبط الدفاع الشرعي كسبب إباحة له أهمية كبيرة حيث أنه حق كفلته جميع التشريعات الوطنية والدولية التي أباححت للفرد أو للدولة حماية نفسها من أي اعتداء يشكل عليها خطر ,وكذلك معرفة هذه الظروف الاستثنائية و الاستفادة منها مستقبلا في حالة ارتكاب المتهم لإحدى الجرائم المعاقب عليها .

أهداف الدراسة :

- دراسة الموضوع وفهمه بدقة
- تحليل معمق للمواد 39 و 40 من قانون العقوبات الجزائري وما يقابلها في القوانين المقارنة .
- الكشف عن الاختلالات التي يثيرها الواقع العملي .

أسباب اختيار الموضوع :

- الرغبة الذاتية في الفهم المعمق لمختلف جوانب الموضوع.
- التخصص قانون جنائي يفرض علينا التطرق في هذا المجال .
- طبيعة الوظيفة بصفتي موظف على مستوى المحكمة .

أسباب موضوعية:

الأسباب الموضوعية التي جعلتنا نتطرق في هذا الموضوع هو طبيعته الخاصة وقلة الأبحاث والدراسات في هذا المجال التي ترجع إلى محدودية معلوماته .

منهج الدراسة:

ولمعالجة موضوع الدراسة حاولنا تم إغترابا لاستعانة بالمنهج الوصفي والمنهج التحليلي المناسبين حيث أن المنهج الوصفي استعمل لوصف ظاهرة وصفا دقيقا والمنهج التحليلي تم الاستعانة في تحليل النصوص القانونية بغية الوصول إلى الإجابة على الإشكاليات المطروحة كما تم الاستعانة أيضا بالمنهج المقارن للمقارنة بين التشريعات المقارنة.

إشكالية البحث: لمعالجة هذه الدراسة حاولنا الإجابة عن هاته الإشكالية الرئيسة .

- ماهي أسباب الإباحة في التشريع الجزائري ؟

وعلى ضوء هذه الإشكالية الرئيسية تتفرع منها جملة من التساؤلات الفرعية التالية .

- كيف تتطرق المشرع الجزائري لأسباب الإباحة ؟

- كيف تم الاخذ بحالة الضرورة في القانون المقارن ؟

- هل هناك تطبيقات لهاتين الحالتين في التشريع الجزائري ؟

خطة البحث:

لدراسة موضوع بحثنا والمعنون بأسباب الإباحة في القانون الجزائري وللإجابة على الإشكالية

المطروحة تم الاعتماد على الخطة المتكونة والمقسمة الى فصلين وكل فصل إلى مبحثين.

● الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للدراسة

-المبحث الأول: مفهوم مصطلح الإباحة في القانون الدولي الجنائي

-المبحث الثاني: مفهوم مصطلح الإباحة في التشريع الجزائري.

● الفصل الثاني: النطاق القانوني لأسباب الإباحة في القانون الجزائري

-المبحث الأول: الأفعال المبررة في القانون الجزائري.

-المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لحالة الضرورة و رضا المجني عليه.

● الخاتمة.

الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي للدراسة

الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي للدراسة

- تعرف التشريعات الدولية المقارنة حالات ,تخرج الفعل المجرم من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة واللا عقاب, كون أن الجريمة ليست وليدة الإرادة البشرية البشعة واللا إنسانية فقد يدفع إلى ارتكاب جريمة ظروف تخرج عن إرادة الفاعل وتدفعه دفعا لارتكابها وهذا ما راعته القوانين الدولية المقارنة بأخذها بأسباب الإباحة كمانع من موانع المسؤولية ولا سيما في التشريع الجزائري ومن المسلم به وجود قانون دولي جنائي والهدف منه هو تجريم ومعاقبة مرتكبي الجرائم الحربية الدولية و ضد الأشخاص ويمكن القول بأنه أخذ بجميع المبادئ المنصوص عليها في القوانين الخاصة بالجرائم وأضفى عليها الصبغة الدولية .ونظرا لطبيعة الموضوع والمسار الذي خاض فيه أغلب الفقهاء وقلة موارد يستلزم لنا الخوض في الإطار المفاهيمي وفق فصل مستقل حتى نحاول الإلمام بجوانب مصطلح الإباحة في القانون الدولي الجنائي والقانون الجزائري أين سنخرج على ذلك من خلال المبحث الأول والذي سنتطرق فيه إلى مصطلح الإباحة في القانون الدولي الجنائي , ثم في المبحث الثاني إلى ماهية مصطلح الإباحة في التشريع الجزائري .

المبحث الأول: مصطلح الإباحة في القانون الدولي الجنائي

إن الأصل في الأفعال الإباحة، و أن النص العام في القانون الجنائي هو " لا جريمة ولا عقوبة الا بنص من القانون " إذ نجد أن بعض الأفعال والجرائم المعاقب عليها في القانون لكن عن وقوعها في ظروف حددها القانون تخرج من دائرة العقاب سواء في القانون الداخلي أو في القانون الدولي .

سوف نتطرق في هذا المبحث إلى تعريف أسباب الإباحة وطبيعتها في المطلب الأول في حين أننا خصصنا المطلب الثاني إلى تقسيم أسباب الإباحة في القانون الدولي الجنائي .

المطلب الأول: مفهوم أسباب الإباحة في القانون الدولي الجنائي

لقد اختلفت التسميات التي تطلق عليها، حيث لم تتفق التشريعات على تسمية واحدة فمنهم من يطلق عليها بالأفعال المبررة، و الأخرى أسباب الإباحة، الأخر بأسباب التبرير.

الفرع الأول: تعريف أسباب الإباحة

الإباحة في اللغة : يقال أباح الشيء أحله والمباح ضد المحذور.

جاء في المعجم: "أهدر الشيء أبطله، ويقال أهدر دمه أباحه و أسقط القصاص فيه والديه "

أما الإباحة في الاصطلاح الشرعي : هي الإذن بإتيان الفعل كيف شاء الفاعل، أو هي الإذن يقر به الشرع مكنه الانتفاع مباشرة لا على وجه الاختصاص تحقيقا لمصلحة معينة .

أما الإباحة عند الأصوليين: فيعني بها حكم يقتضي التخيير بين الفعل والترك¹.

أسباب الإباحة في القانون: حيث عرفها من خلال صورها، وذلك على النحو التالي:

ففي صورة الأفعال المبررة، تعرف بأنها هي تلك الأفعال التي يمكن إسقاطها على نص في القانون يجرمها ولكن إستثناءها المشرع بنص خاص أخرجها من دائرة التجريم و أدخلها مجال المباحات معطلا بذلك الشق الأول من نص القانون الجنائي بالإضافة إلى أنها تعرف بأنها تلك الأسباب التي إذا عرضت لسلوك خاضع لنص تجريم أخرجه من نطاق هذا النص، كما ويقصد بها أيضا تلك الظروف المنصوص عليها في القانون والمحددة تحديدا دقيقا تجعل الفعل مباحا وتؤدي إلى براءة مرتكبه وتعفيه من أية مسؤولية جزائية شريطة توافر الفعل الموصوف على صفة الجريمة².

¹ - سامي جميل الفياض الكبيسي، رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الإباحة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1971، ص45.

² - سامي جميل الفياض الكبيسي، المرجع نفسه، ص45.

يمكن كذلك القول بأن أسباب الإباحة هي حالات انتفاء الركن الشرعي للجريمة بناء على القيود ترد على نص التجريم تستبعد منه بعض الأفعال , أو هي تلك القيود التي ترد على بعض نصوص التجريم وتمنع تطبيقها في ظروف معينة , وأزالت عنه الصفة غير المشروعية وردته إلى سلوك مشروع لا عقاب عليه¹.

وعليه فإننا نستنتج من كل التعريفات التي سبقت لبيان معنى أسباب الإباحة أو التبرير , نرى بأنها مجتمعة على أن أسباب الإباحة متى توافرت فإنه تجعل المجرم مشروعاً , إذ أنه لولا وجودها لكان الفعل جريمة معاقب عليها , فإن هذه الأسباب ترفع تجريم الفعل وتجعله مباحاً بالنسبة لفاعله أي أنها تجعل الركن الشرعي للجريمة معدوماً , لذا يفضل البعض تسميتها انعدام الصفة الإجرامية أو المشروعية أي أنها تجعل الركن الشرعي (الصفة غير المشروعة) في الجريمة معدوماً ذلك أن انتفاء أسباب الإباحة عنصر يقوم عليه الركن الشرعي للجريمة فالفعل المباح يكون خاضعاً في الأصل لنص التجريم ويكتسب ابتداء الصفة الغير مشروعة , وينحصر الدور الشرعي لسبب الإباحة في إخراج الفعل من نطاق نص التجريم وخلع الصفة الغير مشروعة عنه , ورده إلى أصله من المشروعية , ويتضح بذلك أن نصوص التجريم ليست مطلقة فثمة قيود تحد من نطاقها فتخرج أفعالاً كانت داخلية فيه , وهذه القيود هي أسباب الإباحة².

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية وخصائص أسباب الإباحة

إن أسباب الإباحة عينية أو ذات طبيعة موضوعية تتعلق بالفعل نفسه بغض النظر عن الشخص الفاعل , وذلك لأنها عنصر في الركن الشرعي في الجريمة .

أولاً : الطبيعة القانونية لأسباب الإباحة

إن أغلب الفقهاء يرون بأن أسباب الإباحة ذات طبيعة قانونية بحتة , ويعللون رأيهم هذا بالقول إنه مادامت أسباب الإباحة تعمل في محيط عدم المشروعية وذلك ينفي هذه الصفة عن الواقعة المرتكبة فلا بد أن أخذ أسباب الإباحة الصفة أو الطبيعة الخاصة بذلك الركن من أركان الجريمة , وهذا يعني انه مادامت عدم المشروعية ذات طابع موضوعي , فإن أسباب الإباحة هي الأخرى ذات طابع موضوعي أيضاً³.

مما تقدم يتضح لنا أن أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية واقعية تخرج عن النطاق الشخصي , فهي صفة أو ظروف تتعلق بالفعل فترفع عنه الصفة الإجرامية وتقلبه إلى عمل مشروع مبرراً بهذه الظروف التي أحاطت به , فهي إذا يستفيد منها كل من شارك بالفعل أو تدخل فيه , وتمنع من حيث نتيجة العقاب باعتبار أن الفعل أقيم على قاعدة التبرير لا على قاعدة التجريم .

¹ - سامي جميل الفيض الكبيسي, المرجع السابق, ص 45.

² - سامي جميل الفيض الكبيسي, المرجع نفسه, ص 46.

³ - محمد نجيب حسني , شرح قانون العقوبات , القسم العام , الطبعة الأولى , دار النهضة العربية , القاهرة , بدون سنة نشر , ص 156.

ثانيا : الخصائص المميزة لأسباب الإباحة

تتميز أسباب الإباحة في القانون بعدة خصائص يمكننا إجمالها في النقاط التالية :

- أن أسباب الإباحة أسباب مادية ملموسة , ذات طبيعة موضوعية
- أن آثار أسباب الإباحة أو التبرير تدور حول إزالة الصفة الإجرامية عن الفعل و اعتباره فعلا مشروعاً بعد أن كان غير مشروع
- يترتب على ذلك عدم قيام أي مسؤولية جنائية , فلا توقع عقوبة أو أي آثار جنائية أخرى على من يستفيد منها , كما لا يلتزم بتعويض الضرر الناشئ عنها
- هذه الآثار يستفيد منها كقاعدة عامة كل من ساهم في الفعل الذي أصبح مشروعاً سواء كان فاعلاً أو شريكاً (متدخلاً)¹.

المطلب الثاني: تقسيمات أسباب الإباحة في القانون الدولي الجنائي

قسم فقهاء القانون الدولي أسباب الإباحة, أو الأفعال المبررة إلى أسباب إباحة متفق عليها , و أسباب إباحة مختلف فيها في القانون الدولي الجنائي .

الفرع الأول: أسباب الإباحة المتفق عليها في القانون الدولي الجنائي

إن أسباب الإباحة المتفق عليها في القانون الدولي الجنائي هي الدفاع الشرعي, المعاملة بالمثل والتدخل الدولي الإنساني

أولاً: الدفاع الشرعي كسبب للإباحة في القانون الدولي الجنائي

سنتناول هذا العنصر, من خلال التطرق إلى جميع جوانبه المختلفة فتعرف معظم التشريعات القانونية الحديثة بالدفاع الشرعي كسبب من أسباب الإباحة لرد إعتداء ما , وذلك في حال تحقق بعض الشروط الضرورية اللازمة توفرها في فعل الاعتداء لكي ينشأ الحق للمعتدي عليه في رده , كمن يجب أن يكون فعل الدفاع في حد ذاته لازماً متناسباً مع الاعتداء.²

¹ - علي القهوجي , أسباب الإباحة في القانون الدولي , مجلة كلية القانون الكويتية العالمية, العدد 11, 2015 , الكويت , ص.ص.25,26.

² - أحمد عبد الحكيم عثمان , الجرائم الدولية في ضوء القانون الدولي الجنائي والشرعية الإسلامية , دار الكتب القانونية , مصر , 2009 , ص.39.

ثانيا: المعاملة بالمثل كسبب للإباحة في القانون الدولي الجنائي

1- تعريفها:

تعني من الناحية اللغوية استرجاع الشيء و استرداد صاحبه له بعد سبق انتزاعه منه وقد وردت في أول وثيقة دبلوماسية وهي اتفاقية هندية المبرمة بين فرنسا وإنجلترا في 07 ماي 1360¹. وتعرف أيضا بأنها: "إجراءات قسرية، مخالفة للقواعد العادية للقانون الدولي، تتخذها الدولة في أعقاب أعمال مخالفة للقانون، ترتكبها دولة أخرى اضطارا بها، وتهدف بها إلى إجبار هذه الدولة على احترام القانون"². ويعرفها بعض الفقه بأنها: "رد مثل الأذى على فاعله فهي تعتبر نوع من الانتقام الفردي أو العدالة الخاصة، التي يلجأ إليها المعتدى عليه لرد العدوان سابق لحق به، وذلك في مجال القانون الدولي" شروط المعاملة بالمثل:

لقد قام الفقه الحديث بوضع قواعد و ضوابط قانونية للمعاملة بالمثل في زمن السلم، وفي زمن الحرب.

أ- شروطها في زمن السلم :

أن تكون ردا على فعل غير مشروع، أي على فعل يعد جريمة دولية .

- أن يكون هناك تناسب بين الإجراءات والتدابير المتخذة من جانب الدولة المعتدى عليها، ومن بين العدوان الذي لحق بها

- أن تكون هذه التدابير لازمة لتعويضها عما أصابها من ضرر، أي أن يكون اقتضاؤها لمثل هذا التعويض مستحيلا عن طريق التحكم أو المفاوضات الدبلوماسية³.

ب- شروطها في زمن الحرب

فبالإضافة إلى الشروط السابقة يشترط لاستعمال هذا الحق في زمن الحرب الشروط التالية :

- يجب ألا تتضمن التدابير المستعملة على أساس المعاملة بالمثل أعمالا وحشية أو غير إنسانية تعتبر من قبيل الجرائم المنصوص عليها في القوانين العامة للحرب.

- يجب أن تكون المعاملة بالمثل مأمورا بها من قائد الجيش أو قائد إحدى الفرق أو ضابط عظيم على الأقل.

- ألا تكون مستندة إلى دوافع قديمة مترسبة على حرب سابقة.

¹ - أحمد عبد الحكيم عثمان، المرجع السابق، ص 39.

² - محمد عبد المنعم عبد الغني، الجرائم الدولية دراسة في القانون الدولي الجنائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007، ص 386.

³ - محمد عبد المنعم عبد الغني، المرجع نفسه، ص 392.

ثالثا : تنفيذ أمر الرئيس الاعلى كسبب للإباحة في القانون الدولي الجنائي .

1- الاراء الفقهية لاعتبار أمر الرئيس سبب إباحة

أ-الرأي المؤيد :ذهب أصحاب الرأي لاعتبار أمر الرئيس الاعلى سبب من أسباب الاباحة إذ يكفي أن مجرد الفعل المكون للجريمة الدولية من صفة غير مشروعة ,ينفي بذلك الركن الشرعي للجريمة مثال ذلك أن ينفذ الجندي أمر الرئيس له بضرب مدينة مفتوحة أو يقتل الجرحى أو الاسرى وذلك لضعف الإنسان بعد وصمة عار في حضارتها ومن ثم فحق فهي أفعال تعد فالاصل جرائم دولية ولكنها اذا ارتكبت تنفيذا لأوامر الرئيس فهي تتجرد من صفتها غير المشروعة.¹

ب-الرأي المعارض :يرى أصحاب هذا الرأي بأن تنفيذ أمر الرئيس ليس سببا من أسباب الاباحة وذلك لضعف الحجج و إنما ذهبو لإعتبارها مانعا من موانع المسؤولية الجنائية ².

ج-الاهمية القانونية لأمر الرئيس : تبرز في وجهين فقد تعتبر عذرا مخففا للعقوبة وقد تعتبر نافيا للركن المعنوي للجريمة

2- شروط التدخل الدولي الإنساني:

ضرورة الحصول على موافقة الدول التي تتم فيها العمليات الإنسانية.

- يجب ألا تتجاوز العمليات العسكرية الهدف الإنساني و إلا تحولت إلى عدوان مبرر من الناحية القانونية .
- يجب أن تكون هناك ضرورة ملحة تستدعي حقا التدخل لإنقاذ حياة الأفراد أو لحماية المصالح الإنسانية المهددة بالخطر.
- وجوب أن يكون الاعتداء على حقوق الإنسان من قبل إحدى الدول إعتداء جسيما متكررا ,ويكون جسيما بمخالفة المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع الدولي , كمبدأ السيادة الإقليمية للدول ³.

الفرع الثاني: أسباب الإباحة المختلف عليها في القانون الدولي الجنائي

تتمثل أسباب الإباحة المختلف فيها في القانون الدولي الجنائي فيما يلي حالة الضرورة، تنفيذ أمر الرئيس الأعلى، ورضا المجني عليه، وسميت بأسباب الاباحة المختلف عليها لأن فيها آراء مختلفة.

¹ - معمر فيصل خولي الأمم المتحدة والتدخل الدولي الانساني، لبنان، بدون سنة نشر، ص، ص 13، 14

² - محمد شاعة، التدخل الدولي الانساني و إضعاف الحقوق السيادية بين القوة والشرعية، مجلة العلوم القانونية والسياسية جامعة محمد بوضياف المسيلة، العدد الثاني، 2018، ص 607

³ - بوراس عبد القادر، التدخل الدولي الانساني، وتراجع مبدأ السيادة الوطنية، دار الجامعة الجديدة. الاسكندرية، ص. 2009.

أولا حالة الضرورة كسبب للإباحة في القانون الدولي الجنائي

1- تعريفها: هي الحالة التي تكون فيها الدولة مهددة بخطر جسيم، وأحوال وشيك الوقوع، يعرض بقائها للخطر، نظامها السياسي أو شخصيتها أو إستقلالها، ويجب ألا تكون لها دخل في نشؤ ذلك الخطر ولا يمكن دفعه إلا بإهدار مصالح أجنبية محمية بمقتضى القانون الدولي.¹

2 - شروط حالة الضرورة:

إن شروط حالة الضرورة تنقسم الى شروط فعل الخطر، وشروط فعل الضرورة وذلك على النحو التالي.

أ- شروط فعل الخطر:

- أن يكون الخطر مهدد للنفس وحالا.
- أن يكون الخطر جسيما ولا دخل لارادة المهدد به في وقوعه.

ب- شروط فعل الضرورة:

- لزوم فعل الضرورة
- تناسب فعل الضرورة مع الخطر.²

¹ - غالبية عز الدين , موانع المسؤولية الدولية حالة الضرورة، مجلة الدراسات القانونية، جامعة السعيدة، العدد الثامن، صص 136، 137.

² - عكيك عنتر، الافعال المبررة في القانون الدولي الجنائي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر 1. 2010. 2011. صص. 144.

المبحث الثاني: ماهية مصطلح الإباحة في التشريع الجزائري

إن دراسة المفهوم القانوني للإباحة ، تتطلب منا التطرق لتعريف الإباحة ، وبحث فكرة موضع أسباب الإباحة من قواعد القانون الجزائري ، كما يتطلب منا البحث و التعرض لنطاق أسباب الإباحة ، وأثارها على الفعل الذي تتوفر فيه ، لهذا سوف نتعرض لهذه الأفكار بشيء من التفصيل فيما يلي :

المطلب الأول: مفهوم الإباحة في التشريع الجزائري

قد يرتكب الفرد عملا ينطبق عليه نص التجريم الوارد في قانون العقوبات ، ويتحمل المسؤولية الجزائية المترتبة عن هذا الفعل، ومن ثم يمكن إدانته والحكم عليه بعقوبة جزائية ، ومع ذلك فالأمر لا يكون هكذا في كل الأحوال ، فقد لا يعد القانون هذا الفعل جريمة كمن يقتل للدفاع عن نفسه أو يجرح من أجل القيام بعمل طبي ، فتخرج هذه الأفعال من دائرة التجريم ويعيدها القانون إلى دائرة الإباحة ، وعليه فسوف نتطرق إلى تعريف أسباب الإباحة تعريفا دقيقا ، وتبيان أقسامها والتحديد الفقهي لمعنى الإباحة وكذلك أساسها القانوني في ثلاث فروع كما يلي :

الفرع الأول: معنى الإباحة وأقسامها هي تلك الأسباب التي إذا ما توافرت في الفعل أو السلوك الإجرامي الذي أخرجته من دائرة الإجرام إلى دائرة الإباحة وهناك أسباب متفق عليها وأسباب غير متفق عليها وتتمثل أسباب الإباحة فيما يلي :

ما أمر به القانون ، وما أذن به القانون .

أولا: معنى الإباحة هناك أفعال تتوافر فيها أركان الجريمة ، ومع ذلك فإن الفاعل لا يقع تحت طائلة العقاب نتيجة إحاطة الفعل ببعض الأسباب التي تبيح ارتكابه ، حيث يرى المشرع في هذه الحالات أن الفعل المرتكب لم يحقق الضرر أو الخطر الذي من أجله وضع النص التجريمي¹ .

فتنتفي عنه الصفة غير المشروعة ، و يطلق على هذه الأفعال أسباب الإباحة ، ترجمة للمصطلح الفرنسي "causes de justification" و ترجمتها الصحيحة أسباب التبرير و الحقيقة أنه لا يوجد فرق من حيث الدلالة اللغوية و القانونية بين هذين التعبيرين² .

¹ - خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، دار الفكر العربي، 1984. ص. 12.

² - مأمون محمد سلامة ، شرح القانون الجنائي ، القسم العام ، 2009، ص. 13.12.

وبناء على ذلك لا مانع من إستعمال أيا من هاتين العبارتين للدلالة على معنى واحد، و يطلق عليها البعض بأسباب انتفاء الجريمة، لانعدام الصفة الإجرامية للواقعة التي لها في القانون صورة الجريمة، فقد لا يحمل الفعل معنى العدوان إذا ما أرتكب في ظروف معينة، كجراحة الطبيب مما يبرر إباحته، و قد يراعي القانون حقا أقوى من حق المعتدى عليه و يراه أجدر بالرعاية فيجيز الفعل، و يبطل النص كما في حالة القتل للدفاع المشروع.¹

ثانيا: أقسام أسباب الإباحة

لدينا الطبيعة القانونية للإباحة، و ما تتضمنه من جوانب موضوعية و أخرى شخصية و لقد كان لهذه الطبيعة ولا شك تأثيرها على تقسيم الإباحة في مجال تطبيقها على الأفعال التي تنطبق عليها بحسب الجوانب الموضوعية أو الشخصية، التي تتضمنها تلك الأفعال فمن ناحية أساسها الموضوعي، و قد أجمع الفقه على تقسيمها إلى عامة و خاصة و من حيث أساسها الشخصي إلى أسباب مطلقة و نسبية.²

1. تقسيم أسباب الإباحة بالنسبة لأساسها الموضوعي:

أ- أسباب الإباحة العامة: و يقصد بها تلك الأسباب التي تنطبق على كل الجرائم، فتبيحها إذا ما توفرت شروطها فهي لا تنقيد بجرائم معينة، بل تبيح الفعل الذي يرتكب مهما كان وصفه في القانون، فيستفيد منها كل شخص توافرت في فعله الشروط التي يتطلبها القانون، ومثال ذلك أداء الواجب و إستعمال الحق.

ب- أسباب الإباحة الخاصة: و هي تلك الأسباب التي تتوافر بالنسبة لجرائم معينة، و بالتالي فهي لا تنتج أثرها إلا بالنسبة لهذا النوع المعين من الجرائم، و مثالها حالة الدفاع المشروع، الذي يتعلق بجرائم الضرب والجرح و القتل، و رضا المجني عليه فيما يتصل بالجرائم المتعلقة بحقوقه والتي يجوز أن يتنازل عنها، ونلاحظ أن التمييز بينهما على شمول ما تلحقه هذه الأسباب التي تنطبق عليه.

الواقع أن كل سبب خاص، لا يمثل إلا تطبيقا خاصا لمبادئ واردة في الأسباب العامة للإباحة (أي ممارسة حق أو القيام بأداء الواجب) لأنه بدون القاعدة القانونية الخاصة ليس في الإمكان تطبيق القاعدة العامة.³

¹ - مأمون مُجَد سلامة، المرجع السابق. ص. 13.

² - مأمون مُجَد سلامة، المرجع نفسه. ص. 13.

³ - خلود سامي عزارة آل معجون، المرجع السابق. ص. 98.

2. تقسيم أسباب الإباحة بالنسبة لأساسها الشخصي:

أ- أسباب الإباحة المطلقة: و هي تلك الأسباب التي يمكن أن يستفيد منها أي شخص و يسري أثرها على كل من ساهم في ارتكاب الجريمة، سواء كان فاعلا أصليا أم شريكا، و مثال هذه الحالة الدفاع المشروع حيث يعتبر سببا مطلقا يستفيد منه كل شخص يتعرض لخطر الإعتداء على نفسه أو ماله.

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

الفرع الثاني: التحديد الفقهي للإباحة

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

فالمقصود بالإباحة في الفقه و التشريع الفرنسي، لم يورد أين منهما تعريفا صريحا للإباحة، أما الفقه العربي فقد تناول هذا الموضوع بالدراسة و التفصيل، فوضع بعضهم تعريفا للإباحة مما أدى إلى تفوقه في هذا المجال على الفقه الفرنسي، فيعرف بعض الفقهاء المصرين الإباحة بقولهم " أن أسباب الإباحة يكون من شأنها رفع الصفة الجنائية عن الفعل في الظروف التي وقع فيها، فهي تعدم الركن الشرعي فيخرج عن دائرة الأفعال المعاقب عليها إلى مجال الإباحة، فهذه الأخيرة وصف يلحق بالفعل² ، إلا أن هذا التعريف لم يكن دقيقا حيث اقتصر على بيان أثر أسباب الإباحة فقط.

ذهب البعض الآخر إلى أنه لا يكفي لتحقيق المسؤولية توفر ركن التمييز و الإختيار بل لا بد من ارتكاب خطأ ينسب للفاعل حتى يعاقب، فإذا لم يرتكب الفاعل خطأ فلا يعاقب، و إذا كان الفعل المكون للجريمة مباحا في ظروف معينة فلا يعد ارتكابه خطأ بل مباحا كحالة القتل و الضرب دفاعا عن النفس³ .

¹ - خلود سامي عزارة آل معجون ، المرجع السابق ، ص . 17.

² - خلود سامي عزارة آل معجون، المرجع نفسه ، ص . 17.

³ - خلود سامي عزارة آل معجون، المرجع نفسه ، ص . 18.

يمكن أن نوجه إلى هذا القول نفس الملاحظات التي وجهت للرأي الأول بالإضافة إلى أننا نجد أنه يعتمد في تعريفه على فكرة الخطأ (أي الركن المعنوي) إذ يعتبر أن توافر أحد أسباب الإباحة من شأنه أن ينفي الخطأ مما يترتب عليه إعفائه من المسؤولية، وهذا الأمر لا يمكن الأخذ به، لأننا سوف نرى أنه رغم توافر جميع أركان الفعل المجرم إلا أن الصفة المجرمة لهذا الفعل تخلع عنه، وعليه فإن التعريف الذي نعتد به و نعتد عليه هو ما جاء جامعاً لكل عناصر الموضوع، و مانعاً لأي غموض قد يشوبه.

لهذا نعود إلى التعريف الذي يعرف أسباب الإباحة بأنها "حالات إنتفاء الركن الشرعي بناء على قيود واردة على نص التجريم تستبعد منه بعض الأفعال"¹ و هذا التعريف أكثر دقة من سابقه، إذ لم يقف عند حد بيان أثر الإباحة، و إنما أظهر عناصرها وذلك أن تتحقق صفة عدم المشروعية في السلوك الذي يقوم بها الركن الشرعي للجريمة، الذي يتمثل في مطابقة السلوك و الفعل إلى نص قانون العقوبات الذي يجرمه، و توافر سبب من أسباب الإباحة بالنسبة لهذا السلوك يزيل عنه صفة عدم المشروعية و يرده إلى أصله من حيث الإباحة و المشروعية.

الفرع الثالث: الأساس القانوني لأسباب الإباحة

لاشك أنه عندما يقرر المشرع الخروج على قواعد التجريم بإباحة سلوك كان يخضع بحسب الأصل لنص التجريم لو لا أنه صدر عن فاعله في ظروف خاصة، هي التي إقتضت إباحته، هذا الخروج على قواعد التجريم لا يمكن أن يكون إلا لحكمة إرتأها الشارع، و سوف نتطرق إلى أساس الإباحة في هذا الفرع.

يرمي هذا الموضوع إلى بيان التبريرات التي أدت بالمشرع إلى إتخاذ هذا المنهج ضمن السياسة الجنائية، التي يتبعها لتحقيق ضمان المصالح و أمن المجتمع، ذلك أن المشرع عندما يجرم أفعال معينة، و يكون ذلك بناء على ما تقتضيه هذه الأفعال، من إعتداء على حقوق الأفراد و المجتمع التي يراها المشرع جديرة بالحماية الجنائية و بالقدر اللازم لصيانتها، فقد اختلف الفقهاء حول تحديد الأساس الذي ابتغاه المشرع من وراء إباحته لأفعال غير مشروعة أصلاً، و محو صفة الجريمة عن الفعل، و عليه سوف نتطرق إلى هذه الآراء فيما يلي:²

أولاً. انتفاء القصد الجنائي:

رأى جانب من الفقه، أن أساس الإباحة يرجع إلى انتفاء القصد لدى مرتكب الفعل المجرم، و بناء على ذلك فالشخص الذي يقدم على فعل معين، و هو يعتقد أنه مباح، يكون قد توافر لديه عنصر الإرادة و عنصر العلم بالواقعة، ولكن تخلف لديه العلم بخاطر القانون، لهذا فالفعل الذي يقوم به مباح، و من ثم تكون عناصر القصد الجنائي غير

¹ - مأمون مجد سلامة، المرجع السابق. ص 14.

² - رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العام، دار الفكر العربي. 1989. ص 498.

متوافرة بالكامل لديه، و بناء على ذلك يصبح الفعل ذاته مباحاً¹، لانتفاء أحد عناصر القصد الجنائي، و يستند أصحاب هذا الرأي إلى التعليقات الواردة على المادة 50 من القانون المصري لتأديب الوالد لولده مثلاً، فإن هذا الفعل قد يقال انه جريمة الضرب، إذا أخذنا الفعل على حسب الظاهرة على أنه لمقتضى القواعد العامة، لا عقاب في مثل هذه الحالة على الوالد، لتجرده من نية الإجرام، و على ذلك لا مانع من تقرير هذا المبدأ صراحة.

قد أثرت حول هذا الرأي عدة انتقادات من بينها أن القصد الجنائي هو عنصر ليست لديه حدود واضحة لنفي المسؤولية، ثم أنه لا يجوز أن يترك تقرير هذا الأمر في يد الفاعل الذي يجعل تجريم سلوكه أو إباحته أمراً متوقفاً على وجود القصد الجنائي لديه، مما قد يؤدي إلى اختلاف القضاة أو عدم تحكمهم في تقدير توافر هذا الأمر من عدمه، وفضلاً عن أن السياسة الجنائية تقتضي بيان أسباب الإباحة و تحديدها، و حصر أحوالها بقدر الإمكان، لضمان حماية المصالح العامة و بالتالي تحقيق العدالة في المجتمع².

ثانياً- شرف الباعث:

إذا كان الدافع هو القوة المحركة لإرتكاب الفعل الإجرامي، فإن للدوافع السامية أثراً في العقوبة من حيث التخفيف و التشديد، حسبما إذا كان الدافع شريفاً أو غير شريفاً، مما دفع ببعض الفقهاء، إلى إعتبار الدافع الشريف أساس الإباحة، و هذا القول مردود عليه، كون الدافع غير الشريف لا يمكن إعتباره ركناً في الجريمة وبالتالي لا يترتب على عدم توافره أو توافر الدافع الشريف، أما عدم تطبيق قواعد القانون الجزائي، كحالة العمال الذين يستعملون حقهم في الإضراب، لو كانوا يعلمون أن الإضراب سيؤدي بالإضرار بصاحب العمل وكذلك مثال من يستعمل حقه بالاعتصاء بحبس مال مدينه الموجود تحت يده، فقد يكون الدائن (الحابس) على علم بحاجة المدين إلى المال، و مع ذلك يقوم بحبسه تحت يده إقتضاءاً لحقه، ولا نلاحظ هنا شرف الباعث ونبله³.

ثالثاً. استعمال الحق:

يذهب هذا الرأي إلى إعتبار أن الأفعال المباحة لا تخرج عن كونها استعمالاً لحق تقرر بمقتضى القانون و يتحقق هنا في وضعين هو استعمال الحق و أداء الواجب، الذي يرجع في أصله لاستعمال الحق، فالمشرع إذن إذا أوجب أمراً و أجازة فهو لا يعاقب عليه، و مفاده أن هذا الرأي يسوي بين من يؤدي واجبا مفروضاً عليه ومن يستعمل حقه، لكن هذا

¹ - رؤوف عبيد، المرجع السابق. ص. 499.

² - رؤوف عبيد، المرجع السابق. ص. 499.

³ - خلود سامي غزارة آل معجون، المرجع السابق، ص 89.

الرأي مردودا عليه، لوجود اختلاف بين الحق و الواجب، فالحق يمكن التنازل عنه أما الواجب يلتزم به من هو مختص به، فلا يمكنه التنازل عنه، و يكون مسؤولا عن عدم القيام به، فهذا الرأي لم يبين لنا لماذا الشارع ارتقى ببعض الحقوق و فضلها على بعضها و بالتالي جعلها بمنأى عن نصوص التجريم¹.

رابعا- المصالح المعتبرة هي أساس الإباحة:

فالرأي الراجح هو الذي اتفق عليه اغلب الفقه، و الذي يبني الإباحة على أساس أنه يقوم على حماية المصالح الأولى، إعتبارا للأفراد و المجتمع، فالحكمة التي تثبت بسببها صفة الإباحة، لسلوك مشتمل بحسب الأصل على عناصر الجريمة، هي أنه بالنظر إلى الظروف التي أحاطت بذلك السلوك، ويكون إتيان السلوك في هذه الظروف بالذات محقا لمصلحة إجتماعية².

تنتفي علة التجريم في حالتين: حالة مباشرة و هي إذا ثبت أن الفعل المجرم أصلا لم يعد كذلك في ظروف معينة، فالمشرع مثلا يجرم أفعال الجرح حماية للحق في سلامة الجسم، و لكنه يقدر أن أفعال الجرح و إن مست الجسم، فهي لا تهدر مصلحته، ولا تمس سلامته، بل تصون المصلحة وتحمي سلامة الجسم ومن ثم ينقضي الإعتداء، أما الحالة الثانية فهي غير مباشرة، و هي الحالة ما إذا كان الفعل لا يزال ينتج الإعتداء، و لكنه في نفس الوقت يصون حق أجدر بالرعاية، فإذا كان التشريع مثلا يجرم القتل صيانة لحق الضحية، إلا أنه يبيح ذات الفعل - القتل - بشروط معينة دفاعا عن النفس و المال، و العلة هنا، أن المشرع قدر أن حق المعتدى عليه في الحياة أهم عند المجتمع، من حق المعتدي، لذلك فإن الحق الأول أولى بالرعاية والحماية من حق ذلك المعتدي إذ أن التجاء الأخير إلى العدوان قد هبط بالقيمة الإجتماعية لحقه في الحياة، إلى درجة أدنى عن القيمة الإجتماعية لحق المعتدى عليه، و حق هذا الأخير هو ما يجب صيانته، فتزول عنه علة التجريم و تقيد الإباحة فيه³.

المطلب الثاني: موقع أسباب الإباحة في القانون الجزائي وتمييزها عن غيرها:

بالرغم من أهمية أسباب الإباحة، ارتأينا دراسة موقع أسباب الإباحة في هذا المطلب مع مدى استقلالية قواعدها و كذلك هل أن قواعد الإباحة هي قواعد أصلية فيما يلي:

¹ - رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص 500.

² - خلود سامي غزارة آل معجون، المرجع السابق، ص 90.

³ - خلود سامي غزارة آل معجون، المرجع نفسه، ص 92.

الفرع الأول: موقع أسباب الإباحة في القانون الجزائري:

اختلف الفقهاء في نظرهم لموقع أسباب الإباحة في القانون الجزائري: ففريق ألحق أسباب الإباحة بالمسؤولية الجزائية على أساس أنها من الأسباب الموضوعية لانعدام المسؤولية و تقابلها الأسباب الداخلية أو الذاتية لانعدام المسؤولية المتمثلة في الجنون و الإكراه و صغر السن و كلتاها تؤدي في نهاية المطاف إلى عدم المساءلة الجزائية.

لكن فريق ألحق أسباب الإباحة بالركن الشرعي على أساس أنها تعدم الركن الشرعي، و من ثم فلا جريمة لانعدام أحد أركانها، و هو الركن الشرعي، مستندا في ذلك إلى ما نص عليه قانون العقوبات الفرنسي القديم في المادتين 327 و 328 (و يقابلهما في القانون الجزائري المادة 39 من ق.ع)، والتي تنص "لا جنائية و لا جنحة....."، و بذلك فإن أسباب الإباحة تختلف عن موانع المسؤولية على أساس أن الأولى تعطل نص التجريم فتمحو الفعل المجرم و تجعله كأن لم يكن و من ثم لا يصير في عداد الجرائم، في حين أن الثانية لا تؤثر على سلطان النص غاية ما هناك أن النص لا يطبق و من ثم فهي تحول فقط دون تطبيق النص الجزائي على من قام به لسبب مانع و لكنها لا تمحو الفعل و لا تمنعه من ترتيب نتائج أخرى¹، وعليه المشرع الجزائري شاطر رأي الفريق الثاني فيما ذهب إليه، فإنه ذهب أبعد منه في ظل قانون العقوبات الجزائري الذي لم يكتف في المادة 39 منه بالقول أن "لا جنائية و لا جنحة"، حال توافر أسباب الإباحة، بل ذكر "لا جريمة" أي أن الجريمة تمحى كليا بتوافر الأسباب المذكورة و يوافق في ذلك المشرع المصري.

أما ما انتهى إليه المشرع الفرنسي في قانون العقوبات الجديد الصادرة في سنة 1992 حيث ذهب مذهب الفريق الأول إذ أعاد النظر في طبيعة الأفعال المبررة فلم تعد أسبابا لمحو الجريمة، بل أصبحت من موانع المسؤولية².

أما قانون العقوبات المصري، فقد انتهج منهج الرأي الثاني و ذهب أكثر من ذلك في حين اعتبر أسباب الإباحة تنفي الجريمة، و هذا بنصه على الجنايات، و الجنح التي تتوافر فيها أسباب الإباحة عند ارتكابها.

الفرع الثاني: مدى استقلال قواعد الإباحة:

هناك جانب من الفقه، يرى أن قواعد الإباحة ليست قواعد مستقلة بذاتها، و ليست سوى جزء من قواعد التجريم، حيث ترد على هذه القواعد لوضع حدود و قيود على نطاقها، و من ثم تضحى جزءا منها، و على هذا الرأي الفقيه الإيطالي جرسيني.

¹ - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، ط4، الجزائر، 2007، ص. 121.

² - أحسن بوسقيعة، المرجع نفسه، ص. 122.

قد تأثر أصحاب هذا الرأي بنظرية الجزاء، التي تقوم على أن القاعدة الجنائية، ليست سوى قاعدة مساندة تنص على الجزاء المقرر على مخالفة قاعدة أمرة، واردة في فرع آخر من فروع النظام القانوني.

فهذا الرأي محل نظر فالقاعدة الجنائية بدورها مستقلة بذاتها، وتنطوي على عنصرين الأمر و الجزاء معا وقواعد الإباحة بدورها مستقلة و ليست جزءا من قاعدة التجريم، ذلك أن لكل من القاعدتين وظيفة مغايرة للوظيفة الأخرى، كما أن تطبيق قواعد الإباحة مستقل عن تطبيق قواعد التجريم، فإذا كانت وظيفة القاعدة الجنائية بشقيها هي تجريم السلوك المعارض لنص جنائي، و تحديد العقوبة المقررة على إتيانه، فإن وظيفة القاعدة الإباحية مغايرة و متناقضة تماما مع وظيفة قاعدة التجريم¹.

إذ هي تقرر إباحة ذات السلوك، إذا ارتكب في إحدى الحالات المنصوص عليها في القانون، استعمالا لحق مقرر بالنص، فبينما تكون وظيفة قاعدة التجريم هي التجريم والعقاب، فإن وظيفة قاعدة الإباحة هي تبرير الفعل، ومما يؤكد استقلال قواعد الإباحة عن قواعد التجريم، أن قاعدة الإباحة تعكس كقاعدة قانونية، الترتيب العادي لتعارض المصالح، فقاعدة التجريم تحمي بحسب الأصل مصالح المعتدى عليه، فهي أولى بالرعاية حفاظا على أمن الجماعة واستقرارها، أما قواعد الإباحة فإن مصالح المعتدى عليه لها الأولوية في الرعاية والحماية قبل مصلحة المعتدي، فمثلا إذا كانت الحياة الإنسانية بصفة عامة تتمتع بحماية القانون، حيث يحظر الإعتداء عليها بعقوبة تصل إلى حد الإعدام، فإن حالة الدفاع المشروع (إحدى حالات الإباحة)، ينعكس الترتيب العادي لتعارض المصالح، حيث تنشأ مصلحة عامة في حرمان حياة المعتدي (هذا في جريمة الإعتداء الأصلية)، في الحماية و تفضل عليها حياة المعتدى عليه باعتبارها أولى بالرعاية، لأن المعتدي الأول باعتدائه قد أهدر حقه في حماية القانون لحقه في الحياة².

الفرع الثالث: اعتبار قواعد الإباحة قواعد أصلية

لو كنا قد انتهينا إلى أن قاعدة الإباحة ليست سوى جزء من قاعدة التجريم، كما ذهب البعض، فكان مقتضى ذلك أن يطبق في شأنها ما يسري على القاعدة الأصلية من أحكام، إلا أنه و قد خلصنا إلى إستقلال قواعد الإباحة، فإنه يكون علينا أن نحدد طبيعة هذه القواعد، وفقا للتقسيم التقليدي للقواعد القانونية إلى قواعد عامة وقواعد إستثنائية ضيقة، وإذ أنه متى كانت القاعدة إستثنائية كان من المتعين تفسيرها في أضيق الحدود والإمتناع عن القياس في شأنها.

¹ - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، 2007. ص. 122.

² - خلود سامي عزارة آل معجون، المرجع السابق، ص. 41. 42.

رغم هذه الأهمية فإن فقه القانون الجنائي لم يصل بعد إلى إتفاق حول تحديد طبيعة قواعد الإباحة، و ما إذا كانت قاعدة عامة أو هي إستثناء، فذهب فريق من الفقه إلى القول أن قواعد الإباحة قواعد إستثنائية مع ما يترتب على ذلك، و ذهب فريق آخر إلى أن قواعد التجريم هي القواعد الإستثنائية و قواعد الإباحة هي القواعد العامة.

نلاحظ أن هذا الخلاف بين الفقهاء كان أساسه، حول مسألة أولية، و هو تحديد متى تكون القاعدة القانونية قاعدة عامة، و متى تكون قاعدة استثنائية أين ذهب فريق من الفقه إلى حل هذا الخلاف، بالقول أن القاعدة الإستثنائية هي التي تنظم العدد الأقل من الحالات، إلا أن هذا الرأي أنتقد إذ يرى أن العبرة في تحديد القاعدة القانونية، هو الجوهر أو طبيعة القاعدة و من ثم فإن السمة المميزة للقاعدة الإستثنائية هي مناقضتها للقاعدة العامة، و ليس بعدد الحالات التي تعالج أو تعطىها لفعالية القاعدة العامة كما يرى البعض¹، و لتحديد طبيعة أي قاعدة و مقارنتها سواء كانت قاعدة التجريم أو قاعدة الإباحة، الإعتداد بجوهر القاعدة و مقارنتها بالسلوك الإنساني، فالأصل العام في الأفعال الإباحة، ثم وردت القيود على الحريات الفردية لتنظيم حياة الفرد في الجماعة، وهي من ثم إستثناء و ترتباً على ذلك، يمكن القول أن قواعد التجريم التي تحد من السلوك الإنساني أو الحرية الفردية بشكل عام هي قاعدة إستثنائية، فالحرية الفردية للجميع، و لا يجوز الحد منها بقبض أو حبس إلا وفقاً لأحكام القانون، كما تقضي بذلك كافة الدساتير، كالدستور الجزائري في مادته 39 ق.ع " لا جريمة " ... و كذلك الدستور المصري لسنة 1971 في مادته 28 و هو إعمالاً لمبدأ الشرعية الجنائية " لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص " فإذا وردت قاعدة الإباحة فتحول تصرفاً ممنوعاً بموجب قاعدة التجريم إلى فعل مشروع فإنها تخدم في الواقع عدم مشروعيتها، أو هي تعود به إلى أصله من المشروعية، و من ثم نستخلص من ذلك أن قواعد الإباحة هي ولا شك من قواعد القانون العام، إذ هي تتفق مع الطابع العام للسلوك الإنساني².

إذا هي ليست إستثناء من قواعد التجريم، و يترتب على ذلك كافة النتائج المترتبة على إعتبار قاعدة ما من القواعد العامة، من حيث جواز التوسع في تفسيرها، و من هنا كان من الطبيعي أن تكون قواعد الإباحة هي بين نصوص القانون الجزائري في قسمه العام، كما فعل القانون الألماني والدنماركي، و الإسباني، و المجري، والإيطالي، والنرويجي، والبولندي و الجزائري، و من هنا كانت الدعوة و لا زالت قائمة من المشرع المصري والفرنسي، لوضع قواعد الإباحة في مكانها الطبيعي، بين مواد القسم العام من قانون العقوبات، و هناك من القوانين من وضع هذه القواعد في القسم الخاص لقانون العقوبات مثل القانون السويدي، و البلجيكي و القانون المصري³.

¹ - خلود سامي عزارة آل معجون ، المرجع السابق ، ص. 43.

² - خلود سامي عزارة آل معجون ، المرجع نفسه ، ص. 43.

³ - خلود سامي عزارة آل معجون ، المرجع نفسه ، ص. 44.

خلاصة الفصل الأول :

الأصل العام عند ارتكاب الإنسان جريمة ما يعاقب من قبل الدولة التي هي صاحبة الحق في العقاب , ولكن قد يصل الإنسان إلى أن يرتكب فعلا من الأفعال المجرمة في قانون العقوبات أو القوانين المكملة ومن خلال ما سبق طرحه في هذا الفصل توصلنا إلى أسباب الإباحة هي أسباب موضوعية تلحق بالواقعة الجريمة , فتزيل عنها وصف الجريمة , وهي بالتالي تختلف عن موانع المسؤولية المتعلقة بشخص الفاعل وعلى هذا نصت أغلب التشريعات على أسباب الإباحة في قوانينها كما حال المشرع الجزائري الذي أورد ذكرها في قانون العقوبات .

وبناء على هذا ننطلق من القول أن الأصل في الأفعال الإباحة وأن القاعدة العامة والقانونية أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص من القانون ومنه الشيء الذي أي أحله وعكسه المحذور هذا لغويا أما شرعا فهو بإتيان الفعل بكيفية شاءها الفاعل وقانونيا يتم تعريفها وفقا لصورها مجمل القول في ذلك على أنه تلك الأفعال التي يمكن إسقاطها على نص قانوني جرمها وبمعنى آخر أنه تلك الظروف المنصوص عليها قانونا ومحددة بدقة تجعل الفعل مباحا ومنه تكون البراءة والإعفاء من المسؤولية الجزائية .

تعدد أسباب الإباحة للشريك أو المساهم في الفعل ومن ذلك وردت تقسيمات على أسباب الإباحة منها ما هو متفق عليه في القانون الدولي الجنائي والمتمثلة في حالة الدفاع الشرعي المعاملة بالمثل والتدخل الدولي الإنساني ولكل سبب من هذه الأسباب شروطها ومقتضياتها وأما عن الأسباب المختلف عليها في القانون الدولي الجنائي وتتمثل في حالة الضرورة والتي لها شروطها من حيث فعل الخطر وفعل الضرورة .

أما بالنسبة للمشرع الجزائري والذي تحدث عن أسباب الإباحة بأنها ذلك السلوك الإجرامي والذي لا يعاقب عنه نتيجة لإحاطته بأسباب تبيح ارتكابه ليصير بذلك سلوكا مبررة , ويجرنا القول بهذا الشأن إلى أقسام أسباب الإباحة والتي تضمنت جوانب موضوعية و أخرى شخصية فتوجد أسباب إباحة عامة نتطبق على جميع الجرائم متى توفرت شروطها مثالها أداء الواجب وإستعمال الحق وأخرى خاصة تكون بخصوص جرائم معينة كحالة الدفاع المشروع في جرائم القتل الضرب والجرح وبهذا الصدد نؤكد قولنا أن كل سبب خاص لا يمثل إلا تطبيقا خاصا لمبادئ واردة في الأسباب العامة للإباحة .

الفصل الثاني :

النطاق القانوني للدفاع الشرعي في القانون
الجزائري

الفصل الثاني:

النطاق القانوني لأسباب الإباحة في القانون الجزائري

يعد الدفاع الشرعي من أقدم أسباب الإباحة التي عرفها الإنسان, ذلك أن سبب الإباحة هذا نابع من شعور الفرد بقدرته الطبيعية على حماية نفسه وممتلكاته وماله وعرضه من أي اعتداء قد يمسّه, كما أعتبر الدفاع الشرعي منذ عهد الرومان سببا من أسباب الإباحة تنعدم فيه المسؤوليتان مع, سواء كانت المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية, حيث أعتبره الفقه على أنه مبدأ من مبادئ القانون الطبيعي التي لا تتغير سواء بتغيير المكان أو الزمان .

لكن بتغيير هذا التكييف مع مرور الزمن والوقت ليصبح الدفاع الشرعي مجرد عذر لا يرفع عن الفعل صفة التجريم سواء كان عن النفس أو المال خاصة. أما في ظل القانون الفرنسي الصادر في وقت الثورة الفرنسية فقد أعاد الدفاع لاعتباره حق للمدافع يبيح له دفع الاعتداء الواقع عليه, ليترسخ في ظل هذا المفهوم الى غاية صدور القوانين الجنائية الحديثة, والتي أقرته في نصوصها مثل حال المشرع الجزائري .

في هذا الفصل سنتناول دراسة مفصلة لهذا الموضوع نتطرق من خلالها في المبحث الأول إلى الأفعال المبررة في القانون الجزائري , ثم في المبحث الثاني الى حالي الضرورة ورضا المجني عليه.

المبحث الأول: الأفعال المبررة في القانون الجزائري

لقد قسم الفقه أسباب الإباحة إلى أسباب عامة و أسباب خاصة و إلى مطلقة و نسبية فالعامة تنتج أثرها بالنسبة للجرائم كافة و منها أداء الواجب و إستعمال الحق «ما أذن به القانون أو أمر به»، أما الخاصة فهي لا تنتج أثرها إلا في جرائم معينة مثل الإجهاض الذي يتم لأسباب صحية (المادة 308 ق.ع)، و الإتفاقيات و الممارسات المنافية للمنافسة المبررة بالتطور الإقتصادي أو التقني (المادة 9 من الأمر رقم 95-06 المؤرخ في: 1995/01/25 المتعلق بالمنافسة)، و لقد نص قانون العقوبات على أفعال مبررة عامة تطبق على كل الظروف و على كل الجرائم مهما كان وصفها، و يتعلق الأمر بالفعل الذي أمر به أو أذن به القانون، و كذا الفعل الذي دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو الغير، وهكذا نصت المادة 39 ق.ع 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 أو عن مال مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامته الإعتداء".

بذلك يكون المشرع الجزائري قد حصر أسباب الإباحة في حالات الأفعال المبررة و هي: الفعل الذي يأمر به أو يأذن به القانون و الدفاع المشروع¹ ، و سنتناول هذه الحالات المبررة في مطلبين بالتفصيل فيما يلي:

المطلب الأول: الفعل الذي يأمر به أو يأذن به القانون

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

¹ - أحسن بوسقيعة, الوجيز في القانون الجزائري, القسم العام, دار هومة, للطباعة والنشر والتوزيع، ط 09 ، الجزائر، 2009، ص.139.

² - المادة 09، الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المعدل والمتمم المتعلق بالمنافسة.

الفرع الأول: الفعل الذي يأمر به القانون

يكمن سبب الإباحة في الأفعال التي يأمر بها القانون في نص القانون ذاته، فليس من المنطقي أن يأمر القانون بإتيان فعل معين ثم يجرمه بعد ذلك و تنص المادة 39 من قانون العقوبات "لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر به القانون"¹ ، حيث يلزم القانون الشخص بأداء واجبات قانونية، فإن ذلك يكون بهدف تحقيق مصلحة عامة لأنه بوجه عام هو الفعل الذي يقوم به الموظف عند أدائه لمهمته، و تنتفي أمامها أهمية المصلحة المحمية للمجني عليه، و نعطي لفعله صفة الشرعية، حيث يستفيد بسبب الإباحة أي شخص يوجه إليه القانون الأمر بأداء الواجب، سواء كان موظفا عموما أو شخصا عاديا، فقد يلزم الشارع المواطنين بإبلاغ السلطات العمومية في حالة مشاهدة جريمة أو حصولهم على معلومات عليها كجريمة التجسس "المادة 91 ق.ع"، وكما قد يعطيه القانون بعض السلطات بهدف المصلحة العامة مثل القبض على مرتكب الجريمة المتلبس بها "61 ق.إ.ج" فمثل هذه الحقوق تقيد من حقوق الغير².

كما يوجه القانون أداء واجبات قانونية على الموظفين العموميين، الذين يقومون بتنفيذ القوانين و اللوائح التنظيمية، و قد يوجه الشارع أمره مباشرة إلى الموظف فيحدد له الشروط اللازمة لإجرائه دون أن يترك له مجال للتقدير، مثل مأمور السجن الذي عليه أن يحبس أي شخص متى كان هناك أمر موقع عليه من السلطة المختصة، بناء على أمر من سلطة التنفيذ (النيابة العامة). و قد يترك القانون سلطة تقديرية للموظف العام في ارتكاب الفعل أو عدم القيام به، مثل حق الحبس الاحتياطي الممنوح للنيابة العامة على المتهم في حالة ما إذا كان الإفراج عليه يؤثر على الأدلة في الدعوى، و كما أن فعل الموظف العام يكون مباحا إذا أمر به القانون مباشرة فإنه يكون إذا كان بناء على أمر صادر إليه من رئيسه الأعلى أو السلطة المختصة³.

إذ يتجه القضاء الفرنسي نحو تأطير الفعل الذي يأمر به القانون بحيث لا يكون مبررا إلا إذا كان ارتكاب الجريمة ضروريا و كان الفعل يتوفر فيه شرط التناسب، كما يتبين ذلك من القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 2003/02/18 الذي تتلخص وقائعه كالآتي: كان سائق يقود سيارته، و هي بدون تأمين و لما شاهد رجال الدرك رجوع على أعقابهم و فر هاربا، فلاحقه دركيان و لما أدركه أحدهما أطلق عليه النار بمسدسه لإرغامه على التوقف فأصيب السائق في صدره و توفي، توبع الدركي من أجل القتل الخطأ فبرأته محكمة الإستئناف على أساس أن ما قام به هو فعل

¹ - عبد الله سليمان ، شرح قانون العقوبات الجزائري ، القسم العام، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1995 . ص . 121 .

² - عبد الله سليمان . المرجع نفسه ص . 121 .

³ - عادل قورة ، محاضرات في قانون العقوبات، القسم العام، ص . 81 .

يأمر به القانون "المرسوم الصادر سنة 1903 الذي يجيز لرجال الدرك الوطني إستعمال السلاح الناري إذا ما حاول الأشخاص المستوقفون الفرار"، و أن الفعل المبرر لا يخضع لأي قيد، غير أن محكمة النقض ألغت القرار على أساس أن قضية الموضوع لم يبحثوا عما إذا كان إستعمال السلاح كان ضروريا¹، ضرورة مطلقة بالنظر إلى وقائع الدعوى و ظروفها، و في هذا السياق نتساءل عن مصير أي موظف أو أي شخص قام بالفعل الذي يأمر به القانون أو أن القيام بالفعل غير ضروري ضرورة مطلقة²، وستتناول شرح الفعل الذي يأمر به القانون في بيان العمل القانوني و حكم العمل الغير قانوني بإيجاز.

أولا: العمل القانوني

حتى يكون الفعل مباحا على أساس أداء الواجب المكلف به قانونا (أمر به القانون)، فإنه يتعين على الفرد العادي أن يكون له الحق في أداء العمل أو الفعل على سبيل الواجب إذا منحه إياه القانون، حيث ينص على واجبات إلزامية على الفرد في حالة وجود جريمة مثلا الإخبار عليها أو القبض على المتلبس بالجريمة رغم أنه ليس من إختصاصه، إلا أن القانون خوله هذا الفعل و أضفى عليه طابع الشرعية و كذلك يكون العمل قانوني بالنسبة للموظف العام، الذي يقوم بتنفيذ أوامر القانون و تضيفي على أعماله صفة المشروعية، و الإباحة أثناء تنفيذه لهذه الأوامر، فيكون هذا التنفيذ إما مباشرا من طرف الفرد أو صادر من سلطة مختصة³، فالتنفيذ المباشر من طرف الفرد لأمر القانون، قد يكون خاضعا لسلطة رئاسية أو تنفيذه مباشرة دون وجودها.

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

¹ . أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، 2009، ص ، 123.

² . أحسن بوسقيعة، المرجع نفسه، 2009، ص، 124.

³ . عادل قورة، المرجع السابق، ص. 81.

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

كذلك ينفذ الموظف أوامر صادرة من سلطة مختصة حيث يلزم الموظف بطاعة رئيسه الأعلى في السلم الإداري التسلسلي في الوظيفة وذلك تطبيقا لأمر القانون، و لكي يكون فعل الموظف مشروعاً و مباحاً يجب أن تتوافر فيه الشروط التالية¹ :

1. أن يكون العمل داخلاً في إختصاص الموظف، فيلزم فيه توافر الإختصاص بكل معاييره المكانية و الوظيفية فإذا كان الأمر صادراً من سلطة أعلى يجب أن يكون صادراً من مختص قانوناً بإصدار الأمر، و كذلك أن يكون الموظف مختص بالتنفيذ.

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

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

ثانياً: حكم العمل غير القانوني

كما بينا سابقاً أن الواجب الذي يقوم به الفرد يجب أن يكون مشروعاً و أمر به القانون بحيث لا يجب و يلزم بعدم تجاوز حدود الإباحة، و إلا عد الفعل جريمة و يعاقب عليها.

يكمُن الإشكال عندما يصدر الأمر من سلطة مختصة إلى الموظف بالقيام بعمل غير مشروع فما حكم هذا العمل؟ و هل يعتبر مباحاً و من يتحمل مسؤولية الفعل؟²

هنا نكون بصدد هذه الحالة أي في حالة إصدار السلطة المختصة لأمر مخالف للقانون، و قيام أحد الموظفين بتنفيذه، ففي التشريع الجزائري بينته المادة 135 ق.ع تنص "بأن تنفيذ أمر السلطة المخالف للقانون لا يعفي مرتكبه من

¹ . بارش سليمان ، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام ، الجزء الأول ، 1992 . ص . 92.

² - أحمد بوسقيعة، المرجع السابق ، 2009 ، ص، 124.

الجزاء الجنائي بحجة أنه تلقى أمرا من رئيسه"، و سنعرض موقف الفقه القانوني من هذه الحالة حيث ظهرت فيها عدة نظريات أهمها:

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

الأول اتجه إلى القول بضرورة إباحة سلوك الموظف في هذه الحالة و إخراجهم من دائرة التجريم وإلحاق أمر التجريم برئيسه لأن الإباحة مستمدة من الإلتزام بالطاعة، و يعاب على هذا الفريق بأنه لم يجد حلا للمشكل الذي هو تنفيذ الأمر في حد ذاته و ليس الأمر لأن التنفيذ هو الذي أورد الجريمة في الواقع¹.

الفريق الثاني اتجه إلى القول بعدم مسؤولية الموظف مع الاحتفاظ بوصف التجريم و برروا رأيهم أن المرؤوس أداة عمياء مجردة من أسس الإستقبال أمام الرئيس، و ليس أمامه سوى تنفيذ هذا الأمر الواجب عليه طاعته، و المرؤوس هو فاقد الشعور لأفعاله الإجرامية، و يتم تنفيذها بناء على إرادة الرئيس و ليس إرادته الشخصية و يعاب عليهم بأنهم جردوا الموظف من الإرادة و المشكل الذي يطرح هو شرعية التنفيذ و ليس الموقف الإداري.

2. نظرية الطاعة المقيدة: و هي توفيق بين واجب الطاعة للرئيس و احترام القانون، وظهرت فيها ثلاث اتجاهات و هي:

أ. وجوب الاعتراض على أمر الرئيس قبل تنفيذه، إذا شك الموظف في شرعية الأمر الصادر له من رئيسه فعليه الاعتراض على تنفيذه، و وجب عليه الطاعة و يترتب على ذلك إعفائه من المسؤولية الجنائية، أي يستفيد من الإباحة بحكم أداء الواجب المفروض عليه قانونا و هو الطاعة.

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

ج. إذا كان تنفيذ الأمر يشكل جريمة، فإن طاعة الأوامر يجب أن يؤخذ بها في هذه الحالة، حيث يحترم الموظف القانون و يترك تنفيذ الأمر الصادر من رئيسه.²

3. نظرية الشرعية: و تقوم على أساس الأوامر بحيث أن تتفق مع القوانين و ألا تخالفها شكلا و مضمونا ويتعين على الموظف عدم تنفيذ و إطاعة الأوامر الصادرة من رئيسه إذا اختلفت الشروط القانونية، فإنه يسقط عنه واجب الطاعة، و

¹ - بارش سليمان , المرجع السابق ,ص،95.

² - بارش سليمان , المرجع نفسه،ص،96.

بالتالي فإن كل من الرئيس و المرؤوس لا يعفيان من المسؤولية في حالة تنفيذ أمر مخالف للقانون¹، ووضع القضاء بعض الحلول في مساءلة الموظف

الذي يقوم بتنفيذ أمر غير شرعي بالاعتماد على الخطأ غير المتوقع الذي يؤدي إلى عدم قيام المسؤولية، إذا كان غير عالما بعدم الشرعية و العلم ينظر له من عدة نواحي منها درجة ثقافة الموظف و الرتبة و في حالة تواجده تحت الإكراه.

الفرع الثاني: الفعل الذي يأذن به القانون

يقصد بإذن القانون أو إستعمال الحق هو ترخيص القانون لصاحب الحق في إستعمال حقه حيث يجيز القانون في حالات معينة، و السماح للشخص بإتيان عمل، بحيث لو غاب هذا السماح لكان الفعل مجرماً، و إن المشرع الجزائري باستعماله لفظ ما أذن به القانون، فإنه يأخذ بمدلوله الواسع "يتسع ليشمل كل قاعدة قانونية سواء كانت محددة في نص تشريعي، أو قاعدة واردة في الشريعة الإسلامية أو عرفاً سارياً"².

تأخذ عبارة "القانون" مدلولاً أوسع حيث يتفق القضاء الفرنسي و المصري على أنها لا تقتصر على القانون في حد ذاته بل تتعداه لتشمل العرف، و هذا يتفق مع واقعنا في الجزائر رغم عدم عثورنا على أحكام قضائية في هذا الشأن.

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

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

قد يكون الإذن من الشريعة الإسلامية أيضاً سواء اعتبرناها قانوناً أو عرفاً، كحق التأديب الذي يبيح العنف الخفيف الذي يمارسه الوالد على ابنه القاصر.

إذا كانت الشريعة الإسلامية تقرر أيضاً للزوج حق تأديب زوجته، و لو بالضرب بشرط ألا يكون شديداً ولا مبرحاً و إنما خفيفاً لا يحدث كسراً أو جرحاً و لا يترك أثراً و لا ينشأ عنه مرض، فإن مثل هذا الحق لا يمكن للزوج التحجج به

¹ - بارش سليمان ، المرجع السابق ص،96.

² - بارش سليمان ، المرجع نفسه ص،98.

أمام القاضي الجزائري إذا قدمت زوجته شكوى ضده من أجل الضرب، ذلك أن قانون العقوبات الجزائري هو قانون وضعي محض و من ثم فلا يأخذ بما هو مقرر في الشريعة الإسلامية إلا إذا كان متوافقا مع أحكام قانون العقوبات¹، مثلما هو الحال مثلا بالنسبة لحق تأديب الصغار الذي لا يعاقب عليه القانون (المادة 269 ق.ع)، ومن خلال هذا كله فإننا سنتطرق إلى الشروط العامة لاستعمال الحق و أهم تطبيقاته:

أولا: الشروط العامة لاستعمال الحق

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

1. وجود الحق:

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

ومع ذلك لا يجوز له الدفع بأحكام المادة 39 من قانون العقوبات لا يقرر حقا إلا إذا كانت المصلحة التي يحميها أولى بالاعتبار²

2. التزام حدود الحق:

يلزم صاحب الحق بممارسة حقه في حدود المعقول، و أن تكون هذه الأفعال متناسبا و تحقيق الغاية المنشودة منها، دون تجاوزها، فحق التأديب مثلا غايته الإصلاح و حق مباشرة الأعمال الطبية غايته معالجة المريض، و إذا استعمل الفاعل حقه لغرض غير الغرض المقصود به فلا يمكن له الإحتجاج بإستعمال حقه كسبب للإباحة، و ترد قيود على ممارسة الحق بحيث أن يمارس من طرف صاحبه المقرر له هذا الحق، و لكن قد يرخص القانون لصاحب الحق التنازل عنه أو نقله إلى شخص آخر و بالنظر إلى طبيعة الحقوق فإننا نجد بعض الحقوق غير قابلة للنقل مثل حق تأديب

¹ - أحسن بوسقيعة . المرجع السابق, 2009 ص.ص. 124-125.

² - محمد أحمد المستهداني, الوسيط في شرح قانون العقوبات, القسم العام دار الفكر العربي, 1985, ص 111.

الزوجة الممنوح للزوج و قد يشترط القانون لاستعمال الحق إتباع إجراءات معينة، فإذا لم يؤتيها الفاعل فإن صفة الإباحة تزول، وتجدد بنا الإشارة إلى أن ممارسة هذه الأفعال تكون حسب جسامه الفعل ومن ثم فحق التأديب لا يبيح إلا الضرب الخفيف¹.

أما أخيرا أن يتوافر لدى صاحب الحق حسن النية أي أنه يمارس حقه في حدود الغرض الذي تقرر لأجله، فلا يمكن الخروج على هذا الهدف أو الغاية و هي المصلحة الاجتماعية التي شرع أو قرر من أجلها الحق.

ثانيا: أهم تطبيقات استعمال الحق.

لقد تناول القانون حقوق عديدة معطاة للأفراد، حيث يخول كل حق لصاحبه ممارسة طائفة من الأفعال، فحق التأديب يبيح الضرب، و حق ممارسة الأعمال الطبية يبيح الجرح، و كذا حق ممارسة الألعاب الرياضية، وحق الدفاع يبيح القذف و السب أمام القضاء و حق النقد و غيرها، و سنتناول بعض الحقوق الهامة و التي تعتبر مألوفة و يكثر التصادف بها و هي:

1. حق ممارسة الأعمال الطبية:

العمل الطبي هو نشاط يتفق مع الأصول و القواعد المقررة في علم الطب و يهدف إلى شفاء المريض بتخليصه من المرض الذي يعاني منه و الكشف عن أسبابه و الوقاية منه فالطبيب يسعى نحو هذه الغاية و هي الشفاء، فإنه يعطي للمريض مواد ليتناولها و يقوم بعمليات تمس جسمه أي المريض، كإعطائه مخدر أو إجراء عملية جراحية و هذه الأفعال لا ترقى إلى كونها عدوانا عليه، والواقع أن علة الإباحة تستخلص بالرجوع إلى علة التجريم، حيث أن انتفاء علة التجريم هي التي تحدد توافر العلة، و أن ترخيص القانون للطبيب بمزاولة هذه الأعمال أساسها عدم توافر العدوان على الجسم، و أن الطبيب لا يهدف إلى إيذاء الجسم و إنما يهدف إلى صيانتته² ولا بد من توافر شروط لممارسة الأعمال الطبية لكي يقوم الطبيب بتلك الأفعال و الاستفادة من الإباحة و هي: . الترخيص بمزاولة المهنة- رضا المريض بالعلاج- إجراء العمل الطبي قصد العلاج.

تثور مشكلة الأخطاء الطبية و حكمها، فإذا توافرت شروط الإباحة في العمل الطبي فإن سلوك الطبيب يعتبر مشروعاً و لو ساءت حالة المريض، غير أنه إذا اقترن العمل الطبي بخطأ سئل الطبيب مسؤولية غير عمدية "كترك وسيلة

¹ - إبراهيم الشباسي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ص. 168.

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

جراحة في جسم المريض" و لا يعتبر فشل العلاج قرينة قاطعة على خطأ الطبيب، و قد يفشل العلاج على الرغم من إتزام الطبيب بالأصول العلمية و قواعد الحذر و لذا ففي هذه الحالة البحث عن صورة الخطأ المهني لتقرير مسؤولية الطبيب.

2. حق ممارسة الألعاب الرياضية:

تفترض بعض الألعاب الرياضية أن يقوم المتنافس بالمساس بجسم منافسه عمدا، فالبعض منها قائم عليها كالملاكمة و المصارعة، ففي الأصل أن تلك الأفعال التي يقوم بها الرياضي مجرمة، كالضرب الذي قد يؤدي إلى الجرح، حيث أن هذا الفعل الذي يكون في حدود اللعب يتصف بالإباحة استنادا إلى الحق في ممارسة الألعاب الرياضية التي أساسها اعتراف القانون وتقنين العرف الرياضي، و قد وضعت الدولة حفاظا على الصحة العمومية للمواطنين، ولكي يكون الضرب و الجرح في إطار حق ممارسة الألعاب الرياضية لا بد من توافر الشروط التالية: - أن تكون اللعبة يعترف بها القانون و العرف الرياضي و يضع لها قواعد و تقاليد تحدد لها جهات معينة لمزاومتها و أن يرتكب فعل العنف على جسم المنافس أثناء المباراة، فإن تعمد الضرب و الجرح خارج أوقات اللعب يسأل عن الضرب و الجرح العمدى، و ينبغي أيضا أن يكون فعل العنف يتناسق وقواعد اللعبة المتعارف عليها.

3. حق التأديب:

هو من الحقوق المقررة بمقتضى القانون و علة الإباحة فيها أن المشرع راعى مصلحة الأسرة و المحافظة على كيانها و تقويم الصغار و تربيتهم، و مصلحة المجتمع حيث تقتضي هذه المصلحة منح بعض الأفراد من الأسرة سلطة بعضهم على الآخر، وذلك بإعطائه حق توقيع بعض الأفعال كجزاء عن خروجه عن هذه المصلحة و في هذه الأفعال الضرب و الإيذاء الخفيف، و أن الضرب المبرح الشديد و العنيف الذي يضر بصحة المجني عليه غير مباح و يسأل عنه صاحب هذا الحق، حيث يمارس هذا الحق عادة الأب أو الزوج على الزوجة أو الأولاد الصغار¹.

أ - تأديب الزوجة: لقد أباحت الشريعة الإسلامية حق تأديب الزوجة، ضمن شروط يجب التقيد بها حفاظا على الغاية التي وجد من أجلها هذا الحق و هذا بعد إرتكابها معصية و هذا الحق بينته الآية 33 من سورة النساء: "واللاتي تخافون نشوزهن فعضوهن و أهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان عليا كبيرا"²،

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

² - القرآن الكريم ، سورة النساء، الآية 34.

لذا فإن فالضرب لا يتم إلا بعد إستنفاد إجراءات أولية و سابقة مثل الوعظ و المهجر، و إن استمرت فالضرب كسبب للإباحة.

ب - تأديب الصغار: يحق للأب أن يؤدب ابنه الصغير، و هذا الحق يتعلق بالولاية على النفس التي يمارسها الأب عليه، و يجب لتوافر الإباحة في هذا الفعل شروط و هي:

- أن يكون حق التأديب للأب أو الوصي أو الأم و كذا الولي على النفس عند عدم وجود الأب وكذا المعلم بالمدرسة و ملقن الحرفة شرط إذن الأب أو الولي.

- أن يكون الضرب كوسيلة للتأديب خفيفا، فإذا كان مبرحا فهو غير مشروع، ويجب أن يكون باليد و ليس بالعصا أو السوط و اتقاء المواضع الخطيرة كالرأس¹.

إذا كان التشريع الجزائري لا يعرف إلا الفعل الذي يأمر به أو يأذن به القانون، فإن القانون المقارن ، لا سيما منه الفرنسي و المصري، يعرف صورة أخرى للأفعال المبررة ذات الصلة و هي أمر السلطة الشرعية، و إرتئينا أن نعرضها فيمايلي:

الفرع الثالث: مسألة السلطة الشرعية

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

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

إختلف الفقه الفرنسي في إجابته على هذا التساؤل و إنقسم إلى ثلاث فرق: الأول يقول إن تنفيذ أمر و لو كان غير قانوني يعد دائما سببا للإباحة بحجة أن على الرؤوس إطاعة رئيسه، أما الفريق الثاني يقول إن من حق الرؤوس في تقدير مشروعية الأمر الذي يتلقاه وعدم الإنصياع له إذا كان غير قانوني، أما الفريق الثالث يميز بين الأمر الذي تكون عدم مشروعيته ظاهرة جليا والأمر الذي يبدو أنه قانوني، وأخذ القضاء الفرنسي بوجه عام بالمذهب الثالث وجاء المشرع لتكريسه في قانون العقوبات الفرنسي الجديد حيث نصت المادة 122-4 في فقرتها الثانية "لا عقاب على من يأتي فعلا

¹ - عبد الله سليمان ، المرجع السابق، ص.ص، 126-127.

تأمر به سلطة شرعية ما لم تكن عدم مشروعية الأمر ظاهرة" وبمقتضى هذا النص فالقاعدة هي إعفاء المرؤوس من المسؤولية الجزائية عند تنفيذه أمر السلطة الشرعية ولا تقوم مسؤوليته إلا استثناءاً¹، ويشترط لذلك أن تكون عدم المشروعية ظاهرة بمعنى أنه إذا كانت عدم مشروعية الأمر غير ظاهرة أي عادية، أفلت المرؤوس من المساءلة، و ما هو الأمر الذي تبدو عدم مشروعيته بصفة جلية؟ أجابت محكمة النقض الفرنسية على هذا التساؤل في قرارها المؤرخ في: 2004/03/24 و بمقتضاه يكون الأمر غير مشروع بصفة ظاهرة في حالتين:

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

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

أما قانون العقوبات المصري فهو يبيح عمل الموظف إذا كان مطابقاً للقانون، و يمنع قيام المسؤولية عنه إذا كان مخالفاً للقانون، و لكن الموظف إذا ارتكبه و هو حسن النية و بعد التثبت و التحري (المادة 63 ق.ع.م)².

المطلب الثاني: الدفاع المشروع

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

يتمثل رد المعتدي على الإعتداء في نفس الدفاع الذي نص عليه القانون الجزائري في مادته 2/39 ق.ع على أنه (لا جريمة إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع الشرعي عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو الغير بشرط أن يكون الدفاع متناسباً مع جسامة الإعتداء)³.

¹ - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، 2009. ص.ص، 125- 126.

² - أحسن بوسقيعة، المرجع نفسه. 2009، ص.ص، 126- 127.

³ . عادل قورة، المرجع السابق، ص. 84.

نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يضع تعريفا له و إنما بين شروطه¹، و الدفاع المشروع هو إستعمال القوة اللازمة لصد خطر غير مشروع يهدد بالإعتداء على حق يحميه القانون.

إن الحق في استعمال القوة اللازمة التي يقررها القانون لمصلحة المدافع لرد الإعتداء الحال عليه أو على ماله أو على نفس الغير أو ماله.

يتضح من خلال نص المادة وكذلك تعاريف بعض الفقهاء أن القانون يقرر حقا للفرد برد وصد العدوان ولو بفعل مجرم قانونا كالعنف متى كان الإعتداء غير مشروع، وبصرف النظر عن الحق المعتدى عليه وبذلك تنتفي صفة التجريم عن الفعل ويدخل ضمن دائرة الأفعال المبررة، ولكن ليس مطلقا وأن يتوافر شروط في هذا الدفاع حتى يعتبر شرعيا ، وقبل بيان الشروط لابد علينا معرفة أساس وطبيعة الدفاع المشروع ، كسبب من أسباب الإباحة المعطى للنص التجريمي.

الفرع الأول: أساس الدفاع المشروع وطبيعته

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

أولا: أساس الدفاع المشروع: ففي تحديد أساس الدفاع المشروع ظهرت عدة إتجاهات وهي:

1. الإتجاه الأول: يرى هذا الإتجاه أن أساس الدفاع المشروع ومرجعه تخلف الركن المعنوي للجريمة فذهب فريق من هؤلاء الفقهاء عندما يكون المدافع تحت الإكراه، الشيء الذي يدعم لديه حرية الإختيار وتصبح إرادته غير معتبرة قانونا، والنقد الموجه لهذا الإتجاه كون الإكراه المعنوي لا يؤثر في الجانب المادي للجريمة مما يؤدي إلى عدم مساءلة الفاعل ولا يبيح السلوك وكذلك من جهة أخرى فقد تمنع المسؤولية الجنائية بالرغم من عدم مشروعية سلوكه، وذهب رأي ثاني إلى إرجاعه إلى أن دفاع الشخص ليس بقصد العدوان على غيره وإنما يهدف لحماية حق له أو لغيره و هذا الهدف لا يتعارض مع الغاية التي يهدف إليها القانون².

¹ . عادل قورة، المرجع السابق، ص. 84

² - عادل قورة، المرجع نفسه، ص. 85

يعاب على هذا الرأي إعتباره لمشروعية الغاية مانعا لقيام الركن المعنوي والقصد الجنائي حين أن الباعث أو الغاية لا يدخل في عناصر القصد الجنائي، وزد على ذلك إتنفاء و تخلف الركن المعنوي¹، لا يؤدي إلى إنتقاء صفة التجريم لأنه لا علاقة له بالجانب المادي للجريمة.

2. الإتجاه الثاني: يرى أن أساس الدفاع المشروع هو وظيفة عامة للفرد نيابة عن الدولة التي لا يمكن تواجدها في مسرح الجريمة وقت الإعتداء، لدرء و حماية الفرد الممارس عليه الإعتداء، و في هذه الحالة يباح له الإقتصاص بنفسه، بواسطة الدفاع المشروع، و يكون فعل رد الإعتداء مجرد من الصفة الإجرامية، نتيجة لغياب الحماية له، و طبقا لهذا فإن مرد و أساس الدفاع المشروع و مرجعه هو الترخيص القانوني للفرد لإستعمال العنف و العمل غير المشروع.

3. الاتجاه الثالث (الرأي الراجح): حيث تقوم فكرة الدفاع المشروع على مبدأ الموازنة و الموافقة بين المصالح المتعارضة للأفراد، فيغلب أحدهما على الآخر تحقيقا للمصالح العام، و أن حق المعتدي و المعتدى عليه متكافئين من الناحية المجردة — الحق في الحياة أو عدم المساس بجسمه — فيهدر حق المعتدي و يصون حق المعتدى عليه، ويتم حماية المجتمع للحقوق بالنظر إلى القيمة الإجتماعية للحق، و عليه فحق المعتدي أضعف قيمة لحقه الإجتماعي، ويستفيد صاحب الحق الثاني من الإباحة على أساس الدفاع المشروع²

أما أساس الدفاع المشروع فيرجع إلى فكرة الموازنة بين المصالح المتعارضة للأفراد و إثثار مصلحة أولى بالرعاية تحقيقا للمصالح العام، و هو هدف كل نظام قانوني، فكل من الخصمين يرتكب عملا غير مشروع، و لكن بالنظر إلى الظروف التي وقع فيها كل من الفعلين رأى المشرع أن المصلحة العامة تتحقق بإثثار مصلحة المدافع في درء الإعتداء على مصلحة من بادر بالإعتداء، فقلب عمل المدافع إلى عمل مشروع، و من المسلم كقاعدة عامة أنه لا يجوز للإنسان أن يقيم العدالة لنفسه أو يدرأ بنفسه الإعتداء على حقه أو مصلحته، و إنما عليه أن يلجأ في ذلك إلى السلطات المختصة، و إستثناء من هذه القاعدة تجيز كافة التشريعات للمدافع أن يدرأ الإعتداء على حقه حين لا يتيسر الإستعانة بالسلطات العامة، و لقد أوردت المادة 39 ق.ع الجرائم التي تبيح الدفاع المشروع ولم تحصرها في جرائم الإعتداء على الأشخاص بل وسعت من نطاقها إذ تشمل جرائم الإعتداء على النفس ولقد وسع من مجال الجرائم من خلال نص المادة 40 - 1 ق.ع التي أشارت إلى الإعتداء على "حياة الشخص أو سلامة جسمه" و منها جرائم الإعتداء على حياة الإنسان و سلامة جسمه، الجرائم الماسة بالشرف و الإعتبار وجرائم الإعتداء على الحرية، وجرائم الإعتداء على الأموال.³

¹ - محمد عبد المنعم عبد الغني، المرجع السابق، ص.163، 162.

² - عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص.126، 127.

³ - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، 2009. ص.128، 129.

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

أما في مسألة المخالفات لا يميز القانون الجزائري في تبرير الدفاع المشروع بين الجرائم المرتكبة ضد الأشخاص و تلك المرتكبة ضد الأملاك كما لا يميز بين الجرائم الموصوفة جنائيات أو جنح وتلك الموصوفة مخالفات.¹

ثانيا: طبيعة الدفاع المشروع

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

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

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

3. الدفاع الشرعي رخصة: حيث ينكر هذا الرأي بإعتباره حقا لعدم مكافأته أو مقابله بالالتزام في ذمة شخص معين، و ذلك بإنكار إعتباره واجبا لأنه لا يرتب على مخالفته أي جزاء، و إنما هو مجرد رخصة من طرف القانون لمواجهة العدوان.²

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

¹ - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، 2009. ص. 131، 130.

² - عادل قورة، المرجع السابق، ص. 84، 85.

تجدر الإشارة إلى أن الدفاع المشروع هو حق مطلق يستفيد منه كل من ساهم في رد الإعتداء سواء بصفته فاعل أو شريك، و ذلك سبب عام للإباحة، و هو يبيح القيام بكل الجرائم كالجرح و الضرب وحتى القتل و هذا وفقا لجسامة الإعتداء.¹

الفرع الثاني: شروط الدفاع المشروع

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

أولا: شروط الإعتداء: يجب أن يكون حالا و غير مشروع.

1. يجب أن يكون الإعتداء حالا: و قد عبرت عنه المادة 39-2 ق ع بـ"الضرورة الحالية" و يتحقق ذلك إذا وقع الإعتداء أو كان في طريقه إلى الوقوع أو وشيك الوقوع، فلا بد إذن من وجود خطر حال، و يتعين أن يكون هذا الخطر حقيقة ملموسة و ليس من صنع الخيال للفاعل، غير أنه قضي في فرنسا بأنه ليس من الضروري أن يكون المعتدى عليه الذي دفع الإعتداء في خطر الموت.

يرجع للقاضي في تقدير الطابع الحال للدفاع، فإذا لم يكن الخطر حال و إذا كان مستقبلا أو كان قد زال، فلا يعد في مثل هاتين الحالتين من يوجه إليه الخطر في حالة دفاع مشروع و إنما يكون الدفاع في الحالة الأولى وقائيا وفي الحالة الثانية إنتقاما.²

يكتفي القانون، كما سبق ذكره بحلول الخطر و لا يشترط أن يكون المعتدي قد بدأ في إيقاع الضرر أي أصاب الحق بالفعل.

إلا ضاعت الفائدة من تقرير الدفاع المشروع، ويكفي لذلك أن يكون الضرر وشيك الحلول، كما يستفاد من قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ: 14/02/1957 الذي أخذ بالدفاع المشروع لصالح الوالد الذي أطلق النار على شخص فأرداه قتيلا بعدما شاهده و هو يهدد ابنه بسلاح ناري، وقد تبين بعد ذلك أنه لم يكن يقصد إيذاء الولد و إنما كان يمزح معه فقط.

¹ - عادل قورة ، المرجع السابق، ص.85.

² - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، 2009، ص. 130.

يشير هذا القرار مسألة توهم الإعتداء، بوجه عام، و يقصد به أن تحيط بالشخص ظروف و ملابسات تجعله يعتقد بأن ثمة إعتداء يقع عليه أو على غيره، فيبادر فوراً باستخدام القوة اللازمة لدفعه ثم يتضح أن إعتقاده لم يكن إلا وهماً. والسائد في الفقه والقضاء المصريين أن توهم الإعتداء كالإعتداء الحقيقي، غير أن هذا الرأي منتقد على أساس أن أسباب الإباحة عامة، بما فيها الدفاع المشروع، ذات طبيعة موضوعية لا شخصية، بمعنى أن وجودها قانوناً يرتبط بوجودها في الواقع فإذا تخلف الثاني تخلف الأول، و ينبني على ذلك أن توهم الإعتداء لا يعدل قيامه¹، يعيب أصحاب الرأي المخالف على نظرائهم الخلط بين السبب المبيح و الغلط فيه و هما أمران مختلفان تماماً، أما الأول فيحدث أثره في مجال الركن المادي إذ يبيح الفعل من كل الوجوه و أما الثاني فيحدث أثره في مجال الركن المعنوي إذ ينفي القصد الجنائي وحده و قد ينفي القصد و الخطأ معاً، و لكنه لا يبيح الفعل على أي حال. ففي صورة ما إذا بدأ المعتدي في إحداث الضرر، فالمعتدى عليه من باب أولى أن يمنع المعتدي من الإستمرار في الإعتداء.

2. يجب أن يكون الإعتداء غير مشروع: يجب أن لا يستند الإعتداء إلى الحق أو أمر أو إذن من القانون، أما إذا وقع الإعتداء بأمر من القانون أو بإذن منه أو كان طبقاً للقانون ففي مثل هذه الحالات يكون الإعتداء عادلاً و يفقد الدفاع شرعيته.

فالشخص الذي أصدرت في حقه السلطة القضائية أمراً بقبضه و يقاوم تنفيذ هذا الأمر لا يكون في حالة دفاع مشروع، و كذلك الحال بالنسبة لمن يقاوم الضبط الذي يقوم به مواطن طبقاً لأحكام المادة 61 من ق إ ج " التي تخول كل شخص في حالات التلبس بجناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس ضبط الفاعل وإقتياده إلى أقرب ضابط شرطة قضائية²، و تتعدى المسألة عندما يتم القبض بصفة غير شرعية، كأن يقبض على شخص بدون أمر قضائي أو أن يتعرض المقبوض عليه بأمر قضائي إلى الضرب المبرح من طرف أعوان السلطة أثناء القبض عليه و يثور التساؤل حينئذ حول ما إذا كانت مقاومة المقبوض عليه دفاعاً مشروعاً أم لا؟.

إختلف الفقه و القضاء في بداية الأمر و إنتهى القضاء الفرنسي في قراراتين، الأولى صدر في 05-01-1821 في قضية "برنار" و الثاني في 15-09-1865 في قضية "أنطوليوني" إلى إعتبار المقاومة غير شرعية و من ثم خلص إلى إنعدام الدفاع المشروع بدعوى وجوب الإنصياع دائماً لأعمال السلطة، غير أن هذا لا يمنع المعتدى عليه من متابعة أعوان السلطة من أجل الإعتداء عليه، و يثور التساؤل أيضاً حول ما إذا كان الإعتداء الصادر عن عديمي المسؤولية، كالمجنون

¹ - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، 2009، ص. 131، 132.

² - أحسن بوسقيعة، المرجع نفسه، 2009، ص. 132.

مثلا و الطفل غير المميز مشروعا؟ أجاب الفقهاء سطيواني و لوفاسور و بولوك على هذا التساؤل بقولهم: "إذا كان هذا الإعتداء مشروعا من الناحية الذاتية بسبب عدم مسؤولية مرتكبه فإنه غير مشروع من الناحية الموضوعية، ذلك أن أسباب إنعدام المسؤولية الذاتية لا تمحو الطابع الإجرامي عن الفعل المرتكب من طرف المعتدي" و خلصوا إلى القول بأن "الإعتداء الذي يقوم به المجنون أو الطفل يمكن أن يكون محل رد مشروع، و هو رأي نؤيده و نضيف إليه أنه ليس بإستطاعة المعتدى عليه التكهن بان المعتدي عديم المسؤولية ما لم يكن ذلك ظاهرا.¹

نجد المشرع الجزائري قد أباح الدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو الغير "المادة 39 ق.ع" دون أن يستلزم صلة خاصة بين المدافع و المعتدى عليه، و يقع خطر الإعتداء غالبا بنشاط إيجابي، غير أنه في بعض الأحيان قد يتحقق الخطر بإمتناع عن عمل، فإمتناع الأم عن إرضاع طفلها لقتله، فهو خطر يبيح الدفاع المشروع متى توافرت باقي شروطه سواء بإرغام الأم على إرضاع طفلها أو بإتخاذ أي وسيلة ملائمة أخرى لإنقاذه. ولكي يكون الخطر بإعتداء غير مشروع بمعنى أن يهدد الإعتداء على حق يحميه القانون²، و لا يلزم لوصف الإعتداء بأنه غير مشروع، أن يكون جريمة متكاملة الأركان، فقد يقع الإعتداء غير المشروع بمجرد الشروع، أو الأعمال التحضيرية بالرغم من أن القانون لا يجرم العمل التحضيري، و كذلك لا يجرم الشروع في جميع المخالفات و معظم الجنح، فهذا العمل و إن لم يكن جريمة ينطبق عليها أحد النصوص في التجريم³، إلا أنه يعد خطرا بإعتداء لما قد يترتب عليه لو ترك دون دفاع من إصابة الحق الذي يحميه القانون الجنائي و نتيجة هذا:

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

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

3. قيام الدفاع المشروع ولو كان سبب الإعتداء إستفزاز المدافع: إن حق المدافع في الدفاع المشروع لا تنتفي إذا كان قد تسبب بإفتزازه في صدور الإعتداء عليه فإنه يحق لشريك الزوجة الزانية إستعمال القوة اللازمة لسد عدوان الزوج الذي

¹ - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، 2009، ص. 133.

² - إبراهيم الشباسي، المرجع السابق، ص. 171.

³ - عوض مجد عوض، قانون العقوبات. القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، سنة النشر 2012، ط 01، ص. 88.

يهم بقتله حال تلبسه بالزنا، لأن هذا الفعل يعد جريمة و لا يسقط حقه في الدفاع، و إن فعله هو الذي إستفز فعل الزوج.

4. قيام الدفاع المشروع و لو كان المعتدي غير خاضع لقانون الدولة: و الغرض هو صدور إعتداء من شخص لا يخضع لقانون عقوبات الدولة المقيم على ترابها بالشخص المتمتع بالحصانة الدبلوماسية، وإذا كانت القاعدة أن سلوك هؤلاء الأشخاص يخرج عن نطاق تطبيق قانون العقوبات، فإنه مع ذلك يظل محتفظا بالصفة غير الشرعية و من ثم فإنه يحق الدفاع المشروع ضده، إذ ليس هناك تلازم بين خطر تقديم هؤلاء الأشخاص للمحاكمة وامتناع الدفاع المشروع ضدهم (لأن الخطر الأول لا يقتضي الثاني بحكم القانون، و إنما لكل حكم علته و مناطه، و مناط الدفاع المشروع هو العدوان).¹

ثانيا: شروط الرد على الإعتداء:

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

1. لزوم رد الإعتداء:

يثور التساؤل حول المقصود بلزوم رد الإعتداء، فهل يقصد به ألا يكون أمام المعتدى عليه لتجنب الخطر إلا إرتكاب الجريمة، بمعنى أن إرتكاب الجريمة هي الوسيلة الوحيدة لدفع الإعتداء، على أساس أن حالة الضرورة المطلقة هي وحدها التي تبرر الفعل؟ أم أن الدفاع يكون لازما أيضا حتى و إن كان للمعتدى عليه وسيلة أخرى غير إرتكاب الجريمة لصعد الإعتداء²، بمعنى أن الرد على الإعتداء غير مقيد بعدم القدرة على تفادي الخطر بطريقة أخرى غير إرتكاب الجريمة، على أساس أن الدفاع المشروع يتركز على حق بل و على القيام بواجب؟.

ومثال على ذلك في حالة تعرض شخص لإعتداء من طرف شخص آخر يحمل سلاحا فإن كان يتقن تقنيات فنون الألعاب الرياضية التي تسمح له بتخليص السلاح من يد المعتدي و إيقافه دون إلحاق الضرر به , فهنا لا يجب عليه الاعتداء على ذلك الشخص بالتحجج بإستعمال حق الدفاع الشرعي لأننا في هذه الحالة نكون أمام جريمة بدافع الانتقام، لأن الاجدر بعد رد الخطر تسليمه الى السلطات المختصة أما بخصوص النعتد عليه فرصة الهروب وهو لم يفعل وإختار مواجهة الخطر والدفاع عن نفسه فهو يجيز ذلك لان القانون لا يفرض على الناس أن يكونوا جنبا.³

¹ - عوض مجد عوض , المرجع السابق و ص. 88, 89.

² - أحسن بوسقيعة, المرجع السابق, 2009 ص. 134.

³ - عبد الله سليمان, المرجع السابق. 137.

حيث قضت بأن الدفاع المشروع يقتضي على وجه الخصوص "الضرورة الحالة للدفاع"، وهو ما يتطلب تبرير عدم وجود طريقة أخرى أو وسيلة أخرى لتفادي الإعتداء و اللجوء إلى رد الإعتداء"¹ ولكن بوجه عام، نحن نرى أن الرد على الإعتداء لا يقتضي بالضرورة عن القدرة على تفادي الخطر بطريقة أخرى غير إرتكاب الجريمة، فلا يمكن أن نطالب الإنسان بالهرب مثلا عند تخوف الإعتداء عليه، لأن الهرب شين ويحط من قدر الإنسان، و مع ذلك فمتى كان في وسع المعتدى عليه تجنب الإعتداء باللجوء إلى السلطة العامة، لاسيما إذا ما تعلق الأمر بالإعتداء الحاصل على الممتلكات أو بالإستغاثة أو الهرب في غير الأحوال التي يوصف فيها الشخص بالجن و لا يلحقه من الهرب معرة، فإن رد الإعتداء غير لازم، كما لو كان المعتدي والد المعتدى عليه أو طفلا صغيرا أو مجنونا أو عاجزا.

فإن التسليم بضرورة الجريمة للدفاع فإنها لا تباح إلا بالقدر اللازم للمحافظة على الحق و لكن الصعوبة في تحديد القدر المناسب، و هكذا فمن الصعب على سبيل المثال قبول ضرورة الدفاع المشروع عندما يتعلق الأمر بجروح خطيرة تسبب فيها شخص بالغ على طفل إعتدى عليه و تصبح المسألة أكثر تعقيدا عندما يتعلق الأمر بالدفاع عن الأملاك¹، و في هذا الصدد يشدد القضاء الفرنسي على أن يكون الدفاع "ضروريا جدا لبلوغ الهدف المراد".

2. رد متناسب مع الإعتداء:

يجب أن يكون رد الإعتداء متناسبا مع جسامة الإعتداء حيث يتعين أن لا يكون الأذى الذي أصاب المعتدي بدون تناسب مع الأذى الذي كان المدافع عرضة له و أراد تجنبه و جسامة الإعتداء مسألة وقائع يفصل فيها القضاء بالنظر إلى الخطر الذي كان يهدد "المدافع" فعلى سبيل المثال لا يكون في حالة دفاع مشروع الشخص الذي يتلقى لكمة فيقابلها بقتل المعتدي.²

والمراد بهذا الشرط أن يلجأ المدافع الذي تقرر له حق الدفاع الشرعي، الى إستخدام الوسيلة الأقل إحداثا للضرر في حالة تعدد الوسائل المتاحة أمامه لدفع الخطر.³

و في كل الأحوال يرجع للقضاة تقدير بكل سيادة مدى الإلتزام بالتناسب الضروري، و هو مطالب بتقدير هذا التناسب بصرامة أكبر عندما يتعلق الأمر بالإعتداء على الأملاك ذلك أن الدفاع عن الملكية مهما كانت مشروعيتها، لا يبرر بأي

¹ - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، 2009 ص.ص. 135,136.

² - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، 2007 ص. 151.

³ - رمسيس ببنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، طبعة الثالثة، مركز الدلتا للطباعة، مصر 1997 ص.381.

حال من الأحوال التضحية بحياة إنسان أو إصابته بجروح خطيرة لا يبرر شفاؤها وهذا ما كرسه المشرع الفرنسي في قانون العقوبات الجديد في المادة 122 - 5 الفقرة 2 التي نصت على أن "الدفاع عن الأملاك لا يبرر القتل العمد". وفي الجزائر، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2003/09/23 السالف الذكر، بعدم توفر شرط التناسب في قضية تتلخص وقائعها في إطلاق نار من قبل شخص على آخر بدعوى أن هذا الأخير تهجم عليه وضربه بكماشة. وفي حالة ما إذا كان الدفاع غير متناسب مع الإعتداء تكون في وضعية تجاوز الدفاع المشروع، ومن ثم يستبعد الدفاع المشروع، غير أن هذا لا يمنع مرتكب الأعمال الإجرامية من التحجج بالإكراه المعنوي للإفلات من العقاب أو التمسك بعذر للاستفادة من تخفيف العقوبة.¹

عليه فلتحديد التناسب بين فعل الدفاع و العدوان يجب إعتداد فكرة الرجل المعتاد بحيث يعد فعل الدفاع متناسبا مع جسامه العدوان إذا انطوى على إستخدام قدر من العنف لا يتجاوز القدر الذي كان يستخدمه الشخص العادي.

الفرع الثالث: إثبات الدفاع المشروع و آثاره.

إن مسألة الإثبات هي مسألة لها أهمية كبيرة و خاصة في إثبات مسألة الدفاع المشروع و ما ينتج عنه من آثار، وهذا ما سنتناول في هذا الفرع فيما يلي:

أولاً: إثبات الدفاع المشروع.

أ. مسألة الإثبات بوجه عام: يثور التساؤل حول من يقع عليه عبء إثبات أن الإعتداء كان حالا و غير مشروع من جهة، و أن الدفاع كان ضروريا و متناسبا من جهة أخرى، فهل يقع ذلك على سلطة المتابعة (النيابة العامة) أم على المتهم؟.

الأصل و إنطلاقا من قرينة البراءة، أن على النيابة العامة إثبات أن الشروط المطلوبة قانونا متوفرة، غير أن القضاء الفرنسي ذهب مذهباً مغايراً حيث قضى في عدة مناسبات أن على المتهم إثبات توافر الشروط القانونية للدفاع المشروع سواء فيما يتعلق بعمل الإعتداء أو بعمل رد الإعتداء و يستند القضاء في حكمه على الطابع الإستثنائي الذي يكتسبه تبرير الجريمة بالدفاع المشروع و إلى حكم القانون الذي تضمن حالات خاصة يكون فيها الدفاع بقرينة حيث يعفى فيها المتهم من تقديم دليل توافر الدفاع المشروع.²

ب. قرينة الدفاع المشروع:

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

¹ -أحسن بوسقيعة , المرجع السابق .2009. ص , 136.

² - محمد أحمد المستهداني , المرجع السابق. ص.206.

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

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

تبعا لذلك يستفيد "المدافع" من قرينة الدفاع المشروع في ثلاث حالات و هي:

* دفع إعتداء واقع على حياة شخص أو سلامة جسمه.

* منع تسليق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منها أثناء الليل.

* الدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة.¹

ويثور التساؤل حول ما إذا كانت هذه القرينة مطلقة لا تقبل إثبات العكس أو أنها نسبية بحيث يكون للنيابة العامة والطرف المدني إبعاد الفعل المبرر بتقديم البينة على أن مرتكب القتل أو الجرح لمنع تسليق الحواجز أو كسرها يعلم بأن حياته و أملاكه لم تكن مهددة؟.

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

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

ثانيا: آثار الدفاع المشروع.

إذا ثبت قيام الدفاع المشروع يزول عن عمل الفاعل أي طابع إجرامي، و من ثم تسلط عليه أية عقوبة، فإذا كان الملف على مستوى النيابة العامة يتعين عليها حفظه، و إذا كان على مستوى التحقيق تعين على قاضي التحقيق إصدار أمر بانتفاء وجه الدعوى، و إذا كان على مستوى جهة الحكم تعين عليها إصدار حكم بالبراءة. وعلاوة على ذلك لا تطبق على الفاعل تدابير الأمن لأن المعني ليس في حالة خطورة، كما أنه لا يسأل مدنيا ولا يجوز للمجني عليه أن يقيم ضده دعوى مدنية للمطالبة بالتعويض بأي عنوان كان.²

إن القانون مكتوب وليس معمول، أي أن قانون العقوبات الجزائري حصر أسباب الإباحة في سببين بنص المادة 39 ق.ع، وهما الفعل الذي يأمر أو يأذن به القانون وحالة الدفاع المشروع، وقد بينا كل منهما على حدى إلا أن تطبيقهما

¹ - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، 2009، ص 136، 137.

² - أحسن بوسقيعة، المرجع نفسه، 2009، ص 137، 138.

عمليا غير واسع الإنتشار، وخاصة حالة الدفاع المشروع ، وبالتالي فإن النص على هاته الحالة كسبب من أسباب الإباحة الذي يقرره القانون لصالح الحق المعتدى عليه، نجد تطبيقه في الميدان العملي وخاصة مع بحثنا لمحاولة إيجاد أحكام وقرارات في هذا الشأن من أجل الإستعانة بها لإجراء هذا البحث المتواضع بطريقة أخرى وهي جعل هذا البحث تطبيقي أكثر منه نظري ، وذلك كما أسلفنا أنفاً، إلا أننا بالرغم من بحثنا ومحاولتنا إيجاد أحكام وقرارات على مستوى المحاكم والمجالس القضائية، وكذا قرارات المحكمة العليا القليلة جدا في هذا الشأن المنشورة وغير المنشورة، ولم نجد في هذا الشأن أي أحكام أو قرارات صادرة عن الجهات القضائية توجي بإقرار حالات الإباحة خاصة الدفاع المشروع لمن تقرر له هذا الحق قانونا، ومثال ذلك شخص يدافع عن نفسه أو عن ماله فيقتل، فعند تقديمه أمام القضاء فالغالب تتم إدانته بالجرم المنسوب إليه، متجاهلين حالة الدفاع المشروع الذي قرره القانون له ، وهذا السبب في نظرنا هو الذي يمكن من خلاله إستخلاص عدم وجود أحكام وقرارات عن أسباب الإباحة وخاصة حالة الدفاع المشروع ، وكذلك عدم توسع القضاة في تقدير هذه الحالات بالرغم من السلطة التقديرية الممنوحة لهم قانونا¹¹.

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

للإشارة أنه ورد تعديل من قبل المشرع الجزائري: المادة 40 من قانون العقوبات قبل التعديل على أنه يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة الدفاع المشروع

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

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

-المادة 40 بعد التعديل: على أنه يدخل ضمن حالات الضرورة حالة الدفاع المشروع²

ان مصطلح الحالة مرتبط بالفترة الزمنية، وفي حين قام المشرع بتنحية مصطلح الحالة وتعديله الى مصطلح حالة الدفاع الشرعي وأعتبره ضمن حالات الضرورة .

¹ - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق . 2009. ص. 137.

² - قانون العقوبات 15/66 المعدل والمتمم ف ج.ر.ج. ج. العدد 30 المؤرخة في 30 أبريل 2024 ص 6.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لحالة الضرورة و رضا المجني عليه

في ظل التشريع الجزائري الحالي، فإن موقع حالة الضرورة لو أخذ بها المشرع، تكون ضمن أسباب الإباحة لكونها سببا موضوعيا يمحو الجريمة و ليس سببا ذاتيا لعدم المساءلة الجزائية، و قد إعتبرها كذلك المشرع التمهيدي لقانون العقوبات لسنة 1997 الذي لم يرى النور¹، لذلك ارتأينا دراسة حالة الضرورة و رضا المجني عليه، في مطلبين بشيء من التفصيل فيما يلي:

المطلب الأول: أساس حالة الضرورة وأثارها.

هي تلك الأسباب او الأفعال المبررة التي إذا ما توفرت في الفعل أو السلوك الإجرامي أخرجته من دائرة الإجرام الى دائرة الإباحة .

الفرع الأول: تعريف حالة الضرورة في القانون الجزائري

ففي حالة الضرورة يكون مرتكب الجريمة مكرها على القيام بها وإنما نكون أمام خيارين إما أن يتحمل أذى معتبرا إصابة في شخصه أو ماله أو إصابة غيره قس شخصه أو ماله .

أولا: تعريفها

هي أن تحيط بالشخص ظروف يجد معها نفسه أو غيره مهدد بخطر جسيم على وشك الوقوع فلا يرى طريقا للخلاص منه، إلا بارتكاب الفعل المكون للجريمة، و الغالب لا تقوم حالة الضرورة نتيجة عمل الإنسان وإنما تكون وليدة قوى طبيعة.

وعرفت على أنها حالة الشخص الذي لا يمكنه أن يدافع عن نفسه أو عن غيره شرا محققا أو بغيره إلا بارتكاب الفعل المكون لعناصر الجريمة².

ثانيا: حالة الضرورة في القانون الجزائري

لم يرد في القانون الجزائري نص خاص بحالة الضرورة، و إنما نصت المادة 48 ق.ع على أنه "لا عقوبة على من إضطرتة إلى إرتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها" و عبارة النص تنصرف أساسا إلى الإكراه المادي ولكن الفقه و القضاء الفرنسي قد توسع في تفسير النص المقابل في التشريع الفرنسي و هو مصدر النص الجزائري، بحيث أدخل في نطاق الإكراه و حالة الضرورة و إستمد منه شروطهما³

¹ - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، 2009، ص141.

² - عبد الرحمان خلفي، القانون الجنائي العام، دراسة مقارنة، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2016، ص216.

³ - أحسن بوسقيعة، المرجع نفسه، 2009، ص141.

الفرع الثاني: أساس الإباحة في حالة الضرورة و شروطها

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

أولا: أساس الإباحة في حالة الضرورة.

نرى أن حالة الضرورة سبب من أسباب الإباحة تقوم - كما في الدفاع المشروع - على أساس الموازنة بين حقين و تضحية، أحدهما في سبيل صيانة حق آخر يعلو عليه أو يتساوى معه في القيمة¹، فالطبيب يجري عملية جراحية لإنقاذ حياة مريض في حالة تسمح له بالموافقة على إجرائها، أو الذي يجهرض لإنقاذ حياة الأم، إنما كان لديه حرية الاختيار، لكن القانون بعملية موازنة بين المصالح ضحى بالجنين لصيانة مصلحة أخرى وهي حياة الأم، و ضحى بالإعتداء على سلامة جسم المريض، أما في حالة ما إذا كان مصدر حالة الضرورة هي ظروف طبيعة تهدد حياة الشخص ذاته، كمن يدفع شخص آخر فيغرقه لينجو بنفسه و لعله في هذه الحالة قدر الطبيعة البشرية و غريزة حب البقاء لدى الإنسان، فوضع موازنة القاعدة التي تضحي بأحد الحقين المتساويين في القيمة و هو حق الحياة بالنسبة لأحدهما في سبيل إنقاذ حياة الآخر.

يذهب رأي إلى القول بأن حالة الضرورة مانع من موانع المسؤولية و ليست سببا للإباحة، ذلك أنه ستنتفي حرية الاختيار لدى الشخص الذي تحيط به ظروف لا قبل له بردها لإرتكاب الجريمة و متى إنتفت حرية الاختيار لدى الفاعل إنهار الركن المعنوي في الجريمة، و من ثم تمتنع مسؤولية الفاعل، و يعيب هذا الرأي في نظرنا:

1. أنه لا يمكن القول بأن الشخص الذي يرتكب الفعل المجرم لإنقاذ حياة آخر قد إنعدم لديه كلية حرية الاختيار فمرتكب الفعل يتمتع بالقدر اللازم من حرية الاختيار.²

2. أنه في الدفاع المشروع قد يتعرض المدافع لخطر جسيم صادر من المعتدي و لم يقل أحد أن ذلك يؤثر في إختيار المدافع و يخرج الدفاع المشروع من حالات الإباحة إلى موانع المسؤولية، فالإجماع منعقد على أن الدفاع المشروع حالة من حالات الإباحة ولا يتغير الأمر إذا كان مصدر الخطر ظروف طبيعية ما دام المشرع يقيم حالة الضرورة على أساس الموازنة بين المصالح.

أخيرا نجد في التشريع الجزائري حجة حاسمة على إعتبار حالة الضرورة سبب لإباحة الجريمة، وليس مجرد مانع من المسؤولية، فقد نصت المادة 182 فقرة 02 من ق.ع على معاقبة "كل من إمتنع عمدا على تقديم مساعدة شخص في حالة خطر كان بإمكانه تقديمها له بعمل مباشر منه أو طلب الإغاثة له و ذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو

¹ - محاضرات في قانون العقوبات، الملقات على طلبة الحقوق جامعة بن عكنون الجزائر، الجزائر، عام 2006

² - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، 2007، ص 156 .

الغير"، فمن لا يتلف باب منزل لإنقاذ حياة من تحاصرهم النار في الداخل يتعرض للعقاب بمقتضى المادة المشار إليها مادام ذلك ليس فيه خطورة عليه أو على الغير، فلا جريمة الإلتلاف في حق من قام بكسر الباب لأنه في هذه الحالة ينفذ القانون، وهي تعد صورة من صور حالة الضرورة لإنقاذ حياة آخر، و بالتالي يمكن القول بأن المشرع الجزائري يتجه إلى اعتبار حالة الضرورة سبب للإباحة بصفة عامة، و ذلك حتى تتسق أحكامه فلا تقتصر صورة منهم دون أخرى على اعتبارهم سبب لإباحة الجريمة¹،

ثانيا: شروط حالة الضرورة.

يخضع الفقه و القضاء الذي أخذ بحالة الضرورة سببا للإباحة أو مانعا من موانع المسؤولية لشروط مقيدة وهذه الشروط نجدها مكرسة في التشريعات التي أقرت حالة الضرورة كالقانون المصري و القانون الفرنسي².

1. الشروط المتعلقة بالخطر:

ملثما هو الحال في الدفاع المشروع يشترط لعدم العقاب على الجريمة في حالة الضرورة أن يجد الشخص نفسه أمام خطر حال أو على وشك الوقوع يهدده في شخصه أو في ماله أو يهدد شخص غيره، و إذا كان القانون الفرنسي لا يشترط أن يكون الخطر جسيما، فإن المشرع المصري يشترط ذلك، كما تشترط ذلك المادة 308 ق.ع جزائري بالنسبة للإجهاض³.

يرر الفقهاء المصريون إشتراط جسامه الخطر في حالة الضرورة، على عكس أن الدفاع المشروع الذي لا يشترط فيه أن يكون الإعتداء جسيما، بأن جريمة الضرورة تقع على بريء بينما الدفاع على معتدي، و من ثم فإذا كان الأذى الذي ينجم عن الخطر ضئيلا فإنه لا يجيز الإعفاء من المسؤولية، وجسامه الخطر تقدرها محكمة الموضوع، وفقا لمعيار مجرد هو معيار الشخص المتوسط الذي يوجد في ظروف المتهم، فإذا كانت هذه الظروف تلجئه إلى إرتكاب الفعل المكون للجريمة صح تطبيق المادة 61 عليه، هذا ما إستقر عليه القضاء المصري، حيث حكم بأنه لا يعفى من المسؤولية من كان صغير السن و إشتراك في جريمة إحراز مواد مخدرة مع متهم آخر من أهله هو مقيم معه و محتاج إليه، لأنه ليس في صغر سنه و

إقامته مع المتهم الآخر و حاجته إليه ما يجعل حياته في خطر جسيم لو لم يشترك مع هذا المتهم في إحراز المواد المخدرة⁴.

¹ - محاضرات في قانون العقوبات ، المرجع السابق . ص 7.

² - عبد الله سليمان مرجع سابق ، ص 329.

³ - رؤوف عبيد ، مرجع سابق ، ص 524.

⁴ - أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، 2009. ص.ص، 141، 142.

وحكم بأنه لا يجوز للمتهم القاصر أن يعتذر عن جريمة إرتكبها بأنه مكروه على إرتكابه بأمر والده، و بأن العلاقة الزوجية في ذاتها لا تصلح سنداً للقول بقيام حالة الضرورة الملجئة لإرتكاب الجرائم أو خرق محارم القانون.. ويستوي أن يكون الخطر يهدد الشخص في نفسه أو في ماله، أما إذا كان الأمر يتعلق بالغير فلا يؤخذ إلا بالخطر الذي يهدده في شخصه دون ماله.

تستبعد بعض التشريعات حالة الضرورة إذا كان الخطر الذي يهدد الشخص ناتج عن خطئه و هذا ما فعله قانون العقوبات السويسري.

كما اشترط التشريع المصري، أن لا يكون لإرادة الفاعل دخل في حلول الخطر المحدق به، فلا يعفى من المساءلة الجزائية من يضع النار عمداً في مكان إذا ما أحاطت النيران به وأضطر إلى قتل شخص أو جرحه وهو يحاول النجاة، و لا الفتاة التي تعمل سفاحاً إذا أجهضت نفسها أو قتلت طفلها خشية العار، و الحكمة في ذلك واضحة، فلا مفاجأة و لا عذر لمن تسبب بنفسه في إحداث الخطر.

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

2. الشروط المتعلقة بالعمل المرتكب:

يجب أن يكون العمل المنجز في مواجهة الخطر الحال ضرورياً للحفاظ على سلامة الشخص أو المال. يرجع للقضاء تقدير الضرورة و قد أبدى في ذلك القضاء الفرنسي تشدداً ملحوظاً حيث ذهب في مجمل أحكامه إلى إشتراط ألا تكون هناك وسيلة أخرى للحفاظ على الشخص أو المال إلا إرتكاب الجريمة. كما يشترط أيضاً تناسب الوسائل المستعملة مع جسامة الخطر، و في هذا الصدد يشترط البعض أن تكون المصلحة المضحية بما أقل عن المصلحة المحمية في القيمة (حياة امرأة و طفل أفضل من ملكية خبزة واحدة).¹ في حالة ما إذا كانت المصالح المتنازع عليها متساوية في القيمة "قتل الغير للبقاء على قيد الحياة" يرفض البعض إعتبار العمل المرتكب ضمن حالة الضرورة، مفضلين تأسيس عدم العقاب على الإكراه المعنوي.

¹ - أحسن بوسقيعة، المرجع نفسه، 2009، ص.ص، 142، 143.

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

هكذا فإن الخطر الذي يهدد النفس يجوز دفعه بجريمة من جرائم المال، كما يجوز دفعه أيضا بجريمة من الجرائم على النفس، و لكن لا يجوز الإلتجاء لواحدة من هذه الأخيرة متى تسير الإفلات من الخطر بوحدة من الأولى، فإذا أوشكت سفينة على الغرق يلقى ما بها من البضائع أولا، وإذا كان يسهل تطبيق ذلك في جرائم الأموال، فإن الأمر ليس بهذه السهولة في الإعتداء على النفس، و لكن يمكن القول أنه إذا دعت الضرورة إلى تضحية بنفس لوقاية نفس أخرى يرى البعض بأن الإعفاء واجب إذ للأنفس قيمة واحدة في نظر القانون¹.

الفرع الثالث: آثار حالة الضرورة و الفرق بينها و بين الدفاع المشروع

لقد وضع المشرع فروقا أساسية بين حالة الضرورة والدفع المشروع فإذا كان الدفاع الشرعي سبب إباحة فإم حالة الضرورة لا تعدو أن تكون مانعا من موانع العقاب .

أولا: آثارها

1. على مستوى المسؤولية الجزائية: في الدفاع الشرعي يتمثل في رد العدوان غير مشروع و بينما يشترط في حالة الضرورة أن تصد خطرا جسيما ولو لم يكن مشروعا²

الجريمة (بالنسبة للأنظمة القانونية التي تعتبر حالة الضرورة سببا للإباحة)، أو على أساس إنعدام الخطأ (بالنسبة للأنظمة القانونية التي تعتبر حالة الضرورة مانعا للمسؤولية كالقانون الفرنسي 1992).

2. على مستوى المسؤولية المدنية: مادام العمل المرتكب من قبل من هو في حالة الضرورة لا يشكل خطأ فالأصل أن لا يسأل مرتكبه مدنيا.

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

يبدو أن القضاء الفرنسي لم يستسغ ذلك حيث أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرارين في 1986/07/18 في قضية تتعلق بأعوان الشرطة إستعملوا أسلحتهم، قضت فيهما بأن العمل الضروري ينفي الخطأ، غير أن القرارين المذكورين

¹ - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، 2009، ص.ص. 143، 144.

² - محمد عبد المنعم عبد الغني، المرجع السابق، 193.

أعلاه في ظل الإجتهد القضائي الذي كان يعتبر حالة الضرورة سببا للإباحة، فحين من المحتمل أن تعتبر في القانون الفرنسي حالة الضرورة مانعا من موانع المسؤولية¹.

ثانيا: الفرق بين حالة الضرورة و الدفاع المشروع.

1. بإعتبار الدفاع المشروع سبب من أسباب الإباحة فهو يمحو الصفة الاجرامية عن الفعل فيخرجه من دائرة التجريم فينتفي بذلك الركن الشرعي للجريمة ، ففعل الدفاع يوجه ضد معتد بخلاف جريمة الضرورة فهي ضد بريء².

2. أنه يلزم القيام حالة الضرورة أن يكون الخطر جسيما، بينما يكفي لقيام الدفاع المشروع الخطر اليسير، بشرط أن يتناسب معه فعل الدفاع.

3. أن الخطر الذي ينشئ حالة الضرورة يكون موجها ضد النفس، بينما يكفي القيام الدفاع المشروع الخطر الموجه ضد المال أو النفس³.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لرضا المجني عليه.

الأصل أن رضا المجني عليه لا أثر له على المسؤولية الجزائية و هذا إعتبارا إلى كون القانون الجزائري من النظام العام، و من ثم فلا يجوز للمجني عليه أن يعطل تطبيقه بإرادته، وهكذا فإن رضا المجني عليه لا يؤثر في الجرائم الماسة بالحياة و الصحة و سلامة الجسم كالقتل و الضرب و الجرح العمد.

فلا أثر لرضا المجني عليه على تجريم فعل الطبيب الذي ينهي ألم مريض ميؤوس شفاؤه، و في هذا السياق حرم المشرع الجزائري، خلافا للمشرع الفرنسي، مساعدة الغير على الإنتحار (المادة 273 ق.ع).

غير أن بعض التشريعات بدأت تتجه نحو الأخذ برضا المجني عليه كسبب من أسباب الإباحة على وجه الخصوص في حالة مساعدة مريض ميؤوس شفاؤه على الموت⁴، و إذا طلب منه ذلك.

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

¹ - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، 2009. ص. 140.

² - عبد الرحمان خلفي، المرجع السابق، ص. 182.

³ - محاضرات في قانون العقوبات، المرجع السابق. ص. 8.

⁴ - أحسن بوسقيعة، المرجع نفسه، 2009، ص. 144. 145.

كذلك لا أثر لرضا المجني عليه، في الجرائم ضد الأموال بل إنه يؤدي أحيانا إلى تجريم فعل المجني عليه كما هو الحال في جرائم الشيكات بالنسبة للمجني عليه الذي يقبل شيكا و هو يعلم أنه بدون رصيد (المادة 2/374 ق.ع).
إلا أن هناك استثناءات فتوجد حالات يكون فيها لرضا المجني عليه أثرا في قيام الجريمة فتارة يعدم ركنا من أركان الجريمة و تارة أخرى يشكل رضا المجني عليه مبررا ناتجا عن رخصة ضمنية من القانون و العرف.
من الجرائم ما يلزم لقيامها عدم رضا المجني عليه عن الفعل و هي الجرائم التي يكون فيها عدم رضا المجني عليه ركنا من أركان الجريمة.

فلا ترتكب جريمة إنتهاك حرمة منزل إذا كان الدخول إلى المنزل برضا صاحبه، و لا تقوم جريمة هتك العرض (الإغتصاب) و لا الفعل المخل بالحياء على من تجاوز سن السادسة عشر (16)،
إذا حصل كل منهما برضا المجني عليه، و لا تقوم جريمة السرقة إذا استلم الجاني الشيء من المجني عليه بإرادته، غير أن رضا المجني عليه في هذه الجرائم و أمثالها لا يعد سببا في أسباب الإباحة¹.
إن لكل جريمة عادة مجني عليه يحميه القانون غير أنه في بعض الحالات قد يكون المجني عليه راضيا بوقوع الجريمة على حقه، فالمريض قد يوافق على أن يقتل و من أجل ذلك قد يترجى قاتله ليتخلص من آلامه و مرضه و صاحب المال قد يرضى بأن ينتزع عنه الحياة.

لم يتضمن التشريع الجزائري نصا يعرف رضا المجني عليه، و لا أثره في المسؤولية الجنائية وقد استقر الفقه و القضاء على أن رضا المجني عليه يعتبر سببا من أسباب الإباحة، حيث بالرغم من عدم النص عليه ضمن أسباب الإباحة، إلا أن مبدأ الشرعية يجيز التفسير الواسع للنص الجنائي و القياس، و من ثم يمكن إضافة رضا المجني عليه و من ناحية أخرى نلاحظ أن المشرع نص على رضا المجني عليه في العديد من الحالات، فتارة اعتبر توافره أو عدم توافره مؤثرا في قيام الجريمة ، كما في حالة الإغتصاب (هتك العرض) الذي يقع على قاصر لذا نستخلص أن المشرع يعتد برضا المجني عليه كسب للإباحة و سنتطرق لتعريف رضا المجني عليه و شروطه و طبيعة و آثار رضا المجني عليه في ثلاث فروع و هي:

الفرع الأول: تعريف رضا المجني عليه

تعددت التعاريف الفقهية لرضا المجني عليه و أهمها هو ما يحدد تكييفه القانوني، فيعرف الرضا بأنه الإذن الصادر من شخص بإرادته الحرة الحقيقية إلى شخص آخر للإعتداء على مصلحته أو حقه الذي يحميه القانون².

¹ - أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، 2009 ، ص 145.

² - بارش سليمان ، المرجع السابق ، ص 137.

إن القانون الجنائي يحمي مصالح عامة تتصف بقيمة إجتماعية جديرة بالرعاية وذلك بغض النظر عن الضرر الذي يلحق بالمجني عليه من الجريمة، و بناء على ذلك فإن القاعدة أن رضا المجني عليه لا يصلح سببا يبيح الجريمة بصفة عامة، فلا يجوز لشخص أن يضرب أو يجرح آخر و لو كان برضائه، ذلك أن المصلحة العامة تقتضي المحافظة على حياة الأفراد و سلامة أجسامهم حتى من أفعالهم، غير أن رضا المجني عليه المعني الحقيقي لإعتداء على الحق الذي يحميه القانون، و معيار ذلك أن يكون لصاحب الحق المحمي سلطة التصرف فيه و التنازل عنه فرضا المجني عليه في هذه الحالة يكون من قبيل التصرف أو التنازل عن حقه، فلا يتحقق معنى الإعتداء على حق يحميه القانون، و قد نص المشرع الإيطالي صراحة في المادة 50 على أنه لا عقاب على من يعتدي على حق الغير أو يجعله خطر إذا حصل ذلك برضا صاحب الحق و كان من الجائز له التصرف فيه.

يجد رضا المجني عليه كسبب للإباحة تطبيقاته في جرائم الأموال، فهي التي تحمي حقوقا تقبل بطبيعتها التصرف والتنازل، و بناء على ذلك قضت محكمة النقض المصرية، أن إختلاس المحجوزات أو تبذيرها يكون مباحا إذا حصل بناء على رضا الدائن الحاجز، و المدين المحجوز على أمواله و يكون مباحا أيضا إتلاف المنقول برضا صاحبه¹.

الفرع الثاني: الشروط اللازمة في رضا المجني عليه

لكي تتحقق الآثار القانونية للرضا يجب أن تتوافر الشروط التالية:

1. أن يكون الرضا صادرا من شخص مميز، إذا لا يمكن إعتبار إرادة المجني عليه ذات قيمة قانونية ما لم يكن مميزا و مدركا لأفعاله.
2. أن تكون إرادة المجني عليه خالية من العيوب، و من ثم إذا كان صاحب الرضا ضحية غلط أو تدليس أو إكراه، فإن رضاه لا يعتد به.
3. لكي يلغي الرضا عن الفعل صفته غير المشروعة فإنه يجب أن يكون معاصر الوقت وقوع الفعل، فإذا كان سابقا على الفعل فإنه يجب أن يظل قائما لحين وقوع الفعل، أما إذا كان لاحقا، فإن تأثيره يمتد فقط إلى الإجراءات بحيث يعتبر مانعا من قيام الإجراءات في الحالات المحددة قانونا.²

¹ - بارس سليمان، المرجع السابق، ص 137.

² - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، 2007، ص 156.

الفرع الثالث: طبيعة و آثار رضا المجني عليه

فالقاعدة العامة أن رضا المجني عليه لا يمكن أن يؤدي الى إنتفاء القصد الجنائي .إلا أنه في بعض الاحوال من الممكن أن سؤدي الرضا الى إحداث أثره في إنتفاء القصد الجرمي .

أولا:طبيعة رضا المجني عليه

إن رضا المجني عليه ليس سببا عاما للإباحة، و إنما يمتد أثره إلى تلك الجرائم التي تقع إعتداء على بعض الحقوق التي يخصص المشرع للفرد حق التصرف فيها أو التنازل عنها، بحيث يكون عدم الرضا عنصر من عناصر الركن المادي للجريمة. فجريمة الإغتصاب مثلا لا تتحقق إلا إذا إنعدم رضا المرأة و جريمة السرقة لا تتحقق إذا كان صاحب المال راضيا بخروج الشيء من حيازته، و عليه فلكي يتحقق الدفع برضا المجني عليه، فإنه يجب على من يدفع بذلك أن يثبت أن للمجني عليه الحق في التصرف في الحق المعتدى عليه ، و أن الإعتداء تم برضا صاحب الحق ورضا هذا الأخير في هذه الحالة يعتبر نوعا من التصرف .

في الحق، أما إذا كان الحق يتعلق بالمجتمع فلا يجوز للفرد التصرف فيه مثل الحق في الحياة، في الحياة، و سلامة الجسم.

ثانيا: آثار رضا المجني عليه

إذا توافرت شروط الرضا فإنه ينتج أحد الأثرين و هما:

- إلغاء الصفة غير المشروعة عن السلوك المرتكب ، و لكن بشرط أن يكون الرضا معاصرا لوقوع السلوك.
- إذا كان الرضا لاحقا للسلوك فإنه لا يلغي الصفة غير المشروعة للفعل وإنما يقف حائلا دون قيام الإجراءات في الحالات المحددة قانونا، فإذا رضي الزوج فيما بعد بزنا الزوجة فلا تحرك الدعوى العمومية ، فإن النيابة العامة لا تستطيع تحريكها إذا ما رضي المعتدى عليه بالإعتداء فإذا رضي الزوج فيما بعد بزنا الزوجة فلا تحرك الدعوى العمومية، و إذا أراد سحب الشكوى فإن هذا الرضا يؤدي إلى سحبها أيضا.¹
- إن حالة الضرورة عبارة عن وضع مادي للأمور ينشأ بفعل الطبيعة أو بفعل إنساني موجه للغير ،وينذر بضرر جسيم على النفس ويتطلب دفعه ارتكاب جريمة على إنسان بريء.²

هناك بعض التشريعات المقارنة أخذت بها كسبب من أسباب الإباحة ،فحين التشريع الجزائري أخذ بسببين للإباحة ،ويستشف بأخذه بهذه الحالة أي حالة الضرورة من خلال السبب الثاني وهو ما نصت عليه المادة 39 ق.ع فقرة 2 من ق.ع،بالضرورة الحالة للدفاع المشروع ، وبعض النصوص المتفرقة في مختلف القوانين ، إلا أننا نرى أن حالة الضرورة يجب

¹ - محمد أحمد المستهداني ، المرجع السابق. ص. 212.

² - رمسيس بھنام، المرجع السابق، ص.265.

أن تكون من أسباب الإباحة، بإعتبار أن هناك مجال واسع لتطبيقها وأن هناك في بعض الحالات التي يقوم الشخص فيها بإرتكاب الجريمة بسبب خارجي لا قبل له في رده، مع ترك السلطة التقديرية للقضاة الممنوحة لهم بقوة القانون.¹

أما رضا المجني عليه، فيما أنه لا أثر له في الجريمة، وفي الغالب لا يعتبر ركنا من أركان الجريمة، إلا إستثناءا مثلا في بعض الجرائم مثل جريمة الإجهاض، فلا نرى داعي لإعتباره سببا من أسباب الإباحة.²

¹ - عادل قورة، المرجع السابق، ص. 108.

² - عادل قورة، المرجع نفسه، ص. 109.

خلاصة الفصل الثاني :

بعد أن تطرقنا في هذا الفصل إلى النطاق القانوني للدفاع الشرعي في القانون الجزائري وإنطلقنا من الأفعال المبررة على أساس أن أسباب الإباحة مقسمة إلى عامة وخاصة إلى مطلقة ونسبية ولكل منهما أثرها وبخصوص قانون العقوبات فقد نص على أفعال مبررة عامة تطبق على كل الظروف والجرائم وبغض النظر على وصفها ويتعلق الأمر بالفعل الذي أمر به القانون والفعل الذي أذن به القانون ولكل واحد منهما ضوابطه مبيّنة وأيضاً بينا أن الدفاع الشرعي هو رد الاعتداء من قبل الشخص وفق شروط حددها القانون، تمثلت في الأول شرط التناسب بين جسامة الاعتداء وجسامة رد الفعل ، والشرط الثاني بمعنى أن يكون الخطر متلازماً مع رد الفعل .

كما عرفنا أن الدفاع الشرعي يعتبر من أهم المواضيع لارتباطه الوثيق ومطابقته للطبيعة البشرية في رد أي خطر أو إعتداء يمكن أن يفرض عليها ، إذ يعتبر رد فعل الإنسان لحماية نفسه من الإخطار التي تمس بالنفس أو بالمال أو الممتلكات الخاصة أو بالغير كما ذكرها المشرع في المادة 40 من قانون العقوبات. بالقوة اللازمة والمشروعة ، ويعتمد هذا الدفاع على كونه حقاً موضعياً كأساس له يبيح للإفراد إقرار الجريمة استثناء للأصل دفعا لأي خطر يهدده حالة الضرورة ليجرد بذلك المدافع والتملص من أي مساءلة قانونية جزائية كانت أو مدنية على أن يتقيد بمجموع الشروط المقررة لهذا الحق ، فإذا إختل شرط من هذه الشروط تحول بذلك الحق إلى إعتداء وتجاوز فيصبح المدافع معتدي بعد أن كان معتدى عليه .

خاتمة

خاتمة :

وفي الأخير ومما سبق نستخلص بأن التشريع الجزائري كسائر التشريعات المقارنة قد نص على الأسباب ضمن نصوصه القانونية لإباحة الفعل المجرم ,ونقصد بالإباحة إخراج الفعل من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة ,و بالتالي عدم تعرض الشخص مرتكب الفعل للمساءلة الجزائية كما عرفنا من خلال دراستنا أن أسباب الإباحة ظروف موضوعية تطرأ وقت ارتكاب الفعل المجرم ,وعند توافرها يعدم الوصف الجزائي عن الفعل ,وبالتالي فإن هذه الأسباب تعمل على إعدام الركن الشرعي للجريمة فتخرج الفعل عن دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة ,وتتضمن أسباب الإباحة بحسب طبيعتها وبحسب نص القانون ماأمر به القانون وما أذن به القانون ,وأیضا الدفاع الشرعي .

وقد يكون الدفاع الشرعي من إقرار القانون لكن المشرع قد قيده بعدد من القيود القانونية لضمان عدم الإساءة في استخدامه ,لأنه بذلك يكون قد تجاوز حدود الدفاع الشرعي ما يرجع الفعل من دائرة الإباحة إلى دائرة التجريم .

إن الموضوع الذي تم التطرق له في هذه الدراسة هو بالغ الأهمية في الواقع العلمي , ولقلة تطبيقاته في القضاء وتخوف معظم القضاة من الأخذ به لإباحة الفعل في الجرائم المعروضة عليهم وهذا يبرر النقص في القرارات التي تتعلق بهذا المجال في القضاء الجزائري

لكن قانونا هي مكرسة في التشريع الجزائري حماية لحقوق الأفراد وسلامتهم كما نجد أن ما أمر به أو ما أذن به القانون هما الأكثر تطبيقا في النظام القضائي الجزائري .
ومن خلال هذه الدراسة توصلنا إلى العديد من النتائج والتي كان أبرزها .

-تعد أسباب الإباحة على أنها ظروف موضوعية تطرأ وقت ارتكاب الفعل المجرم ,وعند توافرها يعدم الوصف الإجرامي عن الفعل ,وبالتالي ينتفي الركن الشرعي .

-الآثار المترتبة على أسباب الإباحة هي عدم مساءلة الشخص جنائيا ومدنيا .

-يعد أمر القانون و إذنه من أسباب الإباحة التي نص عليها المشرع ,والتي تأخذ طبيعتها وقوتها من القانون نفسه .

-الدفاع الشرعي هو رد العدوان القائم على النفس أو المال ,وفق شروط قانونية وهي شرطي التلازم والتناسب .

-أساس الدفاع الشرعي هو أن من حق الإنسان أن يدفع عن نفسه وماله وعرضه ضد أي إعتداء يهدده.

- يقوم الدفاع الشرعي عند توافر جميع الشروط القانونية التي تطلبها المشرع وبمجرد تخلف أي شرط واحد يسقط حق التمسك بالدفاع الشرعي أمام القاضي .
- لم يقيد المشرع الجزائري حالة الدفاع الشرعي بعدد من الشروط مثل الحالة العادية , حيث نفى شرط التناسب ولكن وفق عدة شروط أخرى .
- ينتج عن تجاوز الشخص لحدود الدفاع الشرعي المحدد قانونا , الخروج عن دائرة الإباحة وتعرضه للمساءلة الجزائية وفق ما يقره القانون كانت الحالة عمدا أم كانت على أساس الخطأ.
- وفي ختام دراستنا نقدم مجموعة من التوصيات التالية :
- يستحسن على المشرع الجزائري التعبير عن الوقت المقصود في كلمة ليلا في المادة 40 من قانون العقوبات , وذلك لتفادي الأخذ بالمادة 47 من قانون الإجراءات الجزائية كقرينة على معرفة وقت الليل .
- من خلال هذه الظواهر على المشرع الجزائري أن يخصص دراسة أكبر للحالة في هذا الموضوع وذلك عن طريق أن يدرج مواد أكثر تفصيلا تحدد شروط هذا الفعل , بالإضافة تسهيل فهمها وتبيان شروطها حتي تكون العامة على علم بها
- من المستحسن على المشرع الجزائري أن ينص ضمن قانون العقوبات على حالة تجاوز الدفاع الشرعي بسوء النية , وحالة اعتباره كخطأ جنائي , وأيضا ينص على اعتبار الأول ظرفا مشددا والثاني ظرفا مخففا .

قائمة المراجع

قائمة المراجع :

أولا : القرآن الكريم .

ثانيا : الكتب

- 01 : أحسن بوسقيعة الوجيز في القانون الجزائري القسم العام طبعة التاسعة. 2009 .
- 02 : أحسن بوسقيعة . الوجيز في القانون الجزائري العام . دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة الرابعة الجزائر . 2007
- 03 : أحمد عبد الحكيم عثمان , الجرائم الدولية في ضوء القانون الدولي الجنائي والشريعة الإسلامية دار الكتب القانونية. 2009.
- 04 : إبراهيم الشياسي . الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري . القسم العام. دون سنة نشر .
- 05 : بوراس عبد القادر , التدخل الدولي الإنساني وتراجع مبدأ السيادة الوطنية, دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية . سنة 2009.
- 06 : بارش سليمان . شرح قانون العقوبات الجزائري . القسم العام . الجزء الأول . ديوان المطبوعات الجامعية . 1992
- 07 : خلود سامي عزارة آل معجون . النظرية العامة للإباحة . دار الفكر العربي . 1984
- 08 : رؤوف عبيد . مبادئ القسم العام من التشريع العام . دار الفكر العربي . 1989
- 09 : سامي جميل الفياض الكبيسي, رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الإباحة , دار الكتب العلمية , بيروت , لبنان. 1971.
- 10 : عبدالله سليمان . شرح قانون العقوبات الجزائري . القسم العام . الجزء الأول . ديوان المطبوعات الجامعية . 1995
- 11 : عوض محمد عوض . قانون العقوبات . القسم العام , دار المطبوعات الجامعية , سنة النشر 2012
- 12 : محمد عبد المنعم عبد الغني . القانون الدولي الجنائي . دراسة في النظرية العامة الدولية , دار الفكر العربي . 1984.
- 13 : معمر فيصل خولي الأمم المتحدة والتدخل الدولي الإنساني دون طبعة و سنة نشر .
- 14 : محمد نجيب حسني , شرح قانون العقوبات , القسم العام , الطبعة الأولى , دار النهضة العربية , القاهرة. 1988.
- 15 : محمد شاعة , التدخل الدولي الإنساني و إضعاف الحقوق السيادية بين القوة والشرعية. سنة 2018.
- 16 : محمد أحمد المستهداني- الوسيط في شرح قانون العقوبات- القسم العام دار الفكر العربي 1985.
- 17 : مأمون محمد سلامة – شرح القانون الجنائي – القسم العام. 2009.
- 18 : رمسيس بهنام, النظرية العامة للقانون الجنائي , طبعة الثالثة , مركز الدلتا للطباعة , مصر 1997..

ثالثا. النصوص والقوانين

- قانون العقوبات 15/66 المعدل والمتمم في ج.ج.ج.ج. العدد 30 المؤرخة في 30 أبريل 2024
- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المعدل والمتمم المتعلق بالمنافسة.

رابعاً: المذكرات:

- عكيك عنتر, الافعار المبررة في القانون الدولي الجنائي ,مذكرة ماجستير ,كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة الجزائر 1. 2010.2011

خامساً : المقالات

- علي القهوجي , أسباب الإباحة في القانون الدولي , مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ,العدد 11 , 2015
- غالية عز الدين ,موانع المسؤولية الدولية حالة الضرورة ,مجلة الدراسات القانونية ,جامعة السعيدة , العدد الثامن. 2017

سادساً : المحاضرات

- محاضرات في قانون العقوبات الملقات على طلبة الحقوق جامعة بن عكنون الجزائر -الجزائر-عام 2006
- عادل قورة . محاضرات في قانون العقوبات . القسم العام 2012

فهرس المحتويات

أ	شكر وتقدير
ب	إهداء
ج	إهداء
د	قائمة المختصرات
01	مقدمة
05	الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للدراسة
07	المبحث الأول : مصطلح الإباحة في القانون الدولي الجنائي
07	المطلب الأول : مفهوم أسباب الإباحة في القانون الدولي الجنائي
07	الفرع الأول: تعريف أسباب الإباحة
08	الفرع الثاني : الطبيعة القانونية وخصائص أسباب الإباحة
09	المطلب الثاني : تقسيمات أسباب الإباحة في القانون الدولي الجنائي
09	الفرع الأول: أسباب الإباحة المتفق عليها في القانون الدولي الجنائي
11	الفرع الثاني : أسباب الإباحة المختلف عليها في القانون الدولي الجنائي
13	المبحث الثاني: ماهية الإباحة مصطلح الإباحة في القانون الجزائري
13	المطلب الأول : مفهوم الإباحة في التشريع الجزائري
13	الفرع الأول: معنى الإباحة وأقسامها
15	الفرع الثاني: التحديد الفقهي للإباحة
16	الفرع الثالث: الأساس القانوني لأسباب الإباحة
18	المطلب الثاني: موقع أسباب الإباحة في القانون وتمييزها عن غيرها
18	الفرع الأول: موقع أسباب الإباحة في القانون الجزائري
19	الفرع الثاني: مدى استقلال قواعد الإباحة
20	الفرع الثالث: اعتبار قواعد الإباحة قواعد أصلية
22	خلاصة الفصل الأول
23	الفصل الثاني : النطاق القانوني لأسباب الإباحة في القانون الجزائري
25	المبحث الأول: الأفعال المبررة في القانون الجزائري

25	المطلب الأول: الفعل الذي يأمر به أو يأذن به القانون
26	الفرع الأول: الفعل الذي يأمر به القانون
30	الفرع الثاني: الفعل الذي يأذن به القانون
34	الفرع الثالث: مسألة أمر السلطة الشرعية
35	المطلب الثاني: الدفاع المشروع
36	الفرع الأول: أساس الدفاع المشروع وطبيعته
39	الفرع الثاني: شروط الدفاع المشروع
44	الفرع الثالث: إثبات الدفاع المشروع وآثاره
47	المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لحالي الضرورة ورضا المجني عليه
47	المطلب الأول: أساس حالة الضرورة وآثارها
47	الفرع الأول: تعريف حالة الضرورة وموضعها في القانون الجزائري
48	الفرع الثاني: أساس الإباحة في حالة الضرورة وشروطها
51	الفرع الثالث: آثار حالة الضرورة والفرق بينها وبين الدفاع المشروع
52	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لرضا المجني عليه
53	الفرع الأول: تعريف رضا المجني عليه
54	الفرع الثاني: الشروط اللازمة في رضا المجني عليه
55	الفرع الثالث: طبيعة وآثار رضا المجني عليه
57	خلاصة : الفصل الثاني
58	خاتمة
61	قائمة المصادر والمراجع
64	فهرس المحتويات
67	الملخص

الملخص :

أسباب الإباحة عبارة عن ظروف موضوعية لصيقة بماديات الجريمة , ولا علاقة لها بشخصية الجاني ونفسيته وهي تمثل قيودا على نصوص التجريم يترتب عليها انتفاء الركن الشرعي للجريمة لأن سبب الإباحة يدخل على الفعل غير المشروع فينزع عنه الصفة غير المشروعة ويجعله فعلا مشروعا في الظروف التي ارتكب فيها كالجراحة الذي يقوم بها الطبيب . ويعتبر موضوع أسباب الإباحة في القانون الدولي الجنائي وبالضبط الدفاع الشرعي كسبب له أهمية كبيرة حيث أنه حق كفلته جميع التشريعات الوطنية والدولية والتي أباححت للفرد أو الدولة حماية نفسها من أي إعتداء يشكل عليها خطرا , وكذلك معرفة هذه الظروف الاستثنائية والاستفادة منها مستقبلا في حالة ارتكاب المتهم لأحد الجرائم المعاقب عليها .

الكلمات المفتاحية :

-الأسباب , الإباحة , التشريع الجزائري

Summary:

The reasons for permissibility are objective circumstances closely related to the nature of the crime, and have nothing to do with the personality and psychology of the offender. They represent restrictions on criminalization texts that result in the absence of the legal element of the crime the reason for permissibility includes the unlawful act, stripping it of its unlawful character and making it a lawful act in the circumstances in which it was committed ; like surgery performed by a doctor. The subject of the reasons for permissibility according to the international criminal law specifically legitimate defense, as a reason is of great importance as it is a right guaranteed by all national and international legislation, which allows the individual or the state to protect itself from any attack that poses a threat or danger for its existence, as well as knowing these exceptional circumstances and benefiting from them in the future in the event that accused commits a crime that results a punishment.

keywords

-Reasons. permissibility. Algerian legislation