الدفع بوجود سبب من أسباب الإباحة أمام القضاء الجزائري

Defense that there is a reason for legalization before the Algerian judiciary

محدة فتحي*
جامعة محمد خيضر بسكرة
mehdafathi@gmail.com

تاريخ الإرسال:03/18 / 2022* تاريخ القبول:06/05/ 2022* تاريخ النشر: 2022/06/14

ملخص :

الركن الشرعي هو نص التجريم الواجب التطبيق على الفعل ، وهو أحد أركان الجريمة ، ويعتبر صفة غير مشروعة للفعل المادي يندمج به وليس له وجود مستقل ، إلا أن توافر الركن الشرعي مقرون دائما بعدم وجود أي سبب من أسباب الإباحة التي تعيد الفعل مرة ثانية وتخرجه من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة ، وأسباب الإباحة وفق ماذهب إليه المشرع وحدده بنصوص قانون العقوبات هي الدفاع الشرعي وأمر القانون وإذن القانون ، فالهدف من هذه الدراسة هن النظر بصورة عملية في كيفية تأثير هذه الأسباب على الركن الشرعي فتهدمه ، وذلك عن طريق تحليل كل سبب وبيان درجة تأثيره وكيفية إثارته والشروط اللازمة لذلك في صورة دفع موضوعي مؤثر ومنتج مرتبا الحكم بالبراءة ، لذلك سأحلل المواد الواردة في قانون العقوبات والتي نصت على أسباب الإباحة ، ثم أوضح كيفية الإستشهاد بهذه المواد عن طريق إثارتها بصورة دفوع موضوعية مستخدما قانون الإجراءات الجزائية ، مستشهدا ببعض القرارات والإجتهادات القضائية حتى أضفي الجانب العملي على الدراسة وأبين أثر هذه الدفوع على الدعوى الجزائية .

الكلمات المفتاحية :1 الدفع ،2 الدفاع الشرعي ،3 أمر القانون ،4 إذن القانون ،5 النظام العام .

***Abstract** : The legal pillar is the text of the criminalization that is applicable to the act, and it is one of the pillars of the crime, and it is considered an illegal attribute of the material act that merges with it and does not have an independent existence. Criminalization to the circle of permissibility, and the reasons for permissibility according to what the legislator went to and specified in the provisions of the Penal Code are the legitimate defense, the order of the law and the permission of the law. And how to raise it and the conditions necessary for that in the form of a substantive, effective and productive defense, arranging the verdict of acquittal, so I will analyze the articles contained in the Penal Code that stipulate the reasons for permissibility, and then explain how to cite these articles by raising them in an objective manner using the Code of Criminal Procedure, citing some decisions and jurisprudence In order to add the practical aspect to the study and show the impact of these defenses on the criminal case.*

key words :

* **محدة فتحي ، أستاذ محاضر أ ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة .**

1Defense,2 legitimate defense,3 order of law,4 authorization of law,5 public order.

مقدمة :

يرى أغلب الفقهاء بأن أسباب الإباحة هي قيود على نص التجريم فتعطل مفعوله فتخرج بذلك الفعل من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة 1، فالفرد يرتكب فعلا هو في حقيقته جريمة ومع ذلك فالقانون لا يعتبره كذلك مثال ذلك نجد أن القانون يجرم القتل أو الضرب أو الجرح ويعاقب عليه إلا أنه يبيح القتل والضرب والجرح ولكن تحت شروط معينة إما دفاعا عن النفس أو المال أونفس الغير أو مال الغير.

فأسباب الإباحة تهدم الركن الشرعي للجريمة فتنتفي بذلك الجريمة ويصبح السلوك الذي كان مجرما سلوكا مباحا .

وتطبيقا لقاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون2 فإن أسباب الإباحة هي استثناء من إستثناء، فالإستثناء الأول هو تجريم الأفعال لأن الأصل فيها هو الإباحة، والثاني هو استثناء بعض الأفعال المجرمة وعدم العقاب عليها لمصلحة هي أقوى من المصلحة التي تقرر من أجلها العقاب .

فأسباب الإباحة هي أسباب موضوعية تلحق بالواقعة الجرميّة فتزيل عنها وصف الجريمة، وهي بالتالي تختلف عن موانع المسؤولية المتعلقة بشخص الفاعل 3، وعلى هذا فإن أسباب الإباحة تمتد إلى كل المساهمين في ارتكاب الفعل سواء كانوا فاعلين أصليين أم شركاء.

وقد نصت أغلب التشريعات على أسباب الإباحة في قوانينها ومنها المشرع الجزائري في قانون العقوبات، لذلك فهناك من يرى بأن أسباب الإباحة واردة على سبيل الحصر لورود النص الذي يتولى تنظيمها , إلا أن ذلك لايحول دون لجوء القاضي لتفسير نصوص أسباب الإباحة عن طريق اللجوء إلى القياس أو العرف فهي بذلك – أي أسباب الإباحة – لا حصر لها لارتباطها بالوقائع المختلفة لكل زمان ومكان .

إذا فأسباب الإباحة ترد على الفعل المجرم وتزيل عنه هذه الصفة الإجرامية، وبزوال الصفة الإجرامية يحكم بموجبها بالبراءة لعدم توفر الركن الشرعي للجريمة، فالدفع بهذه الأسباب يؤدي مباشرة إلى عدم العقاب والتصريح بالبراءة، فهو من الدفوع التي تتطلب تحقيقا في الموضوع للتأكد من صحتّها، وعلى المتهم التمسك به لتأثيره المباشر في سير الدعوى وذلك بعدم توقيع العقاب عليه .

وقد نص المشرع الجزائري على أسباب الإباحة بموجب نص المادة 39 من قانون العقوبات وبالتالي يمكن استنباط الدفوع المتعلقة بأسباب الإباحة من نص المادة وهي على التوالي :

_ الدفع بتوافر الدفاع الشرعي كأن يدفع المتهم بأن جريمة القتل المرتكبة من طرفه كانت بسبب قيام الضحية بمحاولة الإعتداء عليه بالسكين .

---

1 فكرة الإباحة في الشريعة الإسلامية هي نفسها في القانون الفرنسي والقانون الإنجليزي رغم اختلافهم في السند أو المصدر الذي أقرها ؛ عثمان سعيد عثمان, سنة 1968 , إستعمال الحق كسبب للإباحة , رسالة دكتوراه , إشراف محمود نجيب حسني , جامعة القاهرة, ص 303 .

2 وفقا لما نص عليه المشرع الجزائري وانفرد بلفظ "قانون" عوضا على لفظ " نص" في نص المادة الأولى من قانون العقوبات.

3 وقد ذهبت المحكمة العليا من خلال القرار رقم306921 الصادر في 2003/04/29 إلى أنها أي المحكمة العليا قد أخلطت بين أسباب الإباحة والأعذار المعفية فالأخيرة تعفي من العقاب ولا تمحوا الجريمة ولا تنفي المسؤولية عن فاعلها عكس الأفعال المبرّرة يترتب عنها إخلاء ساحة المتهم من المتابعة تطبيقا لمبدأ الشرعية لبتي كرسها الدستور في المادة 45 . اجتهاد وارد في قانون العقوبات , 2010-2011, طبعة خاصة , برتي للنشر , الجزائر , ص 118 .

_ الدفع بتنفيذ أمر القانون كأن يدفع الطبيب بوجود مرض معدي في إحدى العائلات ولايعتبر ذلك جريمة إفشاء السر المهني .

_ الدفع بوجود إذن القانون كأن يدفع الملاكم بأن سبب وفاة خصمه كانت داخل الحلبة في إطار ما أذن له القانون من ممارسة لعبة الملاكمة .

وعلى ذلك فإن الهدف من هذه الدراسة ليس تصفح وترتيب أسباب الإباحة، وإنما البحث في اكتفاء المتهم بإثارة الدفع أمام القضاء أم أن هناك شروط وأسس يجب التمسك بها حتى يكون الدفع منتجا في الدعوى ؟

وللبحث في هذا الإشكال سأعتمد على المنهج التحليلي بصورة كبيرة في تحليل النصوص والأحكام والقرارات والآراء، مع الإستعانة في بعض الأحيان بالمنهج المقارن وذلك للمقارنة بينها .

وتقسيم الدراسة سيكون ثلاثيا على أساس عدد أسباب الإباحة، إلى الدفع بتوافر الدفاع الشرعي في مبحث أول ، والدفع بتنفيذ أمر القانون ، والدفع بوجود إذن القانون في المبحثين الآخرين .

المبحث الأول : الدفع بتوافر الدفاع الشرعي

حق الدفاع الشرعي هو حق شخصي بحت وقد وجد هذا الحق قبل وجود الدولة1 وهو يشكل الحد الأدنى من الحقوق العامة للأفراد، فهناك توافق بينه وبين مساندة الدولة في أداء وظيفتها2 .

إلا أن ظهور الدولة وتكفلها بالجانب الأمني بين الأفراد جعل من هذا الحق حق لها أي للدولة بعد أن كان حقا للأفراد، وقد رخصت للأفراد إمكانية استخدام الدفاع الشرعي تحت شروط محددة، وبالتالي يُثار الجدل حول كون الدفاع الشرعي حق مكتسب أم أنه رخصة من طرف الدولة .

والمغزى من القول أن الدفاع الشرعي هو حق 3 للدولة وللأفراد، إلى أنه يدخل ضمن وظائف الدولة أولا عن طريق توفير الأمن ، وفي حالة عدم تمكن هذه الأخيرة من ذلك يحق للأفراد رد أي اعتداء على النفس أو المال، وغالبا ما نوقش هذا الحق في القانون الدولي 4 .

فالحكمة من هذا الحق أن يحمي الإنسان نفسه من الخطر الفوري في وضع لا يسمح للسلطات بالتدخل للحماية، فلا يعقل أن يتعرض الإنسان لخطر الإعتداء على الحياة أو المال قد يؤدي هذا الإعتداء بحياته أو ماله وينتظر حتى يبلغ السلطات بذلك، فلا مناص من الرّد الفوري لدرء الإعتداء5 .

---

1 فقد عرف هذا الحق منذ أيام الرومان , فكان سببا من أسباب امتناع المسؤوليّتين الجزائية والمدنية ثم انتقل إلى التشريع الفرنسي القديم بوصفه سببا مانعا للعقاب في بعض الأحيان عند الحصول على خطاب بالغفران , وفي أول تشريع للثورة الفرنسية أصبح سببا من أسباب الإباحة ؛ رؤوف عبيد , سنة 1966, مباديء القسم العام من التشريع العقابي , الطبعة الثالثة , دار الفكر العربي, ص443.

2 خلود سامي عزارة آل معجون , 1984, النظرية العامة للإباحة , رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه , إشراف الدكتورة فوزية عبد الستار , جامعة القاهرة , ص288 .

3 حق الدفاع الشرعي من الحقوق التي لا تحتاج إلى تحقق صفة خاصة في الإنسان لأنه من الحقوق التي تتقرر لكافة الأفراد دون اقتضاء وجود أي شرط معين , على عكس باقي أسباب الإباحة الأخرى كحق التأديب الذي يشترط وجود صفة الزوج وحق ممارسة الأعمال الطبية يشترط صفة الطبيب , وبذلك تتجلى التفرقة بين الواقعة التي تنشيء الحق وتكون سببا لقيامه وبين صلاحية وأهلية الشخص لكسب الحق ؛ عثمان سعيد عثمان , المرجع السابق, ص 188 و189

4 Batya sierpiski , La legitime defense en droit international , page 79 .

5 محمد علي السالم عباد الحلبي , 2007, شرح قانون العقوبات القسم العام , الطبعة الأولى, دار الثقافة للنشر والتوزيع , الأردن, ص114 .

والدفاع الشرعي هو سبب من أسباب الإباحة يسري في كل الجرائم التي تقع دفعا للخطر، وليس الهدف منه تخويل المعتدى عليه سلطة توقيع العقاب على المعتدي أو الإنتقام منه وإنما هدفه مجرد منع ارتكاب الجرائم أو منع التمادي فيها بمواصلة الإعتداء1.

وباعتبار الدفاع الشرعي من الدفوع الموضوعية التي يمكن أن تثار أمام قاضي الموضوع سنتولى تعريف الدفع بتوافره وبيان شروطه ومدى تعلقه بالنظام العام .

المطلب الأول :تعريف الدفع بتوافر الدفاع الشرعي

الدفاع الشرعي هو استعمال القوة اللازمة لدرء خطر حال من جريمة على النفس أو المال عند عدم وجود وسيلة أخرى لصده، وتعذر الإلتجاء إلى السلطات العامة للحيلولة دون الخطر الحال2 .

وعرف أيضا بأنه استعمال القوة اللازمة لصد خطر حال غير مشروع يهدد بالإيذاء حقا يحميه القانون3 .

وقد نص المشرع الجزائري على الدفاع الشرعي كسبب من أسباب الإباحة تحت عنوان الأفعال المبرّرة من خلال نص المادتان 39 و 40 من قانون العقوبات 4 .

ومن خلال نص المادتان يمكن استخلاص القول بأن الدفاع الشرعي هو حق إستعمال القوة اللازمة لرد الإعتداء الحال لمصلحة المدافع عن ماله أو نفسه أومال الغير أو نفس الغير5.

والدفاع الشرعي من الأفعال المبررة ترتب إخلاء ساحة المتهم من المتابعة طبقا لمبدأ الشرعية عكس الأعذار المعفية التي تعفي من العقوبة ولا تمحو الجريمة ولا تنفي المسؤولية عن فاعلها6 .

أما الدفع بتوافر الدفاع الشرعي هو من الدفوع الموضوعية لأنه يتطلب تحقيقا لإثباته، وتدخلا في تصور الوقائع وتقدير الأدلة المقدمة إما إثباتا أو نفيا7 ، فهو من الدفوع المستمدة من قانون العقوبات ومن أكثرها شيوعا شيوعا في الجانب العملي 8 لأنه يعالج الإعتداء على النفس أو المال9 وهي من الحقوق المحمية دستورا لكثرة لكثرة وجود الجريمة في هذا الجانب .

---

1 عدلي خليل , 2005, الدفوع الجوهرية في المواد الجنائية , مصر, ص10 .

2 أكرم نشأت إبراهيم , بدون سنة نشر, القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن , الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت, ص149 .

3 محمود نجيب حسني , سنة 1989, شرح قانون العقوبات القسم العام , دار النهضة العربية , القاهرة , الطبعة السادسة, ص 187 .

4 ونجد كذلك قانون العقوبات الكندي نص على الدفاع الشرعي من خلال المادة 34 منه ؛ code criminal , le ministere de la justice , article 34 .

5 عبد الله سليمان , 1996, شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام , الجزء الأول , ديوان المطبوعات الجامعية, ص129 .

6 المجلة القضائية للمحكمة العليا , العدد الأول , سنة 2003 , ص 398 .

7 رؤوف عبيد , المرجع السابق , ص490 .

8 إيهاب عبد المطلب , 2011, الموسوعة الجنائية الحديثة في الدفوع الجنائية , الجزء الأول , المركز القومي للإصدارات القانونية , القاهرة, ص 398 .

9 أما الشريعة الإسلامية فقد أقرّت الدفاع عن العرض صراحة في حالة الزوج المتلبسة زوجته بالزنا , بالإضافة إلى إقرار هذا الحق للأب والأخ , وفي حالة قتل الزوجة المتلبسة يكون من قبيل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ؛ محمد سيد عبد التواب, 1983, الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة , عالم الكتب , القاهرة , الطبعة الأولى , ص 177 و 178 .

فيرتب الدفع به وفقا للشروط المحددة له إباحة فعل الدفاع، ويستفيد من هذه الإباحة كل من ساهم في فعل الدفاع سواء كانت مساهمته أصلية أم تبعية 1.

وبما أنه من الدفوع الموضوعية فينبغي إثارته أمام محكمة الموضوع حتى تلتزم بالرد عليه وذلك قبل تمام المرافعات إما أمام محكمة أول درجة أو لأول مرة أمام محكمة الإستئناف ولا ينبغي أبدا إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض .

ويمكن إثارته كذلك أمام قاضي التحقيق لأول مرة، والسّكوت عنه في هذه المرحلة لا يمنع إثارته لأول مرة أمام محكمة أول درجة وهي ملزمة بإجابته والرّد عليه إذا تمسك به مثيره .

المطلب الثاني : توافر شروط الدفاع الشرعي القانونية

إن الدفع بتوافر الدفاع الشرعي يتطلب شروطا محددة في فعل الدفاع وشروط متعلقة بالعدوان نأتي إلى بيانها ولو بإيجاز على اعتبار أن أي حكم أو قرار أسس على وجود حالة دفاع شرعي عليه أن يبين شروطه، وقد بينت المحكمة العليا ذلك في قرار لها صادر في 2003/09/23 تحت رقم : 316770 على أن اعتبار المتهم في حالة دفاع شرعي دون مناقشة شروطه مع الاكتفاء بسبب الضرورة الملحة دون تبريرها يجعل من قرار غرفة الاتهام مخالفا للقانون 2، سنتولى توضيح هذه الشروط في الفرعين التاليين :

الفرع الأول : شروط العدوان

ويقصد بها الشروط التي يتطلبها القانون في الخطر الذي يهدد المعتدى عليه، لا في الفعل الذي يصدر عنه هذا الخطر 3، فيقوم الدفاع الشرعي إذا كان هناك فعل يشكل خطرا محتملا على مصلحة يحميها القانون سواء كان هذا الفعل إيجابيا أم سلبيا 4، على أن يكون الخطر حالاً 5 كما نص عليه المشرع الجزائري في المادّة المادّة 39 من قانون العقوبات بقوله : " الضرورة الحالة " ، والخطر الحال هو الخطر وشيك الوقوع المتوقع حدوثه حسب المجرى العادي للأمور ، ويكون كذلك في حالة وقوع الإعتداء و استمراره ، وعدم انتهائه بعد ، كفعل الدفاع الذي يكون في مواجهة السارق الذي لم يتم سرقته بعد وكان قد بدأ فيها .

وقد يكون العدوان أو الخطر حقيقيا كما يمكن أن يكون تصوُّريا ولكن لأسباب جدّية ، فيكتفى أن يكون خطر الإعتداء ماثلا في ذهن المدافع وقت الإعتداء ولو ثبت فيما بعد أن ما تصوّره المدافع منافي للواقع ، بشرط أن يكون التّخوّف مبنيّا على أسباب جدّيّة ، فالتّخوّف من الخطر الحال يكفي للدفاع الشّرعي 6 .

فالخطر يبيح فعل الدفاع إذا وقع على جميع الجرائم الماسة بالنفس كسلامة الجسد أو العرض والشرف أو الماسة بالمال ، وقد جوز القانون أن يدافع عن نفس الغير أو مال الغير .

ويترتب على شروط العدوان عدة نتائج يمكن تلخيصها 7 فيما يلي :

---

1 عبد الحميد الشواربي , 2002, الدفوع الجنائية , منشأة المعارف , الإسكندرية , ص 600 .

2 المجلة القضائية , العدد الأول , سنة 2003 , ص 436 .

3 محمود نجيب حسني , المرجع السابق , ص 186 .

4 فالأصل أن ينشأ الخطر عن فعل إيجابي , ولكن يمكن أن نتصوّر نشوء الخطر عن فعل سلبي عن طريق الإمتناع , كأن تمتنع المرأة عن إرضاع طفلها ليهلك , فيجوز إرغامها على الإرضاع كرد فعل هذا الفعل . محمود نجيب حسني المرجع السابق , ص 187 .

5 حسن ربيع , 2002, شرح قانون العقوبات المصري القسم العام , الكتاب الأول , النظرية العامة للجريمة , مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح , ص 418 .

6 للتّعمق أكثر , رؤوف عبيد , مبادئ القسم العام من التشريع العقابي , المرجع السابق , ص 447 إلى 451 .

7 للتفصيل أكثرأنظر، نفس المرجع , ص 453 .

لا يجوز الدفاع الشرعي لمقاومة التأديب المشروع ، ويجوز إذا تجاوز التأديب حده المناسب .

لا يجوز الدفاع الشرعي لمقاومة فعل الموظف العام في حدود اختصاصه ، ويجوز إذا تجاوز الموظف حدود ما أمره القانون .

لا يجوز الدفاع لدفع فعل صادر من المدافع الأول لأن فعله مباح والدفاع الشرعي يقع على الخطر الحال غير المشروع .

يجوز فعل الدفاع لدرء كل الجرائم المنصوص عليها حتى ولو امتنعت مسؤولية مرتكبها .

الفرع الثاني : شروط فعل الدّفاع

في الأصل أن فعل الدفاع هو جريمة مكتملة الأركان لكن توافر شروط العدوان المبينة آنفا ، يخوّل للمعتدى عليه إستعمال القوة اللازمة لدرء الخطر ، ففعل الدفاع هو الآخر يشترط فيه شرطان أساسيان اللزوم والتناسب 1 .

ويكون فعل الدفاع لازما إذا لم تكن لديه أي وسيلة أخرى مشروعة لرد الخطر سوى استعمال الفعل الذي يعد جريمة ، مع الإشارة إلى أن القانون لم يلزم الأشخاص أن يكونوا جبناء بمعنى أنه إذا كان للمعتدى عليه إمكانية الهرب عوضا عن فعل الدفاع فلا يسأل أبدا عن استطاعته ذلك من عدمها فالأصل أنه لا يجبر أحد على إتيان فعل يحط من قدره 2 .

ولا يكفي أن يكون فعل الدفاع لازما بل يجب أن يكون متناسبا مع الخطر المحدق أي أن يكون فعل الدفاع بنفس الخطورة التي يتضمنها فعل الخطر ، ويرجع تقدير هذا التناسب إلى قاض الموضوع ، وذلك بحسب الواقعة والظروف المحيطة بها.

وقد أثارت مسألة الدفاع بالوسائل الآلية إشكالا حول اعتبارها كوسيلة من وسائل الدفاع الشرعي ، كوضع الفخاخ في حديقة المنزل أو توصيل التيار الكهربائي إلى الخزانة التي تحتوي على الأموال والمجوهرات ، فقد يبدوا أن هذه الوسائل لا يعتبر الخطر فيها حالا وإنما هو خطر إحتمالي ، لكن في واقع الأمر أن هذه الوسائل أو الآلات لا تعمل إلا إذا بدء فعل الإعتداء ، وبالتالي فيمكن اعتبارها أفعال دفاع بشرط أن يتناسب فعل الإعتداء مع الأذى الذي تتسبب فيه الآلات 3 .

ويدخل كذلك ضمن التناسب عدم الإستمرار في فعل الدفاع بعد زوال الخطر ، ففعل الدفاع يجب أن يتوقف بمجرد تأدية دوره في رد الإعتداء .

فلا نقول أن هناك تناسب بين الإعتداء بالضرب ورد الإعتداء باللّجوء إلى القتل مع إمكانية رد الإعتداء بالضرب .

هذه شروط الدفاع الشرعي أو بمعنى آخر شروط صحّة الدفاع الشرعي وهناك من اعتبر هذه الشروط هي نفسها شروط الدفع بوجود حالة الدفاع الشرعي ، إلا أن هذه الأخيرة تختلف عن الأولى في كون شروط إبداء الدفع بالدفاع الشرعي هي الشروط التي يلزم توافرها في الدفع الموضوعي عموما من وجوب إبدائها أمام محكمة الموضوع وقبل إقفال باب المرافعة والتمسك بها بصورة جديّة وذلك بإلتماس البراءة بعد إبدائها .

---

1 عمر السعيد رمضان , سنة 1995 ، شرح قانون العقوبات القسم العام , الجزء الأول , دار النهضة العربية , القاهرة, ص508 .

2 سليمان عبد المنعم – عوض محمد عوض , سنة 1996, النظرية العامة للقانون الجزائي اللبناني , نظرية الجريمة والمجرم , المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع , بيروت , الطبعة الأولى, ص 176.

3 عمر السعيد رمضان , المرجع السابق , ص 503 .

وحتى يكون الدفع بتوافر الدفاع الشرعي منتجا في الدّعوى وتلتزم المحكمة بالرد عليه إما قبولا أو رفضا عند تسبب الحكم ، يثار هذا الدفع بإحدى الطريقتين1 :

أولا : أن يقدم الدفع بشكل صريح بحيث لا يثير أي التباس حول إثارته ولا نعني بالصراحة وجوب ذكر وجود الدفاع الشرعي بصريح العبارة وإنما يكفي التمسك به وعدم التنازل عنه لا صراحة ولا ضمنا ، فقول المتهم بأنه كان يرد اعتداءً وقع عليه من المجني يفيد التمسك الصريح بالدفع بوجود حالة دفاع شرعي .

ثانيا : إذا لم يقدم الدفع بشكل صريح لكن وقائع الدعوى تؤدي بوجود حالة الدفاع الشرعي فبالرغم من كونه دفع موضوعي إلا أنه من الدفوع الجوهرية ، بحيث يؤدي بالمحكمة إلى البحث في مدى توافره إذا كانت الوقائع وما دار في المرافعات في الجلسة ينبئ بتوافره فتلزم المحكمة بإثارته ولو لم يثره أطراف الدعوى وكان المتهم منكرا لإرتكابه الوقائع ، وذلك يضطرنا إلى التكلم عن مدى تعلق الدفاع الشرعي بالنظام العام لأن الدفوع المتعلقة بالنظام العام تثيرها المحكمة من تلقاء نفسها ولو لم يثرها الخصوم ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا .

المطلب الثالث : تعلق الدفع بتوافر الدفاع الشرعي بالنظام العام

إنّ الدفع بتوافر الدفاع الشرعي هو من الدفوع الموضوعية والتي تتطلب تحقيقا وبحثا في موضوع الدعوى ، ولا يستشف وجودها إلا بعد تمحيص في الوقائع وقد أسلفنا القول بأنه من الدفوع التي يمكن أن تثيرها المحكمة من تلقاء نفسها ولو لم يثرها أطراف الدعوى ، بل لا يمكن للأطراف معارضة المحكمة في هذه الإثارة التلقائية .

لكن الدفع المتعلق بالنظام العام يمكن إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا ، وهي خاصية لا يتمتع بها الدفع بتوافر الدفاع الشرعي على الرغم من جوهرية الدفع وتأثيره في الدعوى ، كما ذهبت إلى ذلك المحكمة العليا حول تأثير الدفاع الشرعي ونقضت الحكم الذي يناقض السؤال الرئيسي المتعلق بالإدانة مع السؤال الخاص المتعلق بحالة الدفاع الشرعي بموجب القرار الصادر في 27 مارس 1990 من الغرفة الجنائية الأولى في الطعن رقم 264901 .

فهو من الدفوع المتعلقة بمصلحة الخصوم والتي لا يمكن إثارتها لأول مرة أمام المحكمة العليا ، وإذا تعرّضت له المحكمة من تلقاء نفسها فلأن التطبيق السليم للقانون وإنزال التكييف الصحيح لكل واقعة يتطلب ذلك3 .

فالدفع بتوافر الدفاع الشرعي هو من الدفوع الجوهرية التي لا تتعلق بالنظام العام4.

المطلب الرابع : رقابة المحكمة العليا على الدّفع بتوافر الدّفاع الشّرعي

البحث في إمكانية تطرق المحكمة العليا إلى مسألة الدفاع الشرعي ككل تقتضي التطرق إلى جانبين اثنين، الجانب الأول متعلق بمدى رقابة المحكمة العليا على موضوع الدفاع الشرعي ، أما الجانب الثاني فمدى رقابتها على الجانب القانوني للدفاع الشرعي ، وسنتولى فيما يلي شرح هذين الجانبين :

---

1 رؤوف عبيد , المرجع السابق , ص490 و 491 .

2 جيلالي بغدادي , 2001, الإجتهاد القضائي في المواد الجزائية , الجزء الثاني , الديوان الوطني للأشغال التربوية , الطبعة الأولى, ص72 .

3 إيهاب عبد المطلب , المرجع السابق , ص 393 .

4 مجدي محمود محب حافظ , 2006, موسوعة الدفوع الجنائية , الجزء الأول , دار العدالة للنشر والتوزيع , القاهرة, ص555 .

الفرع الأول : رقابة المحكمة العليا على موضوع الدفاع الشرعي

سبق القول بأن الدفع بتوافر الدفاع الشرعي هو مسألة موضوعية يخضع تقدير وجودها لقاضي الموضوع1 دون سواه2 في البحث في توافر أركان الدفاع الشرعي من عدمها ، بينما المحكمة العليا هي محكمة قانون لا وقائع فلا يمكنها القول بحصول اعتداء على المتهم بفعل يشكل جريمة على نفسه أو ماله أو عدم حصول ذلك ، وعن لزوم القوة لرد الإعتداء أو عدم لزومها ، وعن إمكانية اللجوء للسلطات قبل القيام بفعل الدفاع ، فكل هذه المسائل تخضع لتقدير محكمة الموضوع3 ، لكن المحكمة ملزمة بتسبيب الحكم الذي يقضي بقبول الدفع بالدفاع الشرعي أو عدم قبول الدفع ، ناهيك عن وجوب التطرق لهذا الدفع كما ذهبت إليه في قرارها الصادر في 29 ماي 1984 بقولها : متى كان من المقرر قانونا أن القرار الذي لم يتصدّى للدفع بتوافر حالة الدفاع الشرعي عن النفس لا بالرفض ولا بالقبول يكون مشوبا بالقصور في التسبيب ومنتهكا لحقوق الدفاع ، ولما كان الثابت أن المتهم الطاعن تمسك بحالة الدفاع الشرعي عن النفس أمام قاضي محكمة الدرجة الأولى وكذلك أمام قضاة المجلس القضائي ، غير أنهم لم يستجيبوا لدفعه لا برفضه ولا بقبوله وقضوا عليه بالإدانة دون تصدّيهم لوسائل دفاعه فإنهم بإغفالهم هذا انتهكوا حق الدفاع وحسن سير العدالة4 ، وبما أن المحكمة ملزمة بتسبيب الحكم وبيان الأسباب والأدلة التي أدت بها إلى إجابة الدفع والأخذ به أو عدم الأخذ ، فرقابة المحكمة العليا تتجلى في البحث حول صحّة الدليل المعتمد من طرف المحكمة في أخذها أو رفضها لوجود حالة الدفاع الشرعي .

الفرع الثاني : رقابة المحكمة العليا على الجانب القانوني للدفاع الشرعي

ذكرنا في مبحث سابق الشروط القانونية للدفاع الشرعي وهي شروط خاصة بالعدوان وشروط خاصة بفعل الدفاع ، فتتولى المحكمة العليا الرقابة على توافر هذه الشروط القانونية في حالة الإستجابة للدفع بوجود الدفاع الشرعي.

وفي حالة عدم الإستجابة للدفع تتولى مراقبة سبب ذلك كأن يطلب قاضي الموضوع في الإعتداء أن يكون جسيما مع أن القانون لايتطلب ذلك ، أو إذا بحث في إمكانية هرب المتهم مع أن القانون لا يلزم الأشخاص أن يكونوا جبناء ، أو أن يتطلب فعل الدفاع أن يكون على النفس دون نفس الغير5 ، ففي هذه الحالة يكون الحكم قد أخطأ في تكييف الواقعة بإضافة شروط أو إنقاص شروط لفعل الدفاع ، فيكون بذلك الحكم المطعون فيه مخالف للقانون بإمكان المحكمة العليا نقضه بناء على نص المادة 500 من قانون الإجراءات الجزائية ، فالمسائل القانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا 6 .

---

1 وقد ذهبت المحكمة العليا إلى القول بأن مسألة الدفاع الشرعي لا يمكن الفصل فيها سوى من طرف جميع أعضاء المحكمة, ويخترق القانون الحكم القاضي بإستبعاد المحلفين للإجابة على السؤال المتعلق بمسألة الدفاع الشرعي , قرار في 6 جانفي 1970 , نشرة القضية 1970 / 1 , ص52 .

2 فالدفع بتوافر حالة من حالات الدفاع الشرعي من الدفوع المتعلقة بمصلحة الخصوم ؛ إيهاب عبد المطلب , المرجع السابق , ص 31 .

3 رؤوف عبيد , المرجع السابق , ص493 .

4 نواصر العايش , ،1991 تقنين العقوبات , مطبعة عمار قرفي , باتنة , ص23 .

5 رؤوف عبيد , المرجع السابق , ص495 و 496 .

6 إيهاب عبد المطلب , المرجع السابق , الجزء الأول , ص 395 .

ومن أمثلة هذه الرقابة القانونية ما ذهبت إليه المحكمة العليا من خلال قرار صادر في 10 نوفمبر 1987 رقم 1005 إلى أن القرار المطعون فيه لم يشخص ضرورة الدفاع المشروع عن النفس وبذلك يكون الوجه المثار في الشأن مؤسس ، وفعلا فمجلس قضاء جيجل لا يذكر في قراره المطعون فيه وجود الخطر المحدق مما يجبر المتهم أن يدافع عن نفسه ولا يكون تصديه هذا متناسبا وجسامة الإعتداء ، وعليه فالوجه مؤسس1 .

المبحث الثاني: الدفع بتنفيذ أمر القانون

إن الحرص على تطبيق مختلف فروع القانون يقتضي من الدولة استخدام موظفين يسهرون على تنفيذ أوامرها حفاظا على توازن المصالح المتعارضة للأفراد ، وقد تصدر هذه الأوامر في شكل أفعال مباحة محدثة إشكالا في تنفيذها ، كما قد تصدر في شكل أفعال يحظر على الأفراد ارتكابها ويجاز لفئة معينة ذلك في إطار الحرص على تطبيق القانون في شكله العام .

كما قد تأمر الدولة ممثلة في سلطاتها بعض الأفراد في ارتكاب أفعال لو أُرتُكبت دون وجود هذا الأمر لشكلت جريمة معاقب عليها ، كما قد يأمر الرئيس حسب التدرّج مرؤُوسه بأداء أعمال لولا وجود هذا الأمر الرئاسي لعوقب مرتكبها ، إلا أن مختلف هذه الأفعال غير معاقب عليها لأنها وبكل بساطة تدخل ضمن تنفيذ أمر القانون .

فالدفع بوجود هذا الأمر ينفي عن الفعل صورته الإجرامية لأنه من غير المعقول أن يأمر القانون بإتيان فعل أو أن يأمر بتنفيذ أمر ثم يعاقب مرتكبه ، لذلك فإن هذا الدفع يعتبر من الدفوع الهامة التي تؤثر في الركن الشرعي للجريمة وتتسبب بهدمه وبالتالي نفي الجريمة لوجود سبب من أسباب الإباحة .

ونظرا لأهمية هذا الدفع سنتولى في هذا المبحث تعريفه وبيان شروط إبدائه مع توضيح مدى تعلقه بالنظام العام .

المطلب الأول : تعريف الدفع بتنفيذ أمر القانون

نص المشرع الجزائري على هذا الدفع ضمن نص المادة 39 من قانون العقوبات على أنه لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر به القانون ، دون وجود أي توضيحات أخرى 2 خاصة ما تعلق منها بأمر القانون وترك بذلك للفقه والقضاء إمكانية تفسير وتقدير الحالات التي تدخل ضمن أمر القانون .

فيدخل ضمن حالات تنفيذ أمر القانون الإستدعاء الذي يوجّه للشاهد للحضور قصد الإدلاء بشهادته ، ولا تعتبر الأقوال التي أدلى بها إفشاءً للسر ، أو سب وشتم إذا حوت هذه الشهادة عبارات جارحة ، كذلك الأمر بالنسبة للطبيب الذي يبلغ عن تفشي مرض معدي لا يعتبر ذلك إفشاء لسر المهنة المعاقب عليه قانونا .

كما قد يكون أمر القانون في شكل أمر من رئيس إلى مرؤوسه 3 فيلزم القانون هذا الأخير إطاعة الأوامر، بل إن عدم الإلتزام بها يشكل جريمة .

---

1 نواصر العايش , المرجع السابق , ص23 و 24 .

2 نبيل صقر , الدفوع الجوهرية وطلبات الدفاع في المواد الجزائية , دار الهدى عين مليلة , الجزائر, ص 278 .

3 ويحكم أمر الرئيس عناصر يجب أن تتوافر فيه وهي وجود العلاقة الوظيفية وان تكون عبارة الامر متضمنة أمرا أو نهيا أو تحذيرا وأن يكون مصدر الأمر مختصا بإصداره وأن يكون متلقي الأمر مختصا بتنفيذه قانونا . للتفصيل أكثر , إسحاق إبراهيم منصور , 1983, ممارسة السلطة وأثرها في قانون العقوبات , ديوان المطبوعات الجامعية , الجزائر , ص 102 .

ومن أمثلة ذلك أن يقوم الموظف 1 بتنفيذ حكم الإعدام ، ولايعتبر هذا التنفيذ جريمة قتل ، كما أن الأمر بتفتيش المنزل الصادر عن وكيل الجمهورية لا يعتبر انتهاكا لحرمة المنزل ، أو تنفيذ الأمر بالقبض من طرف القوة العمومية لا يعتبر إنتهاكا للحريّة الشخصية .

أما الدفع بتنفيذ أمر القانون هو من الدفوع الموضوعية التي تتطلب من قاضي الموضوع البحث في توافرها خاصة أمام عدم تحديد المشرع لهذه الأوامر ، فيبقى تكييف التصرفات على أنها أوامر قانونية أمر متروك لسلطة تقدير قاضي الموضوع ، فيقوم بالبحث و التأكد من صحة هذه الأوامر خاصة إذا صدرت في شكل مكتوب كالأمر بالتفتيش ، والبحث حول مراعات منفذ الأمر للشروط القانونية المرتبطة بتنفيذ الأمر .

فالدفع بتنفيذ أمر القانون هو من الدفوع التي تؤثر في الركن الشرعي للجريمة وتعتبر سببا من أسباب الإباحة نظرا لنص المشرع على أنه لا جريمة تنفيذا لأمر القانون.

ولا يعتبر تنفيذ أمر القانون من الأعذار القانونية بل سبب إباحة ، وليس كما أخطأت فيه المحكمة العليا في اعتبار أن تنفيذ الموظف لأوامر غير قانونية لا يدخل ضمن الأعذار القانونية ، مما يفهم منه العكس أن تنفيذ الموظف لأوامر قانونية يدخل ضمن الأعذار القانونية وهو منافي لما نص عليه المشرع بصريح العبارة في اعتبار أمر القانون سبب من أسباب الإباحة وليس عذر قانوني ، وهذا القرار صادر بتاريخ 30 جوان 1981 في نشرة القضاء لسنة 1989 / 44 ص 99 2 .

المطلب الثاني: شروط الدفع بتنفيذ أمر القانون

الدفع بتنفيذ أمر القانون من الدفوع الموضوعية التي يشترط فيها شروط هي نفس الشروط العامة للدفوع الموضوعية نأتي على بيانها فيما يلي :

الفرع الأول : أن يثار الدفع على وجه ثابت في أوراق الدعوى

حتى ينتج هذا الدفع آثاره المرجوة منه ، ينبغي إثارته أمام محكمة الموضوع حتى تلتزم بالرّد عليه ، فمجرد إثارته أمام قاضي التحقيق لا يلزم محكمة الموضوع بإثارته من تلقاء نفسها .

فلا يمكن للمحكمة العليا الرقابة على وجود أمر القانون إذا لم يثر أمام المحكمة أو المجلس لأول مرة كدرجة ثانية للتقاضي ، فقاضي الموضوع ملزم بالتطرق لهذا الدفع في حالة إثارته كما ذهبت إلى ذلك المحكمة العليا في قرارها رقم 30459 بتاريخ 16 / 10 / 1984 عندما اعتبرت القرار المطعون فيه قاصر في التسبيب كون القضاة فصلوا في الدعوى بالإدانة دون التحقق من مسؤولية الطاعن كونه إدّعى دوما بكونه تلقى تعليمات من رئيسه فنفذها بإعتباره تابعا له3 .

الفرع الثاني : أن يثار الدفع بشكل صريح وجازم

بما أن الدفع بتنفيذ أمر القانون من الدفوع الموضوعية فينبغي أن يتمسك به صاحبه أثناء المرافعات وعند الطلبات الختامية بأن يلتمس صاحبه البراءة لتوفر سبب من أسباب الإباحة وأن لا يتناقض هذا الدفع مع الطلب الختامي حتى يمكن إجابته و الرقابة عليه من المحكمة العليا ، كما يبينه قرار المحكمة العليا المبين في الفرع الأول .

---

1 أما إذا اعتقد الموظف بأن عمله قانوني وقد جاء وفقا لما أمر به وهو في حقيقته غير ذلك , فإن اعتقاده لا يكفي لتكوين سبب للإباحة , لأن هذه الأخيرة _ أسباب الإباحة _ موضوعية تقوم على عناصر تتوافر في الواقع لا على وهم يسيطر على شخص المتهم . محمود نجيب حسني , شرح قانون العقوبات , المرجع السابق , ص 247 .

2 نواصر العايش , المرجع السابق , ص64 .

3 المجلة القضائية , قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا , العدد الأول , 1990 , ص290 .

الفرع الثالث : أن يقدم الدفع قبل إقفال باب المرافعات

كغيره من الدفوع الشكلية والموضوعية فينبغي أن يقدم الدفع بأمر القانون قبل أن يقفل باب المرافعات ووضع القضية للفصل فيها من طرف قاضي الموضوع ، فإقفال باب المرافعة يعني أن المحكمة قد استجمعت صورة كاملة للدّعوى1 ، فهذا لا يعني أنه بعد صدور الحكم لا يمنع المحكوم عليه بعد صيرورة الحكم نهائي أن يقدم طلب بإعادة النظر في الدعوى من جديد وفي الحالات المنصوص عليها في المادة 531 من قانون الإجراءات الجزائية ، كما ذهبت إليه كذلك قرار المحكمة العليا الصادر في 5 يناير 21982 .

الفرع الرابع : يجب أن لا يتنازل عن الدفع صراحة أو ضمنا

يؤدي الدفع بأمر القانون إلى انتفاء الركن الشرعي للجريمة ، فالطلب أو الإلتماس الأخير بعد تمام المرافعات هو براءة المتهم ، فيعدّ تنازلا ضمنيا عن الدفع بوجود أمر القانون طلب أو إلتماس التخفيف كطلب أصلي في الدعوى في حالة مناقشة وجود الأمر أثناء المرافعات .

فهذه صورة من صور التنازل الضمني العديدة والتي تفهم من خلال المرافعات وما دار في الجلسة من أوجه دفاع ، فالتنازل سواء كان صرحا أم ضمنيا يؤدي إلى عدم الأخذ بهذا الدفع وعدم مناقشته من طرف قاض الموضوع .

المطلب الثالث: تعلق الدفع بتنفيذ أمر القانون بالنظام العام

إن الدفع بتنفيذ أمر القانون شأنه شأن سائر أسباب الإباحة في تعلقه بمصلحة الخصوم ، فهو لا يعتبر من الدفوع المتعلقة بالنظام العام 3 ، لأن من شروطه وجوب التمسك به من طرف مبديه ، فالبحث في وجود أمر القانون وعدمه وصحّة هذا الأمر يحتاج إلى الدخول في الموضوع والبحث في مدى إسقاط ذلك على الوقائع المتابع بها ، فعند دفع رجل الأمن بوجود إذن بتفتيش المنزل يحتم على القاضي الدخول في الموضوع والبحث في مدى صحّة هذا الأمر والتأكد من أنه خاص بالمنزل المراد تفتيشه وأنه صادر في التاريخ المحدّد له ، فلا يجوز لرجل الضبطية إستغلال أمر بالتفتيش سابق التاريخ أو خاص بمنزل آخر قصد الإضرار بغريمه .

فلا يمكن إثارة الدفع بوجود أمر القانون لأول مرة أمام المحكمة العليا لما يتطلبه ذلك من بحث في الموضوع كما أسلفنا الذّكر .

المبحث الثالث: الدفع بوجود إذن القانون

إن إباحة بعض الأفعال بعد تجريمها لفئة معينة من الأشخاص إستعمالا لحق مقرر في القانون ضرورة حتمية لتحقيق التوازن بين قواعده ، فلا يعقل أن يقرر القانون بمفهومه الواسع حقا ثم يعاقب على إستعماله 4 ، فحق التأديب من الحقوق المسلم بها كتأديب المعلّم للمتعلّم أو تأديب الأب لإبنه و الزوج لزوجته لما يقرره الشرع والعرف من فائدة نفسية واجتماعية لهذا التأديب ، والحق في الإستطباب حفاظا على سلامة الجسد من المسلمات كذلك فالمساس بجسد المريض من طرف الطبيب عن طريق إجراء العمليات ونزع الأعضاء وزراعتها وبترها

---

1 مجدي محمود محب حافظ , المرجع السابق , ص533 .

2 جيلالي بغدادي , المرجع السابق , ص27 .

3 إيهاب عبد المطلب , المرجع السابق , ص 455 .

4 أحمد شوقي عمر أبوخطرة , سنة 1989 ، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة , النظرية العامة للجريمة , الجزء الأول , دار النهضة العربية , القاهرة, ص 312.

من الأمور والأفعال التي تكون برضا صاحب الجسد ، وما يحدث كذلك من أعمال الضرب والعنف التي قد تؤدي في بعض الأحيان إلى الوفاة كلّها أفعال لا تسبب أي فوضى في المجتمع في حالة حدوثها .

فكل هذه الأفعال وغيرها من الأفعال الأخرى ممكنة الحدوث وبحسب تقبل العرف لها تدخل ضمن حالات سماها المشرع الجزائري بإذن القانون أسوة بالمشرع الفرنسي ، وسماها المشرع المصري بإستعمال الحق ونص عليها كذلك المشرع العراقي في المادة 41 من قانون العقوبات وأطلق عليها كذلك لفظ إستعمال الحق ، فأغلب التشريعات نصت على إذن القانون نظرا لما يتطلبه السير الحسن للقوانين من وجود هذه الأذونات وبورود كلمة قانون في هذا الدفع يستفاد منها تأثيره على الركن الشرعي للفعل فهو من الدفوع الهامة التي يمكن أن تجد لها إستجابة في حالة إثارتها لمساسها بحق ممارسة الفعل وعدم تعارض هذا الحق مع مصالح الأفراد . ونظرا لأهمية هذا الدفع إرتأيت دراسته وذلك بالتطرق إلى تعريفه وبيان حالاته ثم مدى تعلقه بالنظام العام ضمن المطالب التالية :

المطلب الأول: تعريف الدفع بوجود إذن القانون

سبق التعرف على أمر القانون على أنه صادر في صورة أوامر بينما إذن القانون فيصدر في صورة أذونات، وبالطبع يترتب على عدم تنفيذ الأوامر القانونية مخالفة جزائية، أما إذن القانون فيسمح لمن يستعمله القيام به وله الخيار في عدم القيام بذلك .

فإذا أذن القانون للفرد القيام بفعل هو في حقيقته جريمة دون وجود الإذن ، قيامه بذلك لا يعتبر فعلا مجرما ، وبإمكانه أن يدفع بوجود إذن القانون وتوضيح هذا الإذن عند مساءلته عن ذلك ، فمن غير المنطقي أن يقرر المشرع حقا ثم يعاقب على استعماله 1 .

وقد نص المشرع على هذا الدفع ضمن المادة 39 من قانون العقوبات في فقرتها الثانية تحت عنوان الأفعال المبررة وجاء النص " لا جريمة ... إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون " .

أما حالات إذن القانون فلا يمكن حصرها لأنها مستمدة من القانون بمفهومه الواسع، إلا أنه يمكن إدراجها ضمن حالتين اثنتين :

الفرع الأول : إذن القانون للموظف العام باستعمال سلطة تقديرية عند مباشرة عمله :

فيمكن أن يكون الموظف العام ضابط شرطة قضائية له استخدام سلطته التقديرية عند وقوع الجريمة في طلب الإذن بتفتيش المنزل مع العلم أنه يشكل جريمة انتهاك الحرمة عند عدم وجود الإذن القانوني مع توافر شروط التفتيش الواردة في قانون الإجراءات الجزائية ، ولضابط الشرطة القضائية بحسب سلطته التقديرية حجز المشتبه فيهم أو عدم القيام بذلك مع الحرص على توافر شروط هذا الحجز ، فهذه الحالات كلها تخول للموظف استخدام سلطته التقديرية وإن عدم القيام بما أذن له القانون لا يشكل أبدا هذا الإمتناع أي مساءلة بالنسبة إليه .

الفرع الثاني : إذن القانون بممارسة أحد الحقوق المستمدة منه :

وهذه الأذونات تحتاج إلى إدراجها ضمن أطر حتى يمكن حصرها لأنها مستمدة من القواعد القانونية وقواعد الشريعة والعرف والعادات ، وتتمثل فيما يلي :

حق ممارسة الأعمال الطبية

ويقصد بها الأساليب التي يقرها علم الطب في سبيل الوقاية من الأمراض وتشخيصها وعلاجها 1، فبالرغم من المساس الذي يتسبب به عمل الطبيب على جسم المريض إلا أنه عمل مباح 2، لأن العلة من إباحة

1 عمر السعيد رمضان , المرجع السابق , ص 477 .

العمل الطبي المحافظة على الجسد من الأمراض , ولا يباح هذا العمل إلا لمن كان مرخصا له ذلك ويكون الهدف منه العلاج ، فلا يمكن ممارسة أي عمل طبي على سبيل التجربة ، أولإعفاء شخص من أداء الخدمة الوطنية أو لمجرد الإنتقام ، فيعتبر الطبيب مسؤولا عن فعله عمدا 3.

حق ممارسة الأعمال الرياضية

هو من الحقوق التي قررها العرف ثم شجعت الدولة استعمالها 4 فيبيح القانون ممارسة هذه الألعاب وما ينتج عنها من أعمال ضرب أو عنف قد تحصل أثناء ممارستها بشرط احترام اللاعب شروط وقوانين اللعبة وعدم الخروج عنها .

وقد شجعت الدولة ممارسة الألعاب ورصدت من أجلها الأموال واعترفت بالهيئات التي تقوم على رعايتها لأن هذا الحق لا يهدر مصلحة الجسم بل تصونه باعتبار أنها تقويه وهو الأثر الغالب عليها 5 .

حق التأديب

هو من الحقوق المستمدة من الشريعة الإسلامية 6 من قوله تعالى : (واللاّتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان عليا كبيرا) 7 وقد أباحت التأديب لكن بعد الوعظ والهجر في المضجع ثم يأتي الضرب أخيرا ، فلا يجوز للزوج الإحتجاج بوجود هذا الحق ليقوم بضرب زوجته ضربا شديدا مبرحا ، فالضرب المباح هو الذي لا يترك أثرا في الجسم 8 .

ونجد كذلك حق تأديب الأب لابنه لقوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا قوا أنفسكم وأهليكم نارا) 9 أو تأديب المعلم لتلميذه 10 لكن بشرط أن يكون ضربا خفيفا لا يسبب أي أثر أو عاهة للطفل , فالأب لا يستطيع القيام على تربية أو تأديب أبنائه إلا بالضرب فيكون هذا الضرب واجبا عملا بقاعدة "مالا يتم الواجب إلا به فهو واجب "11.

---

1 نفس المرجع , ص 488 .

2 وقد أُستمدت الإباحة من اعتراف المشرع بمهنة الطب واستبعد الرأي القائل باستناد الإباحة إلى رضاء المجني عليه أو استنادها إلى انتفاء القصد الجنائي بالنسبة للطبيب ؛ للتفصيل أكثر , محمود نجيب حسني , شرح قانون العقوبات , المرجع السابق , ص 175 .

3 نفس المرجع , ص 179 .

4 عمر السعيد رمضان , المرجع السابق , ص 487 .

5 محمود نجيب حسني , شرح قانون العقوبات , المرجع السابق , ص 187 .

6 أحمد شوقي عمر أبو خطرة , المرجع السابق , ص 318 .

7 سورة النساء الآية 34 .

8 إن منح هذا الحق للزوج لا ينقص من قدر المرأة , فإن إشرافه على أعمالها بحيث يقوّمها إذا اعوجّت فإن هذا يوفر النفع لهما معا دون أن يلحق بأي منهما نقصا أو تحقيرا ؛ علي حسن الشرفي , 2004, النظرية العامة للجريمة , القسم العام , الجزء الأول , أوان للخدمات الإعلامية , صنعاء , الطبعة الرابعة , ص 183 .

9 سورة التحريم , الآية 06 .

10 وقد جرى العرف على حق المعلم ضرب التلميذ لأنه بمثابة الأب وذلك لتأديبه , إلا أن القانون يعتبر ذلك جرما معاقب عليه .

11 علي حسن الشرفي , المرجع السابق , ص 186 .

فكل هذه الحقوق تجيز لأصحابها التمسك بها في صورة دفع موضوعي لكن ينبغي على من تمسك بها إظهار التزامه بشروط ممارسة الحق 1 أو إذن القانون وعدم الخروج عنها وتجاوزها ، فلا يمكن التمسك بإذن القانون في تأديب الزوجة التي تقدم شهادة طبية تثبت عجزها الدائم أو تقديم لاعب كرة القدم شهادة تثبت تعرضه للضرب بآلة حادة .

المطلب الثاني : تعلق الدفع بإذن القانون بالنظام العام

الدفع بإذن القانون من الدفوع التي تتعلق بمصلحة الخصوم ، فلا يتعلق هذا الدفع بالنظام العام 2 ، إلا أنه أنه يبق دفعا موضوعيا جوهريّا لأنه لو صح لتسبب في انتفاء الركن الشرعي للجريمة .

فيتوجب إثارة هذا الدفع أمام محكمة الموضوع لأول مرة ويجوز إثارته أمام جهة الإستئناف لأول مرة ، حتى يستطيع صاحبه إثارته أمام المحكمة العليا ، ولا يجوز إثارته لأول مرة أمام هذه الأخيرة لأنه من الدفوع الموضوعية التي تتطلب بحثا في الموضوع خاصة وأن الحالات التي أذن بها القانون هي كثيرة ومستمدة من المصادر المختلفة للقانون كالعرف والشريعة والعادات .

فالمحكمة العليا إذا لم تجد أثرا لهذا الدفع في أوراق الدعوى فإنها لن تتعرض له حتى وإن كان دفعا جوهريّا يمكن أن يغير مسار الدعوى برمتها لأن لها أن تبحث في التطبيق السليم فقط لحالات أسباب الإباحة وعن تسبيب قاضي الموضوع لقبوله أو رفضه هذا السبب وليس لها أبدا أن تقرّر وجوده أو عدم توافره .

غير أن محكمة الموضوع ملزمة بالبحث في هذا السبب من أسباب الإباحة إذا كانت عناصره ثابتة في أوراق الدعوى ولم يثره أطرافها كونه من الدفوع الجوهرية ذات الطبيعة الأولية من حيث الإجراءات3 .

ومن ذلك نستطيع أن نستشف الشروط التي يجب أن تتوافر في هذا الدفع حتى يمكن إثارته أمام المحكمة العليا باعتبارها الجهة العليا التي يؤول إليها الفصل النهائي في الدعوى .

المطلب الثالث : شروط إثارة الدفع أمام المحكمة العليا

الدفوع المتعلقة بالنظام العام على العموم لا تحتاج إلى أي شرط خاص حتى تثار أمام المحكمة العليا لأن بإمكان هذه الأخيرة إثارتها من تلقاء نفسها أو من الخصوم ، وبما أن الدفع بإذن القانون من الدفوع المتعلقة بمصلحة الخصوم فلابد من أن يتوافر على مجموعة من الشروط الخاصة حتى يكون منتجا وفعالا في الدعوى ، ونجد قرار للمحكمة العليا حول هذا الدفع بينت من خلاله تأثيره في الدعوى وذلك في قرار صادر بتاريخ 1984/06/26 رقم : 31720 ا جاء نصه : " ولما كان ثابتا أن الطاعن أذن له بموجب أمر من رئيس المحكمة للإحتفاض بابنه القاصر لمدة 15 يوما ، فان قضاة الإستئناف بإدانتهم للطاعن والحكم عليه وفقا للمادة 318 من قانون العقوبات لم يكونوا على صواب في تطبيق هذا النص عليه ، وكان لذلك نعيه على قرارهم بالوجه المثار من طرفه بالخطأ في تطبيق القانون مؤسسا وفي محله "4.

---

1 وشروط استعمال الحق هي : وجود الحق , وكون الفعل وسيلة لاستعمال الحق , والتزام حدود الحق , وحسن النية ؛ وقد تم تفصيلها في كتاب لمحمود نجيب حسني , شرح قانون العقوبات القسم العام , مرجع سابق , من ص 164 إلى ص 170 .

2 إيهاب عبد المطلب , الموسوعة الجنائية الحديثة في الدفوع الجنائية , المرجع السابق , ص 469 .

3 مدحت محمد سعد الدين , 2002, نظرية الدفوع في قانون الإجراءات الجنائية , رسالة دكتوراه , جامعة المنصورة , , ص 334 ؛ إيهاب عبد المطلب , المرجع السابق , ص 469 .

4 المجلة القضائية للمحكمة العليا , العدد الأول , سنة 1990 , ص 287 .

فنجد أن المحكمة العليا لم تتطرق إلى هذا الدفع إلا بعد ثبوته في أوراق الدعوى من خلال وجود أمر من رئيس المحكمة للإحتفاض بالإبن وإن تمسك الطاعن بدفعه ترتب عليه النقض .

وبما أن الدفع بإذن القانون من الدفوع الموضوعية فهو يخضع لنفس الضوابط التي يخضع لها الدفع الموضوعي ويمكن استخلاصها فيما يلي :

الفرع الأول : أن يثار الدفع في أوراق الدعوى

ويقصد بأوراق الدعوى هنا ما يجري أثناء المحاكمة من مرافعات وما يتم تدوينه من طرف المحكمة أو ما يتم تقديمه من طرف الدفاع من وثائق وأدلة كتابية أو حتى مرافعات مكتوبة .

فمجرّد إثارة هذا الدفع أمام الضبطية القضائية أو أمام قاضي التحقيق لا يغني عن إثارته أمام قاضي الحكم حتى تلتزم المحكمة بالرد عليه ويكون بذلك له أصل ثابت في أوراق الدعوى وبالتحديد في الحكم أو القرار المطعون فيه .

الفرع الثاني : أن يكون الدفع صريحا وجازما

وذلك بأن يصّر عليه صاحبه خاصة في الطلب أو الإلتماس الأخير وذلك بإلتماس البراءة لأنه من الدفوع التي تنتفي بموجبها الجريمة , وقد سبق شرح الدفع الجازم والصريح في مباحث سابقة .

الفرع الثالث : أن يقدم قبل إقفال باب المرافعة

فقانون الإجراءات الجزائية يعطي لأطراف الدعوى إثارة أي دفع يرونه ضروريا بشرط أن يثار هذا الدفع قبل إتمام باب المرافعات لأنه لا فائدة من إثارته عند النطق بالحكم ولو كان الدفع جوهريا وهذه الصورة تنطبق على الدفع بإذن القانون .

الفرع الرابع : أن لا يتنازل عن هذا الدفع بعد إثارته

قد يكون التنازل صريحا فلا تلتزم المحكمة بالرد عليه مادام صاحب الدفع لم يتمسك به ، لكن قد يقع من أبدى هذا الدفع في خطأ كبير وذلك بالتنازل الضمني عن الدفع كأن تدور مرافعته حول الظروف التي أدّت به إلى إرتكاب الفعل والظروف الشخصية للمتهم ثم يلتمس في الأخير التخفيف من العقاب هذا خطأ كبير لأن أسباب الإباحة تنفي الجريمة والطلب فيها بإلتماس البراءة إلا إذا كان طلب التخفيف في شكل طلب إحتياطي بعد التمسك بالدفع بإلتماس البراءة كطلب أصلي .

خاتمة

يمكن أن نخلص في الأخير إلى أن الدفع بتوافرسبب من أسباب الإباحة هو من الدفوع الموضوعية المتعلقة بمصلحة الخصوم ، وحتى يكون هذا الدفع مؤثرا في الدعوى فعلى من أثاره التمسك به طيلة مراحله، فلا يكتفى إثارتها فقط بل يتعين إثباتها ، فيصبح المتهم مدعيا بدفعه ، وبما أن هذا الدفع يؤثر على الركن الشرعي للجريمة فإن طلب المتمسك به سيكون طلب البراءة وليس التخفيف من العقوبة حتى لا يتناقض مثير الدفع مع الطلب الأخير ويفقد بذلك الدفع جديته ويصبح كواقعة لا تحمل الأساس القانوني ، فإذا التزم من تمسك بالدفع بتوافر سبب إباحة بجميع شروطه فهذا لا يعني قبوله من طرف قاضي الموضوع فيبق خاضعا لسلطته التقديرية .

المصادر والمراجع :

المصادر :

- القرآن الكريم .
- قانون العقوبات ، الصادر بموجب الأمر رقم 156/66 في 08 يونيو 1966 .

- قانون الإجراءات الجزائية ، الصادر بموجب الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 .

المراجع :

الكتب :

- أكرم نشأت إبراهيم , بدون سنة نشر, القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن , بيروت ، الدار الجامعية للطباعة والنشر .
- إيهاب عبد المطلب , 2011, الموسوعة الجنائية الحديثة في الدفوع الجنائية بيروت, الجزء الأول , المركز القومي للإصدارات القانونية .
- إسحاق إبراهيم منصور , 1983, ممارسة السلطة وأثرها في قانون العقوبات، بيروت, ديوان المطبوعات الجامعية .
- أحمد شوقي عمر أبوخطرة , سنة 1989 ، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة , النظرية العامة للجريمة , القاهرة , الجزء الأول , دار النهضة العربية.
- جيلالي بغدادي , 2001, الإجتهاد القضائي في المواد الجزائية , الجزء الثاني , الديوان الوطني للأشغال التربوية , الطبعة الأولى .
- حسن ربيع , 2002, شرح قانون العقوبات المصري القسم العام, الكتاب الأول , النظرية العامة للجريمة ، مصر, مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح
- رؤوف عبيد , سنة 1966, مباديء القسم العام من التشريع العقابي , القاهرة ، الطبعة الثالثة , دار الفكر العربي.
- سليمان عبد المنعم – عوض محمد عوض , سنة 1996, النظرية العامة للقانون الجزائي اللبناني , نظرية الجريمة والمجرم , بيروت, المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع, الطبعة الأولى .
- علي حسن الشرفي , 2004, النظرية العامة للجريمة , القسم العام , صنعاء, الجزء الأول , أوان للخدمات الإعلامية, الطبعة الرابعة
- عمر سالم , سنة 1995, الدفع بالحقيقة في جريمة القذف ضد ذوي الصفة العمومية دراسة مقارنة , القاهرة, دار النهضة العربية, الطبعة الأولى
- عبد الله سليمان , 1996, شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام ,الجزائر، الجزء الأول , ديوان المطبوعات الجامعية
- عبد الحميد الشواربي , 2002, الدفوع الجنائية ,الإسكندرية ، منشأة المعارف .
- عدلي خليل , 2005, الدفوع الجوهرية في المواد الجنائية , مصر.
- عمر السعيد رمضان , سنة 1995 ، شرح قانون العقوبات القسم العام , القاهرة ، الجزء الأول , دار النهضة العربية .
- محمد علي السالم عباد الحلبي , 2007, شرح قانون العقوبات القسم العام , الأردن, الطبعة الأولى, دار الثقافة للنشر والتوزيع .
- محمود نجيب حسني , سنة 1989, شرح قانون العقوبات القسم العام , القاهرة, دار النهضة العربية, الطبعة السادسة.
- محمد سيد عبد التواب, 1983 ،الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة , القاهرة, عالم الكتب, الطبعة الأولى .

- مجدي محمود محب حافظ , 2006, موسوعة الدفوع الجنائية , القاهرة, الجزء الأول , دار العدالة للنشر والتوزيع .
- نواصر العايش , 1991 تقنين العقوبات , باتنة, مطبعة عمار قرفي .
- نبيل صقر , الدفوع الجوهرية وطلبات الدفاع في المواد الجزائية , الجزائر, دار الهدى عين مليلة.

الرسائل :

- خلود سامي عزارة آل معجون , 1984, النظرية العامة للإباحة , جامعة القاهرة, رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه , إشراف الدكتورة فوزية عبد الستار.
- عثمان سعيد عثمان, سنة 1968 , إستعمال الحق كسبب للإباحة , جامعة القاهرة, رسالة دكتوراه , إشراف محمود نجيب حسني .
- مدحت محمد سعد الدين , 2002, نظرية الدفوع في قانون الإجراءات الجنائية , جامعة المنصورة, رسالة دكتوراه.

المجلات :

- نشرة قضائية ، 1970،المحكمة العليا .
- المجلة القضائية , 1990, قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا , العدد الأول .
- المجلة القضائية, سنة 2003، العدد الأول .