مجلة الحقوق والحريات
المجلد 09 ، العدد 01
2021 ، ص103-ص126

حَالَاتُ إِبَاحَةِ الفِعْلِ المُجَرَّم بَيْنَ الفِقْهِ الإسلَامِيّ وَالقَانُونِ الجَزَائِرِيّ

Cases of permissibility of the criminal act between Islamic jurisprudence and Algerian law

خالد ضو
جامعة الجزائر-1- بن يوسف بن خدة (الجزائر)
البريد الالكتروني: eettaalleebb@gmail.com

تاريخ الإرسال:	تاريخ القبول:	تاريخ النشر:
2021 /02 /23	2021 /04 /04	2021 /04 /21

الملخص:

يدرس هذا البحثُ الحالاتِ التي يعدّ فيها الفعل المجرم مباحا في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، ويهدفُ إلى بيان الاستثناءات الواردة على مبدأ الشرعية الجنائية، وبيان درجة اهتمام الفقه الإسلامي والقانون الجزائري بالحقوق والحريات، وقد انتهج في معالجة هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي؛ وذلك بوصف الأفعال التي لا تُعدّ جرائمَ، وتحليل أسبابها وعناصرها، وفيه أيضا المنهج المقارن، ومن أهم نتائج الدراسة أنّ الفعل الذي يُعدُّ جريمة قد يُباح في بعض الحالات في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، وسببُ إباحته أحدُ أمرين؛ فإما أن يكون حقّا مأذونا فيه للشخص، أو يكون واجبا مأمورا به.

الكلمات المفتاحية: أسباب الإباحة؛ أمر القانون؛ الإذن الشرعي؛ الدفاع الشرعي؛ تنفيذ الأوامر.

Abstract:

This research studies the cases, in which the criminal act is considered permissible in Islamic jurisprudence and Algerian law. It aims to clarify the exceptions to the principle of criminal legality, and it aims to explain the extent of interest by Islamic jurisprudence and Algerian law in rights and freedoms. In this research, the descriptive and analytical approach was adopted, through describing acts that are not considered crimes, and analyzing their causes and elements. In addition, the comparative approach was adopted. Among the most important results of the study is that an act that is considered a crime may be permitted in some cases in Sharia Islamic law and Algerian law, and the cause for its permissibility is one of two things; either it is a permitted right of the person, or it is an obligated commanded.

Keywords: grounds for permissibility; Law order; Legal permission; legitimate defence; execution of orders.

مقدّمة

أولا- تمهيد:

تُجسّدُ الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية مبدأ الإباحة الأصلية لكل فعل؛ ما لم يأتِ نصّ بتجريمه، وهذا المبدأ معروف ومألوف حتى عرفًا ومنطقًا؛ إذْ لا يُمكن أن نعاتبَ شخصًا أو نعاقبَه على فعل وهو ليس جريمة في العرف الديني أو الاجتماعي، وقد نصّ قانون العقوبات الجزائري كغيره من التشريعات على هذا المبدأ في أول مادة منه حيث ورد فيها: " لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون".

إنّ الأفعال التي جاء النص بكونها جريمة يُعاقَب فاعلها شرعا وقانونا، كما يُنكَرُ فعله عرفا ومنطقا، لكن لا تخلو قاعدة من استثناء، وكذلك قاعدة التجريم هذه لها استثناءاتها؛ فهناك حالات يعودُ فيها هذا الفعل المُجرَّم إلى أصل إباحته، فلا يُعاقب مُرتكبُه ولا يُعاتبُ، بل وفي حالات يُعدُّ ذلك حقا من حقوقه، وفي هذه الدراسة سيأتي بيان لتلك الحالات وصفا وتحليلا وتعليلا في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مع شرح الغامض وعدم الإطناب في الواضح.

ثانيا- أهمية الموضوع:

تتجلى أهمية هذا الموضوع في عدة نقاط يُذكَرُ منها:

- طبيعته المقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
- كونه متعلقا بالمجال الجنائي الذي يحتاج دراسة أكثر، ونشرا أكثف لحاجة الناس إليه.
- جمعه لحالات الإباحة وأسبابها في الجرائم.
- تفريقه بين الأصل والاستثناء في تحليل نتائج الدراسة.

ثالثا- إشكالية البحث:

ينطلقُ هذا البحث من الإشكال الآتي:

- ما الحالات التي يُباح فيها الفعل المُجرَّم في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري؟

ويندرج تحت هذا الإشكال التساؤلات الفرعية الآتية:

- ما معنى أسباب الإباحة؟
- هل إباحة الفعل المجرم أصل أم استثناء؟
- هل وافقت اجتهادات المشرع الجزائري أحكام الشريعة الإسلامية في هذه المسألة؟

رابعا- أهداف الدّراسة:

تهدفُ هذه الدّراسة إلى الآتي:

- بيان الاستثناءات الواردة على مبدأ الشرعية الجنائية.
- تحديد حالات استعمال حق الدفاع الشرعي ودفع الصائل.
- بيان حكم طاعة صاحب الأمر في ارتكاب الفعل الممنوع.
- بيان درجة اهتمام الفقه الإسلامي والقانون الجزائري بالحقوق والحريات.

خامسا- خطة الدراسة:

جاءت هذه الدّراسة في جملة من العناصر، تتقدمُها مُقدّمةٌ، وتليها خاتمة، وتفصيل عناصرها كالآتي:

مقدمة: وفيها أهمية الموضوع وإشكاليته وأهدافه ومنهج دراسته وخطة تقسيمه.

المبحث الأول: مفهوم الإباحة والتجريم.

المطلب الأول: تعريف الإباحة.

المطلب الثاني: تعريف التجريم.

المبحث الثاني: كون الفعل المجرّم حقا مأذونا فيه.

المطلب الأول: الدفاع الشرعي.

المطلب الثاني: التطبيب.

المبحث الثالث: كون الفعل المجرّم واجبا مأمورًا به.

المطلب الأول: تنفيذ أمر الشرع والقانون.

المطلب الثاني: تنفيذ أمر سلطة مختصة.

الخاتمة: وفيها أهمّ النتائج التي توصّلتْ إليها الدّراسةُ، وبعض الاقتراحات من خلالها.

سادسا- المنهج المتبع:

أُنتُهِجَ في معالجة هذا المقال المنهج الوصفي التحليلي؛ في وصف الأفعال التي لا تُعدّ جرائمَ، وتحليل أسبابها وعناصرها، وفيه أيضا المنهج المقارن، حيث زاوج بين أحكام الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، وذلك بذكر حكم المسألة في كل منهما، وسبب الاختلاف إن كان.

المبحث الأول

مفهوم الإباحة والتجريم

إنّ هذا الموضوع ينطلق من مبدأين متناقضين؛ لا يُتصوّرُ للوهلة الأولى التقاؤهما، وهما مبدأ الإباحة الأصلية، ومبدأ التجريم، حيثُ تنتهي الإباحة عندما يبدأ التجريم، وينتفي الأخير عند وجود الأولى.

المطلب الأول: تعريف الإباحة:

يأتي في هذا العنصر جملة من معاني الإباحة في اللغة والاصطلاح الفقهي والقانوني:

الفرع الأول: تعريف الإباحة لغة:

الإباحَةُ مِنْ أباح يُبيحُ، وأبَحْتَ الشيءَ إذا لم تَحْظُرْهُ، وهو مأخوذٌ مِن باحةِ الدَّارِ، أي: مُتَّسَعُها، فسُمِّيَتِ الإباحةُ إباحةً لاتِّساعِ الأمرِ فيها[1]، والإباحة في اللغة ثلاثة معانٍ؛ كالآتي:

- الإباحة: الإذن في الفعل والترك يقال: أباح الرجل ماله أذن في أخذه وتركه وجعله مطلق الطرفين.[2]

الإباحة: هي الإذن بإتيان الفعل كيف شاء الفاعل في حدود الإذن [3]، والإباحة ضدُّ الحَظْر، والمحظور: المحرم.[4]

1- أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، حلية الفقهاء، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، بيروت: الشركة المتحدة للتوزيع، الطبعة الأولى، (1403هـ/ 1983م)، ص27.

2- عبد الرؤوف بن تاج العارفين الحدادي، التوقيف على مهمات التعاريف، القاهرة: عالم الكتب، الطبعة الأولى، (1410هـ/ 1990م)، ص35.

ويُنظر أيضا: سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، دمشق: دار الفكر، الطبعة الثانية، (1408هـ/ 1988م)، ص42.

3- الشريف الجرجاني، كتاب التعريفات، تحقيق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، (1403هـ/ 1983م)، ص8.

4- أبو نصر الفارابي، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، بيروت: دار العلم للملايين، الطبعة الرابعة. (1407هـ/ 1987م)، ج2، ص634.

- الإباحة من الإظهار والإعلان من قولهم باح بالسّرّ وأباحه، وباحة الدار ساحتها لظهورها[1]، وأباح السر؛ إذا أظهره وجهر به، وأباح المحظور: جعله حلالا.[2]
- الإباحة هي الإطلاق[3]، يقال: أبحته كذا أي أطلقته.[4]

ويستعمل في الكلام الإباحة والاستباحة؛ والأول التخلية بين الشيء وطالبه، والثانية اتخاذ الشيء مباحا، وقيل: والأصل في الإباحة إظهار الشيء للناظر ليتناوله من شاء[5]، واستباح الشيء: عدَّهُ مباحا.[6]

الفرع الثاني: تعريف الإباحة اصطلاحا:

اختلفت تعاريف الإباحة عند الفقهاء؛ لكنها تؤدي معنى متقاربا كلها، وسيتمّ سرد بعض التعريفات للبيان أكثر، وذلك في الآتي:

- الإباحة في الشرع حكم لا يكون طلبا ويكون تخييرا بين الفعل وتركه، والفعل الذي هو غير مطلوب وخيّر بين إتيانه وتركه يسمّى مباحا وجائزا أيضا. فالقيد الأول احتراز عن الواجب مخيّرا كان أو معيّنا موسّعا كان أو مضيّقا عينا كان أو كفاية. وعن الحرام والكراهة والمندوب لكونها أفعالا مطلوبة من الحكم، والقيد الأخير احتراز عن الحكم الوضعي.[7]
- الإباحة حكم شرعي وهو الإذن للمكلف في الفعل فهذا معناه في الأصول وأما الفقهاء فيطلقونه غالبا على ما ليس بحرام سواء كان واجبا أو مندوبا أو مستوي الطرفين.[8]

1- محمد بن علي الفاروقي التهانوي، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، تقديم وإشراف ومراجعة: رفيق العجم، تحقيق: علي دحروج، نقل النص الفارسي إلى العربية: عبد الله الخالدي، الترجمة الأجنبية: جورج زيناني، بيروت: مكتبة لبنان ناشرون، الطبعة الأولى، (1996م)، ج1، ص78.

2- محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1408هـ/ 1988م)، ص37.

3- سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، ص42.

4- محمد بن علي الفاروقي التهانوي، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، ج1، ص78.

5- الزَّبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: مجموعة محققين، دار الهداية، ج6، ص323.

6- سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، ص42.

7- محمد بن علي الفاروقي التهانوي، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، ج1، ص78.

8- أبو زكريا النووي، تحرير ألفاظ التنبيه، تحقيق: عبد الغني الدقر، دمشق: دار القلم، الطبعة الأولى. (1408هـ). ص220.

- الاباحة شرعا هي فك الحجر، وإطلاق التصرف لمن كان ممنوعا شرعا.[1]
- الإباحة عند الأصوليين هي حكم يقتضي التخيير بين الفعل والترك.[2]
- الإباحة هي خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين تخييرا من غير بدل.[3]

المطلب الثاني: التجريم:

يأتي في هذا العنصر جملة من معاني الجريمة والتجريم في اللغة والاصطلاح الفقهي والقانوني:

الفرع الأول: الجريمة لغة:

أصل الجيم والراء والميم له عدة معان في اللغة:

- الجرم: الْجِسْم[4]، ومنه رجل جريم؛ أي: عظيم الجرم، وامرأة جريمة.[5]
- والجرم: الذَّنب أجرم يجرم إجراما وجرم يجرم جرما وَالِاسْم الجرم والمصدر الجرم.[6]
- والجرم الكسب، ويُقالُ: فلانٌ جريمةُ أَهْلِهِ، أَي: كاسِبُهم.[7]

1- سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، ص19.

2- مجمع اللغة العربية بالقاهرة (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار)، المعجم الوسيط، دار الدعوة، ج1، ص75.

ويُنظر أيضا: سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، ص42.

3- محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، ص37.

4- ابن دريد الأزدي، جمهرة اللغة، تحقيق: رمزي منير بعلبكي، بيروت: دار العلم للملايين، الطبعة الأولى. (1987م) ج1، ص465.

5- جار الله الزمخشري، أساس البلاغة، تحقيق: محمد باسل عيون السود، بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، (1419هـ/ 1998م) ج1، ص135.

6- ابن دريد الأزدي، جمهرة اللغة، ج1، ص465.

ويُنظر أيضا: أبو إبراهيم إسحاق الفارابي، معجم ديوان الأدب، تحقيق: أحمد مختار عمر، مراجعة: إبراهيم أنيس، القاهرة: مؤسسة دار الشعب للصحافة والطباعة والنشر، (1424هـ/ 2003م) ج1، ص437.

7- ابن دريد الأزدي، جمهرة اللغة، ج3، ص1249. وينظر أيضا: أبو إبراهيم إسحاق الفارابي، معجم ديوان الأدب، ج1، ص437.

- الجرم: جهارة الصوت، وما عرفته إلا بجرم صوته أي بجهارته.[1] وَيقال: فلَان حسن الجرم أَي حسن خُرُوج الصَّوْت من الجرم وَجمع الجرم جروم وأجرام.[2]
- بلاد جرم أي شديدة الحر.[3]
- والجرم أَيْضا مصدر جرم الشَّاة إِذا جزها.[4]

والمعنى اللغوي المقصود في الاصطلاح المراد في هذا البحث هو الجرم من الذنب، ويُقال في هذا السياق: مالي في هذا جرم، وأخذ فلان بجريمته، وهم أهل الجرائم[5]، والجرم: الذنب، وفِعله الإجرام، والمُجرمُ: المذنب، والجارِمُ: الجاني[6]، والجريم المذنب.[7]

والجَريمَةُ: الذَّنْبُ[8]، وفُلانٌ له جَريمةٌ أي جُرمٌ، وهو مصدر الجارِم الذي يَجرِمُ على نفسه وقومهِ شراً، وهو الجارمُ، قال الشاعر: وإن جارٌ لهم جَرِمَتْ يداه ... وحَوَّله البلاءُ عن النعيمِ.[9]

الجُرْم مفرد، جمعه أجرام وجُرُوم هو كُلُّ فعل يُخالف القانون، وأجرمَ يُجرم إجرامًا، فهو مُجْرِم، والمفعول مُجْرَم للمتعدِّي، وأجرم الرَّجُلُ: ارتكب ذنبًا أو جنَى جناية، ومنه جرَّمَ يجرِّم تجريمًا، فهو مُجرِّم، والمفعول مُجرَّم، قال تعالى: ﴿**وَمَا أَضَلَّنَا إِلاَّ الْمُجْرِمُونَ**﴾ [الشعراء:99]، وقال أيضا: ﴿**سَيُصِيبُ الَّذِينَ أَجْرَمُوا صَغَارٌ عِنْدَ اللهِ**﴾ [الأنعام:124].[10]

1- جار الله الزمخشري، أساس البلاغة، ج1، ص135.

2- ابن دريد الأزدي، جمهرة اللغة، ج1، ص465.

3- تقيّ الدين الدقيقي المصري، اتفاق المباني وافتراق المعاني، تحقيق: يحيى عبد الرؤوف جبر، الأردن: دار عمار، الطبعة الأولى، (1985م) ص237.

ويُنظر أيضا: جار الله الزمخشري، أساس البلاغة، ج1، ص135.

4- تقيّ الدين الدقيقي المصري، اتفاق المباني وافتراق المعاني، ص237

5- جار الله الزمخشري، أساس البلاغة، ج1، ص135.

6- الفراهيدي، العين، تحقيق: مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، ج6، ص119.

7- ابن دريد الأزدي، جمهرة اللغة، ج3، ص1249.

8- أبو إبراهيم إسحاق الفارابي، معجم ديوان الأدب، ج1، ص437.

9- الخليل الفراهيدي، كتاب العين، ج6، ص118.

10- أحمد مختار عبد الحميد عمر، بمساعدة فريق عمل، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، الطبعة الأولى، (1429هـ/ 2008م) ج1، ص365.

والجَريمة جمعها جرائم، وهي كلُّ عمل يجلب الأذى المعنويّ العميق لقيم مجتمعٍ ما.[1]

الفرع الثاني: الجريمة اصطلاحا:

يأتي في العناصر القادمة تعريف للجريمة وبعض المصطلحات المستنبطة منها:

- الجَريمة هي كُلّ أمر إيجابيّ أو سلبيّ يُعاقب عليه القانون سواء أكانت مُخالَفة أم جُنحة أم جناية.
- علم الجريمة هو العلم الذي يبحث في التصرُّف الجُرْميّ والإصلاحات الخاصَّة به.[2]
- علم الإجرام: علم يدرس أسباب الجريمة وطرق معالجتها ومعالجة المجرمين مستندًا إلى علوم النفس والاجتماع والإحصاء.
- التجريم هو الاتِّهام بالجُرْم أو إثباته.[3]

المبحث الثاني

كون الفعل المجرم حقا مأذونا فيه:

الفعل الذي يُعدُّ جريمة قد يكون في بعض الحالات حقّا مأذونا فيه للشخص في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، ممّا يجعلها مباحة ولا يعاقب فاعلها إن استخدمها ضمن حقوقه التي كفلها له الشرع والقانون[4]، وسيتمّ في العناصر القادمة ذكر تلك الحالات، ونظرا لتعددها سيتم ذكر حالتين فقط بالتفصيل، والإشارة إلى بعضها دون تفصيل.

المطلب الأول: الدفاع الشرعي:

يُعدُّ الدفاع الشرعي من أهم الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، بل وشجّعت عليها لزجر المعتدين وتخويفهم.

1- أحمد مختار عبد الحميد عمر، بمساعدة فريق عمل، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج1، ص366.

2- المرجع نفسه، ج1، ص366.

3- المرجع نفسه، ج1، ص365.

4- إبراهيم بلعليات، أركان الجريمة وطرق إثباتها في قانون العقوبات الجزائري، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، 2007م، ص176.

الفرع الأول: مفهوم الدفاع الشرعي:

الدفاع الشرعي مصطلح مركب من لفظين؛ وللوصول إلى معناه لابد من تفكيك حدوده:

أولا- تعريف الدفاع:

الدفاع لغة من دفع يدفع دفعا ودفاعا وتدافعا، ودفعته دفعا: نحيته فاندفع، ودفعت عنه الأذى ودافعت عنه مثل: حاججت، ودافعته عن حقه: ماطلته، وتدافع القوم: دفع بعضهم بعضا، ودفعت القول: رددته بالحجة، ودفعت الوديعة إلى صاحبها: رددتها إليه، ودفعت عن الموضع: رحلت عنه، ودفع القوم: جاءوا بمرة.[1]

والدَّفْع: الإزالة بِقُوَّةٍ، دَفَعَه يَدْفَعُه دَفْعاً ودَفاعاً ودافَعَه ودَفَّعَه فانْدَفَع وتَدَفَّع وتَدافَع، وتدافَعُوا الشيءَ: دَفَعَه كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَنْ صَاحِبِهِ، وتدافَع القومُ أَي دفَع بعضُهم بَعْضًا. وَرَجُلٌ دَفّاع ومِدْفَع: شَدِيدُ الدَّفْع. ورُكْن مِدْفَعٌ: قَوِيٌّ. ودفَع فُلَانٌ إِلى فُلَانٍ شَيْئًا ودَفع عَنْهُ الشَّرَّ عَلَى الْمَثَلِ. وَمِنْ كَلَامِهِمْ: ادْفَعِ الشَّرَّ وَلَوْ إِصْبعاً؛ حَكَاهُ سِيبَوَيْهِ. ودافَع عَنْهُ بِمَعْنَى دفَع، تَقُولُ مِنْهُ: دفَع اللَّهُ عَنْكَ المَكْروه دَفْعاً، وَدَافَعَ اللهُ عَنْكَ السُّوء دِفاعاً. واستَدْفَعْت اللهَ تَعَالَى الأَسواء أَي طَلَبْتُ مِنْهُ أَن يَدْفَعَها عَنِّي.[2]

وذكر الدفع في القرآن الكريم بهذه المعاني، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿**إِنَّ اللَّهَ يُدَافِعُ عَنْ الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّ اللَّهَ لا يُحِبُّ كُلَّ خَوَّانٍ كَفُورٍ**﴾ [الحج:38]، وقوله تعالى أيضا: ﴿**وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافاً وَبِدَاراً أَنْ يَكْبَرُوا**﴾ [النساء:6]

ثانيا- تعريف الشرعي:

شرع الوارد يشرع شرعا أي شرب الماء أو ورد، والشريعة هي المكان الذي تحدوه الإبل لورود الماء، والشريعة والشرعة هي ما شرعه الله تعالى لعباده عن طريق أنبيائه؛ حيث قال في كتابه العزيز الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه: ﴿**لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجاً**﴾ [المائدة:48]، وقال أيضا: ﴿**شَرَعَ لَكُمْ مِنْ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ**

1- أحمد الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، بيروت: المكتبة العلمية، ج1، ص196.

2- ابن منظور، لسان العرب، بيروت: دار صادر، الطبعة الثالثة. (1414هـ) ج8، ص87.

نُوحاً وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى﴾ [الشورى:13]، وقال أيضا: ﴿**ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعَةٍ مِنْ الأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لا يَعْلَمُونَ**﴾ [الجاثية:18]، فالشريعة هي المنهاج والدين والطريق حسب الآيات الثلاث الآنفة الذكر.[1]

شَرْعِيّ: اسم منسوب إلى الشَرْع: موافق للشّريعة والقانون، ومُعترف به شرعًا وقانونًا، يُقال: الحقّ الشَرْعِيّ، القضاء الشَّرعيّ، ويُقال: ابن غير شرعيّ: مولود لأبوين غير مُتزوِّجَيْن زواجًا شرعيًّا.[2]

ثالثا- تعريف الدفاع الشرعي:

تقاربت تعريفات فقهاء الشريعة والقانون للدفاع الشرعي، وتمّ اختيار بعضها في العناصر الآتية:

أ- في الاصطلاح الفقهي:

الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية هو واجب الإنسان في حماية نفسه أو نفس غيره، وحقه في حماية ماله أو مال غيره من كل اعتداء حال غير مشروع بالقوة اللازمة لدفع هذا الاعتداء، والدفاع الشرعي الخاص، سواء كان واجباً أو حقاً مقصوداً به دفع الاعتداء، ليس عقوبة عليه؛ بدليل أن دفع الاعتداء فعلاً لا يمنع من عقاب المعتدى على اعتدائه.[3]

ويصطلح الفقهاء على تسمية الدفاع الشرعي الخاص بدفع الصائل، وعلى تسمية المعتدي صائلاً، والمعتدى عليه مصولاً عليه.[4]

ومُستند إباحة الدفاع الشرعي قوله تعالى: ﴿**فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ**﴾ [البقرة:194]، وأحاديث كثيرة أيضا تدل على ذلك.

ب- في الاصطلاح القانوني:

وردت عدّة تعريفات للدفاع الشرعي عند شراح القانون، ومنها:

1- ابن منظور، لسان العرب، ج8، ص175 وما بعدها.

2- أحمد مختار عمر، بمساعدة فريق عمل، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج2، ص1189.

3- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، بيروت: دار الكاتب العربي، ج1، ص473

4- المرجع نفسه، ج1، ص473

- الدفاع الشرعي هو حق الإنسان في حماية نفسه أو نفس غيره، أو حماية ماله أو مال غيره من كل اعتداء غير مشروع.[1]
- الحق الذي يقرره القانون لاستعمال القوة اللازمة لمصلحة المدافع لرد الاعتداء عليه أو على ماله أو على نفسه أو على نفس الغير أو مال الغير.[2]
- يعدُّ الدفاع الشرعي مبررا للجريمة إذا وقع أثناء الليل.[3]
- الدِّفاع الشَّرعيّ هو حقٌّ يعطيه القانون للشَّخص بحيث يُبيح له الالتجاءُ إلى قدرٍ من القوّة، لمنع خطر الاعتداء على نفسه وماله، أو على نفس الغير وماله.[4]

وقد عرّف المشرع الجزائري الدفاع الشرعي بوصف حالاته في المادة 40 من قانون العقوبات، ونصّها كالآتي: "يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع المشروع:
1- القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه أو لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل أو الماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منها أثناء الليل.
2- الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة".

الفرع الثاني: تمييز الدفاع الشرعي عن الضرورة والإكراه:

أولا- تمييزه عن حالة الضرورة:

الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية يندرج ضمن حالات الضرورة، والضرورة عند فقهاء الشريعة هي الخوف من الهلاك على النفس أو المال سواء أكان هذا الخوف أمرا متيقنا أو ظنا راجحا.

1 عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري، الجزائر: دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2010م، ص92.

-2 منصور رحماني، الوجيز في القانون الجنائي العام، عنابة: دار العلوم للنشر والتوزيع، 2006م، ص222.

3- حسين فريجة، شرح قانون العقوبات الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، ص88.

4- أحمد مختار عمر، بمساعدة فريق عمل، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج2، ص1189.

أما عند فقهاء القانون فالضرورة تختلف عن الدفاع الشرعي، إذْ عدّ القانون الجزائري الدفاع من أسباب الإباحة، بينما عدّ الضرورة من موانع المسؤولية، وتختلف الحالتين عن بعضهما في النقاط الآتية:

أ- من حيث الموضوعية: الدفاع الشرعي سبب من أسباب الإباحة، وأسباب الإباحة ذات طبيعية موضوعية مادية، اما الضرورة فهي من موانع المسؤولية كالجنون، والتي هي ذات طبيعة شخصية، بحيث لا يستفيد الغير من هذا المانع، فلو ساهم شخص بالغ راشد مع مجنون في جريمة، فلا ينتفي وصف الجريمة ويعاقب البالغ الراشد.[1]

ب- من ناحية الأثر: الإباحة تُجرّد الفعل من صفته الإجرامية، فتنتفي المسؤولية المدنية والجنائية لمرتكبها، اما موانع المسؤولية فلا تنفي صفة الإجرامية عن الفعل، بل تمنع إيقاع العقوبة على الفاعل مع بقائه مسؤولا مسؤولية مدنية عن الضرر الذي تسبب فيه للغير.[2]

ويختلفان أيضا في كون الدفاع الشرعي يتمثل في رد عدوان غير مشروع، أما حالة الضرورة فتكون في صدّ خطر جسيم بغير عدوان، فالعدوان يُميز الدفاع الشرعي عنها.[3]

كما يختلفان في كون حالة الضرورة هي عبارة عن تضارب مصلحتين مشروعتين فيضحى بأحدهما في سبيل بقاء الأخرى بينما حالة الدفاع الشرعي يتعلق الأمر بوضع يقف فيه القانون في مواجهة القانون.[4]

والخلاصة أن الدفاع الشرعي ليس هو الضرورة، وأهم فارق بينهما هو مصدر الخطر، فهو في حالة الدفاع اعتداءٌ، وفي حالة الضرورة قوة لا قبل بردها، وعليه فالجريمة تقع على شخص بريء في حالة الضرورة وتقع على شخص معتد في حالة الدفاع الشرعي.

1- عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري، ص78.

2- المرجع نفسه، ص78.

3- حامل صليحة، (2011م)، تطور مفهوم الدفاع الشرعي في ظل المتغيرات الدولية الراهنة من الدفاع الشرعي إلى الدفاع الشرعي الوقائي، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر، ص34.

4- المرجع نفسه، ص34.

ثانيا: تمييزه عن الإكراه:

الإكراه في الفقه الإسلامي لا ينافي أهلية المكره ولا يوجب وضع الخطاب عنه بحال؛ لأن المكره مبتلى والابتلاء يحقق الخطاب، وأفعاله مترددة بين فرض وحظر وإباحة ورخصة، فيأثم تارة ويؤجر أخرى، فيحرم عليه قتل النفس وقطع الطرق والزنا، ويفترض عليه أن يمنع من ذلك، ويثاب عليه إن امتنع، ويباح له بالإكراه أكل الميتة وشرب الخمر، ويرخص له بإجراء كلمة الكفر وإتلاف مال الغير وإفساد الصوم والجناية على الإحرام، والإكراه يفسد به الاختيار من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكره أو يسقط عنه الخطاب، كما أن الإكراه فعل يوجد من المكره يحدث في المحل معنى يصير به مدفوعا إلى الفعل الذي طلب منه، وقيل: عبارة عن تهديد غيره على ما هدد بمكروه على أمر بحيث ينتفي به الرضا.[1]

ويختلف الدفاع الشرعي عن الإكراه في الفقه والقانون في عدة فروق، يمكن تلخيصها في الآتي:

أ- الدفاع الشرعي من أسباب الإباحة بينما الإكراه من موانع المسؤولية وهذا يترتب عليه انتفاء الركن القانوني للجريمة بالنسبة للدفاع الشرعي وتوافره في الإكراه، كما أن الإكراه لا يبيح الفعل بل يرفع العقوبة عنها.

ب- أن أثر الدفاع الشرعي يمتد إلى كل من ساهم في الجريمة بخلاف الإكراه، وهذا ما يفهم من نصوص قانون العقوبات.

المطلب الثاني: التطبيب:

التطبيب هو تشخيص الداء ومداواة المريض، وهو من فروض الكفاية في الفقه الإسلامي، فيجب أن يتوفر في بلاد المسلمين من يعرف أصول حرفة الطب، أما مزاولة التطبيب فالأصل فيه الإباحة، وقد يصير مندوبا إذا اقترن بنية نفع المسلمين لدخوله في مثل قوله تعالى: {ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا} (2) وحديث: من استطاع منكم أن ينفع أخاه فلينفعه. ﴿**وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا**﴾ [المائدة:32]،

1- ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت: بعد 1138هـ)، وبالحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية. ج8، ص80.

وَقوله صلى الله عليه وسلم: «**مَنِ اسْتَطَاعَ مِنْكُمْ أَنْ يَنْفَعَ أَخَاهُ فَلْيَفْعَلْ**»[1]، وإذا تعين شخص لعدم وجود غيره فتكون مزاولته واجبة.[2]

الفرع الأول: الإذن بالتطبيب في الفقه الإسلامي:

أخرج الإمام أحمد في مسنده أنّ رَسُول اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَادَ رَجُلًا بِهِ جُرْحٌ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**ادْعُوا لَهُ طَبِيبَ بَنِي فُلَانٍ**»، قَالَ: فَدَعَوْهُ فَجَاءَ، فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَيُغْنِي الدَّوَاءُ شَيْئًا؟ فَقَالَ: «**سُبْحَانَ اللَّهِ، وَهَلْ أَنْزَلَ اللَّهُ مِنْ دَاءٍ فِي الْأَرْضِ، إِلَّا جَعَلَ لَهُ شِفَاءً**».[3]

أقرّت الشريعة الإسلامية الطبيب وأذنت له في علاج المريض بما يراه مناسبا، فإذا عالج المريض فسقاه فمات من سقيه، أو كواه فمات من كيه، أو قطع منه شيئا فمات من قطعه، أو ختن الحجام الصبي فمات من ختنه، أو قلع ضرس الرجل فمات منه فلا ضمان على واحد منهما في ماله ولا على عاقلته إن لم يخطئا في فعلهما.[4]

ويعدُّ إذن الشريعة الإسلامية في التطبيب بالقطع والجرح حسب ما يراه الطبيب إباحة لفعله ذلك، ولا يُعدّ معتديا على أعضاء المريض إن قطعها أو جرحها بما يراه مناسبا، وإن مات المريض من عمله لا يُعدّ قاتلا إن كان عمل بأصول مهنته على الرغم مما فيه من ظاهر الاعتداء، لكنه ليس اعتداءً لأنه سعي لشفاء المريض.

الفرع الثاني: الإذن بالتطبيب في القانون الجزائري:

تعترف القوانين الوضعية بمهنة الطب، وكذلك القانون الجزائري، وينظمها ويأذن للطبيب بمعالجة المرضى، ومن الطبيعي أن يؤدي الاعتراف بهذا والإذن للطبيب إلى الاعتراف بالوسائل التي تستخدم في التطبيب، فالعمل الطبي قد يكون فيه جراحة أو قطع عضو ولا يدخل هذا ضمن الجناية بالجرح والقطع المنصوص عليها في المادة 264

1- أخرجه مسلم، باب استحباب الرقية من العين والنملة والحمة والنظرة، الحديث رقم: 2199، ج4، ص1726.

2- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، الكويت: دار السلاسل، الطبعة الثانية (1404- 1427هـ) ج12، ص135.

3- أخرجه أحمد في مسنده، الحديث رقم: 23156، ج28، ص227.

4- محمد بن أحمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، بيروت: دار الفكر، (1409هـ/ 1989م) ج9، ص361- 362.

من قانون العقوبات، والتي جاء في فقرتها الأولى: "كل من أحدث عمدا جروحا للغير أو ضربه أو ارتكب أي عمل آخر من أعمال العنف أو الاعتداء يعاقب بالحبس من شهرين إلى خمس سنوات و بغرامة من 500 إلى 10.000 دج إذا نتج عن هذه الأنواع من العنف مرض أو عجز كلي عن العمل لمدة تزيد على خمسة عشر يوما".

فالعمل الطبي لا يحمل بذاته اعتداء على جسم المريض فهو على العكس يسعى إلى شفائه وعودته إلى طبيعته، وإباحة العمل الطبي تقتضي مراعاة شروط معينة:

أولا- الاختصاص في العمل:

الطبيب الذي يجهل قواعد الطب وداوى بغير علم وأتلف المريض بمداواته أو أحدث به عيبا فإنه يضمن، وإن علم قواعد التطبيب وقصر في تطبيبه فسرى للتلف أو التعييب فإنه يضمن.[1]

وكذلك القانون يوجب في ممارسة العمل الطبي أن يكون المعالج طبيبا، أي مختصا، والطبيب هو من كان أحد خريجي كلية الطب، حاصل على مؤهل دراسي يسمح له بموجب قوانين البلاد من ممارسة مهنة الطب.

ثانيا- موافقة المريض على العلاج:

فمن طبب مريضا بلا إذن منه فأتلفه أو عيبه فإنه يضمن، أو طبب بإذن غير معتبر لكونه من صبي أو رقيق أو كان الإذن صدر ممن لا يعتبر إذنه فأدى إلى تلف أو عيب فإنه يضمن.[2]

أمّا المريض المشرف على الموت كالجريح مثلا ويمكن استحياؤه بالتطبيب، فإنه يجب على الطبيب أن يباشر التطبيب إنقاذا لهذا الجريح من الموت دون استئذان؛ لأن استنقاذه أصبح فرض عين عليه ما دام قادرا عليه، حتى لو امتنع عن ذلك لكان آثما، وفي ضمانه له إن مات اختلاف.[3]

وكذلك القانون لا يجبر الأشخاص ولا يجيز للأطباء إجبارهم على التداوي، احتراما لما لجسم الانسان من حرمة.

ثالثا- تحقيق الغاية: يقصد بالعلاج مداواة المريض ومتى تحققت الغاية وقعت الإباحة.

-1 محمد بن أحمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج9، ص361.

-2 المرجع نفسه، ج9، ص361.

-3 وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج3، ص154.

ومن الحالات أيضا التي أذن بها الشرع أو القانون وأباحها على الرغم من ظاهر الجرم فيها التأديب؛ فقد أقرت الشريعة الإسلامية تأديب الزوجة بهجرها وضربها ضربا غير مبرح، وكذلك تأديب العبد إن عصى سيده، وكذلك تأديب الولد إن ترك واجبا كالصلاة، وتأديب التلميذ، وكل ذلك مشروع بحدود وشروط، ومن الحالات أيضا ما أقرّه القانون من ألعاب الرياضة التي فيها اعتداء كالملاكمة والمصارعة وإن كانت الشريعة الإسلامية لها أحكام أخرى في هذه المسائل، ويُشترط في كلّ الأفعال المذكورة التي تندرج ضمن ما أذن به الشرع والقانون حتى تعتبر سببًا للإباحة الشروط الآتية:

- أن يكون الحق المستعمل مقررا بمقتضى نص شرعي أو قانوني.
- وقوع الفعل نتيجة استعمال هذا الحق.
- ضرورة توافر الصفة المطلوبة شرعًا وقانونًا كصفة الأب أو الزوج أو السيد في التأديب، وصفة الطبيب في المعالجة.
- استعمال الحق في الحدود المسموح بها شرعا وقانونًا.

المبحث الثالث

كون الفعل المجرّم واجبا مأمورًا به:

الفعل الذي يُعدُّ جريمة قد يكون في بعض الحالات واجبا أمر به الشخص في الشريعة الإسلامية أو في القانون الجزائري، وسيتمّ في العناصر القادمة ذكر تلك الحالات.

المطلب الأول: تنفيذ أمر الشرع والقانون:

يكمن سر إباحة الأفعال التي يأمر بها الشرع والقانون في النص ذاته، فليس من المنطق أن يأمر الشرع أو القانون بفعل معين ثم يجرمه بعد ذلك، فإذا ما وُجدت ضرورة لتعطيل نص التجريم وتبرير الخروج عليه في حالة معينة فإن ذلك يعني إباحته ضمن الشروط التي حددها الشرع أو القانون.

إنّ الأفعال التي يأمر بها الشرع أو القانون تعدّ أفعالا مباحة لا تقوم الجريمة بتوافرها، وقد وردت في الفقه الإسلامي حالات كثيرة، كما ذكرت المادة 39 من قانون العقوبات الجزائري ذلك إجمالا ولم تفصل ولم تبين الحالات، لكن من خلال استقراء

بعـض المـواد الأخـرى واجتهـادات شـراح القـانون يمكـن الوصـول إليهـا، ومـن جملـة هـذه الحالات سيتم ذكرُ حالتين فقط تجنبا للإسهاب والإطناب.

الفرع الأول: الشهادة:

عدّت الشريعة الإسلامية الشهادة وسيلة من وسائل الإثبات، فبها تقيم الحدّ والعقد، وهي مطلوب شرعيّ، يحرم الإعراض عنها لمن وجبت عليه، قال تعالى: ﴿**وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا**﴾ [البقيرة:281]، وعليه ففعل الشهادة لا يُعدّ غيبة للجاني ولا قذفا له، بل هي من طرق الإثبات التي يتم بها تنظيم الإجراءات لإقامة العدالة بين الناس.[1]

نصت الفقرة الأولى من المادة 89 من قانون الإجراءات الجزائية على الآتي: "يتعين على كل شخص أستدعي بواسطة أحد أعوان القوة العمومية لسماع شهادته أن يحضر ويؤدي اليمين عند الاقتضاء ويدلي بشهادته وإلا عوقب بمقتضى نص المادة 97 غير أنه يجوز لمن توجه ضده شكوى مصحوبة بادعاء بحق مدني أن يرفض سماعه بصفته شاهدا وعلى قاضي التحقيق أن ينبهه إلى ذلك بعد أن يحيطه علما بالشكوى وينوه بذلك في المحضر ولا يجوز لقاضي التحقيق في حالة الرفض أن يستجوبه حينئذ إلا بوصفه متهما".

وعليه فالشاهد المطلوب منه الإدلاء بشهادته لا يعدُّ مرتكبًا لجريمة إفشاء الأسرار أو القذف بحق المتهم عند الإدلاء بشهادته.

الفرع الثاني: إبلاغ الطبيب عن الأمراض المعدية:

من أجلّ مقاصد الشريعة حفظ النفس وهو واجب مطلوب شرعا[2]، وتسعى إلى حفظها بكل السبل، لذلك إذا أبلغ الطبيب عن مرض أو حالة فلا يعد ذلك تجاوزا يأثم عليه، بل هو واجب يُؤجر عليه.

1- وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ، دمشق: دار الفكر، الطبعة الرَّابعة. ج1، ص34.

2- شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، بيروت: دار الفكر. (1415هـ/ 1995م) ج1، ص387

الطبيب ملزم وفق ما أمره القانون بالتبليغ على حالات الأمراض المعدية، ولا يعد تبليغه هذا جريمة إفشاء سر المهنة المنصوص عليه في المادة 301 من قانون العقوبات.

المطلب الثاني: تنفيذ الأمر الصادر من سلطة مختصة:

ويدخل ضمن الأفعال المجرمة المباحة في حالات خاصة، الأفعال التي يُنفذُ فيها صاحبها الأمر الصادر عن سلطة مختصة، حيث يوجب الشرع والقانون على الموظف المرؤوس طاعة رئيسه، ومن أمثلة ذلك:

الفرع الأول: تنفيذ القصاص:

شرعت الشريعة الإسلامية القصاص في القتل والجروح إذا كان عمدا، وجعلت القصاص لولي الأمر[1]، ووليّ الأمر سيكلف من يقوم بالأمر، فذلك المأمور حين يُنفذ الأمر لا يكون معتديا

وكذلك في القانون فقيام الموظف المختص بتنفيذ حكم الإعدام بناء على أمر السلطة المختصة، يجعل فعله هذا لا يعد جريمة قتل ولا تنطبق عليه المواد 254 وما بعدها من قانون العقوبات، وتجدر الإشارة إلى أنّ الإعدام مُعطّل في القانون الجزائري منذ 1993م.

الفرع الثاني: إحضار المتهم جبرا:

أمر ولي الأمر في الشريعة الإسلامية ينفذ وجوبا، ولا تجوز مخالفته إلا إذا أمر بمعصية، وعليه لو أُمِر شخص بالمثول أمام القاضي لاتهام أو لشهادة أو غيرها فيجبُ عليه المثول.[2]

تنفيذ أعوان القوة العمومية لأوامر قاضي التحقيق بإحضار المتهم جبرا عنه بطريقة القوة أو إلقاء القبض عليه لا يجعلهم مرتكبين لجرائم الاعتداء على الحريات الفردية طبقا للمادة 291 من قانون العقوبات، والتي تنص: "يعاقب بالسجن المؤقت من خمس سنوات إلى عشر سنوات كل من اختطف أو قبض أو جبس أو حجز أي

-1 السرخسي، المبسوط، بيروت: دار المعرفة. (1414هـ/ 1993م) ج9، ص104.

-2 ابن عابدين الدمشقي الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، بيروت: دار الفكر، الطبعة الثانية. (1412هـ/ 1992م) ج5، ص422.

شخص بدون أمر السلطات المختصة وخارج الحالات التي يجيز أو يأمر فيها القانون بالقبض على الأفراد".

والحالات التي أذنت فيها الشريعة الإسلامية غير هذه كثيرة منها تقديم المصلحة العامة على الخاصة كبيع ملك شخص دون موافقته لاستغلاله في منفعة عامة مع تعويضه، أو إجبار القاضي لشخص على البيع لسداد دينه.[1] والقانون الجزائري أيضا أذن بهذه الحالات.

والحالات التي أذن بها القانون في مثل المسائل المذكورة كثيرة، ومنها ما جاء في جواز تفتيش المنازل من طرف مأمور الضبط القضائي حسب نص المادة 44 من قانون الإجراءات الجزائرية، كما يجوز الاطلاع على المستندات حسب نص المادة 45 من القانون نفسه، ومن الحالات أيضا جواز منع أي شخص من مبارحة مكان الجريمة حسب المادة 50 من القانون نفسه، وكذلك جواز حجز الأشخاص حسب المادة التي تليها.

المطلب الثالث: شروط الأفعال التي تتم تنفيذا لأمر الشرع والقانون:

إنّ الأفعال التي تباح طاعة للشرع أو القانون أو السلطة المختصة ليست على إطلاقها، فلو كانت كذلك لتحجج الكثير بذلك هربا من المسؤولية، وحسب التحليل الوارد في الحالات المذكورة فإنه يُشترط لاعتبارها سببا مبيحا ما يأتي:

- توافر الصفة المطلوبة شرعا أو قانونًا في القائم بذلك العمل، حيث يجب أن تكون له صفة المستخدم كالشرطي والموظف.
- مراعاة الشروط الشكلية المطلوبة في الأمر، ومثال ذلك في إحضار المتهم يجبُ أن يصدر أمر الإحضار عن قاضي التحقيق كتابة، حسب نص المادة 109 من قانون الإجراءات الجزائية.
- أن تكون الغاية من تنفيذ هاته الأفعال هو تحقيق المصلحة العامة وإلا تنتفي عن الفعل صفة المشروعية ويدخل في دائرة التجريم.

1- ابن مَازَةَ البخاري الحنفي، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى. (2004م) ج8، ص244.

الخاتمة:

في ختام هذا البحث يُمكن عرض جملة من النتائج، وذكر بعض الاقتراحات، وذلك كالآتي:

أولا- النتائج:

- ✓ الإباحة حكم شرعي وهو الإذن للمكلف في الفعل فهذا معناه في الأصول وأما الفقهاء فيطلقونه غالبا على ما ليس بحرام سواء كان واجبا أو مندوبا أو مستوي الطرفين.
- ✓ الجَريمة هي كُلّ أمر إيجابيّ أو سلبيّ يُعاقب عليه القانون سواء أكانت مُخالَفة أم جُنحة أم جناية، والتجريم هو النص القانوني على إخراج الفعل من الإباحة.
- ✓ الفعل الذي يُعدُّ جريمة قد يُباح في بعض الحالات في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، وسببُ إباحته أحدُ أمرين؛ فإما أن يكون حقّا مأذونا فيه للشخص، أو يكون واجبا مأمورا به.
- ✓ الحالات التي يُباح فيها الفعل المجرَّم لكونه حقّا مأذونا فيه للفاعل في الشرع والقانون كثيرة منها، الدفاع الشرعي ومباشرة الاعمال الطبية، وتأديب الزوجة والولد في حدود التأديب، والأفعال الرياضية كالملاكمة أباحها القانون أيضا.
- ✓ يُعدُّ الدفاع الشرعي من أهم الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، بل وشجّعت عليها لزجر المعتدين وتخويفهم، وهو واجب الإنسان في حماية نفسه أو نفس غيره، وحقه في حماية ماله أو مال غيره من كل اعتداء حال غير مشروع بالقوة اللازمة لدفع هذا الاعتداء.
- ✓ يُشترط في كلّ الأفعال التي تندرج ضمن ما أذن به الشرع والقانون حتى تعتبر سببًا للإباحة أن يكون الحق المستعمل فيها مقررا بمقتضى نص شرعي أو قانوني، وأن يقع الفعل نتيجة استعمال هذا الحق في الحدود المسموح بها، وأن تتوافر الصفة المطلوبة شرعا وقانونًا كصفة الأب أو الزوج في التأديب، وصفة الطبيب في المعالجة.
- ✓ الحالات التي يُباح فيها الفعل المجرَّم لكونه واجبًا مأمورًا به الفاعل شرعا أو قانونا كثيرة منها، الشهادة وتبليغ الطبيب بالأمراض المعدية، وتنفيذ الأوامر الصادرة من الرئيس في العمل أو الولي الشرعي كتنفيذ حكم القصاص أو إحضار المتهم جبرًا، أو إجبار القاضي لشخص على البيع لسداد دينه، أو منع أي شخص من مبارحة مكان الجريمة، أو حجزه للتحقيق.

- ✓ يُشترط في كلّ الأفعال التي تندرج ضمن ما أمر به الشرع والقانون حتى تعتبر سببًا للإباحة أن توافر في القائم بها الصفة المطلوبة شرعا أو قانونًا، فيجب أن تكون له صفة المستخدم كالشرطي والموظف، مع وجوب مراعاة الشروط الشكلية المطلوبة في الأمر، وأن تكون الغاية من تنفيذ هاته الأفعال هو تحقيق المصلحة العامة وإلا تنتفي عن الفعل صفة المشروعية ويدخل في دائرة التجريم.

ثانيا- الاقتراحات:

- ✓ تفعيل الدراسات المقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي وأحكام القانون الوضعي عموما والجزائري خصوصا، لتوسيع المسائل والوصول إلى أحكام شرعية قانونية.
- ✓ اهتمام الباحثين في الفقه الجنائي المقارن بتأصيل هذا الموضوع لبيان مدى توسع الشارع الحكيم والمشرّع الوضعي في إباحة الفعل المجرم، من حيث النص والإثبات.
- ✓ توصية الباحثين في مراحل التدرج بالعناية بالمسائل الجنائية أصولها وفروعها، لكثرة الحاجة إليها، ولتعدد التطورات والنوازل في العقود الأخيرة.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا- القرآن الكريم: برواية حفص عن عاصم.

ثانيا- القوانين:

1- الأمر رقم 66- 155 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ، الموافق لـ: 8 يونيو 1966م، والذي يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم.

2- الأمر رقم 66- 156 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ، الموافق لـ: 8 يونيو 1966م، والمتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، مع تعديلات القانون رقم 06- 23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006م، والقانون رقم 14- 01 المؤرخ في 04 فبراير 2014م.

ثالثا- الكتب:

3- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، بيروت: دار الفكر، الطبعة الثانية، (1412هـ/ 1992م).

4- أبو إبراهيم إسحاق بن إبراهيم بن الحسين الفارابي، معجم ديوان الأدب، تحقيق: أحمد مختار عمر، مراجعة: إبراهيم أنيس، القاهرة: مؤسسة دار الشعب للصحافة والطباعة والنشر، (د.ط)، (1424هـ/ 2003م).

5- أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله، أساس البلاغة، تحقيق: محمد باسل عيون السود، بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، (1998م).

6- أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مَازَةَ البخاري الحنفي، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه، تحقيق: عبد الكريم الجندي، بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، (2004م).

7- أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي، جمهرة اللغة، تحقيق: رمزي منير بعلبكي، بيروت: دار العلم للملايين، الطبعة الأولى، (1987م).

8- أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحرير ألفاظ التنبيه، تحقيق: عبد الغني الدقر، دمشق: دار القلم، الطبعة الأولى، (1408ه).

9- أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (المتوفى: 170ه)، كتاب العين، تحقيق: مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، (د.ط)، (د.ت).

10- أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: أحمد محمد شاكر، القاهرة: دار الحديث، الطبعة الأولى، (1995م).

11- أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، بيروت: دار العلم للملايين، الطبعة الرابعة، (1987م).

12- أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، بيروت: دار الفكر، (د.ط)، (1995م).

13- أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين، حلية الفقهاء، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، بيروت: الشركة المتحدة للتوزيع، الطبعة الأولى، (1983م).

14- أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، بيروت: المكتبة العلمية، (د.ط)، (د.ت).

15- أحمد مختار عبد الحميد عمر، بمساعدة فريق عمل، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، الطبعة الأولى، (1429ه/ 2008م).

16- حسين فريجة، شرح قانون العقوبات الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، (د.ط)، (2006م).

17- زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: 970هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري، وبالحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، (د.ت).

18- زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري، التوقيف على مهمات التعاريف، القاهرة: عالم الكتب، الطبعة الأولى، (1410هـ/ 1990م).

19- سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، دمشق: دار الفكر، الطبعة الثانية، (1408هـ/ 1988م).

20- سليمان بن بنين بن خلف بن عوض، تقيّ الدين، الدقيقي المصري، اتفاق المباني وافتراق المعاني، تحقيق: يحيى عبد الرؤوف جبر، الأردن: دار عمار، الطبعة الأولى، (1405هـ/ 1985م).

21- عدو عبد القادر، مبادئ قانون العقوبات الجزائري، الجزائر: دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، (د.ط)، (2010م).

22- علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، كتاب التعريفات، تحقيق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، (1403هـ/ 1983م).

23- عودة عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، بيروت: دار الكاتب العربي، (د.ط)، (د.ت).

24- مجمع اللغة العربية بالقاهرة (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار)، المعجم الوسيط، دار الدعوة، (د.ط)، (د.ت).

25- محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، بيروت: دار المعرفة. (د.ط)، (1993م).

26- محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، بيروت: دار الفكر، (د.ط)، (1409هـ/ 1989م).

27- محمد بن علي ابن القاضي محمد حامد بن محمّد صابر الفاروقي الحنفي التهانوي، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، تقديم وإشراف: رفيق العجم، تحقيق:

علي دحروج، نقل النص الفارسي إلى العربية: عبد الله الخالدي، الترجمة الأجنبية: جورج زيناني، بيروت: مكتبة لبنان ناشرون، الطبعة الأولى، (1996م).

28- محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى، الزَّبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، (د.ط)، (د.ت).

29- محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى، لسان العرب، بيروت: دار صادر، الطبعة الثالثة، (1414ه).

30- محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، (1988م).

31- مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، (د.ت)، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، (د.ط).

32- منصور رحماني، الوجيز في القانون الجنائي العام، عنابة: دار العلوم للنشر والتوزيع، (د.ط)، (2006م).

33- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، الكويت: دار السلاسل، الطبعة الثانية، (من 1404- 1427ه).

34- وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ (الشَّامل للأدلّة الشَّرعيَّة والآراء المذهبيَّة وأهمّ النَّظريَّات الفقهيَّة وتحقيق الأحاديث النَّبويَّة وتخريجها)، دمشق: دار الفكر، الطبعة الرَّابعة، (د.ت).

رابعا- المذكرات:

35- صليحة حامل، (2011م)، تطور مفهوم الدفاع الشرعي في ظل المتغيرات الدولية الراهنة من الدفاع الشرعي إلى الدفاع الشرعي الوقائي، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر.