جـــامـــعـــة محمد خـــيـــضر- بســـكـــرة-
كلية: الحقوق والعلوم السياسية
قسم: الحقوق

أسباب الإباحة في قانون العقوبات الجزائري

مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: قانون جنائي

إعـــداد الطالبة:
هاجر مختاري

إشـــراف الدكتور:
مرزوقي عبد الحليم

السنة الجامعية:2017/2016.

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وعرفان

إلى من لا فضل إلا فضله ولا تسهيل إلا بإذنه ولا توفيق إلى توفيقه خالق الكون

ورب العرش العظيم فالحمد لله الذي ساعدنا والذي مهد لنا الطريق في إنجاز

هذا العمل فله الشكر

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى من كان لي خير معين لإنجاز هذا البحث الأستاذ

المشرف مرزوقي عبد الحليم الذي أشكره شكرا خاصا على كل التوجيهات

والإرشادات

كما أتقدم بالشكر إلى كل أساتذة الحقوق بكلية الحقوق على كل ملقدموه لنا

خلال مشوارنا الدراسي

كما أشكر كل من ساعدني من قريب أو بعيد في إنجاز هذا العمل

إهـــــداء

أهدي ثمرة جهدي إلى حبيبتي الغالية التي تظل دوما شعلة النور التي تأخذ من روحها وتمنحه لروحي إلى من نطقت بها شفتاي إلى أمي الغالية أطال الله في عمرها

إلى الذي كان دائما سنديفي الحياة إلى قرة عيني والدي الغالي أطال الله في عمره

تاج رأسي أخي صابر أيوب إلى سندي في هذه الحياة أخي محمد

فراشة البيت إسراء الى من ساندني طيلة مشواري الدراسي وكان لي رفيقا عبد الرحيم

إلى شجرة العائلة مهما عمرت عروقها دون استثناء وحتى لا يكون منهم عتاب علينا إن نسيت ذكر الأسماء إلى من قضيت معهن أحلى أيامي سواء في الإقامة أو الكلية وأصدق اللحظات سواء كانت حزينة أو سعيدة وكنا لي إخوة دون نسب أو رضاعة إلى صديقاتي سعاد نوال راضية زينب سميحة شيماء سارة بسمة فطيمة زايدة كاميليا نسرين دينا إلى كل الأصدقاء وخاصة دفعة التخرج لسنة 2017

هاجر

مقدمة

يعتبر قانون العقوبات من أهم فروع القانون، وتبدو هذه الأهمية في المصالح والحقوق التي يحميها والغاية التي يرد تجسيدها، وهي المصالح الجماعة التي يرى المشرع أنها جديرة بمثل تلك الحماية القانونية، خاصة الحماية الجنائية منها،

تحقيقا لأمن واستقرار سكينة الجماعة وإقامة العدل بين أفرادها عن طريق ماتقرره القوانين العقابية من وسائل قهر وإلزام وردع باعتبارها أداة السلطة في التجريم ،والعقاب،استعمالا لحق الجماعة في العقاب بتجريم كل سلوك ترى فيه إخلالا بأمنها واستقرارها، ولكن لايكفي أن يكون السلوك المرتكب منطوي على جميع العناصر الواقعة للقول بانطباق النص عليه بل لابد أن يكون ذلك السلوك المرتكب غير متلازم مع الظروف التي تضفي عليه صفة المشروعية، تأسيسا على عدم المشروعية هو حكم يقيني يضيف على ماديات معينة ويؤدي إلى توقيع العقوبة على من يأتيها ، لذلك فأنه من الخطأ القول بأن الفعل غير مشروع هو ما يمنعه القانون أذا كان الواقع أن القانون يمنع ماهو غير مشروع وعليه فأن عدم المشروعية هي علة التجريم ، فالمشرع يلاحظ أن سلوكا مايتنافى أو ينتهك مقتضيات الحياة الاجتماعية في نص تجريمي ، غير أن علة التجريم هذه يمكن أن تنتفي إذا ماتوافرت بجانبها علة إباحة فيصبح السلوك المرتكب والمتطابق في عناصره مع الواقعة مباحا ، وان مبدأ خضوع الفعل أو السلوك لسبب من أسباب الإباحة هو انتفاء هذا السبب على عنصر يقوم عليه الركن الشرعي للجريمة، فإذا توافرت أحد أسباب الإباحة خرج الفعل عن نطاق نص التجريم، وانتفت الصفة غير المشروعة وردته إلى أصله بعد ماكان مجرما، وقد نص المشرع الجزائري في قانون العقوبات على أسباب الإباحة في المادتين 39 و40 من قانون العقوبات ، حيث أخرج هذه الأفعال من دائرة التجريم وأعادها ثانية إلى دائرة الإباحة، ومن ثم نقول أن الفعل كي يكون مجرما لايكفي فيه النص التجريمي، فقط بل لابد أن يخرج من حالات التبرير التي نص عليها قانون

العقوباتلكن ليس كل فعل له مايبرره وعليه كان إلزاما علينا طرح الإشكالية حول طبيعة الحالات التي تخرج الأفعال من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة من خلال نصوص قانون العقوبات .

ونظرا لأهمية الموضوع والغموض الذي بلغه رأينا أن تكون إشكالية بحثنا على النحو التالي:

فيم تتمثل الحالات التي تخرج الأفعال من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة وفقا لقانون العقوبات الجزائري ؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية المطروحة في هذا الموضوع ، رأينا إتباع المنهج التحليليلاعتبار ضرورة البحث في عمق غاية المشرع الجزائري عن إباحة الفعل وماهية مرجعيته في ذالك وصولا لفهم صحيح لنصوص القانون وكل ذالك لا يأتي إلا بالتحليل ، كما لا نهمل جانب الوصف خاصة بالنسبة للجرائم وكيفية أوضاع حدوثها وملابساتها لما لذالك من دور خاصة في تشكيل قناع المشرع أولا وايقاف والناضرون للدعوى ثانيا.

ويكمن الهدف من الدراسة هو دراسة ما نظمه المشرع الجزائري في قانون العقوبات وتطبيقها ومدى فاعليتها في حمايةحقوق الأفراد وكذلك في حماية النظام العام والسكينة العامة للمجتمع من المخاطرومعرفة مقياس تحقيق العدالة والموضوع خضع لدراسات عدة ومن جوانب مختلفة حسب زوايا نظر الباحثين ولعل أهم البحوث في هذا المجال نجد بحث الأستاذ أحسن بوسقيعة حيث أنه تناول هذا البحث من ناحية التشريع الجزائري مقارنا بالتشريعات المقارنة على عكس بحثنا فقد عالجناه من منظور قانون العقوبات الجزائري فقط، وقد واجهنا خلال انجاز هذا البحث عدة صعوبات تتمثل في الأساس في ضيق الوقت مع اتساع موضوع البحث , وكذالك مع

قلة المراجع المتخصصة خاصة الجزائرية في مجال علم الإجرام والعقاب ، رغم هذه الصعوبات تمكنا من جمع مادة علمية رأينا أنها تغطي كل جوانب الموضوع والتي من خلالها قسمنا بحثنا إلى ثلاث فصول بحيث تشتمل الدراسة في الفصل الأول على الإطار المفاهيمي لأسباب الإباحة والأساس القانوني لها من خلال مبحثين أما الفصل الثاني تناولنا فيه الأسباب النسبية للإباحة من خلال مبحثين أيضا كما عرجنا في الفصل الثالث على الأسباب المطلقة للإباحة وذلك من خلال مبحثين.

الفصل الأول:

مفهوم أسباب الإباحة

لدراسة المفهوم القانوني للإباحة تتطلب منا تعريف الإباحة والبحث في فكرة موضوع أسباب الإباحة من قواعد القانون، كما يتطلب منا البحث والتعرض للأساس القانوني لها والآثار المترتبة عليه وكذلك التمييز بينها وبين الحالات المشابهة لها، وسوف نتعرض لكل ذلك بشيء من التفصيل فما يلي:

المبحثالأول: مفهوم أسباب الإباحة

قديرتكب الفردعملا ينطبق عليه نص التحريم الوارد في قانون العقوبات، ويتحمل المسؤولية عن هذا الفعل ومن ثم يمكن إدانته والحكم عليه بعقوبة جزائية، ومع ذلك فالأمر لا يكون هكذا في كل الأحوال فقد لا يعد القانونهذا الفعل جريمة كمن يقتل للدفاع عن نفسه أو يجرح من أجل القيام بفعل طبي، فتخرج هذه الأفعال من دائرة التحريم ويعيدها القانون إلى دائرة الإباحة.[1] وعليه فسوف نتعرض بشيء من التفصيل إلى تعريف أسباب الإباحة من خلال ابراز المعنى اللغوي ثم الاصطلاحي وأخيرا الفقهي لها وكل ذلك في مطلب مستقل كالآتي:

المطلبالأول: التعريف اللغوي الاصطلاحي والفقهي لأسباب الإباحة:

لإيجاد تعريف يكون أقرب للإباحة سنحاول آن ننطلق من المعنى اللغوي ثم يمكننا استخلاص التعريف الاصطلاحي. وبعدها يجب علينا ذكر التعريف الفقهي لها وكل هذا سنفصله في جملة من الفروع كما يلي:

الفرعالأول: التعريف اللغوي

يستعمل لفظ الإباحة في اللغة ثلاثيا فيقال: باح بمعنى ظهر وهو لفظ في هذا الاستعمال لازما كما يقال باح بسره أظهره بمعنى المتعدي أباح وليست متعديا، ومصدر الأول البوح ومصدر الثاني الإباحة، والمباح اسم مفعول من الإباحة.[2]

والواقع أن معنى الإباحة في اللغة أوسع، ففي لسان العرب إن البوح ظهور الشيء، وباح الشيء ظهر، وباح به بوحا وبؤوحاوبؤوحة أظهره، وباح ما كتمت، وباح به صاحبه

---

[1] خلود سامي عزارة أل معجون، النظرية العامة للإباحة، دار الفكر العربي،د.د.ن، د.س.ن، ص12

[2] محمد سلام مذكور، نظرية الإباحة عند الفقهاء، مباحث الحكم عند الأصوليين الحكم التخييري، دار النهضة العربية، د.د.ن، ج1، 1963، ص31.

وباح بسره أظهره، وأبحتك الشيء أحللت لك،الإباحة مأخوذة من أبحتك الشيء بمعنى أحللته لك وأطلقتك فيه.

وأباح الشيء أطلقه والمباح خلاف المحظور.

أما المباح لغة، فهو اسم مفعول من أباح الشيء بمعانيه المختلفة السابقة، فهو اسم لكل من وقعت عليه الإباحة من معنى من تلك المعاني.[1]

الفرعالثاني: التعريف الاصطلاحي

هناك أفعال تتوافر فيها أركان الجريمة، ومع ذلك فإن الفاعل لا يقع تحت طائلة العقاب نتيجة إحاطة الفعل ببعض الأسباب التي تبيح ارتكابه، بحيث يرى المشرع في هذه الحالات أن الفعل المرتكب لم يلحقالضرر أو الخطر الذي من أجله وضع النص التجريمي.[2]فتنفي عنه الصفة المشروعة ويطلق عليه هذه الأفعال بأسباب الإباحة ترجمة للمصطلح الفرنسي Causes de justificationوصحة ترجمتها أسباب التبرير والحقيقة أنه لا يوجد فارق من حيث الدلالة اللغوية والقانونية بين هذين التعبيرين.[3]

وبناءا على ذلك لا مانع من استعمال أيا من هذين التعبيرين للدلالة على معنى واحد ويطلق عليها البعض بأسباب انتقاء الجريمة لانعدام الصفة الإجرامية الواقعة التي لها في القانون صورة الجريمة.

الفرعالثالث: التعريف الفقهي

للإباحة أهمية في النظام القانوني فالمشرع لم يورد أيهما تعريفا صريحا للإباحة، أما الفقه العربيفقد تناول هذا الموضوع بالدراسة والتأصيل فوضع بعضهم تعريفا للإباحة مما أدى إلى تفوقه في هذا المجال على الفقه الفرنسي، فيعرف بعض الفقهاء المصريين الإباحة بقوله أنّ أسباب الإباحة يكون شأنها رفع الصفة الإجرامية على الفعل في الظروف التي وقعفيها، فهي تعدم الركن الشرعي. فيخرج من دائرة الأفعال المعاقب عليها إلى مجال

---

[1] ابن منظور جمال الدين محمد بن المكرم الأنصاري، 630 ه-711 ه، الجزء الثالث، مجموعة تراثنا، الدار المصرية للتأليف والترجمة، طبعة مصورة عن طبعة بولاق، 1308، ص 239-240

[2] خلود سامي عزارةآلمعجون، المرجع السابق، ص12

[3] خلود سامي عزارة آل معجون، المرجع نفسه، ص98

الإباحات،فالإباحة وصف يلحق الفعل.[1]إلا أن هذا التعريف لم يكن دقيقا حيث اقتصر على بيان أثر أسباب الإباحة فقط.

ذهب مأمون محمد سلامة إلى أنه لا يكفي لتحقيق المسؤولية توفر ركن التمييز والاختيار بل لا بد من ارتكاب خطأ ينسب للفاعل حتى يعاقب، فإذا لم يرتكب الفاعل خطأ فلا يعاقب وإذا كان الفعل المكون للجريمة مباحا في ظروف معينة فلا يعد ارتكابه خطأ، بل مباحا كحالة القتل والضرب دفاعا عن النفس.[2]

ويمكن أن نوجه إلى هذا القول ملاحظة وهي أننا نجد أنه اعتمد في تعريفه على فكرة الخطأ (أي الركن المعنوي) إذ اعتبر أن توافر أحد أسباب الإباحة من شأنه أن ينفي الخطأ، مما يرتب عليه إعفاؤه من المسؤولية. وهذا الأمر لا يمكن الأخذ به، لأننا سوف نرى أنه رغم توافر جميع أركان الفعل المجرم، إلاّ أن الصفة المجرمة لهذا الفعل تخلع عنه.وعليه فإن التعريف الذي نعتد به ونعتمد عليه هو ما جاء جامعا لكل عناصر الموضوع، ومانعا لأي غموض قد يشوبه، لهذا نعود إلى التعريف الذي يعرف أسباب الإباحة بأنها: "حالات انتفاء الركن الشرعي بناء على قيود واردة على نص التجريم تستبعد منه بعض الأفعال"[3]، وهذا التعريف أكثر دقة من سابقيه، إذ لم يقف عند حد بيان أثر الإباحة وإنما أظهر عناصرها وذلك أن تتحقق صفة عدم المشروعية في السلوك يقوم بها الركن الشرعي للجريمة، الذي يتمثل في مطابقة السلوك والفعل إلى نص قانون العقوبات الذي يجرمه، وتوافر سبب من أسباب الإباحة بالنسبة لهذا السلوك يزيل عنه صفة عدم المشروعية ويرده إلى أصله من حيث الإباحة والمشروعية.

---

[1] مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات القسم العام، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1990، ص 13

[2] خلود سامي عزارة آل معجون، المرجع السابق، ص18

[3] سلطان عبد القادر الشاوي، محمد عبد الله الوريكات، المبادئ العامة في قانون العقوبات، ، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن،ط1, 2011 ص130، نقلا عن محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة ط2،,1989، ص78

المطلب الثاني: التمييز بين أسباب الإباحة والحالات المشابهة لها

رغم أن أسباب الإباحة تتفق مع كل من موانع المسؤولية الجنائية وأسباب الإعفاء أو الأعذار المعفية من حيث امتناع توقيع العقوبة على مرتكب الجريمة فإنها تختلف عنهما في جملة نواحي من المفيد بيانها في هذا المطلب

الفرع الأول:التفرقة بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية:

تختلف أسباب التبرير كنظام قانوني عن أنظمة أخرى تقترب منها لاتحادها في الأثر والطبيعة بعدم توقيع العقاب كموانع المسؤولية وهذا مانتعرض إليه فيما يلي:

أولا: من حيث الطبيعة: أسباب الإباحة في أغلبها ذات طبيعة موضوعية أي مادية كما عرضناه سابقا، بخلاف موانع المسؤولية الجنائية، إذا هي ذات طبيعة شخصية، ويترتب على ذلك أنه لا يستفيد الغير من هذا المانع فلو ساهم شخص بلغ سن الرشد الجزائي المقدر ب 18 سنة على مجنون في ارتكاب جريمة معينة فإن الجنون كمانع لا يسري إلا بالنسبة لمن توافر فيه هذا المانع.[1]

ثانيا: من حيث الأثر: ينصرف أثر الإباحة إلى تجريد الواقعة من صفتها الإجرامية وما يتتبع ذلك من انتقاء المسؤولية المدنية والجنائية لمرتكب الواقعة بخلاف موانع المسؤولية حيث تظل الواقعة محتفظة بصفتها الإجرامية وكل ما في الأمر أنه ينتج عنها امتناع توقيع العقوبة على المتهم مع بقائه مسؤولا مسؤولية مدنية عن الضرر الذي تسبب فيه للغير جراء الواقعة الإجرامية وبإمكان القاضي في حالة امتناع المسؤولية الجنائية توقيع التدبير الأمني الذي تتطلبه حالة مرتكب الجريمة.[2]

الفرع الثاني: الفرق بين أسباب الإباحة وموانع العقاب

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

[1] سلطان عبد القادر الشاوي، محمد عبد الله الوريكات، المرجع السابق، ص174

[2] عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات، القسم العام، دار هومة، الجزائر،2010، ص 78

وتسمى هذه الحالات بموانع العقاب ومثلها في التشريع الجزائري المادة 92من قانون العقوبات[1]"تعفي من العقوبة كل من بلغ السلطات عن جناية أو جنحة ضد أمن الدولة قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيها" وكذلك المادة 179من نفس القانون التي "تعفي من العقوبة كل من يقوم من الجناة بالكشف على السلطات عن الاتفاق الجنائي أو عن وجود جمعية من الأشرار قبل أي شروع في الجناية موضوع الاتفاق أو الجمعية وقبل البدء في التحقيق" وكذلك نميز بين أسباب الإباحة وموانع العقاب من حيث أن الأولى تنفي قيام الجريمة ويعد الفعل مشروعا بعكس موانع العقاب لأغراض المنفعة الاجتماعية ويترتب على ذلك أنه إذا توافر سبب الإباحة استنادا منه كل المساهمين في الفعل بعكس موانع العقاب فهي شخصية لا يستفيد منها إلا بالشخص الذي توافرت في حقه.[2]

ويمكننا حصر نواحي الاختلاف بين أسباب الإباحة وموانع العقاب فيما يلي:

أولا: من حيث الطبيعة: موانع العقاب ذات طبيعة لايستفيد منها ألا من تقرر المانع لمصلحته دون أي مساهم أخر فاعلا كان أم شريكا

ثانيا: من حيث الأثر:يقتصر الأثر سبب الإعفاء على ر فع العقوبة مع إبقاء الصفة الجرمية للسلوك وبالتالي يعد الشخص مسئولا مسؤولية مدنية وجنائية في أن واحد واحتفاظ السلوك بصفته الإجرامية يؤدي إلى إمكانية اخضع القاضي الجزائي مرتكب الجريمة لأحد التدابير الأمنية المادة 52 فقرة 2 من قانون العقوبات.[3]

الفرع الثالث: جواز القياس في أسباب الإباحة

تجد قواعد الإباحة مصدرها في كل فرع من فروع القانون بما في ذلك القانون الجنائي إذا كل قاعدة قانونية عامة ومجردة تنظم حقا من الحقوق الشخصية تصلح ان تكون

---

[1]المادة92، من قانون رقم 11-04 المؤرخ في 02-08-2011 المعدل والمتمملللأمر 66-156 المؤرخ في 18صفر عام 1386 الموافق8 جوان سنة 1966, المتضمن قانون العقوبات,الجريدة الرسمية عدد 44 بتاريخ 10-08 -2011.

[2]عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات (القسم العام-الجريمة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص72،73

[3] عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 80

مصدرا من مصادر الإباحة باللجوء القياس ويدعم هذا الرأي إلى اعتماد القاضي على القياس في هذه الحالة ليتعارض مع مبدأ الشرعية الجنائية، إذالايؤدي إلى خلق جرائم جديدة أو تقرير عقوبات لم ينص عليها الشارع.[1]

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية لأسباب الإباحة

أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية لتعلقها بالركن الشرعي للجريمة المتمثل في تكيف الفعل فهي تخرج الفعل عن نطاق نص التحريم فيغدو مشروعا وينتقي الركن الشرعي كما أن أسباب الإباحة موضوعية في كيانها بحيث لا تضم أصلا أية عناصر شخصية وتقوم على وجود قاعدة قانونية تفيد من تطبيق نص التحريم.

إن أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية من حيث أساسها وعناصرها وأثرها.

الفرع الأول: من حيث عناصرها

عناصرالإباحة ذات الطبيعة موضوعية من حيث أنها ترتكز على عناصر موضوعية لا علاقة لها بنفسية الجاني أو المجني عليه.[2] إلا أن النص القانوني قد يضع استنادا عنصرا نفسيا لحسن النية، فيمن يمارس الاباحة ومثال على ذلك حالة استعمال حق التأديب أو اتجاه نية الطبيب إلى استشفاء المريض خلال ممارسة الأعمال الطبية

الفرع الثاني: من حيث آثارها

أن أسباب الاباحة يزيل الصفة الإجرامية على الفعل ومن ثم فإن أثرها لا يقتصر على الفاعل الأصلي وحده بل يمتد الى شركائه وذلك تأسيسا أن الفرع حكم الأصلفالطبيب الذي يستفيد من سبب الإباحة يتبعه في ذلك كل الممرضين المساعدين له في العملية الجراحية.

ويترتب على زوال صفة التحريم أن الشريك في فعل مباح يستفيد من توافر سبب الاباحة لدى الفاعل وكذلك الجهل بتوافر سبب الإباحة دون استفادة منه فعدم علم ضابط

[1] مصطفى العوجي، القانون الجنائي العام ج 1، النظرية العامة للجريمة مع مقدمة في القانون الجنائي، مؤسسة نوفل، بيروت، 1984.

[2] بارش سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، شرعية التحريم، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص 80-81

الشرطة بصدور أمر القبض على المتهم لا يحول دون استفادته بسبب الإباحة ما دام الأمر صحيحا وصادر عن سلطة القاضي.[1]

وكذلك الغلط في الإباحة وهو قيام وهم لدى الجاني بتوافر سبب إباحة غير موجود في الأصل لا يعدم الإباحة ذاتها لأن الخلط في الإباحة يقوم على خلط وقع فيه الفاعل فلا يؤثر في الركن المعنوي للجريمة بينما سبب الإباحة يقوم على توافر قاعدة قانونية معينة تختلفمن نطاق قاعدة التحريم فهي تتعلق بالركن الشرعي في الجريمة.[2]

ونظرا للطبيعة الموضوعية لأسباب الإباحة فان مهمة القاضي في تقدير مدى توافر سبب الإباحة يقتصر على البحث في مدى توافر الشروط القانونية في السلوك وليس الجوانب الشخصية في الفاعل غير أنه في أحوال ضيقة تشد عن القاعدة العامة يتوجب على القاضي فضلا عن ذلك البحث في مدى توافر بعض الجوانب الشخصية كما في حالة تأديب الصغار حيث يشترط أن يكون التأديب بحسن نية، وهو جانب شخصي لا موضوعي وكذلك مباشرة الأعمال الطبية الذي يفترض باحثا متجها إلى شفاء المريض.[3]

لقد حاولنا في هذا المبحث أن نعرض بقدر الإمكان مفهوم أسباب الإباحة من خلال إعطاء التعريف اللغوي والفقهي وكذلك الاصطلاحي لها والجمع بين كل هذه التعاريف بتعريف جامع لها وكما بينا طبيعة القانونية لها وما يميزها عن باقي الحالات المشابهة لها وكذلك يجب علينا دراسة الأساس القانوني لها والأثر الذي تبقيه علا الجريمة كل ذلك سنعالجه بالتفصيل في المبحث الثاني.

---

[1] عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص75

[2] بارش سليمان، المرجع السابق، ص82

[3] سلطان عبد القادر الشاوي ومحمد عبد الله لوريكات، المرجع السابق، ص 127

المبحث الثاني: الأساس القانوني لأسباب الإباحة وأثرها

لا شك أنه عندما يقرر المشرع الخروج على قواعد التجريم بإباحة سلوك كان يخضع بحسب الأصل لنفس التحريم لولا أنه صدر عن فاعله في ظروف خاصة، هي التي اقتضت إباحته هنا الخروج على قواعد التجريم لا يمكن أن يكون إلا لحكمة ارتآها المشرع وسوف نعالج ذلك بالتفصيل في هذا المطلب.

المطلب الأول: الأساس القانوني لأسباب الإباحة

قد اختلف الفقهاء حول تحديد الأساس الذي ابتغاه المشرع من وراء إباحته لأفعال غير مشروعة أصلا، ومحو صفة الجريمة عن الفعل، وعليه سوف نتعرض إلى هذه الآراء حول الأساس القانوني لأسباب الإباحة. وهذاما سنعرضه فيما يلي:

الفرع الأول: انتفاء القصد الجنائي

رأى جانب من الفقه أن أساس الإباحةيرجع إلى انتقاء القصد لدى مرتكب الفعل المجرم وبناء على ذلك فالشخص الذي يقوم على فعل معين، وهو معتقد أنه مباح يكون قد توافر لديه عنصر الإرادة، وعنصر العلم بالواقعة لكن يختلف لديه العلم بحظر القانون لهذافالفعل الذي يقوم به مباح، ومن ثم يكون عناصر القصد الجنائي غير متوافرة بالكامل لديه، وبناءا على ذلك يضحي الفعل ذاته مباحا، لانتقاء أحد العناصر القصد الجنائي ويستند أصحاب هذا الرأي الى التعليقات الواردة على المادة 50 من القانون المصري لتأديب الوالد لولده مثلا، فإن هذا الفعل قد يقال أنّه جريمة الضرب، إذا أخذنا الفعل على حسب الظاهرة على أنه بمقتضى القواعد العامة لا عقاب في مثل هذه الحالة على الوالد لنجرده من نية الإجرام، وعلى ذلك لا مانع من تقرير هذا المبدأ صراحة.[1]

وقد أثار هذا الرأي عدة انتقادات من بينها أن القصد الجنائي هو عنصر ليست لديه حدود واضحة في نفي المسؤولية ثم إنه لا يجوز أن يترك تقدير هذا الأمر في يد الفاعل الذي يجعل تحريم سلوكه أو إباحته أمرا متوقفا على وجود القصد الجنائي لديه، أو عدم

[1] رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي, دار الفكر العربي , القاهرة ,ط4 ,1979, ص498

وجوده مما يؤدي إلى اختلاف القضاء أو عدم تحكمهم في تقدير توافر هذا الأمر من عدمه وفضلا على أن السياسة الجنائية تقتضي بيان أسباب الإباحة وتحديدها حصر أحوالها بقدر الإمكان لضمان حماية المصالح العامة وبالتالي تحقيق العدالة في المجتمع.[1]

أرى أن أساس الإباحة مراده ومرجعه إلى انعدام القصد الجنائي الذي يمثل أحد أركان الجريمة، هذا القصد يتجلى في الخطورة الإجرامية للفاعل التي على أساسها شرعت العقوبة فالشخص الذي يرتكب فعلا ما ويعترف بأنه على علم ودراية بأنه محظور يستحق العقاب والجزاء وهذا الجزاء لأنه يمثل خطورة إجرامية ونية عدوانية يستحق الردع

إن القصد الجنائي أمر مختلف من شخص لآخر وإثباته أمر صعب، وترك ذلك لقضاء يؤدي إلى اختلاف القضاة مما يؤدي الى زعزعة الثقة في القضاء وكذلك من جهة السياسة الجنائية الحديثة الذي تدعوا الى حصر أسباب الإباحة وتحديدها والاعتماد على القصد الجنائي باعتباره أساسا للإباحة.

الفرع الثاني: شرف الباعث

إذا كان الدافع هو القوة المحركة لارتكاب الفعل الإجرامي، فان الدوافع السامية أثرا في العقوبة من حيث التخفيف والتشديد حسب ما إذا كان الدافع شريف، مما يدفع بعض الفقهاء إلى اعتبار الدافع الشريف أساس لأسباب الإباحة وهذا القول مردود عليه لأن الدافع غير شريف لا يمكن اعتباره ركنا في الجريمة وبالتالي لا يترتب على توافر الدفع الشريف أو عدم توافره، عدم تطبيق قواعد القانون الجزائي، كحالة العمال الذين يستعملون حقهم في الإضراب ولو كانوا يعلمون أن الإضراب يؤدي إلى الأضرار لصاحب العمل، وكذلك مثال من يستعمل حقه في الاقتضاء بحبس مال مديّنه الموجود تحت يده فقد يكون الدائن (الحابس) على علم بحاجة المدين إلى هذا المال ومع ذلك يقوم بحبسه تحت يده اقتضاء لحقه ولا نلاحظ هنا شرف الباعث ونبله.[2]

إن الباعث حالة نفسية تختلف من شخص إلى آخر مما يجعله غير خاضع للحصر وهذا ما يتنافى مع السياسة الجنائية، إن الباعث أو الدافع لا يتسع لكل أسباب الإباحة ذلك

[1] رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص 498

[2] خلود سامي أل معجون، المرجع السابق، ص 90

لان البواعث أو الدوافع قد يكون ضررها أكثر من نفعها ومع ذلك هي مقررة قانونا الأمر الذي يجعلنا نقول أن شرف الباعث ونبل الغاية يصلحان عند تقدير العقوبة في نظر القاضي باعتبار ذلك ظرفا مخففا لا في تأسيس الإباحة عليها.

الفرع الثالث: استعمال الحق

يذهب هذا الرأي إلى اعتبار أن الأفعال المباحة لا تخرج على كونها استعمالا لحق تقرر بمقتضى القانون، وعلى أداء الواجب الذي يرجع في أصل لاستعمال الحق فالمشرع إذ أوجب أمرا وأجازه فهو لا يعاقب عليه ومفاده أنه يسوي بين من يؤدي واجبا مفروضا عليه، ومن يستعمل حقه، لكن هذا الرأي مردود عليه؟ لوجود اختلاف بين الحق والواجب، فالحق يمكن التنازل عنه أما الواجب يلتزم به من هو مختص به فلا يمكنه النزول عنه ويكون مسئولا عن عدم القيام به، فهذا الرأي لم يبين لنا لماذا الشارع ارتقى ببعض الحقوق وفصلها على بعضها وبالتالي جعلها بمنأى على نصوص التجريم.[1]

ولكن ما هو الأساس القانوني لأسباب الإباحة هل ترجع لرضاء المعني عليه كما في حالة أن يتلاكم خصمان في حلبة الملاكمة حيث يتضاربان بالرضاء السابق لكل منهما.

إن رضاء المجني عليه لا يعتد به في تقرير العقاب كقاعدة عامة في التشريع فهل يرجع اذن الأساس القانوني للإباحة الى شرف الباعث كما في حالة أن يضرب الأب ابنه الصغير لتأديبه، إن شرف الباعث أيضا لا يصلح سببا لمنع تقرير العقوبة مثل الذي يقتل صديقا له ليخلصه من وباء مرض فتاك يسبب له ألاما مبرحة فإنه يعاقب بعقوبة القتل العمد[2]

لقد قيل أن الأساس القانوني لأسباب الإباحة إنما يرجع إلى انتقاء القصد الجنائي لدى الفاعل لأن من يقدم على نشاط مباح لا يتوافر لديه القصد الجنائي المطلوب في المسؤولية الجنائية على الجرائم المعدية ولكن يرد على ذلك بأن من يقدم على نشاط مباح لا يتوافر لديه القصد الجنائي المطلوب في المسؤولية الجنائية على الجرائم العمدية ولكن يرد على ذلك بأن من يقدم على سلوك معين عالما بأن القانون لا يحظره يتوافر لديه عنصر الإرادة في القصد

[1] خلود سامي أل معجون، المرجع السابق، ص 92

[2] إبراهيم الشبابي، قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الشركة العالمية للكتاب، الجزائر، ص165-166

كما يتوافر لديه عنصر العلم وهو إدراك الأمور على نحو صحيح مطابق للواقع فالقصد الجنائي لا ينتقي لديه من بعيد.

المطلب الثاني: آثار أسباب الإباحة

يترتب على توافر سبب من أسباب التبرير في الفعل المرتكب إخراجه من نص التحريم فيصبح مشروعا وعندئذ ينفي الركن الشرعي للجريمة وتبعا لذلك تنفي الجريمة والمسؤولية عنها ويصبح وكأنه فعل لم يخضع ابتداء لنص التحريم، وينصب أثر التبرير على شخص الفاعل مما يترتب عليه أن أثره متعلق بالتكييف القانوني للفعل حيث يجرده الفعل من صفته غير المشروعة.

وإذا توافر سبب التبرير وصار الفعل مشروعا استفاد من ذلك كل من ساهم فيه لا فرق في ذلك بين المساهم الأصلي والمساهم التبعي، فمن يدافع عن نفسه أو ماله يستفيد من سبب التبرير وكذلك من يدافع عن غيره أو يحرضه على الدفاع أو يساعده في ذلك.[1]

الفرع الأول: أسباب الإباحة وتعدد المساهمين

تفترض الأعذار المحلة توافر أركان الجريمة واكتمال المسؤولية الجنائية عنها وبتالي استحقاق العقاب غير أن المشرع قد يرى لاعتبارات تتعلق بحسن السياسة الجنائية إعفاء بعض الأشخاص من العقاب تشجيعا لهم على التمادي في نشاطهم الإجرامي وإذا كانت الأعذار المحلة تتفق مع أسباب التبرير في عدم العقاب فان هناك فارقا جوهريا بينهما يتمثل في أن الأولى تبقى أركان الجريمة متوافرة ويقتصر تأثيرها على إعفاء الفاعل من العقاب المترتب عليها في حين أنه في الثانية تخرج الفعل من نطاق التجريم وتخلع عنه الصفة غير المشروعة عنه وترده إلى أصله مباحا كما كان. وهذا ماسنفصله في مايلي:

الفرع الثاني: الجهل في الإباحة

يقصد بالجهل بأسباب التبرير هو أن يتوافر سبب التبرير بكامل شروطه التي يحددها القانون، إلا أن مرتكب الفعل لم يعتقد ذلك كحالة الموظف الذي ينفذ أمرا صحيحا بالقبض أو التفتيش معتقدا أنه باطل، فهل سبب التبرير هذا ينتج أثره رغم الجهل به؟[2]

---

[1] سلطان عبد القادر الشاوي ومحمد عبد الله لوريكات، المرجع السابق، ص 127

[2] سلطان عبد القادر الشاوي ومحمد عبد الله لوريكات ،المرجع نفسه ، ص 128

والجهل بأسباب التبرير لا يمنع من أن تنتج أثرها في إسقاط وصف التحريم عن الفعل فمن يرتكب جريمة قتل في حالة دفاع مشروع غير عالم بتوافر شروط هذه الحالة لديه، يستفيد من التبرير رغم أنه كان جاهلا لسبب التبرير ويمكن أن يستخلص ذلك النص القائل بأنه "لا يعاقب من ارتكب فعلا وظن خطأ أنه جريمة"[1]

الفرع الثالث: الغلط في الإباحة

ويراد بالغلط في الإباحة، هو أن يتوهم الجاني توافر سبب للتبرير بكل شروطه في حين أن هذا السبب غير متوافر، كحالة من يعتقد أن خطر يهدده فيقتل من ظن أنه مصدر الخطر، أو يعتقد الموظف أن أمرا صحيحا قد صدر إليه ممن تجب عليه طاعته بالقبض أو التفتيش فيأتي الفعل والحقيقة أنه لم يصدر له أمر بذلك أو صدر بأمر فهل أن الغلط في التبرير يساوي التبرير ذاته من حيث الأثر المترتب عليه فينتج ذلك الأثر؟

حيث ان الغلط في الإباحة يعد في الحقيقة غلط في الوقائع بحيث لا يتوافر الغلط أذا اخطأ الشخص في فهم قانون لعقوبات واعتقد خطأ أن القانون يبيح الجريمة ففي هذه الحالة تكون حيال الغلط بقانون العقوبات لا يعذر بشأنه أحد وبناءا فان الوهم لدى الفاعل يقع نتيجة الغلط بالوقائع التي تقوم عليها سبب الإباحة مثل توهم الخطر في الدفاع الشرعي يستلزم خطر حقيقي يهدد المدافع ويبيح له دفع هذا الخطر بالعنف فقد استقر الفقه على أن الغلط في الإباحةلاينفي قيام الفعل المجرم قانونيا وهذا لتخلف الشروط المنصوص عليها في قانون المتعلق بالسباب الإباحة ومراد ذلك أنها ذات طبيعة موضعية مادية يجب توافرها في الواقع وليس توهمها ومن أمثلة ذلك الغلط في الإباحة توهم أحدهم الخطر في الدفاع الشرعي كأن يمر شخص تحت شرة الظلام في مكان ما يشاهده شخصا مقبلا عليه ويعتقد أنه عدو له يريد به سوءا فيقوم بضربه الى أن يفقده وعيه وبعد ذلك يتضح أنه صديق ففي هذه الحالة يقوم الدفاع الشرعي للشخص المتوهم لان الان الخطر يجب أن يكون حقيقيا وليس متوهما وإنما الفاعل أسير غلط في الوقائع جعله يتوهم قيام خطر حال موجب اليه وتقوم حالة الغلط في الإباحة أيضا بالنسبة للموظف العام الذي يأتي فعلا غير مشروع معتقدا انه ينفذ القانون، أو

[1] سمير عالية، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت–لبنان،ط2، 2002، ص367

ان امرا صحيحا صدر ألبه من رئيسه الذي يجب عليه طاعته مثل ضابط الشرطة الذي يقوم بالتفتيش منزل المتهم معتقدا خلاف الحقيقة أو أن أمرا صدر حقيقيا ولكنه باطل أصلا .

وعليه فان اعتقاد الجاني خطأ بتوافر أحد الوقائع التي تقوم عليه الإباحة ينفي عنه القصد الجنائي يفترض علما بعناصر الجريمة وبالتالي يحول الجريمة إلى جريمة غير عمدية.[1]

ويثور التساؤل عن تأثير الغلط في الإباحة عن المسؤولية الجنائية للفاعل وبتعبير أخر اعتقاد الجاني المخالف للحقيقة بتوافر سبب الإباحة على مسؤوليتهم الجنائية.

باستقرار الفقه على أن الغلط في الإباحةلاينفي قيام الجريمة فان الفعل المرتكب يضل غير مشروع لتخلف حالات الباحة وفقا للشروط التي أوردها المشرع.

غير أن ينفي القصد الجنائي وقد ينفي الخطأ غي العمدي ويحول دون توقيع العقاب تأسيسا أن القصد الجنائي يفترض علما محيطا بكافة عناصر الجريمة وبالتالي يحول الجريمة الى جريمة غير عمدية فمتى كانت الوقائع التي خدع بها الجاني لاينخدع بها الشخص العادي في مثل ظروف الجاني بحيث لايقع فيما وقع الجاني من غلط فان هذا الجاني يكون قد أهمل في تقصي الوقائع وينطوي فعله على الخطأ غير العمدي يعاقب عليه الفاعل اذا كان القانون يجرم الفعل بوصف الخطأ مثل الحارس الذي يبادر إلىإطلاق النار على شخص مر به في الظلام ف يقتله لمجرد أنه نادى عليه فلم يجبه فضنه لصا قد أطلق على المجني عليه دون تبصر وترو ويتعين معاقبته بتهمة القتل الخطأ حيث أنه أذا بذل الفاعل جناية لازمة وقع في غلط فهنا يقوم سبب الإباحة لان الخطأ غير عمدي ينتفي أيضا ويتعين تبرئته وانتفاء الركن المعنوي بصورتيه العمدي والخطأ[2]

والحق أن نظرية الغلط في التبرير تقوم على مبدأ عام في القانون مقتضاه أن الإنسان لا يكلف بما ليس في وسعه وهي من النظريات الحديثة في النقد الجزائي، ولم نجد في قانون

[1] أحمد فتحي سرور، الوسيط في شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، د.س.ن، مصر، ص 314

[2] بارش سليمان، المرجع سابق، ص 84.

العقوبات الأردني نصا عاما يبين حكم الغلط في التبرير كما هو الحال في بعض التشريعات الجزائية[1]

تجد قواعد الإباحة مصدرها في كل فرع من فروع القانون بما في ذلك القانون الجنائي إذا كل قاعدة قانونية عامة ومجردة تنظم حقا من الحقوق الشخصية تصلح إن تكون مصدرا من مصادر الإباحة وهذا ما سنعرضه فما يلي:

المطلبالثالث:مصادر أسباب الإباحة

المتفق عليها أنه لا ين يجد مصدره في قانون العقوبات فقط ، وإنما يكفي إن يكون مصدره أي فرع من فروع النظام القانوني في الدولة، والقول بغير ذلك يؤدي إلى التعارض بين القواعد القانونية في النظام القانوني السائد في الدولة، مع مايترتب على ذلك قد يكون مصدر الإباحة هو قانون العقوبات كما هو الحال بالنسبة للقبض على مرتكب الجريمة في حالة التلبس واقتياده إلى أقرب مركز شرطة وقد يكون الدستور مصدرا للإباحة كما هو الشأن في الجرائم القولية التي يرتكبها النواب أثناء ممارسة نيابتهم وقد يكون مصدر الإباحة القانون المدني كحق الدائن في حبس ماله مدنية،إذالايعد هذا التصرف جريمة خيانة الأمانة . أما بالنسبة للعرف La Coutme فهو إذا كان لا يشكل للتجريم إلا انه الجائز أن يكون مصدر للإباحة الفعل متى كان استعمالا لحق، ومثال ذلك أباحة الظهور بملابس الاستحمام على الشواطئ وهو مايشكل جريمة الفعل الفاضح العلني لو تم في مكان أخر غير الشواطئ، وقد يكون العرف محددا لنطاق الإباحة وفي هذه الحالة فان سبب الإباحة يجد مصدره في القانون بشكل عام ومثال ذلك تأديب الصغار ويشترط في العرف كمصدر من مصادر الإباحة أن لايتعارض مع قاعدة تجريمية ذلك أنه متى وجد نص صريح بتجريم سلوك معين فأنه لا يجوز الاعتداد بالعرف كأساس لتبرير ه والاعتداد بالعرف في هذه الحالة فيه تعطيل لقانون العقوبات، والأصل أن هذه القواعد قد وجدت لرعاية الصالح العام ومن ثم يجب

[1] سلطان عبد القادر الشاوي ومحمد عبد الله لوريكات، المرجع السابق، ص 128.

أتباعها حتى ولو كانت مخالفة لما تعارف عليه الناس في بيئة معينة ولا ينقص من هذا الالتزام تهاون السلطة العمومية في تطبيق أي نص من نصوص قانون العقوبات[1].

لقد تعرضنا في هذا المبحث الى الأساس القانوني لأسباب الإباحة وأثرها ،وقد أدى بالمشرع الى اتخاذ الأساس القانوني للإباحة ضمن السياسة الجنائية التي يتبعها لتحقيق ضمان المصالح أمن المجتمع ذلك بأن المشرع عندما يجرم أفعالا معينة يكون ذلك بناءا على ما تقتضيه هذه الأفعال من اعتداء على حقوق الأفراد والمجتمع والتي تكون جديرة بالحماية الجنائية ، وبالقدر الازم لصيانتها، وقد تعددت الأراء حول تحديد الأساس الذي ابتغاه المشرع من وراء إباحته لأفعال غير مشروعة أصلا ومحو صفة الجريمة عن الفعل أما بالنسبة لأثار المساهمين على عن الفعل أما بالنسبة لأثار المساهمين على الجريمة عن الفعل اما بالنسبة لأثار المساهمين على الجريمة فيتأثر الشريك بالظروف المادية التي تتوافر لدى الفاعل الأصلي ، حيث يمتد تأثيرها إلى جميع المساهمين في الجريمة، فاعلين كانوا أم شركاء ولو كان الشريك جاهلا بها، اذا هذه الظروف الشخصية في الجريمة مثلا اذا توافر مانع العقاب بالنسبة للفاعل فان الشريك يضل خاضعا للعقوبة المقررة للجريمة المرتكبة ، وكن الأمر يختلف حيث يصبح سلوكه مشروعا، وبالتالي لايصح القول بوجود مساهمة جنائية لأنه يتطلب أن يكون الفعل المساهم فيه غير مشروع، كشرط العقاب عليه سواء كانت المساهمة أصلية أو تبعية.

[1] عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ج1، النظرية العامة للجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998 ، ص 124

الفصل الثاني:

الأسباب النسبية للإباحة

أورد المشروع الجزائري في قانون العقوبات أسباب الإباحة التي تخرج الأفعال من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة، فبالرجوع إلى نص المادة 1/39 من قانون العقوبات الجزائري نجدها تنص على أن "لا جريمة" إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون" لأن الفرد قد يقوم بعمل ينطبق عليه نص التجريم الوارد في قانون العقوبات، ومع ذلك فلا يعد القانون جريمة كمن يقتل للدفاع الشرعي أو يجرح بهدف القيام بعمل طبي أو يضرب للتأديب، ويعني ذلك أنه لا يكفي أن يتطابق الفعل مع نص تجريمي ساري المفعول إذ يجب علاوة على ذلك أن نتأكد من عدم وجود سبب لتبرير هذه الأفعال إذ أن وجود سبب لتبرير أي الإباحة يخرج هذه الأفعال من دائرة التجريم ويعيدها ثانية إلى دائرة الإباحة.

ومن خلال الفقرة الأولى من المادة 39، يتبين لنا أنه يدخل في حالات الإباحة حالة استعمال الحق وهو ما أذن به القانون، وحالة أداء الواجب، وهو ما أمر به القانون، من خلال هذا نجد الأفعال في كلتا الحالتين أمر القانون واستعمال الحق يعتبر من الأفعال المباحة.

وسنحاول التفصيل في هذه الحالات من خلال ما يلي:

المبحث الأول: تنفيذ ما أذن به القانون

نص قانون العقوبات الجزائري وبعض القوانين المقارنة، حيث يتفق القضاء الفرنسي والمصري على الأفعال المبررة عامة التي تطبق في كل الظروف وكل الجرائم مهما كان وضعها، ويتعلق الأمر بالفعل الذي أذن به القانون. سنعالج هذه الأسباب والمتمثلة في أساس الإباحة في استعمال الحق والشروط العامة في استعماله وكذلك أهم تطبيقات استعمال الحق، كل ذلك في هذا المطلب.

المطلب الأول: إذن القانون واستعمال الحق

يقصد بإذن القانون ترخيص القانون لصاحب الحق في استعمال حقه. ولفظ القانون له مدلول أوسع حيث يتفق القضاء الفرنسي والمصري، على أنها لا تقتصر على القانون في حد ذاته بل تتعداه لتشمل العرف الشريعة الإسلامية، وهذا ما يتفق مع واقعنا في الجزائر رغم افتقار قضائنا القرارات في هذا الشأن.[1]

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

فطالما أن الحق في ذاته مشروع، فإن الوسيلة إلى استخدامه تكون أيضا مشروعة، ذلك أنه من غير المنطق أن يقرر الشارع حقا ثم يعاقب على الأفعال التي يستعمل بها، وإذا فعل ذلك وقع في التناقض، مما يفوض أركان النظام القانوني للدولة وهو القائم على "التناسق والتكامل والاستمرار" بين أحكامه.[2]

الفرع الثاني، الشروط العامة في استعمال الحق

عند استعمال رخصة الإباحة يجب على صاحب الحق التقيد بجملة من الشروط عليه احترامها وهي كالتالي:

---

[1] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، دار هومة الجزائر، ط5، 2005، ص116

[2] جلال ثروت،نظم القسم العام في قانون العقوبات المصري، منشأة العارف الإسكندرية، مطبعة الأطلس، القاهرة، ص231

أولا: وجود الحق المقرر بمقتضى القانون

والمقصود بالحق هنا مدلوله القانوني العام، أي تلك المصلحة التي يعترف بها القانون ويحميها وكثيرة هي الحقوق التي أقرها القانون كحق العمل، وحق حرية التعبير...

وكل الحقوق في الحقيقة وضعت لصالح المجتمع لأجل خدمته فيبيح تبعا لذلك استعمال ما هو ملائم لتحقيق هذه المصلحة، هذا لا يشترط أن تكون المصلحة المقررة لمن يستفيد من الإباحة فقد تكون مقررة لشخص غيره أو للمجتمع، فحق التأديب مثلا هو مصلحة للأسرة والمجتمع، وليس لمن يباشر حق التأديب، كما أن حق الطبيب في العلاج هو مصلحة للمريض والمجتمع " وقد يستند الحق كمصدر للإباحة إلى مجرد العرف وذلك خلافا لمصادر التجريم والعقاب[1] ولا يشترط أن يكون مصدر الحق قانونيا، بل يكفي أن يكون بناء على قانون، ولذلك يستوي أن يكون مصدر الحق هو التشريع أو اللائحة أو الشريعة الإسلامية، فكما جاء في تعريف الحق بأنه تلك المصلحة التي يعترف بها القانون ويحميها، نجد أن مصادر الحق لا للقانون وحده بل هناك مصادر أخرى كأحكام الشريعة الإسلامية والعرف كما تجدر الإشارة الى أنه يشترط في الحق "أن يكون مؤكد، أي غير مشاع عليه."[2]

ثانيا: التزام حدود الحق

جميع الحقوق النسبية بمعنى أنها تلتزم حدودا في استعمالها يكون الخروج عليها تجاوزا لنطاقها، وبالتالي تنحصر عنها الحماية التي أسبغها القانون عليها وهذه الحدود تتنوع بتنوع الحقوق فبعضها ملحوظ فيه شخص صاحب الحق، فلا يجيز القانون لغيره استعماله،[3]وأن تكون الأفعال التي أتاها لغرض ممارسة الحق توضيح ذلك كما يلي:

أن يمارس الحق صاحب الحق:القاعدة أنممارسة الحق يجب أن تتم من طرف صاحب الحق، حيث أن القانون قد يقرر الحق للشخص بذاته، فالطبيب لا يقبل من غيره ممارسة

الأعمال الطبية، غير أنه هنالك حالات التي يرخص فيها القانون لصاحب الحق التنازل عنه أو نقله إلى الغير فإن ممارسته من طرف من نقل إليه بغير سبب إباحة وما دامت الحقوق

[1]أحمد فتحي سرور،المرجع السابق، ص319

[2]عادل قورة، المرجع السابق، ص74

[3]جلال ثروت، المرجع السابق، ص 235

غير متساوية من حيث النقل، فإنه يجب بحث كل حق لتحديد ما إذا كان المشرع يرخص نقله أم لا ومثال ذلك حق الزوج تأديب زوجته، وهذا الحق الذي تقره الشريعة الإسلامية فهو غير قابل للنقل.[1]

1-ممارسة الحق بأفعال لازمة:

يجب أن تتم ممارسة الحق في الحدود التي يسمح بها القانون إذا كانت هذه الأفعال غير مشروعة، وتحديد هذه الحدود يختلف بحسب الحق، فحق التأديب لا يبيح إلا الضرب الخفيف، وإذا كان الضرب مشينا يكون بصدد التعارض بين مصلحتين يحمي القانون أجدرهما بالحد الأدنى الضروري، ومن جهة ثانية فإ فأنممارسة الحق يقتضي إتباعإجراءات معينة قبل استعماله بحيث يترتب على عدم مراعاتها زوال صفة الإباحة عن الفعل الذي ارتكب. وهذه القيود أو الإجراءات هي على سبيل المثال ومن ثم يتعين فحص كل حق على حدا لاستخلاص قيوده ولإثبات دخول الحق في النطاق[2]

ثالثا: توافر النية

إن شرط حسن النية من الشروط التي تحقق بها الإباحة التي أرادها القانون بمعنى أن يكون الحق ابتغاء تمكين صاحبه من استعماله في الغرض المقرر له. ومعنى ذلك أن "الحق " في القانون قد شرع لتحقيق "غرض معين " فإذا أراد صاحب الحق تحقيق غرض آخر كان ذلك خروجا على نطاق الحق أي تجاوز الحق وبالتالي تجاوزا لحدود الإباحة، فالطبيب الذي يجري عملية جراحية لا بقصد العلاج وإنما بقصد إجراء تجربة علمية يكون قد خرج على حدود الحق.[3]

وقد حكم بأن الطبيب الذي يصف المخدر للمريض لا بقصد العلاج الطبي الصحيح ولكن بقصدتسهيل تعاطي المخدرات للمدمنين عليها، يجرى عليه حكم القانون العام أسوة بسائر الناس، فلا يعتبر فصله مباحا استنادا إلى حق الطبيب في العلاج، كما حكم بأن الشخص

[1] بارش سليمان، المرجع السابق، ص 100

[2] عادل قورة، المرجع السابق، ص74

[3] عادل قورة، المرجع السابق، ص75

الذي يطعن في أعمال موظف عام لا يجوز له أن يحتج بالإباحة، إذا كان الباعث الذي دفعه إلى ذلك هي الأحقاد الشخصية، ولو كان في مقدوره إقامة الدليل على صحة وقائع القذف.[1]

الفرع الثالث: أهم تطبيقات استعمال الحق

عديدة هي الحقوق التي يترتب على ممارستها إباحة السلوك وأهم هذه الحقوق هي الحق في التأديب، حق ممارسة الألعاب الرياضية وحق ممارسة الأعمال الطبية

أولا: حق التأديب

تتمثل علة الإباحة في ممارسة حق التأديب، في تقدير المشرع لمصلحة الأسرة والمجتمع حيث تقتضي هذه المصلحة منح بعض أفراد الأسرة سلطة على بعضهم الآخر، وتدعيم هذه السلطة بالحق في توقيع الجزاء على من يخرج عليها، وهذه المصلحة التي ترقى إلى مرتبة عالية، وباعتبارها حق للمجتمع ترجع على الحق الخاضع لسلطة التأديب في سلامة جسمه والغاية من حق التأديب هي تهذيب من يخضع له وحمله على السلوك الذي يتفق مع مصلحة الأسرة ومصلحة المجتمع.[2]

1-تأديب الزوجة:

لقد أباحت الشريعة الإسلامية حق تأديب الزوجة وحددت شروط ممارسة هذا الحق، حيث أباحت للزوج حق تأديب زوجته عن كل معصية غير معاقب عليها بحد أو تعزير، عملا بقول الله تعالى:

﴿ فَٱلصَّٰلِحَٰتُ قَٰنِتَٰتٌ حَٰفِظَٰتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ ٱللَّهُ وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِي ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا ﴿٣٤﴾ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴿٣٥﴾ وَٱعْبُدُوا ٱللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِۦ شَيْـًٔا وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا وَبِذِي ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱلْجَارِ ذِي ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْجَارِ ٱلْجُنُبِ وَٱلصَّاحِبِ بِٱلْجَنۢبِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ مَن كَانَ مُخْتَالًا فَخُورًا ﴿٣٦﴾ ٱلَّذِينَ يَبْخَلُونَ وَيَأْمُرُونَ ٱلنَّاسَ بِٱلْبُخْلِ وَيَكْتُمُونَ مَآ ءَاتَىٰهُمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ وَأَعْتَدْنَا لِلْكَٰفِرِينَ عَذَابًا مُّهِينًا ﴿٣٧﴾ وَٱلَّذِينَ يُنفِقُونَ أَمْوَٰلَهُمْ رِئَآءَ ٱلنَّاسِ وَلَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ وَمَن يَكُنِ ٱلشَّيْطَٰنُ لَهُۥ قَرِينًا فَسَآءَ قَرِينًا ﴿٣٨﴾ وَمَاذَا عَلَيْهِمْ لَوْ ءَامَنُوا بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ وَأَنفَقُوا مِمَّا رَزَقَهُمُ ٱللَّهُ وَكَانَ ٱللَّهُ بِهِمْ عَلِيمًا ﴿٣٩﴾ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يَظْلِمُ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ وَإِن تَكُ حَسَنَةً يُضَٰعِفْهَا وَيُؤْتِ مِن لَّدُنْهُ أَجْرًا عَظِيمًا ﴿٤٠﴾ فَكَيْفَ إِذَا جِئْنَا مِن كُلِّ أُمَّةٍ بِشَهِيدٍ وَجِئْنَا بِكَ عَلَىٰ هَٰٓؤُلَآءِ شَهِيدًا ﴿٤١﴾ يَوْمَئِذٍ يَوَدُّ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا وَعَصَوُا ٱلرَّسُولَ لَوْ تُسَوَّىٰ بِهِمُ ٱلْأَرْضُ وَلَا يَكْتُمُونَ ٱللَّهَ حَدِيثًا ﴿٤٢﴾ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْرَبُوا ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ وَلَا جُنُبًا إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ حَتَّىٰ تَغْتَسِلُوا ۚ وَإِن كُنتُم مَّرْضَىٰٓ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَآءَ أَحَدٌ مِّنكُم مِّنَ ٱلْغَآئِطِ أَوْ لَٰمَسْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَآءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَٱمْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَفُوًّا غَفُورًا ﴿٤٣﴾ أَلَمْ تَرَ إِلَى ٱلَّذِينَ أُوتُوا نَصِيبًا مِّنَ ٱلْكِتَٰبِ يَشْتَرُونَ ٱلضَّلَٰلَةَ وَيُرِيدُونَ أَن تَضِلُّوا ٱلسَّبِيلَ ﴿٤٤﴾ وَٱللَّهُ أَعْلَمُ بِأَعْدَآئِكُمْ ۚ وَكَفَىٰ بِٱللَّهِ وَلِيًّا وَكَفَىٰ بِٱللَّهِ نَصِيرًا ﴿٤٥﴾ مِّنَ ٱلَّذِينَ هَادُوا يُحَرِّفُونَ ٱلْكَلِمَ عَن مَّوَاضِعِهِۦ وَيَقُولُونَ سَمِعْنَا وَعَصَيْنَا وَٱسْمَعْ غَيْرَ مُسْمَعٍ وَرَٰعِنَا لَيًّۢا بِأَلْسِنَتِهِمْ وَطَعْنًا فِي ٱلدِّينِ ۚ وَلَوْ أَنَّهُمْ قَالُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا وَٱسْمَعْ وَٱنظُرْنَا لَكَانَ خَيْرًا لَّهُمْ وَأَقْوَمَ وَلَٰكِن لَّعَنَهُمُ ٱللَّهُ بِكُفْرِهِمْ فَلَا يُؤْمِنُونَ إِلَّا قَلِيلًا ﴿٤٦﴾ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ أُوتُوا ٱلْكِتَٰبَ ءَامِنُوا بِمَا نَزَّلْنَا مُصَدِّقًا لِّمَا مَعَكُم مِّن قَبْلِ أَن نَّطْمِسَ وُجُوهًا فَنَرُدَّهَا عَلَىٰٓ أَدْبَارِهَآ أَوْ نَلْعَنَهُمْ كَمَا لَعَنَّآ أَصْحَٰبَ ٱلسَّبْتِ ۚ وَكَانَ أَمْرُ ٱللَّهِ مَفْعُولًا ﴿٤٧﴾ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَن يُشْرَكَ بِهِۦ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَٰلِكَ لِمَن يَشَآءُ ۚ وَمَن يُشْرِكْ بِٱللَّهِ فَقَدِ ٱفْتَرَىٰٓ إِثْمًا عَظِيمًا ﴿٤٨﴾ أَلَمْ تَرَ إِلَى ٱلَّذِينَ يُزَكُّونَ أَنفُسَهُم ۚ بَلِ ٱللَّهُ يُزَكِّي مَن يَشَآءُ وَلَا يُظْلَمُونَ فَتِيلًا ﴿٤٩﴾ ٱنظُرْ كَيْفَ يَفْتَرُونَ عَلَى ٱللَّهِ ٱلْكَذِبَ ۖ وَكَفَىٰ بِهِۦٓ إِثْمًا مُّبِينًا ﴿٥٠﴾ أَلَمْ تَرَ إِلَى ٱلَّذِينَ أُوتُوا نَصِيبًا مِّنَ ٱلْكِتَٰبِ يُؤْمِنُونَ بِٱلْجِبْتِ وَٱلطَّٰغُوتِ وَيَقُولُونَ لِلَّذِينَ كَفَرُوا هَٰٓؤُلَآءِ أَهْدَىٰ مِنَ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا سَبِيلًا ﴿٥١﴾ أُولَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ لَعَنَهُمُ ٱللَّهُ ۖ وَمَن يَلْعَنِ ٱللَّهُ فَلَن تَجِدَ لَهُۥ نَصِيرًا ﴿٥٢﴾ أَمْ لَهُمْ نَصِيبٌ مِّنَ ٱلْمُلْكِ فَإِذًا لَّا يُؤْتُونَ ٱلنَّاسَ نَقِيرًا ﴿٥٣﴾ أَمْ يَحْسُدُونَ ٱلنَّاسَ عَلَىٰ مَآ ءَاتَىٰهُمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ ۖ فَقَدْ ءَاتَيْنَآ ءَالَ إِبْرَٰهِيمَ ٱلْكِتَٰبَ وَٱلْحِكْمَةَ وَءَاتَيْنَٰهُم مُّلْكًا عَظِيمًا ﴿٥٤﴾ فَمِنْهُم مَّنْ ءَامَنَ بِهِۦ وَمِنْهُم مَّن صَدَّ عَنْهُ ۚ وَكَفَىٰ بِجَهَنَّمَ سَعِيرًا ﴿٥٥﴾ إِنَّ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا بِـَٔايَٰتِنَا سَوْفَ نُصْلِيهِمْ نَارًا كُلَّمَا نَضِجَتْ جُلُودُهُم بَدَّلْنَٰهُمْ جُلُودًا غَيْرَهَا لِيَذُوقُوا ٱلْعَذَابَ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَزِيزًا حَكِيمًا ﴿٥٦﴾ وَٱلَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا ٱلصَّٰلِحَٰتِ سَنُدْخِلُهُمْ جَنَّٰتٍ تَجْرِي مِن تَحْتِهَا ٱلْأَنْهَٰرُ خَٰلِدِينَ فِيهَآ أَبَدًا ۖ لَّهُمْ فِيهَآ أَزْوَٰجٌ مُّطَهَّرَةٌ ۖ وَنُدْخِلُهُمْ ظِلًّا ظَلِيلًا ﴿٥٧﴾ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِٱلْعَدْلِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعًۢا بَصِيرًا ﴿٥٨﴾ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا أَطِيعُوا ٱللَّهَ وَأَطِيعُوا ٱلرَّسُولَ وَأُولِي ٱلْأَمْرِ مِنكُمْ ۖ فَإِن تَنَٰزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ۚ ذَٰلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴿٥٩﴾ أَلَمْ تَرَ إِلَى ٱلَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ ءَامَنُوا بِمَآ أُنزِلَ إِلَيْكَ وَمَآ أُنزِلَ مِن قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَن يَتَحَاكَمُوٓا إِلَى ٱلطَّٰغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوٓا أَن يَكْفُرُوا بِهِۦ وَيُرِيدُ ٱلشَّيْطَٰنُ أَن يُضِلَّهُمْ ضَلَٰلًۢا بَعِيدًا ﴿٦٠﴾ وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ تَعَالَوْا إِلَىٰ مَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَإِلَى ٱلرَّسُولِ رَأَيْتَ ٱلْمُنَٰفِقِينَ يَصُدُّونَ عَنكَ صُدُودًا ﴿٦١﴾ فَكَيْفَ إِذَآ أَصَٰبَتْهُم مُّصِيبَةٌۢ بِمَا قَدَّمَتْ أَيْدِيهِمْ ثُمَّ جَآءُوكَ يَحْلِفُونَ بِٱللَّهِ إِنْ أَرَدْنَآ إِلَّآ إِحْسَٰنًا وَتَوْفِيقًا ﴿٦٢﴾ أُولَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ يَعْلَمُ ٱللَّهُ مَا فِي قُلُوبِهِمْ فَأَعْرِضْ عَنْهُمْ وَعِظْهُمْ وَقُل لَّهُمْ فِيٓ أَنفُسِهِمْ قَوْلًۢا بَلِيغًا ﴿٦٣﴾ وَمَآ أَرْسَلْنَا مِن رَّسُولٍ إِلَّا لِيُطَاعَ بِإِذْنِ ٱللَّهِ ۚ وَلَوْ أَنَّهُمْ إِذ ظَّلَمُوٓا أَنفُسَهُمْ جَآءُوكَ فَٱسْتَغْفَرُوا ٱللَّهَ وَٱسْتَغْفَرَ لَهُمُ ٱلرَّسُولُ لَوَجَدُوا ٱللَّهَ تَوَّابًا رَّحِيمًا ﴿٦٤﴾ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِيٓ أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴿٦٥﴾ وَلَوْ أَنَّا كَتَبْنَا عَلَيْهِمْ أَنِ ٱقْتُلُوٓا أَنفُسَكُمْ أَوِ ٱخْرُجُوا مِن دِيَٰرِكُم مَّا فَعَلُوهُ إِلَّا قَلِيلٌ مِّنْهُمْ ۖ وَلَوْ أَنَّهُمْ فَعَلُوا مَا يُوعَظُونَ بِهِۦ لَكَانَ خَيْرًا لَّهُمْ وَأَشَدَّ تَثْبِيتًا ﴿٦٦﴾ وَإِذًا لَّءَاتَيْنَٰهُم مِّن لَّدُنَّآ أَجْرًا عَظِيمًا ﴿٦٧﴾ وَلَهَدَيْنَٰهُمْ صِرَٰطًا مُّسْتَقِيمًا ﴿٦٨﴾ وَمَن يُطِعِ ٱللَّهَ وَٱلرَّسُولَ فَأُولَٰٓئِكَ مَعَ ٱلَّذِينَ أَنْعَمَ ٱللَّهُ عَلَيْهِم مِّنَ ٱلنَّبِيِّـۧنَ وَٱلصِّدِّيقِينَ وَٱلشُّهَدَآءِ وَٱلصَّٰلِحِينَ ۚ وَحَسُنَ أُولَٰٓئِكَ رَفِيقًا ﴿٦٩﴾ ذَٰلِكَ ٱلْفَضْلُ مِنَ ٱللَّهِ ۚ وَكَفَىٰ بِٱللَّهِ عَلِيمًا ﴿٧٠﴾ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا خُذُوا حِذْرَكُمْ فَٱنفِرُوا ثُبَاتٍ أَوِ ٱنفِرُوا جَمِيعًا ﴿٧١﴾ وَإِنَّ مِنكُمْ لَمَن لَّيُبَطِّئَنَّ فَإِنْ أَصَٰبَتْكُم مُّصِيبَةٌ قَالَ قَدْ أَنْعَمَ ٱللَّهُ عَلَيَّ إِذْ لَمْ أَكُن مَّعَهُمْ شَهِيدًا ﴿٧٢﴾ وَلَئِنْ أَصَٰبَكُمْ فَضْلٌ مِّنَ ٱللَّهِ لَيَقُولَنَّ كَأَن لَّمْ تَكُۢنۢ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُۥ مَوَدَّةٌ يَٰلَيْتَنِي كُنتُ مَعَهُمْ فَأَفُوزَ فَوْزًا عَظِيمًا ﴿٧٣﴾ فَلْيُقَٰتِلْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ ٱلَّذِينَ يَشْرُونَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا بِٱلْءَاخِرَةِ ۚ وَمَن يُقَٰتِلْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ فَيُقْتَلْ أَوْ يَغْلِبْ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا ﴿٧٤﴾ وَمَا لَكُمْ لَا تُقَٰتِلُونَ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱلْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ ٱلرِّجَالِ وَٱلنِّسَآءِ وَٱلْوِلْدَٰنِ ٱلَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَآ أَخْرِجْنَا مِنْ هَٰذِهِ ٱلْقَرْيَةِ ٱلظَّالِمِ أَهْلُهَا وَٱجْعَل لَّنَا مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا وَٱجْعَل لَّنَا مِن لَّدُنكَ نَصِيرًا ﴿٧٥﴾ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا يُقَٰتِلُونَ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ ۖ وَٱلَّذِينَ كَفَرُوا يُقَٰتِلُونَ فِي سَبِيلِ ٱلطَّٰغُوتِ فَقَٰتِلُوٓا أَوْلِيَآءَ ٱلشَّيْطَٰنِ ۖ إِنَّ كَيْدَ ٱلشَّيْطَٰنِ كَانَ ضَعِيفًا ﴿٧٦﴾ أَلَمْ تَرَ إِلَى ٱلَّذِينَ قِيلَ لَهُمْ كُفُّوٓا أَيْدِيَكُمْ وَأَقِيمُوا ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُوا ٱلزَّكَوٰةَ فَلَمَّا كُتِبَ عَلَيْهِمُ ٱلْقِتَالُ إِذَا فَرِيقٌ مِّنْهُمْ يَخْشَوْنَ ٱلنَّاسَ كَخَشْيَةِ ٱللَّهِ أَوْ أَشَدَّ خَشْيَةً ۚ وَقَالُوا رَبَّنَا لِمَ كَتَبْتَ عَلَيْنَا ٱلْقِتَالَ لَوْلَآ أَخَّرْتَنَآ إِلَىٰٓ أَجَلٍ قَرِيبٍ ۗ قُلْ مَتَٰعُ ٱلدُّنْيَا قَلِيلٌ وَٱلْءَاخِرَةُ خَيْرٌ لِّمَنِ ٱتَّقَىٰ وَلَا تُظْلَمُونَ فَتِيلًا ﴿٧٧﴾ أَيْنَمَا تَكُونُوا يُدْرِككُّمُ ٱلْمَوْتُ وَلَوْ كُنتُمْ فِي بُرُوجٍ مُّشَيَّدَةٍ ۗ وَإِن تُصِبْهُمْ حَسَنَةٌ يَقُولُوا هَٰذِهِۦ مِنْ عِندِ ٱللَّهِ ۖ وَإِن تُصِبْهُمْ سَيِّئَةٌ يَقُولُوا هَٰذِهِۦ مِنْ عِندِكَ ۚ قُلْ كُلٌّ مِّنْ عِندِ ٱللَّهِ ۖ فَمَالِ هَٰٓؤُلَآءِ ٱلْقَوْمِ لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثًا ﴿٧٨﴾ مَّآ أَصَابَكَ مِنْ حَسَنَةٍ فَمِنَ ٱللَّهِ ۖ وَمَآ أَصَابَكَ مِن سَيِّئَةٍ فَمِن نَّفْسِكَ ۚ وَأَرْسَلْنَٰكَ لِلنَّاسِ رَسُولًا ۚ وَكَفَىٰ بِٱللَّهِ شَهِيدًا ﴿٧٩﴾ مَّن يُطِعِ ٱلرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ ٱللَّهَ ۖ وَمَن تَوَلَّىٰ فَمَآ أَرْسَلْنَٰكَ عَلَيْهِمْ حَفِيظًا ﴿٨٠﴾ وَيَقُولُونَ طَاعَةٌ فَإِذَا بَرَزُوا مِنْ عِندِكَ بَيَّتَ طَآئِفَةٌ مِّنْهُمْ غَيْرَ ٱلَّذِي تَقُولُ ۖ وَٱللَّهُ يَكْتُبُ مَا يُبَيِّتُونَ ۖ فَأَعْرِضْ عَنْهُمْ وَتَوَكَّلْ عَلَى ٱللَّهِ ۚ وَكَفَىٰ بِٱللَّهِ وَكِيلًا ﴿٨١﴾ أَفَلَا يَتَدَبَّرُونَ ٱلْقُرْءَانَ ۚ وَلَوْ كَانَ مِنْ عِندِ غَيْرِ ٱللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ ٱخْتِلَٰفًا كَثِيرًا ﴿٨٢﴾ وَإِذَا جَآءَهُمْ أَمْرٌ مِّنَ ٱلْأَمْنِ أَوِ ٱلْخَوْفِ أَذَاعُوا بِهِۦ ۖ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى ٱلرَّسُولِ وَإِلَىٰٓ أُولِي ٱلْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ ٱلَّذِينَ يَسْتَنۢبِطُونَهُۥ مِنْهُمْ ۗ وَلَوْلَا فَضْلُ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُۥ لَٱتَّبَعْتُمُ ٱلشَّيْطَٰنَ إِلَّا قَلِيلًا ﴿٨٣﴾ فَقَٰتِلْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ ۚ لَا تُكَلَّفُ إِلَّا نَفْسَكَ ۚ وَحَرِّضِ ٱلْمُؤْمِنِينَ ۖ عَسَى ٱللَّهُ أَن يَكُفَّ بَأْسَ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا ۚ وَٱللَّهُ أَشَدُّ بَأْسًا وَأَشَدُّ تَنكِيلًا ﴿٨٤﴾ مَّن يَشْفَعْ شَفَٰعَةً حَسَنَةً يَكُن لَّهُۥ نَصِيبٌ مِّنْهَا ۖ وَمَن يَشْفَعْ شَفَٰعَةً سَيِّئَةً يَكُن لَّهُۥ كِفْلٌ مِّنْهَا ۗ وَكَانَ ٱللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ مُّقِيتًا ﴿٨٥﴾ وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَآ أَوْ رُدُّوهَا ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ حَسِيبًا ﴿٨٦﴾ ٱللَّهُ لَآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ ۚ لَيَجْمَعَنَّكُمْ إِلَىٰ يَوْمِ ٱلْقِيَٰمَةِ لَا رَيْبَ فِيهِ ۗ وَمَنْ أَصْدَقُ مِنَ ٱللَّهِ حَدِيثًا ﴿٨٧﴾ فَمَا لَكُمْ فِي ٱلْمُنَٰفِقِينَ فِئَتَيْنِ وَٱللَّهُ أَرْكَسَهُم بِمَا كَسَبُوٓا ۚ أَتُرِيدُونَ أَن تَهْدُوا مَنْ أَضَلَّ ٱللَّهُ ۖ وَمَن يُضْلِلِ ٱللَّهُ فَلَن تَجِدَ لَهُۥ سَبِيلًا ﴿٨٨﴾ وَدُّوا لَوْ تَكْفُرُونَ كَمَا كَفَرُوا فَتَكُونُونَ سَوَآءً فَلَا تَتَّخِذُوا مِنْهُمْ أَوْلِيَآءَ حَتَّىٰ يُهَاجِرُوا فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ ۚ فَإِن تَوَلَّوْا فَخُذُوهُمْ وَٱقْتُلُوهُمْ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ ۖ وَلَا تَتَّخِذُوا مِنْهُمْ وَلِيًّا وَلَا نَصِيرًا ﴿٨٩﴾ إِلَّا ٱلَّذِينَ يَصِلُونَ إِلَىٰ قَوْمٍۭ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَٰقٌ أَوْ جَآءُوكُمْ حَصِرَتْ صُدُورُهُمْ أَن يُقَٰتِلُوكُمْ أَوْ يُقَٰتِلُوا قَوْمَهُمْ ۚ وَلَوْ شَآءَ ٱللَّهُ لَسَلَّطَهُمْ عَلَيْكُمْ فَلَقَٰتَلُوكُمْ ۚ فَإِنِ ٱعْتَزَلُوكُمْ فَلَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ وَأَلْقَوْا إِلَيْكُمُ ٱلسَّلَمَ فَمَا جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ عَلَيْهِمْ سَبِيلًا ﴿٩٠﴾ سَتَجِدُونَ ءَاخَرِينَ يُرِيدُونَ أَن يَأْمَنُوكُمْ وَيَأْمَنُوا قَوْمَهُمْ كُلَّ مَا رُدُّوٓا إِلَى ٱلْفِتْنَةِ أُرْكِسُوا فِيهَا ۚ فَإِن لَّمْ يَعْتَزِلُوكُمْ وَيُلْقُوٓا إِلَيْكُمُ ٱلسَّلَمَ وَيَكُفُّوٓا أَيْدِيَهُمْ فَخُذُوهُمْ وَٱقْتُلُوهُمْ حَيْثُ ثَقِفْتُمُوهُمْ ۚ وَأُولَٰٓئِكُمْ جَعَلْنَا لَكُمْ عَلَيْهِمْ سُلْطَٰنًا مُّبِينًا ﴿٩١﴾ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا ۚ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا ۚ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ۖ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍۭ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَٰقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ۖ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ ٱللَّهِ ۗ وَكَانَ ٱللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴿٩٢﴾ وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ خَٰلِدًا فِيهَا وَغَضِبَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُۥ وَأَعَدَّ لَهُۥ عَذَابًا عَظِيمًا ﴿٩٣﴾ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا إِذَا ضَرَبْتُمْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ فَتَبَيَّنُوا وَلَا تَقُولُوا لِمَنْ أَلْقَىٰٓ إِلَيْكُمُ ٱلسَّلَٰمَ لَسْتَ مُؤْمِنًا تَبْتَغُونَ عَرَضَ ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا فَعِندَ ٱللَّهِ مَغَانِمُ كَثِيرَةٌ ۚ كَذَٰلِكَ كُنتُم مِّن قَبْلُ فَمَنَّ ٱللَّهُ عَلَيْكُمْ فَتَبَيَّنُوٓا ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴿٩٤﴾ لَّا يَسْتَوِي ٱلْقَٰعِدُونَ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي ٱلضَّرَرِ وَٱلْمُجَٰهِدُونَ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ بِأَمْوَٰلِهِمْ وَأَنفُسِهِمْ ۚ فَضَّلَ ٱللَّهُ ٱلْمُجَٰهِدِينَ بِأَمْوَٰلِهِمْ وَأَنفُسِهِمْ عَلَى ٱلْقَٰعِدِينَ دَرَجَةً ۚ وَكُلًّا وَعَدَ ٱللَّهُ ٱلْحُسْنَىٰ ۚ وَفَضَّلَ ٱللَّهُ ٱلْمُجَٰهِدِينَ عَلَى ٱلْقَٰعِدِينَ أَجْرًا عَظِيمًا ﴿٩٥﴾ دَرَجَٰتٍ مِّنْهُ وَمَغْفِرَةً وَرَحْمَةً ۚ وَكَانَ ٱللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا ﴿٩٦﴾ إِنَّ ٱلَّذِينَ تَوَفَّىٰهُمُ ٱلْمَلَٰٓئِكَةُ ظَالِمِيٓ أَنفُسِهِمْ قَالُوا فِيمَ كُنتُمْ ۖ قَالُوا كُنَّا مُسْتَضْعَفِينَ فِي ٱلْأَرْضِ ۚ قَالُوٓا أَلَمْ تَكُنْ أَرْضُ ٱللَّهِ وَٰسِعَةً فَتُهَاجِرُوا فِيهَا ۚ فَأُولَٰٓئِكَ مَأْوَىٰهُمْ جَهَنَّمُ ۖ وَسَآءَتْ مَصِيرًا ﴿٩٧﴾ إِلَّا ٱلْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ ٱلرِّجَالِ وَٱلنِّسَآءِ وَٱلْوِلْدَٰنِ لَا يَسْتَطِيعُونَ حِيلَةً وَلَا يَهْتَدُونَ سَبِيلًا ﴿٩٨﴾ فَأُولَٰٓئِكَ عَسَى ٱللَّهُ أَن يَعْفُوَ عَنْهُمْ ۚ وَكَانَ ٱللَّهُ عَفُوًّا غَفُورًا ﴿٩٩﴾ وَمَن يُهَاجِرْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ يَجِدْ فِي ٱلْأَرْضِ مُرَٰغَمًا كَثِيرًا وَسَعَةً ۚ وَمَن يَخْرُجْ مِنۢ بَيْتِهِۦ مُهَاجِرًا إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ ثُمَّ يُدْرِكْهُ ٱلْمَوْتُ فَقَدْ وَقَعَ أَجْرُهُۥ عَلَى ٱللَّهِ ۗ وَكَانَ ٱللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا ﴿١٠٠﴾ وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي ٱلْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا مِنَ ٱلصَّلَوٰةِ إِنْ خِفْتُمْ أَن يَفْتِنَكُمُ ٱلَّذِينَ كَفَرُوٓا ۚ إِنَّ ٱلْكَٰفِرِينَ كَانُوا لَكُمْ عَدُوًّا مُّبِينًا ﴿١٠١﴾ وَإِذَا كُنتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ ٱلصَّلَوٰةَ فَلْتَقُمْ طَآئِفَةٌ مِّنْهُم مَّعَكَ وَلْيَأْخُذُوٓا أَسْلِحَتَهُمْ فَإِذَا سَجَدُوا فَلْيَكُونُوا مِن وَرَآئِكُمْ وَلْتَأْتِ طَآئِفَةٌ أُخْرَىٰ لَمْ يُصَلُّوا فَلْيُصَلُّوا مَعَكَ وَلْيَأْخُذُوا حِذْرَهُمْ وَأَسْلِحَتَهُمْ ۗ وَدَّ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا لَوْ تَغْفُلُونَ عَنْ أَسْلِحَتِكُمْ وَأَمْتِعَتِكُمْ فَيَمِيلُونَ عَلَيْكُم مَّيْلَةً وَٰحِدَةً ۚ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن كَانَ بِكُمْ أَذًى مِّن مَّطَرٍ أَوْ كُنتُم مَّرْضَىٰٓ أَن تَضَعُوٓا أَسْلِحَتَكُمْ ۖ وَخُذُوا حِذْرَكُمْ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ أَعَدَّ لِلْكَٰفِرِينَ عَذَابًا مُّهِينًا ﴿١٠٢﴾ فَإِذَا قَضَيْتُمُ ٱلصَّلَوٰةَ فَٱذْكُرُوا ٱللَّهَ قِيَٰمًا وَقُعُودًا وَعَلَىٰ جُنُوبِكُمْ ۚ فَإِذَا ٱطْمَأْنَنتُمْ فَأَقِيمُوا ٱلصَّلَوٰةَ ۚ إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ كَانَتْ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ كِتَٰبًا مَّوْقُوتًا ﴿١٠٣﴾ وَلَا تَهِنُوا فِي ٱبْتِغَآءِ ٱلْقَوْمِ ۖ إِن تَكُونُوا تَأْلَمُونَ فَإِنَّهُمْ يَأْلَمُونَ كَمَا تَأْلَمُونَ ۖ وَتَرْجُونَ مِنَ ٱللَّهِ مَا لَا يَرْجُونَ ۗ وَكَانَ ٱللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴿١٠٤﴾ إِنَّآ أَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُ ۚ وَلَا تَكُ

ومن التشريعات العربية التي أقرت صراحة حق الزوج في تأديب زوجته التشريع المصري، ومثال ذلك قضت به المادة 209 من قانون الأحكام الشرعية المصري مع أنه يباح للزوج تأديب المرأة تأديبا خفيفا على كل معصية لم يرد في شأنها حد مقرر.

وهو حق لا يجوز الإنابة والفضالة في استعماله فليس للزوج أن يوكل غيره في استعماله ويلتزم توافر الشروط التالية في إباحة الضرب استعمالا لحق تأديب الزوجة

- أن تأتي الزوجة معصية بشرط ألا تكون من تلك المعاصي التي قرر لها المشرع حد، أو أن يكون قد بلغ السلطات بمعصية الزوجة
- أن يلجأ الزوج للوعظ أولا، فإن لم يجد فالهجر في المضجع ثم يجوز له بعد ذلك أن يستعمل الضرب للتأديب
- أن يكون الضرب بغرض التأديب والإصلاح وليس بقصد الانتقام والبغي وهذا ما يمثل شرط حسن النية في استعمال حق التأديب
- يبيح حق التأديب أعمال الضرب والإيذاء الخفيف الذي لا يترك أثرا بينما لا يبيح الضرب الشديد الذي يعرض الجسم للخطر[1]

ولا يوجد في القانون الجزائري مثل هذا النص، وقانون الأسرة الجزائري قد اكتفى حين تعرضه إلى حقوق الزوجين في المادة 36 بالحديث عن وجوب طاعة الزوجة لزوجها واحترامها له دون التلميح إلى استعمال حق التأديب بالضرب،ويسبب انعدام أي نص في القانون الجزائري يماثل النص المصري فإن الراجح من وجهة قانون العقوبات أن تأديب الزوج لزوجته لا يعد عملا مبررا وإنما جريمة، وذلك بمقتضى المادة 264 من قانون العقوبات وما يليها وذلك بالنظر إلى طبيعة الضرب، ولإثبات الحكم يجب أن تكون الغاية من الضرب إصلاح حال الزوجة وردها على المعاصي ومواجهة نشوزها فإذا أخفى الزوج باعثا إجراميا كالانتقام أو حملها على المعصية فلا يحق له الاحتجاج بهذا الحق ويساءل جنائيا.

[1] جلال ثروت، المرجع السابق، ص 235

والشيء الذي يهون من النتائج التي يمكن أن تترتب على اعتداء الزوج على زوجته بالضرب تأديبا لها، وهو أن النيابة العامة متى أخطرت بشكوى تقدير ملائمة تحريك الدعوى العمومية ضد الزوج المعتدي أو الامتناع عن ذلك طبقا لسلطتها التقديرية في هذا الشأن.[1]

2-تأديب الصغار:

يرى عبد الله سليمان أن أساس تأديب الشريعة بالنسبة للأب والعرف للمعلم وملقن الحرفة،[2] ويذهب البعض الآخر إلى أن مصدر هذا الحق هو نص المادة 269 من قانون العقوبات "إذا تعاقب كل من ضرب أو جرح قاصر لا يتجاوز سنة 16 سنة، أو منع عنه الطعام عمدا أو العناية إلى الحد الذي يعرض صحته للضرر فيما عدا الإيذاء الخفيف."[3]

والراجح عندنا هو أن مصدر هذا الحق هو القانون بوجه عام، وآية ذلك أن القانون قد أناط بالآباء القيام على شؤونهم (المادة79 من الدستور)[4] و(المادة75 من قانون الأسرة)[5] وتفرض التربية حق الآباء على تقويم سلوك أبنائهم، والقول بغير ذلك يهدم الواجب، والقاضي في تقديره لما يعتبر تأديبا ملزم بالرجوع إلى العرف الثابت والمستقر في تأديب الصغار، والذي لا يتعارض مع أحكام القانون ولا يشكل العرف في هذه الحالة مصدر للإباحة، وإنما وسيلة لتوضيح الإباحة وتعيين حدودها، كما يعول القاضي على العرف لتحديد

---

[1] عبد القادر عدّو، المرجع السابق، ص 86، 87

[2] عبد الرؤوف مهدي، القواعد العامة لقانون العقوبات، د. د.ن، د. س.ن، ط 1، 2008، ص 664

[3] أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 124

[4] انظر المادة 79 من دستور الجزائر1996 الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996، المعدل بالقانون رقم 02-03المتضمن التعديل المؤرخ في 10 أفريل 2002-الجريدة الرسمية رقم 25 المؤرخة في 14 أفريل 2002، الأمر 08- 19 المتضمن التعديل المؤرخ في 15 نوفمبر 2008-الجريدة الرسمية رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008، الأمر رقم 16- 01 المتضمن التعديل المؤرخ في 06 مارس 2016-الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 07 مارس 2016.

[5] انظر المادة 75 من القانون رقم 84-11المتضمنقانون الأسرة، المعدل والمتمم،الجريدة الرسمية رقم 15المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 جوان سنة 1984،

المستفيد من الاباحة، فقد تعارف الناس على أن حق التأديب لا يقتصر على أب أو الأم أو الوصي، وإنما يشمل أيضا الأخ الأكبر بالنسبة لأخوته الصغار.[1]

وإذا كان العرف يمنح هذا الحق أيضا إلى من يقع عليه واجب تعليم الابن كالمعلم في المدرسة، فإن الملاحظ في التشريع الجزائري هو اصطدام هذا الحق بما نص عليه **قانون رقم 08-04** المتضمن القانون التوجيهي للتربية الوطنية، إذا حظرت المادة 29 منه العقاب المدني وكل أشكال العنف المعنوي والإساءة في المؤسسات المدرسية.[2]

ولا يمكن الجزم بصورة قانونية أن مصدر الإباحة هو نص مادة 269 من قانون العقوباتذلك أن هذه المادة تتعلق بالإيذاء الخفيف ومن صور هذا الإيذاء الجذب من الأذن، والجذب من الشعر، وقص الشعر بالقوة، أما الضرب وإن كان مباحا في تأديب الصغار بشرط ألا يترك أثرا فإنه لا يعد إيذاء خفيفا إذا يراد به كل تأثير يقع على جسم الإنسان، سواء وقع بأداة راضةكالعصا، أو بقبضة اليد، أو بالركل بالقدم، أو باللطم بالكف، أو بالضغط على الأعضاء والجذب العنيف[3]

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد نقل هذه المادة من قانون العقوبات الفرنسي القديم (م 312 ف 5)، غير أنه أضاف إليها عبارة باستثناء "الايذاء الخفيف" ورفع سن القاصر إلى السادسة عشرة (المادة 269 من قانون العقوبات)[4]، ويظهر أن المشرع حاول بهذه العبارة عدم الاعتراض على حق التأديب بالضرب الخفيف لمن له الولاية على الصغير، وفي ذلك اعتراف منه بهذا الحق، غير أن مضمون هذه المادة يتعارض مع ما يتطلبه التأديب من استخدام قدر من العنف بشرط ألا يترك أثر، ولهذا لا بد من الرجوع الى العرف في هذه الحالة لتوضيح حدود الحق في تأديب الصغير.

---

[1] عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 126

[2] قانون رقم 08-04 المتضمن القانون التوجيهي للتربية مؤرخ في15 محرم عام 1429،الموافق ل 23 جانفي 2008، الجريدة الرسمية العدد 4 ،2008.

[3] محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،ط2،1990، ص50.

[4] انظر المادة 269 من قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق.

ويشترط في تأديب الصغار حتى يكون فعلا مبررا مراعاة صفة من يمارس هذا الحق وهو الأب أو الولي، ومن ينوب الأب بمقتضى قانون أو عقد، كما يشترط أن يكون بنية التأديب وليس لدافع آخر كانتقام ونحوه، وأخيرا لا بد أن يكون التأديب بالضرب الخفيف.

للولي الشرعي والموصي حق تأديب الصغير وفي سبيل ذلك يبيح المشرع ضرب الصغير ضربا خفيفا لا يترك أثرا في الجسم ولا يزيد على ثلاث ضربات على أن يكون الضرب باليد وليس باستخدام السياط أو العصا، ويجوز لمن انتقل إليه واجب الرقابة والإشراف على الصغير أن يتولى تأديبه، كالمعلم في المدرسة ورب العمل ومعلم الحرفة.

وغني عن البيان أن نص المادة 3/2 ف 5 من قانون العقوبات الفرنسي القديم لم تمنح الفقه من الاعتراف بحق الأباء في تأديب الصغار على أساس ما يقتضيه العرف.[1]

3-استعمال الرخص القانونية:

يرىالبعض أنه من الأنسب استخدام مصطلح الرخص القانونية عوض استعمال الحقوق على الأعمال المتصلة بالجراحة والرياضة. ومراد ذلك أن الحق يفترض علاقة معينة بين صاحبه وبين مدين معين به، وهذا لا يصدق على أعمال الجراحة والرياضة البدنية.[2]

أولا: أعمال الجراحة الطبية

يشترط من يستفاد من ممارسة العمل الطبي من سبب الاباحة، ويصبح بالتالي عمله مشروعا، ضرورة توافر الشروط التالية:

أ-وجود ترخيص بمباشر مهنة الطب: حيث لا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان ممارسة الأعمال الطبية إلا بموجب رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة بناءا على توافر جملة من الشروط جملة من الشروط كشرط المؤهل العلمي والجنسية الجزائرية، وعدم الإصابة بعاهة أو مرض يتنافى مع ممارسة المهنة، كما لا يجوز للمساعد الطبي مباشرة الأعمال الطبية إلا بموجب ترخيص حسب الشروط السالفة الذكر وإذا باشر شخص الأعمال الطبية بدون

[1] عبد القادر عدّو، المرجع السابق، ص 86

[2] رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 3، 1997، ص 341

ترخيص فإنه يعد مرتكبا لجريمة ممارسة الأعمال الطبية إلا بموجب ترخيص حسبالشروط السالفة الذكر وإذا باشر شخص الأعمال الطبية بدون ترخيص فإنه يعد مرتكبا لجريمة ممارسة الطب بصفة غير شرعية، ولو لم يحدث ضررا، ولو ثم العمل برضا المريض كما يسأل عن كل أفعال الجرح او إعطاء مواد ضارة إلا إذا توافرت حالة الضرورة.[1]

ب-**رضى المريض بالعمل الجراحي:** إذا كان في حالة تسمح له بإبداء رضاه، فإن لم يكن كما لو كان في حالة غيبوبة أو ناقص أصلية فيلزم رضاء من يمثله قانونا أو من هو أدنى إليه قرابة، ويمكن الاستغناء عن رضاء المريض أو من يمثله قانونا في حالة الضرورة إذا تطلب الأمر تدخلا جراحيا عاجلا.[2]

ج-**إعلام المريض بطبيعة ومخاطر العملية الجراحية:**

كثيرة الحدوث حتى يكون على بينة من ذلك إلا إذا كانت الحالة النفسية للمريض تتطلب عدم إعلامه بذلك، أو التهوين من هذه المخاطر.

وتجدر الإشارة إلا أنه في بعض الأحيان تكون أعمال الجراحة التزاما على الطبيب، أي أداء الواجب وليس استعمالا لرخصة قانونية ومثال ذلك حالة وجود مريض في حالة خطرة تستدعي التدخل السريع والفوري من قبل الطبيب الحاضر، أو حالة كون الطبيب موظفا بمستشفى عمومي، إذ ليس له أن يرفض علاج أحد المرضى.

ثانيا: ممارسة الألعاب الرياضية

يمتد نطاق الإباحة ليشمل الألعاب الرياضية التي تفرض ممارستها استعمال قدر من العنف على جسم المنافسين للمصارعة والملاكمة، والألعاب التي لا تتطلب ممارستها شيئا من ذلك لكن قد يترتب عنها بعض العنف رغم إتباع قواعد الرياضة، ككرة القدم مثلا.[3]

أساس الإباحة في هذه الحالة: وأساس هذه الرخصة ليس العرف كما يذهب إليه كثير من الفقهاء بل هو القانون في ذاته، حيث اعترف لكل شخص بحق ممارسة النشاطات الرياضية

[1] عبد القادر عدّو، المرجع السابق، ص 87

[2] عبد القادر عدّو، المرجع السابق، ص 88

[3] المرجع نفسه، ص 88

المنظمة، ومن غير المنطق أن يعترف القانون بهذا الحق دون أن يرخص لصاحبه استعمال أنواع العنف تتطلبها بعض أنواع الرياضة كملاكمة، خاصة إذا كانت في إطار تنافسي[1]

ويشترط لإباحة هذا النوع من العنف شرطان أساسيان:

أولهماأن يقع العنف خلال ممارسة اللعبة الرياضية، أما الشرط الثاني فهوالالتزام بقواعد اللعبة الرياضية، فإذا وقع العنف نتيجة خروج اللاعب عن أصول اللعبة وقواعدها، كالضرب تحت الحزام في الملاكمة، فإنه يسأل عن نتائج فعله مسؤولية عمدية أو غير عمدية بحسب الأحوال.[2]

ولكي تتوافر الإباحة لابد من توافر ثلاثة شروط:

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

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

ثالثا: يتعين اتساق الفعل الذي يمس بسلامة الجسم وقواعده اللعبة المتعارف عليها، فإن خرج اللاعب عليها عمدا عن جريمة عمدية، ولمن خرج عليها عن خطأ سئل عن جريمة غير عمدية.[3]

نستخلص أن إذن القانون هو ترخيص القانون لصاحب الحق في استعماله بما يتضمنه من الانتفاع من هذه السلطات المخولة له ، فتعتبر مشروعة أيضا طالما أن الوسيلة يستعملها في استخدامه مشروعة أيضا ومن غير المنطقي أن يقرر أن يقرر المشرع حقا ثم يعاقب على الأفعال التي يستعمل بها إلا انه وضع لها بعض الشروط الواجب التقيد بها وتتمثل في شرط وجود الحق المقرر بمقتضى القانون أي استعمال هذا الحق بما هو ملائم

[1] الملاحظ أنه لا يدخل في نطاق التجريم إصابة الشخص نفسه، وهذا باستثناء ما إذا كان الدافع الى الإصابة هو التهرب من الخدمة العسكرية، أو التهرب من الواجبات العسكرية (م 273 من قانون القضاء العسكري)

[2] عبد القادر عدّو، المرجع السابق، ص 89

[3] عادل قورة، المرجع السابق، ص78،79

لمصلحة المجتمع فكلما جاء في تعريف للحق بأنه تلك المصلحة ا لتي يعترف بها القانون ويحميها ، تجد أن مصادر أخرى كأحكام الشريعة الإسلامية والعرف ،وكذالك التزام حدود الحق فجميع الحدود نسبية في استخدامها وكذالك ممارسة الحق يجب أن تتم من طرف صاحبه فلا يمكن للطبيب بممارسة الأعمال الطبية وممارسة الحق بأفعال لازمة وبالحدود المسموح بها قانونا ويعتبر شرط توافر النية من الشروط التي تؤدي إلىتجاوز الحقوبتالي لحدود الإباحة وتمثل أهم تطبيقات استعمال الحق في حق تأديب الزوجة وكذالك استعمال الرخص القانونية مثل أعمال الجراحة الطبية وممارسة الألعاب الرياضية .

بالإضافة إلى أفعال أمر بها القانون، وهذا ما سنعالجه بالتفصيل في المبحث الثاني

المبحث الثاني:تنفيذ ما أمر به القانون:

يكمن بسبب إباحة الأفعال التي يأمر بها القانون في النص القانوني ذاته فليس من المنطقي أن يأمر القانون بفعل معين ثم يجرمه بعد ذلك، وهذا ما سنقوم بتفصيله فيما يلي:

المطلب الأول: أمر القانون وأداء الواجب:

من خلال نص المادة 1/39 " لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون"[1] يتبين لنا ان هناك صدور أمر من قبل القانون واجب التنفيذ إلى كل ما وجه إليه ويترتب على مخالفة الردع وتوقيع الجزاء المناسب ومادام القانون قد أمر بالقيام بالفعل وتنفيذه فإن الشخص الذي ينفذ ذلك يعتبر في الحقيقة يقوم بأداء الواجب مفروض عليه ، وبالتالي يتدرج عمله هذا ضمن نطاق الإباحة ولا يعتبر جريمة وذلك أنه ليس من المنطقي أو المتصور أن يلزم القانون شخصا بالقيام بواجبات قانونية ، ثم يصف فعله بعد ذلك بعدم المشروعية ، وعلة الإباحة تكمن في كون يهدف من وراء ذلك تحقيق مصلحة عامة تنتفي أمامها المصلحة المحمية بالنص القانوني ومن ثم تزول علة التجريم.[2]

الفرع الأول: التنفيذ المباشر لأمر القانون:

[1] انظر المادة 39 من قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق.

[2] عادل قورة، المرجع السابق، ص 80

ويعني ذلك وجود قاعدة قانونية ملزمة التنفيذ من قبل الجميع وكذا احترامهما والتقيد بهما وأن كل شخص يخالفهما يقع تحت طائلة العقاب فاذا قام شخص بأداء الأوامر الواجب عليه تنفيذها فإنه يعتبر في الحقيقة قد قام بأفعال مباحة أي أباحها المشرع وهذا التنفيذ المباشر لأمر القانون قد يصدر من أي شخص عادي، وقد يصدر من قبل موظف العمومي الذي يتلقى الأوامر والتعليمات من قبل المسؤول عنه، فيكون ملزما بتنفيذها وفي سبيل ذلك يمنح القانون كل السلطات التي تضمن أداء الواجبات المنصوص عليها قانونا على أكمل وجه.[1]

ويشترط لتحقيق الإباحة أن يلتزم الشخص بالحدود المقررة قانونا لتنفيذ امر القانون وعلى ذلك فإن إدلاء الطبيب أو القابلة أو الصيدلي المدعو لتقديم شهادته أو خبرته أمام القضاء بمعاينات غير متعلقة بالأسئلة المطروحة بعد جريمة إفشاء سر مهني إذا من الواجب عليه عدم الإدلاء إلا بالمعاينات المتعلقة بالأسئلة المطروحة من طرف السلطة القضائية.[2]

الفرع الثاني: تنفيذ أمر شرعي

لتحديد مدى إباحة الفعل الذي أتاه الفرد تنفيذ الأمر القانون المباشر يجب التفرقة بين حالتين نحاول بلاغهما من خلال ما يلي:

الحالة الأولى: إذا كان الفرد خاضعا لسلطة رئاسية: قد يأمر القانون بتنفيذ فعل معين ولكنه نظرا لخطورة الفعل يضع المشرع بين أمر القانون المجرد وفعل المنفذ الملموس سلطة وسيطة يستوجب الرجوع إليها تنفيذا لأمر القانون، ومثال ذلك فإن ضابط الشرطة القضائية ما لم يكن مزودا بأمر من الجهة القضائية، لا يستطيع تفتيش المنازل والقبض على الأشخاص، باستثناء حالة التلبس إلا فإنه يعتبر مرتكبا للجريمة.[3]

الحالة الثانية: إذا لم يكن الفرد خاضعا لسلطة: إذا لم يكن الفرد خاضعا لسلطة رئاسية تستوجب الرجوع إليها لتنفيذ أمر القانون وعليه فإن قاصي التحقيق يستطيع بمفرده إصدار

---

[1] المرجعنفسه، ص 81

[2] عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 80

[3] بارش سليمان، المرجع السابق، ص 92، 93

أمر الإيداع تأسيسا على انه يمارس اختصاصه في مباشرة التحقيق، وكذلك فإن الطبيب من جهته لا يرتكب جريمة إفشاء الأسرار. إذا قام بالتبليغ عن مرض معد، تأسيا على أن قوانين الصحة تلزمه بالإبلاغ ويعتبر في هذه الحالة قد نفذ أمر القانون.

غير أن تنفيذ أمر لا يعد من الأفعال المبررة إذا تجاوز الحدود التي يقتضيها أمر القانون، وفي هذا الصدد أصدرت محكمة الجزائر في العهد الاستعماري بتاريخ 1953/11/9 تحت رقم 369-1954 حيث كان أحد الأطفال يهدد طفلا آخر بحجرة في يده فجاء شخص آخر محاولا إيقاف الضربة فمسك الطفل من فتكسرت ذراعه، تمت متابعة ذلك الشخص بجريمة أثناء الضرب والجرح العمدي ولكنه أعفي من هذه التهمة بحكم م 2/63 من قانون العقوبات.

في ذلك الوقت التي كانت تقضي بوجوب تقديم المساعدة إلى كل من كان في خطر، ولكنه الحكم عليه أدين بتهمة الجروح الخطأ.[1]

يثور التساؤل حول ما إذا كان أمر السلطة الشرعية شكل في حد ذاته فعلا مبررا بصرف عما إذا كان الأمر قانونيا أو غير قانوني، وهل يسألجزائيا من ينفذ أمرا غير قانونيا صادر عن رئيسه أم إن من قام به يعد فعلا مبررا؟

ويميز التشريع الفرنسي بين فئة خاصة من الجرائم وهي التعدي على الحريات الفردية واستغلال السلطة وباقي الجرائم، أما الطائفة الأولى فقد قرر فيها المشرع أن أمر السلطة الشرعية يشكل فعلا مبررا أو على الأقل عذرا مخفيا ومن ثم تسلط العقوبة على الرئيس الآمر.[2]

وأما باقي الجرائم فيبقى التساؤل قائما حول ما إذا كان أمر السلطة الشرعية يشكل فعلا مبررا أم لا؟ فاختلف الفقه في إجابته على هذا التساؤل وانقسم إلى 3 فرق:

[1] المرجع نفسه، ص 92، 93

[2] أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 120، 121

فأما الفريق الأول فذهب إلى القول بأن تنفيذ أمر ولو كان غير قانوني يعد دائما سببا للإباحة بحجة انه على المرؤوس إطاعة رئيسه في كل الأحوال وتنفيذ أوامره دون أن يكون له تقديرها أو مناقشتها، فيما ذهب الفريق الثاني إلى القول بأن من حق المرؤوس، بل من واجبه تقدير شرعية الأمر الذي يلقاه من رئيسه ورفض الانصياع إن كان غير قانوني وهذا ما يسمى بنظام الحراب الذكية، وأما الفريق الثالث فيميز بين المر الذي تكون عدم مشروعيته ظاهرة جليا والمر الذي يبدوا قانوني.[1]

نلخص أن في هذه الحالة الأولى إذا كانت عدم مشروعية الأمر ظاهرة بصفة جلية فلا يصلح فعلا مبررا ومقابل ذلك فإذا كان الأمر يظهر انه مشروع فإنه في هذه الحالة يصلح فعلا مبررا.

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

وبالنسبة للتشريع الجزائري فإنه يستفاد من نظام 135 من قانون العقوبات بأن تنفيذ أمر السلطة بالمخالفة للقانون لا يعفي مرتكب من الجزاء الجنائي، بحجة أنه تلقى أمرا من الرئيس.[3]

---

[1] محمد علي السالم عياد الحلبي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، د.س.ن، 2007، ص 248

[2] أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 121

[3] انظر المادة 135 من قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق

للإشارة فإن محكمة النقض الفرنسية قدشددت في مسألة تنفيذ الأوامر اللاشرعية وأقرت مسؤولية الموظف وفي هذا الصدد قررت بأن الموظفين الساميين الذين قاموا بحجز مراسلة موجهة إلى شخص بحجة أنهم تلقوا أمرا من عمال العمالة(الوالي) لا يحق لهم التمسك بالإباحة المنصوص عليها في قانون العقوبات (المادة 277).[1]

ولكن في قضية مدنية أعفت سائق سيارة من المسؤولية المدنية حيث خالف الأولوية بناءا على إشارة من شرطي المرور ونسب بهذا في مخالفة حادث مرور وذلك بناءا على مادة 1384.القانون المدني م1/1384.[2]

كما يثور التساؤل: هل ممارسة أمر صادر عن السلطة سببا للإباحة أم مانعا للمسؤولية؟

من خلال هذا السؤال يتبادر إلى الذهن أن الآثار القانونية المترتبة عليها الطبيعة الموضوعية لأسباب الإباحة يمتنع معها رفع دعوة جزائية والمدنية ضد الموظف لا يجوز معاقبة من اشترك معه في تنفيذ الجريمة، فإذا كانت ممارسة الأوامر الصادرة على السلطة على نحو قانونيتكون أمام أسباب إباحة الفعل.

أما إذا كانت ممارسة أمر صادر على السلطة على نحو غير قانوني فإنها كأصل عام تعد على الأرجح مجرد مانع من موانع المسؤولية لأنه يكون مكرها على فعله كما سيتم شرحه لاحقا كما ان تكييف ممارسة أمر صادر عن السلطة لا يقف عند هذا الحد فيما يتعلق بهذه الصورة الخاصة بالعمل غير القانوني فالفقه الراجح يفرق في شأنها بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا توافرت لدى الموظف الشروط الثلاثة التي تم ذكرها مع حسن النية والاعتقاد بمشروعية فعله بناءا على أسباب معقولة وسبق التثبيت والتحري، ففي هذه الحالةتنتفي المسؤولية الجزائية للموظف كلية فلا يسأل عن الجريمة العمدية ولا عن الجريمة الغير عمدية فأفعاله مبررة.[3]

---

[1] أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 122

[2] بارش سليمان، المرجع السابق، ص 68

[3] مروان محمد ونبيل صقر، الموسوعة القضائية: الدفوع الجوهرية في المواد الجنائية،د.س.ن، د.د.ن، طبعة 1 2003، ص 163

الحالة الثانية: إذا كان ما توافر لدى الموظف على حسن النية فقط دون أن تستخلص المحكمة اعتقاده بمشروعية فعله بناءا على أسباب معقولة وقيامه بالتثبيت والتحري، فإنه لا يسأل جزائيا، عن جريمة عمدية وإنأجاز مساءلته رغم ذلك جريمة خطيئة (غير عمدية) ولقد استبعدت المحكمة العليا[1] من نطاق الأعذار المخفية وحتى المحققة فتح مسكن من طرف عامل بناء على أمر يكون قد تلقاه من رئيسة، وفي هذا قضت المحكمة العليا " أن تنفيذ الأوامر غير القانونية الواردة من المسؤولين الإداريين إلى المنفذ ليست من الأعذار القانونية التي تنص عليها المواد 277 إلى 283 من قانون العقوبات. "

" وبالفعل إن تحريض لارتكاب جنحة واردة من أعوان السلطة لا تحذف المسؤولية لمرتكب الجريمة " كما قضت أيضا " إن فتح مسكن من طرف عامل بناء يكون تلقاه من رئيسه لا يكون العذر معفي من العقاب المنصوص عليه في م 52 من قانون العقوبات."[2]

الفرع الثالث: تنفيذ أمرغير شرعي

السؤال الذي يثار في هذا الصدد هل يعد تنفيذ الأمر الغير الشرعي لسلطة مختصة سببا مبيحا؟

الرأي عندنا أن تنفيذ الأمر غير الشرعي لسلطة مختصة لا يشكل سببا مبيحا، ومردّ ذلك ما يلي:

أ/ عدم نص المشرع الفرنسي والمصري، ومن فإن السكوت المشرع الجزائري يفيد ضمنيا عدم اعتبار تنفيذ المر غير الشرعي سببا مبيحا.

ب/ نص المشرع الجزائري على عدم جواز الاعتذار بجهل القانون م (60 من الدستور)، ومن ثم لا يجوز للموظف الاعتذار بجهل القانون الجنائي، إذا يفترض العلم به بمجرد سريان القاعدة الجنائية.

[1] المحكمة العليا، ملف رقم 960، 21، قرار بتاريخ 1981/06/30، نشرة القضاة عدد44، ص 99

[2] مروان محمد ونبيل صقر، المرجع السابق، ص164

ج/ نص المشرع صراحة في حالات عديدة على ترتيب المسؤولية الجنائية للموظف في حال تنفيذه لأوامر غير شرعية، ومن ذلك جريمة انتهاك حرمة مسكن، حيث تعاقب م 135 قانون العقوبات كل موظف في السلك الإداري أو القضائي وكل ضابط تشرطه وكل قائد أو أحد رجال القوة العمومية يدخل بصفته المذكور منزل أحد المواطنين بغير رضاه، وفي غير الحالات المقررة في القانون وبغير الإجراءات المنصوص عليها.[1]

يمكن القول في الأخير أن ما أمر به القانون يمثل أمر القانون في أنه واجب وهذا الواجب يقتصر على صدور أمر من قبل القانون واجب التنفيذ وبالتالي فان قيام الشخص بتنفيذ ذلك الأمر لايعدجريمة، ويدخل ذلك ضمن نطاق الإباحة وعلة الإباحة هو أنه يهدف من وراء ذلك تحقيق مصلحة عامة تنتفي أمامها المصلحة المحمية بالنص القانوني من ثم تزول علة التجريم ويمثل أمر القانون في تنفيذ مباشرة الأمر القانون والتنفيذ الصادر عن السلطة المختصة فانه لا عقاب على من يأتي فعلا تأمره به السلطة الشرعية مالم تكن عدم المشروعية أمرا ظاهرا.

[1] عبد القادر عدّو، المرجع السابق، ص 82

الفصل الثالث:

الأسباب المطلقة للإباحة

حق الدفاع حق مطلق يستفيد منه كل من ساهم في رد الاعتداء سواء بصفة فاعل أو شريك في جريمة وهو سبب عام من أسباب الإباحة حيث لا يبيح فقط الجرائم القتل والضرب أية جريمة لازمة لرد الاعتداء ولا يؤيد هذا النظر أن المشرع الجزائري أورد أحكام الدفاع المشروع في الجزء الخاص بالمبادئ العامة التي ينطبق على كافة الجرائم هذا بالإضافة إلى أن المشرع قد عبر على الدفاع بلفظ فعل وهو لفظ مطلق يحتمل ارتكابه جريمة لرد الاعتداء وبناء على ذلك يجوز للمعتدي عليه أن يرد الاعتداء بالإتلاف السلاح الذي يستعمله المعتدي وبالنسبة لحالة الضرورة فقد ألحقها المشرع ضمن أسباب الإباحة أما رضا المجني عليه فلم ينص عليهما المشرع الجزائري وإنما أخذت بها التشريعات المقارنة ولا نعني بأدراجنا إياه سببا مطلقا أنه صالح لنفي كل جريمة فالمبدأ العام لك ن صنفناه على أساس أنه مطلق من حيث معيار الأشخاص المستفيدين منه بحيث أن التشريعات التي تتبناه صراحة كسبب إباحة لم تحدد شرطا أو صفة خاصة في المجني عليه ا عليه وسنعرض كل ذلك بشيء من التفصيل فيما يلي:

المبحث الأول: الدفاع المشروع

هو حق طبيعي يمارس الإنسان منذ القديم وعبر العصور التاريخية الى يومنا هذا وقد أقرته الشرائع القديمة فقد كان يمحو الجريمة عند الرومان ، فلا يبقى لها أثر جزائي أو مدني وكان يعفو في أوروبا من العقوبة في القرون الوسطى بعد آن يطلب العقوبة من الملك ولقد نص قانون الثورة الفرنسية عام 1791 على شرعية الدفاع المشروع[1]

ولايكون الدفاع مشروعا إلا إذا توفرت شروط تطبيق الدفاع المشروع وشروطه ارتأينا الوقوف عند طبيعة الدفاع المشروع وأسبابه وذلك بعد التطرق إلى تعريفه وكل ذلك في مطلب مستقل كالآتي:

[1] طلال أبو عفيفة،شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط1، 2012،الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع،1984،ص 199 نقلا عن: عبد الوهاب حوصد، المفصل في شرح قانون المحتويات، القسم العام، المطبعة الجديدة، دمشق، د.س.ن، ص 574

المطلب الأول: تعريف الدفاع المشروع

وهو حق يستعمله شخص لدفع اعتداء غير محق ولامثار عن نفسه أو ماله الموجود في حيازته فالدفاع المشروع حق عام يقرره المشرع لكل إنسان في مواجهة الكافة، ومن ثم لا يجوز الإنسان أن يحول دون استعماله.[1]يعرف الدفاع المشروع بأنه استخدام القوة اللازمة لمواجهة خطر اعتداء غير محق ولا مثار أي غير مشروع يهدد بضرريصيب حق يحميه القانون.[2]

وحق الدفاع المشروع حقا عاما يقرره القانون في مواجهة الكافة، ويقابله التزام الناس باحترامه، ولذلك يعد غير مشروع كل فعل يعيق استعماله وتحقق هدا الحق يجعل من الفعل المرتكب فعلا مباحا مشروعا لا يسأل عنه فاعله.[3]

لذلك فإن الدفاع المشروع هو استعمال القوة اللازمة لصد تعرض غير محق وصد التعرض يكون بالحيلولة بين المعتدي والبدء في عدوان هو استمراره فيه إذا كانفعلا والدفاع المشروع بسبب التبرير وليس هدف الأسباب تحويل المعتدي عليه سلطة توقيع العقاب على المعتدي أو الانتقاممنه إنما هدفه محو واقية الخطر الذي يتعرض له، أي منع ارتكاب الجرائم أو منع التمادي فيها[4]

إن دفاع الإنسان عن نفسه ضد ما يهدده من أخطار أمر طبيعي وتوحي به الغريزة، لذلك اعترفت به معظم التشريعات الحديثة، ومعظم التشريعات القديمة أيضا[5]، كما أقرته الشريعة الإسلامية،دفع الصائل حيث إن المعتدي صائل[6] استنادا إلى قوله تعالى ﴿ فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُم فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُم﴾ وما رواه عبد الله بن عمر(قال أبو القاسم –صلى الله عليه وسلم) في رواية مسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «من أريد

---

[1]فخري عبد الرزاق الحديثي، خالد حميدي الزيعي،شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع،الأردن،ط1 ،2009، ص 217.

[2]علي عبد القادر قهوجي، المرجع السابق، ص 214

[3] سلطان عبد القادر الشاوي، محمد عبد الله الوريكات المرجع السابق، ص 144

[4] طلال أبو عفيفة، المرجع السابق، ص 200

[5] سلطان عبد القادر الشاوي، محمد عبد الله الوريكات المرجع السابق، ص 144

[6] عبد القادر، أحنوت ،مقالة بعنوان، دفع الصائل في الشريعة الإسلامية، أحكامه وشروطه،مجلة البيان 2011.

ماله بغير حق فقاتل فقُتِل فهو شهيد» وما رواه أبو هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنّه قال« لوأن امرئاطّلع عليه بغير حق فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح ».[1]

والدفاع المشروع هو الحالة الثالثة التي جعلها قانون العقوبات سياسيا لإباحة وقد ورد النص عليه في المادة 39 من قانون العقوبات في الفقرة الثالثة التي أفادت انه فعل بأنه مبررثم المادة 40 التي فصلت حالته ويعرف الدفاع المشروع الحق الذي يقرره القانون لاستعمال القوة اللازمة لمصلحة المدافع لرد الاعتداء عليه أو على ماله أو على نفس الغير أو ماله[2]،ومن خلال التعريف نستكشف أن هذا الدفاع مشروط بنص القانون وأن للمدافع استعمال القوة في رد الاعتداء على النفس والمال سواء كانت له أو لغيره شريطةأن تكون القوة المستعملة في ذلك لازمة أي لا يمكن الدفع بأقل منها.[3]

والدفاع المشروع بالمعنى السابقاعترفت به الشرعيات الحديثة وكان في اغلب الشرائع القديمة فأن الدفاع الشرعي أحد مبادئ القانون الطبيعي، التي عرفتها اليونان القديمة، وهو يمحو الجريمة عندالرومان، وكان يعفي من العقوبة في أوروبا المسيحية في القرون الوسطى وقد نص عليه قانون الثورة الفرنسي الصادر في عام 1810.[4]

الفرعالأول: أساس الدفاع المشروع:

أساس حق الدفاع المشروع مختلف عليه بين الفقهاء، فمنهم من اعتبره يستند إلى فكرة مقابلة الشر بالشر، فحيث يعتدي المتعدي يحدث اختلالا في نظام المجتمع، فإذا دافع المعتدي عليه عن نفسه يكون رد الشر بمثله، أي أنه عمد إلى إعادة الوضع إلى توازنه بعد أن اضطرب وتكون مصلحة العملية

[1] أحمد فتحي سرور،المرجع السابق، ص 340

[2] أنظرالمادتين39و40 منقانون العقوبات الجزائري المرجع السابق.

[3] منصور رحماني، المرجع السابق، ص 222

[4] رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص 522.

ومنهم من اعتبره سببا من أسباب عدم المسؤولية الشخصية مبني على فكرة الإكراه الأدبي وعلى الاضطراب و الانفعال اللذين يستوليان على نفس المتعدي عليه والميل الغريزي في الإنسان الذي يدفعه للمحافظة عن نفسه ،إلا أن آخرين من الفقهاء اعتبروا الدفاع الشرعي استعمالا لحق بل لأداء الواجب لهذا من حق كل إنسان بل من واجبه أن يحافظ على نفسه ويدافع على شخصه وماله وعرضه مادامت السلطات العامة لا تتدخل في الوقت المناسب ،ثم لا مصلحة للمجتمع من توقيع العقاب باعتبار أن من يرتكب جريمة في سبيل الدفاع عن نفسه ليس بالمجرم الخطر الذي يخشى شره .[1]

وفريق ثالث يعتبر الدفاع المشروع نوعا من حالة الضرورة على أساس أنه حق يستعمل عند الضرورة لكن الدفاع شيء والضرورة أمر آخر لدفاع بسبب تبرير والضرورة مانع للعقاب ويعني ذلك أن المدافع مشروع ولا ينجم عنه أية مسؤولية وأخيرا هنالك رأي يعتبر الدفاع المشروع تفويضا قانونيا من الدولة للأفراد لمنع الاعتداء على الحقوق التي يحميها قانون العقوبات وهذا الرأي منتقد بدوره لأن حق الدولة في منع الجرائم هو مما

لا يقبل التعويض والإنابة لارتباطه بالنظام العام ولايقبل التنازل عنه ولعل الصحيح هو أن الدفاع المشروع حق موضوعي مقرر لجميع الأفراد يبيح لهم اقتراف الجريمة استثناء من الأصل العام الذي يمنعها ولذلك لرد الأخطار التي تهددهم في وقت نكون فيه الدولة غائبة، تغليبا لمصلحة المتعدي عليه على مصلحة المتعدي.

فكون الإنسان يجرح لأنه لم يفعل ذلك لكان هو الجريح وكونه يقتل لأنه لم يفعل ذلك هو القتيل، أمر طبيعي لا شذوذ فيه وهو الأساس الذي يبني عليه بتبرير الدفاع الشرعي الدفاع إذا استخدام طبيعي لغريزة الحرص على الكيان والبقاء إذا كان يحمي نفسه أو ماله، كما أنه في هذه الحالة يكون المجني عليه مرجحا في نظر القانون على صالح الباغي ولا بد لاعتبار الجريمة الدفاعية سلوكا مباحا مشروعا أن تتوافر فيها الشروط المطلوبة قانون.[2]

[1] طلال أبوعفيفة، المرجع السابق، ص 200، 201

[2] المرجع نفسه، ص 201

والراجح أن أساس الدفاع الشرعي يرجع إلى الموازنة بين المصالح المتعارضة وتغليب ما كان منها أولى بالرعاية فرغم أن فعل الدفاع قد هدد مصلحة المتعدي فقد صان في نفس الوقت مصلحة المتعدي عليه، وهذه المصلحة الأخيرة هي الأجدر بالحماية في نظر المجتمع، اي أن مصلحة المدافع في حماية حقوقه كانت أولى باعتباره من حماية مصلحة المتعدي قد هبط بالقيمة الاجتماعية لمصلحته، مما يقتضي تبرير فعل المتعدي عليه.[1]

نقول أن أساس الدفاع المشروع يرجع إلى فكرة الموازنة بين المصالح المتعارضة للإفراد وإيثار مصلحة أولى بالرعاية تحقيقا للصالح العام ، وهو هدف كل نظام قانوني ، فالمبدأ العام أنه لايجوز للشخص أن يقتضي حقه بنفسه ، وإنما يجب عليه اللجوء إلى السلطات المختصة واستثناءا على هذه القاعدة يجوز للشخص أن يدفع الاعتداء على حقه اذا تعذر عليه الاستعانة بالسلطات العامة

الفرعالثاني: طبيعة الدفاع المشروع:

الدفاع المشروع حق معروف ومقرر للمدافع في جميع الشرائع قديمها وحديثها فمنذ ايام الرومان كان سببا معروفا لامتناع المسؤولية الجنائية والمدنية .....ثمانتقل إلى التشريع الفرنسي القديم بوصفه سببا مانعا للعقاب في بعض الأحيان عند الحصول على خطاب بالغفران ثم أصبح سببا لإباحة في أول تشريع للثورة الفرنسية.... .

وكما اختلف في أساس عدمالعقاب على أسباب التبرير و الإباحة عموما واختلفوا في ذلك بالنسبة للدفاع الشرعي،ذلك أن المدافع يؤدي من خلال دفاعه وظيفة القانون، والسلطة العمومية التي كان يجب أن تحميه وتدافع عنه وإذا كان الفقهاء المسلمون قديما قد اعتبروه من حالات الضرورة التي لا تسمح للشخص بطلب الغوث من السلطات المختصة، فإن بعض الفرنسين في قرن 18 عشر و أوائل التاسع عشر قد أسندوه إلى نظرية العقد أن تتولى الدولة الدفاع عن الأفراد إلا إذا لم تتمكن لسبب ما فيتوحى كل فرد الدفاع عن نفسه بنفسه، وأسنده عدد منهم – ولا زل – إلى نظرية الإكراه على أساس أي عدوان يسلب المعتدى عليه

[1] علي محمد جعفر، قانون العقوبات، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت 1955، ص90

حريته في الاختيار فلا تبقى إلا غريزة البقاء بسلطانها الذي يتجاوز في قوته سلطان القانون، كما أسنده آخرون إلى حالة الضرورة، أما الفيلسوف الألماني "هيجل" فقد عالله بقوله: «آن عدوان فرد على فرد نفي السلطان القانون ، ودفع العدوان بالعدوان نفي لهذا النفي ،فهو بالتالي إثبات لسلطان القانون."[1]

المطلبالثاني: شروطتحقيقه

يتكون الدفاع الشرعي من فعلين رئيسيين ومتلازمينهما:

فعلالاعتداء وفعل الدفاع ولكل من هذين الفعلين شروط لا من توافرها لقيام حالة الدفاع الشرعي ونسبة شروط كل من الاعتداء والدفاع على النحو التالي:

الفرعالأول: شروط الاعتداء

قبل التطرق لشروط الاعتداء يتوجب علينا، التطرق لمفهوم الاعتداء

أولا:مفهومالاعتداء

لم يستعمل المشرع الأردني لفظ (الاعتداء) في قانون العقوبات وإنما أستعمل لفظ (التعرض)، استنادا إلى هذا اللفظ يحقق المعنى الذي يريده أكثر من لفظ الاعتداء، فالدفاع الشرعي لا يستلزم الاعتداء فعلا لكي يبدأ الدفاع وإنما بمقدور المتعدي عليه أن يرد على الاعتداء بمجرد ظهور خطر على النفس أو المال أي بمجرد ظهور خطر على النفس أو المال أي بمجر تعرض المتعدي للمتعدي عليه أما إذا كان الاعتداء قد تحقق فعلا وانتهى فعلا محلا عندئذ للدفاع.

ثانيا:شروطالاعتداء

لفعل الاعتداء شروط واجب توافرها لتكون أمام فعل الاعتداء وهذه الشروط عديدة نذكر منها ما يلي:

[1] منصور رحماني، المرجع السابق، ص 222، 223

1-وجودالاعتداء:

الاعتداء هو الخطر الذي ينذر بوقوع ضرر يصيب النفس أو المال ويعني اشتراط وجود التعرض توافر الخطر الذي يهدد بوقوع ضرر في المستقبل ويقتضي توافر الخطر أن يصدر المتعدي فعل مادي ولهذا تتوافر شروط الدفاع المشروع حيث يختلف هذا الفعل المادي بمجرد حمل السلاح أو نقله دون القيام بأي عمل من شأنه توافر الخطر لا يحق الدفاع المشروع.[1]

الشرط إذا كان هو أن يصدر عن المتعدي عليه فعل مادي ينطوي على الخطر جسميا أو يسريا،كما يستوي أن يهدد نفس المدافع أو ماله أو نفس الغير ويستوي كذلك أن يكون مصدر الخطر فعلا إيجابيا أو سلبيا

2-أن يكون الخطر غير مشروع:

والتعرض يكون غير محق إذا كان غير مشروع أي يهدد بوقوع نتيجة إجرامية معنية أو استمرارها فالمتعدي الذي يوالي ضرب غريمه بالعصا أو بأية آلة حادة ، يحقق بفعله جريمة الضرب التام إلا أن استمرار الضرب ينشأعنهحق للمتعدي عليه في الدفاع عن نفسه، ومن يصوب نحو عدوه سلاحا قاصدا إزهاق روحه فإن لعدوه أن يدرأ عن نفسه هذا الاعتداء بالقوة لوجوده في حالة دفاع مشروع، تتوافر نفس الحالة إذا كان كل مافعله هو إخراج المسدس من جيبه و حشوه بالرصاص بمجرد أن رأى عدوه قادما من بعد، ففي الفرض الأول صدرت عن المتعدي جريمة تامة إلا أن خطر تكرارها هو الذي ولد حالة الدفاع المشروع وفي الفرض الثاني كانت الجريمة مجرد شروع في القتل ،وفي الفرض الثالث كان المتعدي يقوم بمجرد أعمال تحضيرية غير معاقب عليها أصلا إلا أنه قد حقق بفعله خطر وقوع النتيجة الضارة فالاعتداء في كل الصور السابقة يكون غير مشروع ويسمح للقيام بحالة الدفاع المشروع .[2]

[1] محمد الفاضل، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مطبوعات جامعة دمشق، دمشق،ط3، 1969، ص55

[2] فخري عبد الرزاق الحديثي،خالد حميدي الزغبي، المرجع السابق، ص 220-221

ويدور التساؤل أيضا حول ما إذا كان الاعتداء الصادرعن عديمي المسؤولية كالمجنون مثلا والطفل غير مميز، مشروعا؟

أجاب سيطفانيولفاسور ويولوك على هذا التساؤل يقولهم " إذا كان هذا الاعتداء مشروعا من الناحية الذاتية بسبب عدم مسؤولية مرتكبة فإنه غير المشروع من الناحية الموضوعية ذلك أن أسباب انعدام المسؤولية الذاتية لا تمحو الطابع الإجرامي عن الفعل المرتكب من طرف المعتدي " وخلصوا إلى القول بأن الاعتداء الذي يقوم به المجنون أو الطفل يمكن أن يكون محل رد مشروع وهو رأي نؤيده ونضيف إليه أنه باستطاعة المتعدي عليه التكهن بأن المتعدي عديم المسؤولية ما لم يكن ذلك ظاهرا.[1]

3-أن يكون الخطر حالا:

وقد نص القانون العقوبات الجزائي على هذا الشرط فيقوله:

(الضرورة الحالة) وقد غيرت على ذلكالمادة 2/39 قانون العقوبات[2]

ويتمثل في وجود خطر حال لا يمكن ممكنا إبعاده إلا بارتكاب الجريمة، ويتعين أن يكون هذا الخطر الحال حقيقة ملموسة وليس من صنع الخيال الفاعل، غير أنه قضي في فرنسا أنه ليس من الضروري أن يكون مرتب القتل أو الضرب ردا للاعتداء في خطر الموت.

ويرجع للقاضي تقدير الطابع الحال للدفاع، فإذا لم يكن الخطر حالا إنما كان مستقلا أو كان قد زال، فلا يعد في مثل هاتين الحالتين من يوجه إليه الخطر في حالة دفاع شرعي وإنما يكون الدفاع في الحالة الأولى وقائيا وفي الحالة الثانية انتقاما.

ويكتفي القانون بحلول الخطر ولا يشترط أن يكون المتعدي قد بدأفي إيقاع الضرر أي أصاب الحق بالفعل وإلا ضاعت الفائدة من تقرير الدفاع الشرعي، ويكتفي لقيامها أن يكون الضرر وشيك الحلول.

---

[1] أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 123

[2] أنظر المادة2/39 من قانون العقوبات الجزائري.

وإذا بدأالمتعدي في إحداث الضرر فالمتعدي عليه من باب أولى أن يمنع المتعدي من الاستمرار في الاعتداء.[1]

4-أن يهدد الخطر النفس أو المال:

يجيز القانون بنص المادة 39 الدفاع عن النفس أو المال فلم يحدد جرائم بعينها دون أخرى، مما يعني وجوب أن يؤخذ النص بمعنى عام وشامل فكل الجرائم التي تقع على الأشخاص تجيز أفعال الدفاع الشرعي فلا فرق بين الجرائم التي تقع على الأجسام (الضرب ،الجرح ،القتل) أو الجرائم التي تمس العرض أو الشرف أو الاعتبار، وكذلك الأمر بالنسبة للجرائم التي تقع على الأموال ، فكلها جرائم تبيح فعل الدفاع الشرعي وقد توسع القانون فأجاز للشخص أن يدافع عن نفس الغير وعن مال الغير كما يدافع عن نفسه وعن ماله بدون شروط وقد كان أحرى بالقانون ألا يقتصر ذكره على النفس والمال، وذلك كما فعل القانون المصري الذي نص على الدفاع لمنع هتك العرض في المادتين 269/268 والفعل الفاضح العلني في المادة 278 و الدفاع من أجل المحافظة على العقيدة و العبادة وأداء الشعائر الدينية م 160 وغيرها.[2]

الفرعالثاني: شروط الدفاع

إن القانون يتطلب شروطا للدفاع يجب توافرها لتصدي بفعل الاعتداء لكن قبل التطرق لشروط الدفاع وجوب علينا التعرض لمفهوم هذا الدفاع.

أولا:مفهوم الدفاع

يترتب على الدفاع فعل التعرض وتوافر الشروط التي يتطلبها القانون للاعتداء به نشأة الحق في استخدام الوسائل الضرورية اللازمة للدفاع عن النفس أو المال في مواجهة هذا التعرض يستوي بعد ذلك ممارسة هذا الحق ممن وقع ضده التعرض أي المتعدي عليه أو من جانب شخص أخر غيره ولو لم تربطه علاقة ما يشخص المتعدي عليه، بل ولو لم يكن

[1] أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 122

[2] منصور رحماني، المرجع السابق، ص 225، 226

هذا الدفاع يعلم أو برضاء الأخير الدفاع عن فعل أو لامتناع عن فعل يقوم به الشخص المتعدي عليه أو الشخص المهدد حقه بالعدوان أو يقوم به الغير وذلك لرد عدوان أو دفع خطره.

وفعل الدفاع يمكن أن يتخذ صورة إيذاء المتعدي أوقتله أو حبسه إلى حين وصول رجال القوة العامة كما يمكن أن يتخذ صورة قتل الحيوان المستخدم في الهجوم أو إيذائه ودفاع من سلبه حريته يمكن أن يكون بكسر باب مكان الحجر أو تحطيم نافذته للخروج منه.[1]

إذا توافرت الشروط السابقة في فعل الجاني فإن الدفاع ضده يصبح أمر مشروع ولم يحدد القانون صور الدفاع ووسائله إلا أنه وضع شروط لفعل المدافع فإذا لم يراعها فإن فعله ودفاعه يكون غير مشروع وإن كان سببه مشروعا لأن المدافع في أصله يقوم بجرائم أباحها القانون استثناء شوط محدد وانعدام شرط منها كفيل برفع الإباحة عنها وتحصيله المسؤولية.

ثانيا: شروط فعل الدفاع

إن شروط فعل الدفاع هما اثنان هما اللزوم والتناسب.[2]

1-لزومالدفاع:

لم يقيد القانون الدافعبعدم القدرة على تفادي الخطر بطريقة أخرى غير ارتكاب الجريمة، بينما قيدت التشريعات التي تأخذ بحالة الضرورة بذلك إذا لا يمكن أن يطالب الإنسان بالهرب عند تفوق الاعتداء عليه لمافي ذلك من الجبن الذي لا تقره الكرامة الإنسانية.

وتبعا لذلك لايكون الدفاع لازما عندما يشكل العمل الذي قام به "المدافع" الوسيلة الوحيدة لرد الاعتداء فحسب. بل يكون الدفاع لازما أيضا حتى وإن كان لمرتكب الجريمة وسيلة أخرى غير ارتكاب الجريمة لصد الاعتداء ذلك أن الدفاع المشروع يتركز على حق بل

[1] فخري عبد الرزاق الحديثي، خالد حميدي الزعبي، المرجع السابق ص 224 – 225

[2] مصطفى العوجي، القانون الجنائي العام، الجزء الأول، النظرية العامة للجريمة مع مقدمة في القانون الجنائي، مؤسسة نوفل، بيروت 1984، ص55

وعلى القيام بواجب ومع التسليم بضرورة الجريمة للدفاع فإنها لاتباح إلا بالقدر اللازم للمحافظة على الحق ولكن الصعوبة في تحديد القدر المناسب.

وهكذا فمن الصعب على سبيل المثال قول ضرورة الدفاع المشروع عندما يتعلق الأمر بجروح خطيرة يتسبب فيها شخص بالغ على طفل اعتدى عليه أو عندما يصاب المتعدي في ظهره.

وتصبحالمسألة أكثر تعقيدا عندما يتعلق الأمر بالدفاع عن الأملاك وفي هذا الصدد يشدد القضاء الفرنسي على أن يكون الدفاع ضروريا جدا لبلوغ الهدف المراد.[1] **Strictement nécessaire but poursuivi**

أ- أن يكون ارتكاب الجريمة هو الوسيلة الوحيدة لتفادي الخطر

معناه أن المدافع لا يحق له ارتكاب جريمة مالم تكن الوسيلة هي الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر فإذا كان الخطر بوسعه استعمال وسيلة أخرى غير جريمة فإن الدفاع بارتكاب الجريمة يعد غير ضروري فإذا أمكن للحارس أن يوقف اللص عن السرقة بمجرد إطلاق النار في الهواه فلايحق له إطلاق النار عليه مباشرة بحجة الدفاع.

ب-توجيه الدفاع إلى مصدر الخطر لكي يكون الدفاع لازما لدرء العدوان

فلا يكون الدفاع لازما وضروريا إذا لم يتوجه إلى مصدر الخطر إذ أن اتجاه الدفاع إلى غيره لا يتوقف الخطر، ويفقد بذلك الدفاع وظيفته فمن يهاجمه حيوان فلا ينبغي أن يوجه الدفاع إلى مالكه.[2]

ويتمثل الشرط الثاني فيما يلي:

[1] أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 123-124

[2] محمد علي سالم عيادالحلبي،شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع،2007، ص333

ج- تناسب الدفاع:

القاعدة أن فعل الدفاع يجب أن يكون متناسبا مع فعل العدوان حيث لا يمكن أن يستعمل المدافع مع معتد كبير السن أو امرأة أو رجل مخمور نفس القوة التي يستعملها مع رجل قوي البنية فالتناسب ضروري في فعل الدفاع.[1]

ويجب أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء حيث يتعينأنلا يكون الأذى الذي أصاب المتعدي بدون تناسب مع الأذى الذي كان المدافع عرضة له وأراد تجنبه.

فجسامة الاعتداء مسألة وقائع يفصل فيها القاضي بالنظر إلى الخطر الذي كان يهدد المدافع فعلى سبيل المثال في حالة دفاع مشروع الشخص الذي يتلقى لطمة فيقابلها بقتل المتعدي.[2]

ولكن يشترط أن يكون الأذى الذي أصاب المدافع أخطر مما ينجر عن دفعه فالمرأة التي تقتل من حاول هتك عرضها تكون في حالة دفاع مشروع.

وفي كل الأحوال يرجع للقضاء تقدير بكل سيادة مدى الالتزام بالتناسب الضروري، وهو مطالب بتقدير هذا التناسب بصرامة أكبر عندما يتعلق الأمر بالاعتداء على الأملاك ذلك أن الدفاع عن ملكية، مهما كانت مشروعيته لا يبرر بأي حال من الأحوال التضحية بحياة إنسان أو إصابته بجروح خطيرة لا يرجى 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 حالة ما إذا كان الدفاع غير متناسب مع الاعتداء تكون في وضعية تجاوز الدفاع المشروع ومن ثم يستبعد الدفاع المشرع غير أن هذا لا يمنع مرتكب الأعمال الإجرامية من

[1] طلال أبو عفيفة، المرجع السابق، ص 214

[2] أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 124

التصحيح بالإكراه المعنوي لإفلات من العقاب أو التمسك بعذر الاستقرار من تخفيف العقوبة.[1]

ثالثاً: سلطة القضاء في التحقق من توافر شروط الدفاع:

لمحكمة الموضوع ملزمة بالفصل في الدفاع الشرعي اذا تمسك به المتهم أو اذا كانت الدعوى تثبت قيامه فيتعين على المحكمة أن فرق به ولو يتمسك به المتهم أو اذا كانت الدعوى تثبت قيامه فيتعين على محكمة أن تفرق به ولو يتمسك به المتهم ، فتستطيع محكمة النقض إلغاء الحكم إذا لم يفصل في قيام الدفاع من عدمه بالرغم من تمسك به المتهم أو بالرغم من أن الوقائع الدعوى التي يتضمنها الحكم تؤدي إلى القول بتوافر شروطه.[2]

الفرعالثالث: آثار الدفاع المشروع

إذا توافرت الشروط التي يتطلبها القانون حالة الدفاع الشرعي وكان المدافع لم يخرج القيود التي فرضها القانون على استعمال هذا الحق كان الفعل الذي يرتكبه مباحا فلايعد جريمة لا تترتب على فاعله أي مسؤولية لأنه يستعمل حقا مقررا في القانون.

ويترتب على تبرير الفعل الذي يرتكبه المدافع استعمالا لحقه فالدفاع الشرعي ليس عدم مسؤولية فاعله فحسب، وإنما يمثل هذا الأثر إلى جميع المساهمين فيه سواء علم بتوافر الدفاع الشرعي أم لا لأنه يساهم في فعل مباح، ولا يسأل المدافع عن عمله الذي يرتكبه في حدود حقه حتى ولو أصاب غير المتعدي سواء كان ذلك لغلط في الشخص كما لو أصاب غير المتعدي اعتقادا منه أنه هو الذي يعتدى عليه، أم كان لخطأ في إصابة الهدف كما لو تعمد إصابة المتعدي لخطأ التهديف،[3] فإن المدافع مباحا كلية ولا يترتب على الفاعل شيء وهذا هو الأثر الأول أما الأثر الثاني فيتمثل في حالة عدم تناسب الدفاع بأن جاوز المناسب والملازم ففي هذه الحالة يدخل المدافع في نطاق العقاب (لكنه قد يستفيد من عذر قانوني إذا

[1] أحسن بوسقيعة، المرجع نفسه، ص 124

[2] رضا فرج،شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزائر، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع،د.ط، ص175

[3] سلطان عبد القادر الشاوي، محمد عبد الله الوريكات المرجع السابق، ص 156

كان دفاعه في صورة جناية بما قد يقتضي تحقيق العقاب إلى نطاق الجنح وهذا هو الأثر الثاني للدفاع الشرعي.[1]

الفرع الرابع: حكم تجاوز الدفاع المشروع:

اذا تخلف شرط التناسب بين جسامة الاعتداء والدفاع وبتجاوز عنصران هما عنصر مادي يتمثل في الإضرار بالمعتدي بقدر الخطر الذي كان يهدد المعتدي عليه ، وعنصر نفسي يتمثل في الموقف النفسي قد يكون مبنيا على مجرد إهمال أو عدم احتياط وتختلف مسؤولية الشخص المتجاوز باختلاف العنصر النفسي اذا أثبت أن هذا التجاوز صادر منه كان مبنيا على أسباب معقولة ففي هذه الحالة تنتفي المسؤولية الجنائية لانعدام القصد الجنائي والخطأ غير العمدي، وإذا أثبت أن تجاوزه كان متعمد

فانه يسأل عن جريمة عمدية، بخلاف الحالات اذا كان هذا التجاوز مبنيا على خطأ مراده عدم تقديره السليم لحجم الخطر الذي يتهدده ، حيث سأل عن جريمة غير عمدية ، وفي الحالتين الأخيرتين فان القاضي له أن يستعمل السلطة التقديرية لتحقيق العقوبة أعمالا للظروف القضائية المحققة ويمكن بصفة استثنائية وفق ما يراه البعض استنادا إلى أحكام القضاء الفرنسي ،الأخذ بالنظرية الإكراه ومن ثم انعدام المسؤولية الجزائية لمن تجاوز حدود الدفاع الشرعي[2].

اذا اعتدى على المعتدي عليه فيحقق للمعتدي عليه أو المدافع أن يرد الاعتداء عن نفسه بقدر جسامته أما إذ تجاوزت المدافع المعتدي عليه حق الدفاع الشرعي أي لم يكن فعل الدفاع متناسب مع فعل الاعتداء فان فعل المدافع يشكل جريمة يعاقب عليها المدافع ولا يعفي من العقاب[3] .

[1] أحسن بوسقيعة، المرجع السابق ،ص 126

[2] عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص131، 132.

[3] محمد أحمد المشهوداني، الوسيط في شرح قانون العقوبات، عمان، ط1، 2006، ص209

أولا: حالة تجاوز الفاعل حدود الدفاع الشرعي نتيجة انفعال شديد

هذه الحالة عالجها المشرع الأردني في المادة 3/60 من قانون العقوبات التي جاء فيها بما يلي اذا تجاوز في الدفاع اذا أمكن إعفاء فاعل الجريمة من العقوبة في الشروط المذكورة في المادة 89 على "أن يعاقب الفاعل على فعل ألجأته الضرورة إلى أن يدفع به في الحال عن نفسه أو ماله أو غيره أو عن ملكه أو ملك غيره خطر جسيما محدقا لم يتسبب هو فيه قصدا، شرط أن يكون الفعل متناسبا مع الخطر[1] .

ثانيا: حالة الفاعل حدود الدفاع الشرعي نتيجة سوء غضب شديد

أنقضت قوة وعيه أو إرادته وهذه الحالة تطبيق للغدر المنصوص عليه في المادة 98 من قانون العقوبات والتي جاء فيها " يستفيد من الغدر المخفف فاعل الجريمة الذي أقدم عليها بسوء غضب شديد ناجم عن عمل غير محق وعلى جانب من الخطورة أتاه المجني عليه فإذا أثار فعل المعتدي غضب المتهم الشديد فانه يستفيد من عذر قانوني مخفف.[2]

الحالات المنصوص عليها لتجاوز الدفاع الشرعي في القانون الجزائري:

تعرض المشرع الجزائري إلى أربعت حالات لتجاوز الدفاع الشرعي في المواد277 إلى 287 من قانون العقوبات، وقرر بشأنها استفادة المتجاوز من أعذار مخففة للعقوبة، وهذه الحالات:

1-جرائمالقتل، أو الجرح أو الضرب إذا كان الدافع إلى ارتكابها وقوع ضرب شديد ويدخل ضمن هذه الجرائم جرائم الضرب أو الجرح المفضي إلى عاهة مستديمة، ولا يشترط لسريان هذا الغدر على هذه الحالة لتجاوز الدفاع الشرعي أن يكون القتل أو الجرح أو الضرب من فعل المعتدي عليه بنفسه، اذا يجوز التمسك بهذا العذر اذا وقع الضرب أو

[1] فخري عبد الرزاق الحديثي خالد حميدي الزعبي، مرجع السابق، ص230

[2] فخري عبد الرزاق الحديثي خالد حميدي الزغبي، المرجع نفسه، ص231 232

الجرح أو القتل والسبب في ذلك أن المشرع قد أباح الدفاع الشرعي عن النفس ونفس الغير بمقتضى المادة 40من قانون العقوبات[1].

2-جرائم القتل أو الجرح أو الضرب المرتكبة لدفع تسلق أو ثقب أسوار أو الحيطان أو تحطيم مداخل المنازل، أو الأماكن المسكونة أو ملحقاتها إذا حدث ذلك أثناء النهار.

3-جناية الخصاء اذا ارتكبت من المجني عليه لحظة وقوع فعل مخل بالحياء عليه ويقصد بجناية الخصاء استئصال أو بتر العضو الطبيعي للاتصال الجنسي.

4-جرائم الجرح والضرب المرتكبة ضد شخص بالغ يفاجأ في حالة تلبس بهتك عرض قاصر دون السادسة عشرة سنة بالعنف أو غير العنف.

حكم التجاوز في الحلتين حالة التجاوز العمدي والغير لعمدي.

لم يضع المشرع الفرنسي أحكامه الخاصة لحالات تجاوز حدود الدفاع الشرعي فحتى تنظيمه للدفاع الشرعي نفسه لم يتضح كما رأينا إلا من خلال أحكام القضاء ، أما المشرع المصري فقد نظم حالة واحدة من حالات التجاوز بنص المادة 251 من قانون العقوبات وهي حالة انتفاء التناسب بين فعل الدفاع وجسامة الخطر المحدق بالمدافع مع تحقق شروط الدفاع الشرعي جميعها، ويشترط أن يكون تعدي حدود الدفاع بنية سليمة، أما المشرع الجزائري قد رأى أن تنظيم هذه الحالات خلا تنظيمه للأعذار القانونية ، لذلك جاءت نصوص المادتين 277و278 متضمنة حالات يمكن تفسيرها على أنها حالات تجاوز دفاع شرعي ونحاول تفسير هذين العذريين فيما يلي:

1- عذر قانوني التي تضمنته المادة 277 من قانون العقوبات نظم المشرع الأعذار القانونية بنص المادة52 من قانون العقوبات وهي "لا يستفيد مرتكب جرائم القتل أو الجرح أو الضرب من الأعذار اذا دفعه إلى ارتكابها وقوع ضرب شديد من أحد الأشخاص ".

[1] عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص132.

2- العذر القانوني الوارد بنص المادة 278 من قانون العقوبات"يستفيد مرتكب جرائم القتل والجرح والضرب من الأعذار اذا ارتكبها لدفع تسلق أو ثقب الأسوار أو الحيطان أو تحطيم مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو ملحقاتها اذا حدث ذلك أثناء النهار"[1]

الحالات الممتازة في قانون العقوبات الجزائري:

تنص المادة 39 من قانون العقوبات على ما يلي «يدخل ضمن حالات الضرورة للدفاع المشروع "

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

2- الفعل الذي يرتكب أثناء الدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة، ويحتوي نص المادة الذكورة على ثلاث حالات:

الحالة الأولى: القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه أثناء الليل فهو نص استحدثته المادة 40 ولم تكن منصوصا عليه بالمادة329 من قانون العقوبات الفرنسي ولكن انتهى إلى ضم الدفاع عن النفس ضمن حالات الممتازة للدفاع المشروع وأن النص لم يحدد سبب تسلق الحيطان أو مداخل المنازل والبديهي أن يهدد هذا الخطر حياة وسلامة أصحاب المنزل وتشترط المادة 40 حدوث هذا الاعتداء أثناء الليل وهو الشرط الوحيد الذي يجب أن يتوافر في هذه الحالة.

الحالة الثانية: القتل او الجرح أو الضرب لمنع تسلق الحواجز او الحيطان أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منها أثناء ويشترط في هذه الحالة الشروط التالية:

[1] رضا فرج المرجع السابق ص177-179

1- يشترط في إباحة أفعال الدفاع أن يحدث القتل أو الجرح أو الضرب أثناء التسلق أو الكسر وبديهي إن الدفاع مباح أيضا اذا تسلق أو الكسر ودخول المعتدي إلى المسكن المعتدي عليه.

2 – إن المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها تشتمل على الحديقة المحيطة مهما بلغ اتساعها مادام يدخل في نطاقها المنزل المسكون والنص يشترط أن يكون المنزل مسكونا بالفعل فلا يكفي في كونه معد للسكن ولم يسكنه احد فاشتراط المنزل مسكونا هو الذي دفع بالمشرع إلى إباحة الدفاع الشرعي لحماية السكان ، ولكن هذا القانون لا يشترط وجود سكانه فيه وقت الدخول المعتدي فقد يقع الاعتداء حين يغادره سكانه مؤقتا وحينئذ يصدر فعل الدفاع من الجيران مثلا أو من الحارس فيكون هذا الفعل مباحا ، ويقصد بتوابع المنزل أماكن ليست مسكونة مخصصة للسكن ولكنها متصلة به .

3- يشترط لقيام الدفاع المشروع أن يحدث الاعتداء ليلا ويقصد بالليل الفترة ما بين غروب الشمس وشروقها أما اذا وقع الاعتداء نهارا فانه يفقد الامتياز الممنوح بالمادة 40 التي تقوم قرينة قانونية على توافر شروط الدفاع .

الحالة الثالثة: المنصوص عليها بالفقرة الثانية من المادة 40 وتنص على:

يدخل ضمن الحالات الضرورة للدفاع المشروع .... الفعل الذي يرتكب للدفاع عن أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة وهو نص قصد به المشرع الفرنسي 2/329ردع أعمال قطاع الطرق وعصابات السطو المسلحة التي تهاجم المسافرين في الطرق العامة والتي انتشرت في أعقاب الثورة الفرنسية واستمرت حتى عام 1799 ، وربما أبقى المشرع الجزائري على هذا النص لتأمين سلامة الأفراد في الطرق ولردع أعمال السطو المسلح ، ولا يشترط في هذه الحالة أن يرتكب الاعتداء ليلا، فتقوم حالة الدفاع المشروع في أية لحضه متى تعرض الشخص لاعتداء يقع بالاستعمال العنق بقصد السرقة والنهب.

نخلصمما سبق أن الدفاع المشروعيفترض فيه وجود فعل اعتداء من ناحية فعل دفاع من ناحية أخرى ويلزم ضرورة توافر شروط معينة في كل فعل اعتداء ودفاع حتى يترتب

أثره في إباحة أو تبرير فعل الدفاع فان قتل مع توافر الاعتداء أو الخطر الاعتداء وحده لا يعطي للمعتدي عليه الحق المشرع بالنظر جسامة القتل مع الالتجاء إليه إلا في أحوال ما معينة وهذا ما اتفق على تسميته بالحالات العادية للدفاع الشرعي كما أضاف المشرع حالات أخرى للدفاع الشرعي اتفق على تسميتها بالحالات الممتازة وهي المنصوص عليها في حالات الضرورة للدفاع شرعي المنصوص عليها في المادة 40 من قانون العقوبات الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو مال أو عن الغير ضد السرقات أو النهب بالقوة مرتكب الحالات الممتازة لان مرتكب الفعل أثناء الليل وأثناء التسلق فالمادة 40 أنشأت قرينة قانونية على توافر الدفاع الشرعي ، أما حالة الضرورة فتعتبر سببا موضوعيا لانعدام المسؤولية شأنها شأن الدفاع الشرعي لهذا سوف نخصص لها مبحث لدراستها .

المبحثالثاني: حالة الضرورة ورضا المجني عليه

إذا كان لإخلاف بين التشريعات التي أخذت برضا المجني عليه كالقانونين المصري والإيطالي، حول اعتباره سببا من أسباب الإباحة، فالأمر على خلاف ذلك بالنسبة لحالة الضرورة.

ففي الوقت الذي يعتبرها القانون المصري سببا مانعا للمسؤولية الجزائرية فقد ظل القضاء الفرنسي إلى غاية صدور قانون العقوبات الجديد في سنة 1992 يعتبرها سببا منأسباب الإباحة وبصدور قانون العقوبات الجديد كرس المشرع الفرنسي حالة الضرورة بنص القانون واعتبارها سببا موضوعيا لانعدام المسؤولية شأنها شأن الدفاع المشرع والفعل الذي يأمر به أو يأذن به القانون وأمر السلطة الشرعية.

وفي ظل التشريع الجزائري الحالي فإن موقع حالة الضرورة لو أخذ بها المشرع، يكون ضمن أسباب الإباحة لكونها سببا موضوعيا بمحور الجريمة وليس سببا ذاتيا لعدم المساءلة الجزائية وقد اعتبرها كذلك المشرع التمهيدي لقانون العقوبات لسنة 1997 الذي لم ير النور.[1]

[1] أحسن بوسقيعة، المرجع السابق ص 126 – 127

لذلك ارتأينا دراسة حالة الضرورة في هذا المبحث ضمن أسباب الإباحة كالتالي:

المطلبالأول: حالة الضرورة

حالة الضرورة من المواضيع التي اختلفت التشريعات الجزائية والفقه الجنائي المقارن حولها: هل هي من موانع المسؤولية الجزائية أن أنها من أسباب التبرير، إلا أنها في جميع الأحوال تخرج الفعل المرتكب من نطاق العقاب وتدرأ عن فاعلها العقوبة المقررة ضمن القانون ،فالذي يرتكب هذه الجريمة بدافع شرير كما انا الجريمة لا تتم عن خطورة إجرامية على المجتمع ويمكننا إبراز حالة الضرورة في هذا المطلب كما يلي:

الفرعالأول: مفهوم حالة الضرورة:

تمثل حالة الضرورة سببا من أسباب الإباحة كون أن المشرع الجزائري ألحقها بها ولكونها سببا موضوعيا هذا ما جعلنا نقوم بتعريفها قبل التفصيل فيها.

أولا: تعريف حالة الضرورة:

وهي حالة لا يكون فيها مرتكب الجريمة مكرها على ارتكابها وإنما يكون أمام خيارين فأما أن يتحمل أذى معتبرا أصابه في شخصه أو في ماله أو أصاب غيره في شخصه أو في ماله وإما يرتكب الجريمة[1]

وقد عرفها محمود مصطفى "بأنها أن يجد الإنسان نفسه أوغيره بضرر جسيم على وشك الوقوع فلا يرى سبيلا للخلاص منه إلا بارتكاب الفعل المكون للجريمة"[2]

[1] عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مقارنا بالقانون الوضعي، ج1، مؤسسة الرسالة، د.س.ن.1995،ص 423

[2] محمودمحمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة العاشرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص204

وعرفت أيضا بأنها: أن يجد الإنسان نفسه في ظروف تهدده بخطر لا سبيل إلى تلاقيه إلى بارتكاب جريمة ولا يكون هذا الخطر قد وجه إليه عمدا بقصد لجوئه إلى ارتكابه[1]

كما عرفها محمود نجيب حسني بأنها مجموعة الظروف التي تهدد شخصا بالخطر وتوحي إليه بطريق الخلاص فيه بارتكاب فعل إجرامي معين.[2]

بعض هذه التعريفات اقتصر على حماية نفس الفاعل أو نفس غيره دون ماله او مال غيره ولم يتطرق إلى مصدر الخطر أو دور الفاعل أو تناسب الفعل مع الخطر.

فلم يشر تعريف الدكتور محمود مصطفى إلي تهديد مال الفاعل أو مال غيره ولم يحدد مصدر الخطر ولم يعين دور الفاعل بحدوث الخطر، ولم يشر إلى تناسب الفعل مع الخطر كما لم يبين لمن يوجه الفعل الإجرامي.

كذلك لم يحدد الدكتور السعيد مصطفى السعيد إذ لم يلحظ تهديد مال الإنسان أو مال الغير، ولم يشر إلى حالة الفعل الإجرامي واعتبر الطبيعة مصدر الخطر فقط دون الإنسان.[3]

خلط البعض بين حالة الضرورة والإكراه المعنوي فمنهم من جعلها صورة من صور الإكراه المعنوي مثل الدكتور محمود نجيب حسني وهي أن حالة الضرورة وإذا كانت تتفق مع الإكراه المعنوي فإن الجاني لا يجد سبيلا إلى الخلاص إلا بارتكاب الجريمة، فإنها تختلف عنه في أن الجاني يسلك سلوكه الإجرامي من تلقاء نفسه دون أن يدفعه إليه أحد.[4]

قد تشتبه حالة الضرورة بالدفاع الشرعي لكنها في الحقيقة تتميز عنها تماما فهي مانع من موانع المسؤولية بينما الدفاع الشرعي سببا من أسباب الإباحة وهذا يجعلنا نتطرق إلى أنواع حالة الضرورة واستنتاج الاختلاف بينها وبين ما يشابهها :

---

[1] السعيد مصطفى، الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار المعارف، مصر، القاهرة، ط3، 1957، ص417

[2] محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، دار ألنقري للطباعة، ط1975، 1، ص 114.

3 – محمودمحمود مصطفى، المرجع السابق، ص 205

4– حسن عبد الحليم عبد الات ،المرجع السابق ، 22 23

ثانيا: أنواع حالة الضرورة :

1-الضرورةالشرعية: وهي الحالة التي يضطر فيها الإنسان إلى ارتكاب الحرام أو ترك الواجب أو تأخيره عن وقته، التفادي ضرر أو أذى عن النفس أو العضو أو العرض أو العقل أو المال، كمن يضطرإلى تناول طعام أو شراب محرم.[1]

جاء أصل مبدأ الإباحة والتحريم في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ونذكر منها بعض الآيات التي نصت على أحكام الإباحة والتحريم منها:

قولهتعالى:

﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَىٰ حَتَّىٰ يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا ۚ وَمَا كُنَّا مُهْلِكِي الْقُرَىٰ إِلَّا وَأَهْلُهَا ظَالِمُونَ ﴿٥٩﴾ ﴾

وقولهتعالى:

﴿ وَمَا كَانَ اللَّهُ لِيُضِلَّ قَوْمًا بَعْدَ إِذْ هَدَاهُمْ حَتَّىٰ يُبَيِّنَ لَهُم مَّا يَتَّقُونَ ۚ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿١١٥﴾ ﴾

كما أوردت كتب الفقه والسنة والأحاديث عدة في هذا الشأن منها هذا الحديث قد ذكره الهيثمي في مجمع الزوائد فقال عن أبي الدرداء رضي الله عنه قال قالرسول الله صلى الله عليه وسلم:<< الحلال ما أحله الله في كتابه والحرام ما حرمه الله في كتابه وماسكت عنه مما عفا عنه>>.

لقد استدل فقهاء الإسلام واستنبطوا من الآيات السابقة الذكر مبدأ إباحة الأشياء مالم يرد نص يحرمها وهو جوهر قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)

[1] حسن عبد الحليم العبد اللات حالة الضرورة في قانون العقوبات، ط1، 2013، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن ،2011نقلا عن عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مقارنا بالقانون الوضعي، ج1، مؤسسة الرسالة، ص 577

إن دليل على وضع فقهاء الشريعة الإسلامية قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) مأخوذة من القاعدتين الشرعيتين هما:

لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص و كذا الأصل في الأشياء الإباحية.[1]

ونخلص إلى القول بأن النصوص الشرعية تتفق ونصوص القوانين الوضعية التي تتضمن قواعد لا يجوزمخالفتها، لأنها تمثل مصلحة المجتمع وهي ما تعرف بقواعد النظام العام، فما تم تحريمه من قبل النصوص الشرعية وما جعله المشرع في قانون الوضعي من النظام العام أو نص المشرع بعد جريمة وحدد له عقوبة هو الغير مباح، وما عداه هو المباح وعليه فإن الأصل في الأشياء الإباحية، حيث نص أنه " لا جريمةولاعقوبة إلا بنص في معظم التشريعيات العقابية.

أ/ **الضرورة القانونية:**وهي الحالة التي يضطر فيها الإنسان إلى مخالفة نص قانوني لتفادي ضرر جسيم محدق، ويختلف هدفها بحسب نوع القانون.

ب/ **الضرورة في قانون العقوبات:** وهي الحالة التي يضطر فيها إنسان في سبيل الخلاص من خطر جسيم حال يهدد نفسه أو ماله أو نفس الغير أو ماله لابد له فيه، إلى ارتكاب فعل يوصف بالجريمة فيما لو جاء متجردا من هذه الحالة، أو غير منطبق على حالة أخرى شأنها أن تقرر عدم مسؤوليته أو منع عقابه شريطة أن يكون متناسبا مع الخطر ولا يمكن دفعه بوسيلة أخرى.

ج/ **الضرورة في قانون أصول المحاكمات الجزائية:** وهي الحالات التي يتم من خلالها الاقتناص بالتعليق أو التخفيف من ضمانات الشخص الذي يشتبه به بارتكاب جريمة، وذلك من خلال مرحلتي التحقيق الأولى أو الابتدائية ومرحلة المحاكمة والمقررة في قانون أصول المحاكمات الجزائية وبعض القوانين الخاصة مثل قانون محكمة أمن الدولة الأردنية.[2]

[1] حسن عبد الحليم العبد اللات، المرجع السابق، ص 27-28

[2] حسن عبد الحليم العبد اللات، المرجع نفسه، ص 29-32

الفرعالثاني: شروط حالة الضرورة

يخضع الفقه والقضاء الذي أخذ بحالة الضرورة لإباحة أو منعا من موانع المسؤولية لشروط مفيدة، وهذه الشروط نجدها مكرسة في التشريعات الذي أخذت بالحالة الضرورة كالقانون المصري والقانون الفرنسي، وهذه الشروط كما سنبينهافي ما يأتي مأخوذة في مجملها من أحكام القانون المتعلقة بالدفاع الشرعي وهذا ما سنفصله في هذا الفرع كالآتي:

أولا: الشروطالمتعلقةبالخطر:

مثلما هو الحال في الدفاع المشروع يشترط لعدم العقاب على الجريمة في حالة الضرورة أن يجد الشخص نفسه أمام خطرحال أو على وشك الوقوع يهدده في شخصه أو في ماله أو يهدد شخص غيره

وإذا كان القانون الفرنسي لا يشترط أن يكون الخطر جسيما فإن المشرع المصري يشترط ذلك، كما تشترط ذلك في المادة 308 من قانون العقوبات الجزائري بالنسبة للإجهاض.[1]

ويبرر المصريون اشتراط جسامة الخطر في الضرورة على عكس الدفاع المشرع الذي لا يشترط فيه أن يكون الاعتداء جسيما بأن جريمة الضرورة تقع على بريء بينما الدفاع على معتد، ومن ثم فإن كان الأذى الذي ينجم عن الخطر ضئيلا فإنه لا يجيز الإعفاء من المسؤولية.[2]

ويستوي أن يكون الخطر يهدد الشخص في نفسه أو في ماله، أما إذا كان الأمر يتعلق بالغير فلايؤخذ إلا بالخطر الذي يهدده في شخصه.

وتستبعدبعض التشريعات حالة الضرورة إذا كان الخطر الذي يهدد الشخص ناتجا عن خطئه، وهذا ما فعله قانون العقوبات السوري الذي يشترط أن لا تكون الجريمة التي يرتكبها الشخص المهدد بخطر ناتجة عن خطأ سابق له (المادة 134 قانون العقوبات السوري).

[1] أنظرالمادة 308 قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق.

[2] أحسن بوسقيعة،المرجعالسابق، ص129

كما اشترط التشريع المصري أن لا يكون لإرادة الفاعل دخل في حلول الخطر المحدق به فلا يعفي من المساءلة الجزائية من يضع النار عمدا في مكان إذا ما أحاطت النيران به واضطر إلى قتل شخص أو جرحه وهو يحاول النجاة، ولا التي تعمل سفحا إذا أجهضت نفسها أو قتلت طفلها خشية العار.والمحكمة في ذلك واضحة فلامفاجأة ولا عذر لمن تسبب بنفسه بإحداث الخطر.[1]

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

ثانيا: الشروط المتعلقة بالعمل المرتكب:

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

كما يشترط أيضا تناسب الوسائل المستعمل مع جسامة الخطر، وفي هذا الصدد يشترط البعض أن تكون المصلحة المضحى بها أقل من المصلحة المحمية في القيمة (حياة امرأة أو طفل أفضل من ملكية خبزة واحدة).

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

أما إذا كانت المصلحة المضحى بها تعلى على المصلحة المحمية في القيمة (القتل من أجل الحفاظ على المال) ففي هذا الفرض لا يجوز اللجوء لواحدة من الأخيرة متى تيسر الإفلات من الخطر بواحدة من الأولى، فإذا أوشكت سفينة على الغرق يلقى ما بها من البضائع أولا.

[1] أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص130

بعد أن تطرقنا لشروط حالة الضرورة نتطرق فيما يلي للآثار التي ترتبها حالة الضرورة وهي في الحقيقة لا ترتب أثارها إلا اذا تم أثباتها وإثباتها يتم من خلال من يدفع بها والدفع بتوافر حالة الضرورة من النظام العام وهذا ما سنفصله في ما يلي:

الفرعالثالث: أثار حالة الضرورة

تختلف أثار حالة الضرورة من المسؤولية الجزائية إلىالمسؤولية المدنية ،كما أنها تختلف بحسب ما اذا توافرت هذه الشرط كاملة أو اختل أحدها وهذا ما سنتطرقإليه فيما يلي:

أولا: على مستوى المسؤولية الجزائية:

تتفق الأنظمة القانونية التي أخذت بحالة الضرورة على أن توافر حالة الضرورة يؤدي إلى عدم العقاب على العمل المرتكب، سواء كان ذلك على أساس انعدام الجريمة (بالنسبة لأنظمة القانونية التي تعتبر حالة الضرورة سببا للإباحة) أو على أساس انعدام الخطأ.

(بالنسبة للأنظمة القانونية التي تعتبر حالة الضرورة مانعا للمسؤولية كما في قانون العقوبات الفرنسي لسنة 1992).

مادام العمل المركب من قبل من هو في حالة ضرورة لا يشكل خطأ، فالأصل أن لا يسأل مرتكبه مدنيا.[1]

ثانيا: على مستوى المسؤولية المدنية:

حيث أن الفاعل حينما يباشر أحد أسباب الإباحة يبدو وكأنه يمارس حقا من حقوقه حيثلا يعاقب بأي عقوبة جنائية لانتقاء الإجرامية ولأن الفعل أصبح مباحا وبالتالي لا يوقع عليه أي شكل من أشكال العقوبات المدنية المتمثلة بالتعويض.

بمعنى أن أسباب الإباحة أذ ما توافرت وقامت جميع شروطها التي يتطلبها القانون فإنها كما هو الحال بالنسبة للمسؤولية الجنائية تحول دون تحميل الفاعل المسؤولية المدنية

[1] أحسن بوسقيعة،المرجع السابق، ص130-131

(للتعويض)، حيث إن فرض التعويض يكون إما جبرا للضرورة أو محاولة لمحو الآثار أو النتائج الضارة من الفعل ولما كانت أسباب الإباحة أفعالا وحقوقا مشروعة قانونا مبرر عندها للتعويض.[1]

تقتضي الجريمة وجود الجاني والمجني عليه وغالبا ما تقع الجريمة خلافا لإرادة هذا الأخير ودون علمه المسبق بها ، وعليه يبدو غريبا أن يطرح رضا المجني عليه كسبب للإباحة إلا أن الواقع يثبت وجود حالات يوافق المجني فيها على أن يتحمل نتائج الجريمة أو يكون محلا لها .وهذا ما سنقوم بدراسته في هذا المطلب كآتي:

المطلب الثاني: رضا المجني عليه

لكل جريمة عادةً مجني عليه يحميه القانون غير أنه في بعض الحالات قد يكون المجني عليه راضيا بوقوع الجريمة على حقه، فالمريض قد يوافق على أن يقتل ومن أجل ذلك قد يترجى قاتله ليتخلص من آلامه ومرضه، لم يتضمن التشريع الجزائري نصا يعرف رضا المجني عليه ولا أثره في المسؤولية الجنائية، وقد استقر الفقه والقضاء على اعتبار رضا المجني عليه سببا من أسباب الإباحة إلا أن مبدأ الشرعية يجيز التفسير الواسع للنص الجزائي والقياس ومن ثم يمكن إضافة رضا المجني عليه، ومن ناحية أخرى نلاحظ أن المشرع الجزائري نص على رضا المجني عليه في العديد من الحالات بصورة ضمنية على تأثير رضاه في جريمة ما ولتحديد أثره على قيام الجريمة يجب تحديد شروطه وضبطها وكل ذلك سنعرضه بشيء من التفصيل فيما يلي:

سواء كان رضا المجني عللليه أثر على أركان الجريمة أو باعتباره أحد عناصر بعض أسباب الإباحة، فيجب أن تتوفر فيه الشروط التالية حتى يترتب أثره.

[1] حسن عبد الحليم العبد اللات، المرجع السابق، ص210

الفرع الأول: شروط رضا المجني عليه

الأصل أن رضا المجني عليه لا أثر له على المسؤولية الجزائية وهذا اعتبار إلى كون القانون الجزائي من النظام العام ومن ثم فلا يجوز للمجني عليه أن يعطل تطبيقه بإرادته، وهكذا فان رضا المجني عليه لا يؤثر في الجرائم الماسة بالحياة والصحة وسلامة الجسم كالقتل والضرب والجروح العمدية. فلا أثر لرضا المجني عليه على تجريم فعل الطبيب الذي ينهي ألم مريض ميؤوس شفاؤه.[1]

وفي هذا السياق حرم المشرع الجزائري خلافا للمشرع الفرنسي مساعدة الغير على الانتحار (م 273 قانون العقوبات) و(م 309 على الإجهاض[2]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 الموت وإذا طلب منه ذلك، وهكذا صادق البرلمان الهولندي في 28-11-2000 على مشروع قانون يبيح القتل إشفاقا، وهكذا فان رضا المجني عليه لا يؤثر في الجرائم الماسة بالحياء.[3] الصحة وسلامة الجسم (القتل والضرب والجروح العمدية)، وكذلك لا أثر لرضا المجني عليه في الجرائم ضد الأموال بل أنه يؤدي أحيانا الى تجريم فعل المجني عليه كما هو الحال في جرائم الشركات بالنسبة للمجني عليه الذي يعلم أن الشيك بدون رصيد ويقبله (م 2/374 قانون العقوبات)[4] وتطبق على المجني عليه نفس العقوبات المقررة للجاني

أما الجرائم التي يكون رضا المجني عليه فيها متوافر فيها فتنفي الصفة الغير مشروعة فيها مثل الرضابالمساس بالحقوق المالية لا عقاب على جرائم السرقة والنصب والخيانة الأمانة أو اتلاف المنقولات متى كان صاحب الحق قد رضي بتسليم ماله أو رضي بإتلاف ممتلكاته.

---

[1] أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص132.

[2]أنظر المادة، 273، 309 من قانون العقوبات الجزائري المرجع السابق، ص102 121

[3]لا يعتد برضا المجني عليه سببا للإباحة في جريمة هتك العرض برضا المجني عليه الذي صدر عنه ولم يكتمل 16 سنة لكن صدرت عنه دون وعي أو اختيار

[4]انظر المادة 2/374 من قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق، ص 121

توجد حالات يكون فيها لرضا المجني عليه أثر في قيام الجريمة فيما يلي: فتارة يعدم ركنا من أركان الجريمة وتارة أخرى يشكل رضا المجني عليه مبررا ناتجا عن رخصة ضمنية من القانون والعرف وهذا ما سنعرضه فيما يلي:

الفرع الثاني: آثار رضا المجني عليه:

من الجرائم ما يلزم لقيامها عدم رضا المجني عليه عن الفعل وهي الجرائم التي يكون فيها عدم رضا المجني عليه ركنا من أركان الجريمة، فلا ترتكب جريمة انتهاك حرمة منزل إذا كان الدخول إلى المنزل برضا صاحبه ولا تقوم جريمة الاغتصاب (هتك العرض) ولا الفعل المخل بالحياء على من تجاوز سن السادسة عشر (16) إذا حصل كل منهما برضاء المجني عليه ولا تقوم جريمة السرقة إذا استلم الجاني الشيء من المجني عليه بإرادته.

غير أن رضا المجني عليه في هذه الجرائم وأمثالها لا يعد سببا من أسباب الإباحة.[1]

ويترتب أحيانا على رضا المجني عليه إفلات الجني من العقوبة فيشكل بذلك فعلا مبررا مؤسسا على رخصة ضمنية من القانون فبمقتضى ترخيص القانون لا يتابع من أجل القتل العمد أو الضرب والجروح العمدية، الطبيب الجراح الذي يقتل المريض أو يحدث له عجزا دائما إثر إجرائه عملية جراحية ولا يسأل جزائيا ولا مدنيا عن فعله هذا.[2]

ويشترط لإباحة العمل علاوة على رضا المجني المريض بالعلاج:

- أن يكون من أجراه مرخصا قانونا بإجرائه
- أن يكون يقصد العلاج وليس بقصد التجربة العلمية أو لغرض مخالف للنظام العام أو مناف للآداب العامة في حالة منع الإنجاب، وبمقتضى ترخيص ضمني من القانون يباح الضرب.

والجرح العمدية التي تحصل أثناء ممارسة الألعاب الرياضية العنيفة مثل: الملاكمة والمصارعة اليابانية.

---

[1] أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص133.

[2] المرجعنفسه، ص133-134.

ويشترط لذلك مراعاة الحدود المقررة في اللعب ولكل لعبة قواعدها الخاصة التي تقرر الهيئات المشرفة على الألعاب الرياضية، ففي الملاكمة مثلا لا يجوز للملاكم أن يستعمل قفازا آخر غير ذلك المخصص للملاكمة كما لا يجوز للاعب أن يضرب خصمه في أسفل بطنه فإذا فعل ذلك كان مسئولا عما يحدث بخصمه من إصابات وفقا للقواعد العامة.

ويثور التساؤل في ضوء التشريع الجزائري حول مدى إباحة حق التأديب الذي أمرته الشريعة الإسلامية للزوج القائم على تربية القاصر، فللزوج وفقا للشريعة الإسلامية حق تأديب زوجته تأديبا خفيفا عن كل معصية لم يرد من شأنها حد مقرر وهذا الحق يبيح الضرب الخفيف، ولكن من يتولى تربية القاصر (الأب إن وجد أو جده أو عمه أو والدته) حق تأديبه وهذا الحق يبيح لمن يقوم بتربية الصغير ضربه للتعليم والتأديب.

والضرب المباح شرعا هو الضرب البسيط الذي لا يحدث كسرا أو جرحا ولا يترك أثرا ولا ينشأ عنه مرض، فإذا تجاوز الضارب هذه الحدود حق عليه العقاب المقرر.

ويكون بعدم الإباحة في القانون الجزائري الذي لا يأخذ بحق التأديب وهذا خلافا للتشريع المصري الذي جعل من حق التأديب سببا من أسباب الإباحة ينص في المادة 60 على أنه: "لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل من ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة..."[1]

ولقد أثار جدل حول المقصود بالشريعة فهل يقصد الشريعة الإسلامية أو القانون؟

وإذ يتفق معظم الفقهاء أن المقصود هنا هو القانون فلا أحد ينازع في كلمة (الشريعة) تشمل الشريعة الإسلامية باعتبارها من قوانين الدولة.

ومع ذلك فقد نصت المادة 7 من قانون العقوبات المصري على ما يأتي:

"لا تخل أحكام هذا القانون في أي حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة في الشريعة الغراء"، وهذه المادة ترفع أي سبب بخصوص تأثير الحقوق التي تقررها الشريعة في أحكام قانون العقوبات، ومن جهة أخرى نصت بعض التشريعات الحديثة على رضا المجني عليه كسبب من أسباب الاباحة في حدود من ذلك أن المادة 5 من القانون الإيطالي تنص على أنه:

[1] أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص133-134.

"لا عقاب على من يعتدي على حق الغير ويجعله في خطر إذا حصل ذلك برضا صاحب الحق وكان من الجائز له التصرف في الحق"

وتشترط التشريعات التي أخذت برضا المجني عليه كسبب من أسباب الاباحة:

1.أن يكون هناك رضا صحيح من صاحب الحق فلا يعتد برضا من ليس أهلا للرضا ولا للرضا المشوب بالغش أو الغلط. والأصل أن يكون الرضا صريحا لا لبس فيه، وقد يكون ضمنيا ولكن يجب التحرز في استنتاجه من الظروف، ويجب أن يقوم الرضا مرحلة التنفيذ إذ لا عبرة برضا المجني عليه السابق أو اللاحق عليها.

2.أن يكون للمجني عليه حرية التصرف في الحق المعتدي عليه، والأمر في ذلك موكول للقاضي وقد يسعفه القانون بنص يخول صاحب الحق التصرف فيه أو يحرمه ذلك وفيما لم يرد بشأنه نص يرجع القاضي إلى أغراض المتوفاة بقاعدة التجريم، فإذا كان الغرض الأول منها هو حماية مصلحة عامة فلا يعتد برضا صاحب المصلحة الخاصة كما في القتل والضرب والجرح، وإذا كانت المصلحة الخاصة في المرتبة الأولى في نظر المشرع فإن رضا المجني عليه يبرر الفعل.[1]

نلخص مما سبق دراسته:

تمثل حالة الضرورة سببا من أسباب الإباحة كون أن المشرع الجزائري ألحقها بها ولكونها سببا موضوعيا يمحو الجريمة وهي حالات لايكون فيها مرتكب الجريمة مكرها على ارتكابها وحالة الضرورة تشترط أن يجد الشخص نفسه أمام خطر حال أو على وشك الوقوع يهدده في شخص أو في ماله أو على وشك الوقوع يهدده في شخصه أو شخص غيره كما في حالة الدفاع الشرعي لكن الاستثناء هنا أن في حالة الضرورة لا يشترط جسامة الخطر على العكس الدفاع الشرعي الذي لا يشترط أن يكون الاعتداء جسيما وكذالك أن يكون الخطر يهدد الشخص في نفسه أو في ماله ، أما اذا كان إلى الغير نفسه أو في ماله أما اذا كان إلى الغير نفسه أو في ماله ، أما اذا كان إلى الغير فلا يؤخذ إلا بالخطر الذي يهدده ف الشخص أما بالنسبة لرضا المجني عليه في بعض الحالات يكون المجني عليه

[1] عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 223

راضيا بوقوع أو الجريمة على حقه، فلا يؤثر رضا المجني عليه في الجرائم الماسة بالحياة والصحة وسلامة الجسم كالقتل والضرب والجروح العمدية

باستثناء التي عليه من تجريم فعل طبيب الذي ينهي ألم ميؤوس من شفائه فالمشرع جرم مساعدة الغير على الانتحار أو الإجهاض بخلاف المشرع الفرنسي ، باستثناء الحالات التي يكون فيه رضا المجني عليه أثر في قيام الجريمة فيمثله أن يعم ركنا من أركان الجريمة أو أن يشكل رخصة ضمنية من القانون وهي الجرائم التي يكون عدم الرضا المجني ركنا من أركان الجريمة غير أن رضا المجني عليه في هذه الجرائم وأمثالها لا يعد سببا من أسباب الإباحة.

الخاتمة

سن المشرع قوانين تعاقب المجرم عن فعلته وقد تعددت صفات وأنواع هذا العقاب مما يمكن أن يشمل كل ما هو أجرامي إلا أنه هناك بعض الأفعال التي لم ترد بها عقوبة مع العلم أن طابعها ومضمونها إجرامي إلا أن المشرع قد استثناها وأفراد لها نصا خاصا ، وعلة إباحة هذه الأفعال الذي يضفي عليها نص التجريم صفة عدم المشروعية هي انتفاء علة تجريم هذه الأفعال إذا ما ارتكبت في ظروف معينة، وأن يقرر القانون مشروعية هذه الأفعال بعد ما انتفت العلة التي بررت إضفاء صفة عدم المشروعية وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري على سبيل الحصر في المادة 39 و40 من قانون العقوبات وهي حالات ما أمر به القانون و مأذن به القانون وحالة الدفاع المشروع وهي الحالات تخرجالأفعال من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة وتوصلنا إلى الإجابة عن الإشكالية الرئيسية لبحثنا من خلال مايلي:

-ان طبيعة أسباب الإباحة وأساسها القانوني قد أدى بالمشرع إلى اتخاذها ضمن السياسة الجنائية التي يتبعها لتحقيق ضمان مصالح وأمن المجتمع ويترتب على توافر سبب من أسباب التبرير في الفعل المرتكب إخراجه من نص التجريم فيصبح مشروعا وعندئذ ينفذ الركن الشرعي للجريمة

-ان أسباب الإباحة تكمن في الحالات التي نص عليها المشرع على سبيل الحصر في المادة 39 و 40 من قانون العقوبات حيث استخلصنا أن المادة 39 على أن لا جريمة اذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون وأذن القانون هو ترخيص القانون لصاحب الحق في استعماله وأمر القانون هو أداء واجب وهو ما صدر أمرا من قبل القانون.

-أما المادة 40 حيث فصلنا فيها من خلال دراستنا للدفاع الشرعي حيث يفترض فيه وجود فعل دفاع واعتداء ولكن المشرع قد وضع له بعض الشروط فتنص الفقرة الأولى

من المادة 40 على أنه يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع الشرعي القتل والضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة شخص أو سلامة جسمه أو لمنع تسلق الحواجز أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منها أثناء اليل، فهذه الفقرة من نص المادة تتيح استعمال جميع الطرق لمقاومة المعتدي كالضرب والجرح أو حتى القتل أن اقتضى الأمر ذالك ويكون حق الدفاع وارد في هذه الحالة سواء تعلق الأمر بالجرائم المرتكبة على النفس أو المال لكن هذه الإباحة ليست مطلقة بل مقرونة بالشروط وضرورة أن يكون الفعل متناسبا مع جسامة الخطر فإذا وجدت وسيلة أخرى لتفادي الخطر الذي يهدده كانت أقل جسامة من القتل بتحطيم السلاح الذي يستعمله أو حبسه للوقت اللازم للاستعانة بالسلطات أو ضربه إلى أن يغمى عليه مع هذا لجأ إلى القتل وأعتبرهذا تجاوزا لحق الدفاع ويكون مرتكبه مسؤولا جنائيا

– لم يذكر المشرع الجزائري كلمة خطر في المادتين 39 و40 ومع هذا فلا بد من توافر عنصر الخطر سواء كان هذا الخطر ايجابيا أم سلبيا بل لو كان الخطر وهميا مادام المدافع قد تصوره على أسباب معقولة ولا يشترط في الخطر قدر معين من الجسامة على عكس الحال بالنسبة لحالة الضرورة التي تتطلب جسامة الخطر ولابد أن يكون الاعتداء ممكن وليس مستحيل.

–أما بالنسبة للتهديد لا يبيح الدفاع إذا كان قد بدأ فعلا ،وقد يعني شرط أن يكون فعل المدافع لازم للشخص من الخطر ويتحقق شرط الزوم عندما يكون أمام المدافع سبيل سوى الإقدام على ارتكاب أفعال الدفاع بان فعل الدفاع إذا كان لازما كان أمام حالة الدفاع الشرعي.

– فيما يخص حالة الضرورة فان المشرع الجزائري قد ألحقها ضمن أسباب الإباحة لكونها سببا موضوعيا يمحو الجريمة، ويشترط فيها جسامة الخطر على عكس الدفاع

الشرعي أن يكون الاعتداء جسيما، وأن يكون الخطر يهدد الشخص في نفسه أو ماله ، إذا كان إلى الغير فلا يؤخذ إلا بالخطر الذي يهدد في الشخص.

-لا دفاع ضد الدفاع ما لم يتجاوز المدافع حدود دفاعه ويشترط إلا يكون الدفاع مثار من الشخص المدافع .

ونرى من خلال هذا العمل أن المشرع الجزائري وفق نوعا ما في ضمه لأسباب الإباحة ضمن النظرية العامة للجريمة لكنه أعطى لكل هذه الأفعال المبررة شروطا لا يجب تجاوزها وركز على ضرورة توفر تلك الشروط وإلا اعتبرات هذه الأفعال أفعال غير مشروعة وتخرج من مجال التجريم مرة أخرى .

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصـــــادر

1- القـــــران الكـــريـــــــم

2- السنة النبوية

أ/ القواميس

1/ ابن منظور جمال الدين محمد بن المكرم الأنصاري، 630 هـــ-711 هـــ، الجزء الثالث، مجموعة تراثنا، الدار المصرية، للتأليف والترجمة، طبعة مصورة عن طبعة بولاق،

ب/ الموسوعات

2/ مروان محمد ونبيل صقر، الموسوعة القضائية: الدفوع الجوهرية في المواد الجنائية، طبعة 2003.

ج/ الدساتير

1-دستور الجزائر 1996 الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية رقم76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996) معدل بالقانون رقم 02-03 متضمن التعديل الدستوري المؤرخ في 10 ابريل 2002- الجريدة الرسمية رقم 25المؤرخة في 14 ابريل 2002 ،وبالقانون رقم 08-19 متضمن التعديل الدستوري المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 الجريدة الرسمية رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008 والامر رقم 16-01 متضمن التعديل الدستوري المؤرخ في 16 مارس 2016- الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في7 مارس 2016

د/ القوانين والأوامروالتنظيمات

1- الأمر 66-156 المؤرخ في 18صفر عام 1386 الموافق8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، الطبعة الرابعة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2005

2- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9يونيو سنة 19984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

ثانيا: الـــــمـــــراجـــــــع

أ/ الكتب

1/ إبراهيم الشبابي، قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الشركة العالمية للكتاب، الجزائر،

2/ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، دار هومة الجزائر، ط5، 2005.

3/ أحمد فتحي سرور، الوسيط في شرح قانون العقوبات، الجزء الأول، القسم العام، دار النهضة العربية، مصر، 1981.

4/ بارش سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، شرعية التحريم، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2006.

5/ حسن عبد الحليم عبد اللات، حالة الضرورة في قانون العقوبات، ط1 ،2013، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع عمان ، الأردن ،2011.

6/ خلود سامي غزارة أل معجون، النظرية العامة للإباحة، دار الفكر العربي،د.د.ن، د.س.ن، ص12.

7/ رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي،ط4 ، دار الفكر العربي القاهرة ،1979،

8/ رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط3 ، 1997.

9/ السعيد مصطفى، الأحكام العامة في قانون العقوبات، الطبعة الثالثة، دار المعارف، مصر، القاهرة، 1957.

10/ سلطان عبد القادر الشاوي، محمد عبد الله الوريكات، المبادئ العامة في قانون العقوبات، ط1، 2011، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن

11/ سمير عالية، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت–لبنان، ط2 2002.

12/ طلال أبو عفيفة، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1984.

13/ عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات (القسم العام–الجريمة)، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999 .

14/عبد الرؤوف مهدي، القواعد العامة لقانون العقوباتط1 ،د.د.ن، د.س.ن، 2008.

15/ عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات، القسم العام، دار هومة الجزائر،2010.

16/ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء1، مؤسسة الرسالة.

17/عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول، النظرية العامة للجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998

18/ عبد الوهاب حوصد، المفصل في شرح قانون المحتويات، القسم العام، المطبعة الجديدة دمشق.

19/ علي عبد القادر قهوجي، قانون العقوبات، القسم العام، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، 2000.

20/ علي محمد جعفر، قانون العقوبات، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت، 1995.

21/ فخري عبد الرزاق الحديثي، خالد حميدي الزيعي،شرح قانون العقوبات،القسم العام، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع،الأردن، 2009.

22/ مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات القسم العام، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1990.

23/ كامل السعيد، الأحكام العامة للجريمة، في قانون العقوبات الأردني، دراسات تحليلية مقارنة، ط1، المؤسسة الصحفية الأردنية، الرأي، عمان،

24/ مصطفى العوجي ، القانون الجنائي العام، الجزء الأول ، النظرية العامة للجريمة مع مقدمة في القانون الجنائي ،مؤسسة نوفل ، بيروت، 1984.

25/ محمد الفاضل، المبادئ العامة في قانون العقوبات، الطبعة الثالثة، مطبوعات جامعة دمشق، دمشق، 1969.

26/ محمد سلام مذكور، مباحث الحكم عند الأصوليين، الحكم التخييري أو النظرية العامة للإباحة عند الأصوليين والفقهاء الجزء الأول، 1963.

27/ محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري،القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة الثانية، 1990.

28/ محمد علي سالم عياد الحلبي ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع 2007.

29/ محمودمحمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة العاشرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983.

30/ محمود نجيب حسني،شرح قانون العقوباتالبناني، القسم العام، دار ألنقري للطباعة، ط1 ، 1975.

ب/ المقالات العلمية:

عبد القادر أحنوت، مقالة" بعنوان ،دفع الصائل في الشريعة الإسلامية "، أحكامه وشروطه، مجلة البيان 2011 .www. albayan. com 26-02-2017 52: 12

فهرس المحتويات

المحتويات	الصفحة
مقدمة	أ-ج
الفصل الأول: ماهية أسباب الإباحة	
المبحث الأول: مفهوم أسباب الإباحة	05
المطلب الأول: تعريف اللغوي الاصطلاحي والفقهي لأسباب الإباحة	05
الفرع الأول: التعريف اللغوي	05
الفرع الثاني: التعريف الاصطلاح	06
الفرع الثالث: التعريف الفقهي	06
المطلب الثاني: التمييز بين أسباب الإباحة والحالات المشابهة لها	08
الفرع الأول: الفرق بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية	08
الفرع الثاني: الفرق بين أسباب الإباحة وموانع العقاب	08
المطلب الثالث: الطبيعة القانونية لأسباب الإباحة	10
الفرع الأول: من حيث عناصرها	10
الفرع الثاني: من حيث أثارها	10
المبحث الثاني: الأساس القانوني لأسباب الإباحة وأثرها	12
المطلب الأول: الأساس القانوني لأسباب الإباحة	12
الفرع الأول: انتفاء القصد الجنائي	12
الفرع الثاني: شرف الباعث	13
الفرع الثالث: استعمال الحق	14
المطلب الثاني: أثار أسباب الإباحة	15
الفرع الثاني: الجهل في الإباحة	15

الفرع الثالث: الغلط في الإباحة	16
المطلب الثالث: مصادر أسباب الاباحة	17
الفصل الثاني: الأسباب النسبية الإباحة	
المبحث الأول: تنفيذ ما أذن به القانون	22
المطلب الأول: أذن القانون واستعمال الحق	22
الفرع الأول: أساس الاباحة في استعمال الحق	22
الفرع الثاني: الشروط العامة في استعمال الحق	22
الفرع الثالث :أهم تطبيقات استعمال الحق	24
المبحثالثاني:تنفيذ ما أمر به القانون	31
المطلب الثاني :أمر القانون وأداء الواجب	31
الفرع الأول: التنفيذ المباشر لأمر القانون	31
الفرع الثاني: تنفيذ أمر شرعي	32
الفرع الثالث : تنفيذ أمر غير شرعي	35
الفصل الثالث: الأسباب المطلقة للإباحة	
المبحث الأول: الدفاع المشروع	38
المطلب الأول: تعريف الدفاع المشروع	39
الفرع الأول: أساس الدفاع المشروع	40
الفرع الثاني: طبيعة الدفاع المشروع	42
المطلب الثاني: شروط تحقيقه	43
الفرع الأول: شروط الاعتداء	43
الفرع الثاني: شروط الدفاع	46
الفرع الثالث : أثار الدفاع المشروع	50
الفرع الرابع: حكم تجاوز الدفاع المشروع	51

المبحث الثاني: حالة الضرورة و رضا المجني عليه	55
المطلب الأول: حالة الضرورة	56
الفرع الأول : مفهوم حالة الضرورة	56
الفرع الثاني : شروط حالة الضرورة	62
الفرع الثالث : أثار حالة الضرورة	64
المطلب الثاني: رضا المجني عليه	65
الفرع الأول :شروط رضا المجني عليه	65
الفرع الثاني :أثار رضا المجني عليه	67
الخاتمة	71
قائمة المراجع	75
الفهرس المحتويات	80

ملخص المذكرة:

تتجلى أهمية هذا البحث في دراسة أسباب الإباحة وكيف عالجها المشرع الجزائري في قانون العقوبات وإعطاء أهمية لهذه الأسباب حيث أورد هذه الأسباب في نص خاص بها ضمن الجزء الخاص بالمبادئ العامة وتنقسم أسباب الإباحة إلى أسباب خاصة وأسباب عامة فالأسباب الخاصة تمثل مآذن وأمر به القانون أما العامة فتمثل فالدفاع المشروع وحالة الضرورة بالرغم من أن المشرع الجزائري ألحقها بأسباب الإباحة أما بالنسبة لرضا المجني عليه فلم يتضمن التشريع الجزائري نصا يعرف رضاالمجني عليه ولا أثره على المسؤولية بينما التشريعات العربية والمقارنة أخذت به ضمنيا في بعض الجرائم كسبب من أسباب الإباحة .