جامعة عمار ثليجي الاغواط
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

استعمال الحق كسبب للإباحة

مذكرة في إطار مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق فرع القانون العام

تخصص قانون جنائي وعلوم جنائية

من اعداد :
- بلقاسم وزان
- أسامة بوجمعة

تحت اشراف الاستاذ:
* الدكتور ملياني عبد الوهاب

لجنة المناقشة

الدكتور تركي محمد سعيد	أستاذ محاضر ب	رئيسا
الدكتور ملياني عبد الوهاب	أستاذ محاضر أ	مشرفا
الدكتورة قرينعي جميلة	أستاذ محاضر ب	مناقشا

السنة الجامعية:2022/2021

بسم الله الرحمن الرحيم
١٤٣٨

شكر وعرفان

بعد إتمام هذا البحث نشكر الله عز وجل الذي أعاننا على إنجاز هذه المذكرة و أمدنا الصبر ورعاية الإلهية فالحمد لله

أوجه شكري الخالص و الجزيل إلى أستاذي الفاضل ملياني عبد الوهاب الذي أشرف على هذا العمل و حتى النهاية بكل خطواته، و وجهني بنصائحه و إرشاداته

فأسمى كلمات الشكر و العرفان أوجهها لك أستاذي و أسأل المولى عز وجل أن يكتبها في ميزان حسناتك

أشكر كل من ساهم في دعمي و توجيهي و كل من ساعدني من قريب أو بعيد

كما نتقدم بخالص الشكر الى لجنة مناقشة هذا العمل

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع الى كل من

الوالدين الكريمين

الى كل العائلة الكريمة

الى كل الاخوة والاخوات

و إلى من عبدت لي طريق النجاح بدعواتها أمي الحبيبة.

إلى إخوتي الأعزاء إلى كل من وسعتهم ذاكرتي ولم تسعهم مذكرتي.

إلى جميع زملاء الدراسة أعانهم الله ووفقهم إلى هؤلاء جميعا أهدي ثمرة

جهدي وعملي المتواضع

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع الى كل من

الوالدين الكريمين

الى كل العائلة الكريمة

الى كل الاخوة والاخوات

و إلى من عبدت لي طريق النجاح بدعواتها أمي الحبيبة.

إلى إخوتي الأعزاء إلى كل من وسعتهم ذاكرتي ولم تسعهم مذكرتي.

إلى جميع زملاء الدراسة أعانهم الله ووفقهم إلى هؤلاء جميعا أهدي ثمرة

جهدي وعملي المتواضع

مقدمة

يعرف قانون العقوبات بمجموعة القواعد القانونية التي تبين الجرائم وما يقرر لها من عقوبات أو تدابير أمن إلى جانب القواعد الأساسية والمبادئ العامة التي تحكم هذه الجرائم والعقوبات والتدابير.

فهو يشتمل على نوعين من الأحكام الموضوعية، الأولى أحكام عامة تبين القواعد والنظريات العامة التي تحكم التجريم والعقاب والتي تسري على كل الجرائم والعقوبات أو اغلبها والتدابير ويسمى القسم العام.

والثانية أحكام خاصة وتشمل بيان الجرائم بمفردها وأركان كل منها والظروف الخاصة بها والعقوبة المقررة لها ، ويسمى القسم الخاص.

ومن هنا فإن الجريمة تتوفر على ثلاثة أركان ومن هذه الأركان الركن الشرعي الذي يتوفر على عنصرين ، الأول خضوع لفعل لنص يجرمه وعدم خضوع الفعل لأي سبب من أسباب الإباحة.

إذا كانت الجريمة هي العمل الخارجي الذي نص عليه القانون وقرر له عقوبة فالمقصود بذلك أن الدولة ترمي بمباشرة حقها في العقاب إلى بلوغ غايات معينة تكمن في المحافظة على كيانها وصيانة الأمن والنظام، ووسيلتها إلى بلوغ هذه الغايات هي "العقوبة" توقعها على مرتكب أحد التصرفات التي تعد من قبيل الجرائم .ومن المبادئ المقررة في تشريعات العصور الحديثة أنه ال سبيل لتحميل شخص تبعة واقعة إجرامية ما لم تربط هذه الواقعة بنشاط ذلك الشخص برباط السببية أي رابطة النتيجة بالسبب وذلك لأن مساءلة الشخص عن واقعة إجرامية بغير قيام هذه الرابطة المادية بينهما وبين نشاطه رغم عدم تدخله في إحداثها، وهذا ما لا يجوز .مهما توصلت القوانين الوضعية بشأن أسباب الإباحة فإنها لم

ترقى إلى ما هي عليه اليوم إلا خطوة خطوة، ولم تعرف إلا سببا بعد سبب رغم بروزها إلى الوجود الفعلي في صورة حالات خاصة وحوادث عملية على خالف الشريعة الاسلامية التي عرفت جميع هذه الأسباب منذ مدة تزيد عن 14 قرنا.

وحسب المادة 02 من الدستور الجزائري وطبقا لمبدأ سمو الدستور، فإن الدستور يعلو على قانون العقوبات لذا يتعين تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على بعض الأفعال المباحة شرعا التي لم يرد بها نص في قانون العقوبات لذا يتعين تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على بعض الأفعال المباحة شرعا التي لم يرد بها نص في قانون العقوبات ورغبة منا في معرفة نشأة هذه الأسباب وأحكامها .بالمقارنة مع أحكام القانون الجنائي الداخلي الذي يتضمن هو الآخر مجموعة من الأسباب التي تبيح ارتكاب الجريمة، وتنزع الوصف المجرم عنها وتجعلها مباحة بعدما كانت لا تعتبر كذلك، و إن اختلفت الدول في وصف هذه الأسباب حيث تعتبر البعض أسبابا معينة أسباب إباحة في حين أن دول أخرى تعتبرها مانع من موانع المسؤولية الجنائية، كذلك فإن القانون الدولي الجنائي هو الآخر يتضمن بعضا من الأسباب التي تعتبر أسباب إباحة كما يتضمن إلى جانبها أيضا موانع من موانع المسؤولية الجنائية

ويكمن **الهدف** من هذه الدراسة في التعرف على الحق واسباب الاباحة واستعمال الحق كسبب للاباحة من خلال التشريع الجزائري وكذا التعرف على جهود المشرع الجزائري في محاولة منه لتكييف قانون العقوبات مع التطور في التشريعات العالمية والاتفاقيات التي تبرم الجزائر اقليميا وعالميا.

ولتسليط الضوء على هذا الموضوع، فإننا **نطرح الإشكالية** التالية التي مفادها: فيما تتمثل الطبيعة القانوينة للحق وأسباب الإباحة؟ وما هي معيارية لاستعمال الحق كسبب للإباحة؟ والمعالجة التشريعية له؟

و لأجل الإجابة على الإشكالية السابقة الذكر إعتمدنا في **معالجتنا المنهجية** لموضوع الدراسة، على **المنهج الوصفي** الذي نراه يتناسب وموضوع الدراسة.

وفي سبيل إعدادنا لهذا البحث قسمنا هذه الدراسة إلى فصلين، بحيث خصصنا الفصل الأول للطبيعة القانونية للحق وأسباب الإباحة، وهو بدوره مقسم إلى مبحثين، إذ المبحث الأول منه معنون بالطبيعة القانونية للحق، في حين أن المبحث الثاني عنوناه بالطبيعة القانونية لأسباب الإباحة.

أما الفصل الثاني من هذه الدراسة، تطرقنا فيه لمعيارية استعمال الحق كسبب للإباحة ومعالجته التشريعية، الذي قسمناه إلى مبحثين، حيث أن المبحث الأول منه عنوناه بالمنظور القانوني لتقسيمات الحق كسبب للإباحة، أما المبحث الثاني فنخصصه لمعالجة المشرع في قانون العقوبات الجزائري لإستعمال الحق كسبب للإباحة.

الفصل الأول : الطبيعة القانونية للحق وأسباب الإباحة

المبحث الاول: الطبيعة القانونية للحق

في الواقع أن الحق قديم، قدم القانون والعدل، فنشأته بدأت مع الإنسان وإتصلت بوجوده ليستهدي القانون لإقامة نظام قانوني، لذلك نجد بأن الدول تتسابق لإقرار الحق (وهو ما يعرف بدولة القانون)، ولها مكانها في الأنظمة القانونية الحديثة وفي كافة التشريعات.

(القانون العام والقانون الخاص) أي حيث يوجد القانون توجد الحقوق فهو ينظمها ويحميها.

المطلب الاول: مفهوم الحق

وعليه فإننا في هذا المطلب سنتعرض إلى تعريف الحق وعلاقته بالقانون، ثم تمييزه عن الحرية العامة ، ومن ثم نخوض في النظريات التي عالجت، وهذا وفق ما يلي:

الفرع الأول: تعريف الحق وعلاقته بالقانون

القانون عبارة عن مجموعة من القواعد الملزمة الصادرة عن السلطة المختصة وأن هذه القواعد سنت بغرض تنظيم العلاقات فيما بين الأشخاص، ويقضي هذا التنظيم أن ترجح القاعدة القانونية مصلحة على مصلحة في حالة التضارب ، أي بطريقة مباشرة تقر حقا معينا وتعترف لصاحبه بمركز قانوني يخوله إمتيازا وسلطة في مواجهة الغير فالحقوق على هذا النحو تنشأ بقوانين فإذا قلنا مثلا أن أحدا يتمتع بحق الإنتخاب نتساءل عندها من أقر له هذا الحق ؟هي طبعا القاعدة القانونية التي حددت شروط المنتخب ففرضت توافر ، من هنا يتبين لنا أن هناك علاقة تلازم بين القانون والحق ، فهما وجهان لعملة واحدة[1] .

[1] نبيل إبراهيم سعد ، المدخل إلى القانون –نظرية الحق –، منشأة المعارف للنشر ، 2001 ، مصر ، ص269.

فالحقوق تنشأ بقوانين والقوانين سنت أساس لإنشاء الحقوق ورعايتها والمحافظة عليها لذلك قال الأستاذ-Doneau-: "**أنه ينبغي النظر للقانون، بإعتباره نظاما للحقوق وليس نظاما للدعاوى، كما كان يفعل الرومان، فالدعاوى القضائية ليست سوى الوسيلة القانونية التي تعطي للحق قوته وتوفر له الجزاء عند المساس به**"[1].

فالحق يخول صاحبه السلطة التي تمكنه من القيام بعمل يقره القانون، وهذه هي لذة الحق، فعندما يعترف القانون لشخص ما بحق الملكية، فإن هذا الحق يخوله سلطة الإنتفاع بمحل الحق وإستغلاله والتصرف فيه، فلولا فكرة السلطة لما كان للحق وجودا، أو قيمة، وتفرض السلطة المقررة لصاحب الحق أن يسلك الغير اتجاهه سلوكا من شأنه أن لا يعوق قدرته على الإستعمال والتصرف، وذلك عن طريق قواعد تأتي في شكل أمر أو نهي، وهذا لا يكون إلا بالقانون، فالحق لا يوجد ولا يحترم إلا في ظل القانون، فالقوانين هي التي تقر الحقوق وترسم لها حدودا وتفرض لها ضمانات فهما مفهومان متلازمان مرتبطان ولا يتصور وجود أحدهما منفصلا عن الآخر، والحقوق حتى تحترم ينبغي أن تقابل بواجبات يفرضها القانون على الأشخاص يلزمون بالقيام بها طواعية أو جبرا إن إقتضى الأمر لذلك[2].

الفرع الثاني: تمييز الحق عن الحرية العامة

نتطرق في هذا الفرع لتعريف الحرية العامة، ومن ثم للفرق بينها وبين الحق، وهذا وفق ما يلي:

[1] نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق، ص 269 .

[2] عمار بوضياف ، المدخل إلى العلوم القانونية ،النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري ،طبعة منقحة،2000،دار ريحانة للكتاب ،الجزائر ، ص15.

أولا: تعريف الحرية العامة

إعتبر بعض الفقه مصطلح الحق مرادف للحرية العامة فيقال الحريات العامة أو الحقوق العامة في حين أن الحرية العامة هي رخص لأفراد المجتمع كافة فهي تمثل إباحة مطلقة للجميع، ويتكفل الدستور عادة بحمايتها ومن ذلك كفالة الدستور الجزائري ضمان وحماية الحريات كضمان حرية المسكن المادة 40 من الدستور وحرية الرأي في المادة 36 وحرية التملك في المادة 52 من الدستور[1].

وأما الحق فهو مصلحة عامة ومصلحة معينة محددة المعالم والحدود يحميها القانون.

ثانيا: الفرق بين الحق و الحرية

ينحصر الفرق بين الحق والحرية فيما يلي توضيحه:

1: الحرية العامة إباحة للجميع

فالتملك رخصة عامة أما الملكية فهي حق خاص فالقانون يكفل للجميع الحرية بأن يتملكوا طبقا للنصوص التي يقررها القانون في أسباب التملك ،فإذا تملك شخص منقول أو عقار فيصبح قد إكتسب ملكية ذلك الشيء وقد إنتقل من مجال الحرية العامة إلى مجال الحق وبالتالي أصبحت له مصلحة معينة ومحددة وهي حق الملكية على هذا الشيء وتلك المصلحة وذلك الحق يحميها القانون .

2: الحرية العامة لا يقابلها إلتزام بجانب شخص معين

حيث ان نصوص القانون المتعلقة بالتعسف وتجاوز الحدود وسوء الإستعمال ترد دائما على الحق والسلطة في حين لا ترد على الحياة العامة مثل تعسف إستعمال حقه و لا يتعسف في إستعمال حريته.

[1] انظر في ذلك المواد 36 ،40 ،52 من الدستور الجزائري .

المطلب الثاني: فكرة وجود الحق بين الرفض و التأييد

اختلف الفقه في دراسة وجود الحق بين رافض له ومؤيد ،لهذا نتطرق في هذا المطلب للإتجاهات المختلفة التي عالجت فكرة وجود الحق، وهذا وفق ما يلي :

الفرع الأول: الإتجاهات الرافضة لفكرة وجود الحق

إختلفت المدارس حول وجود الحق، وهو ما سنتطرق إليه وفق مايلي:

أولا: مدرسة القانون الطبيعي التقليدية

من الثابت تاريخيا أن القانون الروماني لم يكن يعرف فكرة الحق وقد كانت كلمة JUS لا تعني سلطة لفرد معين أو ميزة لصاحبه ولكنها كانت الحصة التي تعود على الفرد في مجتمعه هذه الحصة يمكن أن تحتوي على مركب من المزايا والأعباء، فالعدالة كانت تمثل وقتها منح كل واحد حصته .

هذه الفكرة كانت تتوافق مع فكرة القانون الطبيعي التقليدي كما عرفت إبتداءا من أرسطو والقديس توماس وطبقا لهذه الفلسفة فإنه يوجد نظام طبيعي يستلزم أن يضع كل عنصر من عناصر الكون في موضعه الصحيح العادل وتعتبر هذه النظرية أن ظهور فكرة الحق تعد تحولا سيئا حيث أنها تكشف عن الأنانية الفردية التي تهدف إلى الإستئثار وبالتالي لتشويه ما تم بناءه من أجل العدالة والصالح العام[1].

و عليه فإن فكرة الحق سمحت بتأكيد للفرد مما له من سلطات في مواجهة الدولة بكل ما تملكه من بطش وقوة فمواجهة الحق بالنظر إلى صاحبه ومصالحه فحسب تعتبر فكرة تهدد

[1] نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون والحق ، دار النهضة العربية، بيروت، 1995، ص 35 .

القانون لأنها تتجاهل الوظيفة الأساسية للقانون وهي إقامة العدالة ولذلك وجب محو مصطلح الحق والأخذ فقط بالعلاقات القانونية الموضوعية[1]

ثانيا: المدرسة الواقعية

المدرسة الواقعية مقسمة بين فلسفة دوجي و كلسن، لهذا نخصص لكل نظرية فرع، وفق ما يلي توضيحه:

1: نظرية دوجي

لا توجد حقوق وإنما توجد مراكز قانونية حيث أن نقطة الإنطلاق لديه هي رفض فكرة الحقوق الطبيعية للأشخاص بإعتبارها فكرة فلسفية ما وراء الطبيعة كما أنها فكرة عديمة الفائدة من الناحية الفنية ،في الواقع أن الحق بالنسبة له يقابل التأكيد على علو إرادة صاحب الحق على إرادة الآخرين وعلى ذلك فإن مشكلة الحق تتلخص في أن الإرادة لها صفة خاصة تعطيها السلطة في أن تفرض نفسها على نحو دائم أو مؤقت على إرادة الآخرين لأنه مستحيل إيجاد تفسير علمي لهذا التدرج من الإرادة، وبهذا يرى دوجي أن ما يمكن ملاحظته في المجال القانوني هو القواعد القانونية حيث هذه الأخيرة من خلالها يتم تحديد المراكز القانونية للأفراد، كما يميز دوجي بين المراكز القانونية التي تنظمها والتي تنشأ عن تصرفات فردية، مؤكدا على أن التصرفات القانونية ليست هي الحقوق في المفهوم التقليدي حيث أن المراكز تبقى كأثر للقانون.

وعليه فلا يوجد مجال للكلام عن الحقوق وإنما عن المراكز القانونية، فالأمر يتعلق إذن بموقف الشخص سلبا أو إيجابا إزاء القاعدة القانونية.

[1] نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون والحق، المرجع السابق، ص 35.

2: نظرية كلسن

لا توجد حقوق وإنما تدرج لقواعد وضعية فالقانون لديه قائم في مكان وزمان معين تتدرج قواعده فيما بينها بحيث تستمد القاعدة الأدنى قوتها من القاعدة الأعلى ،وعليه فإن كل ما ليس جبر وإلزام يكون ما وراء القانون وقد طبق كلسن هذه الفكرة عن الفرد والحق ولم ينكر كلسن كلية هذا المصطلح ولكن أن يعطيه ميزة الفردية .

فالأساس عند الفقيهين هو الخضوع للنظام القانوني [1].

ولقد انتقدت من خلال :

1: نظرية كلسن للقانون والحق مغرقة في التجريد والشكل وتجاهل حقائق الحياة الإجتماعية التي تكون جوهر القاعدة القانونية .

2: رفض التسليم في فكرة قيام القانون على أساس الحق أو من وجود حقوق تستند إلى القانون.

الفرع الثاني: النظريات المؤيدة لفكرة الحق

نتطرق إلى المذهب الفردي أو الشخصي كفرع أول، ثم إلى المذهب الموضوعي كفرع ثاني، وهذا وفق ما يلي:

أولا: المذهب الفردي أو الشخصي

يعتبر من أقدم المذاهب في تعريف الحق ويطلق عليه مذهب الإرادة، تزعم هذا المذهب الفقيهان الألمانيان " فيد شايد وسافيني " ،ويتسم هذا المذهب بالنزعة الشخصية على إعتبار أن تعريف الحق ينظر فيه إلى الشخص صاحبه، فإرادة صاحب الحق هي العنصر

[1] مصطفى الجثمال : نظرية القانون ،منشورات الجلي المقرفية ،2002 ،ص407 .

الجوهري الذي يميز الحق لذلك فالحق هو قدرة أو سلطة إرادية يعترف بها القانون للشخص في نطاق معلوم، ويتضح ذلك من خلال عنصرين :

1: لا يتصور وجود حق إلا بوجود شخص ذو إرادة يستحقه ويباشره ،فالحق صفة تلحق الشخص وتجعله قادرا على القيام بعمل معين .

2: لا يوجد حق إلا إذا راد الشخص في حدود القانون سلطة إرادية لا يمنحها الشخص لنفسه بل إن القانون هو الذي يمنح هذه السلطة للإرادة ويرسم حدودها ولهذا ينبغي أن تكون تلك الإرادة دائما في نطاق القانون وحدوده[1] .

ويتضح من خلال هذا أنه لا يوجد حق إلا إذا وجد شخص في حدود القانون ونطاقه زمن ثم فإن هذا المذهب يتصل إتصالا وثيقا بالمذهب الفردي ومبدأ سلطان الإرادة الذي يقر للإرادة سلطة إنشاء الحقوق ،ومعني ذلك أن يكون لصاحب الحق يمكنه إستعماله أو عدم إستعمال القاعدة القانونية التي تحدد سلوك الشخص الذي أثبت الحق له ،ويكون لصاحب الحق سلطة إنشاء أو تعديل أو إنهاء العلاقة القانونية " حق المالك في التصرف في ملكه وحق الدائن في إسقاط الدين " .

ويعاب على هذا المذهب ،أنه يمكن أن يثبت الحق للشخص دون أن يكون له إرادة أو دون تدخل منها في إكتساب الحق ،ومن ثم فليس صحيحا الربط بين الحق والإرادة فمن المسلم به أن القانون يعترف ببعض الحقوق للمجنون والصدى غير المميز رغم إنعدام إرادتهم وتثبت للغائب والموصى له والوارث بعض الحقوق دون علم منهم وإرادة .

من المسلم به أن هناك بعض الحقوق التي تثبت للأشخاص المعنوية برغم من أنها لا تتمتع

[1] محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، 1998 ، الجزائر ،ص 123 .

بإرادة شخصية .

كما يخلط هذا المذهب بين الحق وإستعماله وبين جوهر الحق ووجوده وبين مباشرته فالقدرة الإرادية لازمة في الغالب لمباشرة الحق وليس لثبوته إذ ليست هي جوهر الحق ،فالحق قائم ولو لم يباشر صاحبه سلطانه فالمالك مالك ولو لم يستغل ملكه ،إن الإرادة لا تلزم في بعض الأحيان لمباشرة الحق فكل من الصبي والمجنون يستطيع إستعمال منزله أو سيارته ماديا أو الإستفادة منها دون حاجة إلى إرادة [1].

ثانيا: المذهب الموضوعي

صاحب هذا المبدأ هو الفقيه " إهرينج " ويعتمد في تعريف الحق على موضوعه دون شخص صاحب ويرى أن الحق هو مصلحة يحميها القانون ويتضح من ذلك التعريف أن الحق يتكون من عنصرين أحدهما موضوعي والآخر شكلي .

يتصل العنصر الموضوعي بالغاية العلمية من الحق وتعبر هذه الغاية عن ميزة أو منفعة معينة يحققها الحق لصاحبه يمثل الحق من الناحية الموضوعية قيمة مالية أو أدبية ،أما من الناحية الشخصية فهو تمثل مصلحة لصاحبه قد تكون وقد معنوية كمصلحة الإنسان في حماية شرفه وحريته ويتمثل العنصر الشكلي في حماية القانون للحق عن طريق الدعوى القضائية فكل من ود بدعوى تكفل إحترام المصلحة التي تهدف إلى تحقيقها ،يتضح من ذلك أن جوهر الحق يكمن في الفائدة والمصلحة وليس في الإرادة فصاحب الحق من يدعي الفائدة والمصلحة ورائه وليس من يدعي الإرادة .

[1] نبيل إبراهيم، المدخل إلى القانون –نظرية الحق–، المرجع السابق ،ص 215 .

ويعاب على هذا المذهب أنه يعرف الحق طبقا للهدف أو الغاية المقصودة دون بيان ماهيته، فالدعوى القانونية حسب هذا المذهب ليست عنصرا في الحق بل هي نتيجة أو أثر للتسليم بوجوده[1].

ثالثا: المذهب المختلط

يجمع هذا المذهب بين الإتجاهين السابقين لذلك أطلق عليه إسم المذهب المختلط، إلا أن أنصاره إنقسموا بسبب تغليب أحد العنصرين على الأخر، فبعضهم يغلب عنصر الإرادة على دور المصلحة ويعرف الحق بأنه " **قدرة إرادية لشخص يعترف بها القانون ويحميها في سبيل تحقيق مصلحة معينة يحميها القانون** " [2].

وبعضهم يعرف الحق على أنه " **مصلحة يحميها القانون دون النظر إلى إرادة الشخص** ". غير أنه تعرض للإنتقاد أيضا وذلك في أن الحق ليس قدرة أو مصلحة لذا فإن الجمع بينهما لا يؤدي إلى تحديد جوهر الحق وماهيته.

رابعا: النظرية الحديثة في تعريف الحق

نتيجة للإنتقادات الموجهة للنظرية السابقة، ظهرت النظرية الحديثة في تعريف الحق وحمل لواءها الفقيه الفرنسي دابان وتأثر بها أغلب الفقهاء، ويعرف هذا المذهب الحق بأنه:"**ميزة يمنحها القانون لشخص ما ويحميها بطريقة قانونية ويكون له بمقتضاها الحق في التصرف متسلطا على مال معترف له بصفته مالكا أو مستحقا له**"[3].

[1] مصطفى الجمال، نظرية القانون، منشورات الجلي المقرفية ،2002 ، ص407.

[2] محمدي فريدة زواوي ، المرجع السابق ، ص 127 .

[3] نفس المرجع السابق، ص 07.

ونستخلص من هذا التعريف العناصر الأساسية التالية :

1: الحق يعبر عن سلطة يقرها القانون : أي سلطة مطابقة للقواعد القانونية ويترتب على هذا ضرورة إحترام الغير لها ،فالحقوق مرتبطة بوجود الإلتزامات في مواجهة الغير ،وليست هناك أهمية لحق معين إذا لم يكن العير ملزم بإحترامه وكذلك الحال إذا لم يمكن صاحبه دفع الإعتداء عليه[1] .

2: إن الحق يفترض وجود شخص معين يكون صاحبا له : وقد يكون هذا الشخص ،شخصا طبيعيا أو شخص معنويا ويتمتع الشخص الطبيعي بصلاحيته لإكتساب الحقوق والتحمل بالإلتزامات ،ويكتسب الشخصية القانونية بمجرد وجوده وهو محمي قانونا ،وتكون له حقوق في مرحلته الأولى كالجنين كما أن للمجنون حقوقا أيضا وإن كانا لا يستطعان ممارستها شخصيا إذ ليس للإرادة دور في ذلك ويمكن للغير ممارسة حقوق هؤلاء الأشخاص عن طريق نظام النيابة[2].

أما الشخص المعنوي فهو إفتراض وجود قانوني لتجمع من الأموال أو الأشخاص فيتحمل الإلتزامات ويكسب الحقوق .

3: الحق يرد على قيمة معينة تكون محلا له وقد يكون هذا المحل شيئا ماديا سواء كان عقارا أو منقولا كما يمكن أن يكون عملا كالإمتناع عن عمل أو القيام بعمل وقد يكون قيمة

[1] إسحاق إبراهيم منصور : نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية ،الطبعة السابعة ،ديوان المطبوعات الجامعية ،2004 ،الجزائر ،ص 283.

[2] محمدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 128.

معنوية كالإنتاج الفكري أو قيمة ملتصقة بالشخصية كحق الإنسان في سلامة جسمه وحقه في شرفه[1] .

4: يفترض الحق أن تكون لصاحبه سلطة الإستئثار والتسلط على حقه ويختلف ذلك بإختلاف أنواع الحقوق إذ يتسع مجال الاستئثار والتسلط في نطاق الحقوق العينية إذ تكون للشخص حرية إستعمال وإستغلال محل الحق كيفما شاء، بينما يضيق بالنسبة للحقوق الملتصقة بالشخص، إذ حق الشخص في إطارها يقتصر على إلزام الغير بعدم المساس بها وإحترامها، ولا يملك الشخص التصرف في هذه الحقوق ولا التنازل عنها.

ونتيجة لذلك يعتبر التسلط حتمية للإستئثار الذي لا يثبت إلا للمالك أي لصاحب الحق، أما مباشرة الحق فقد يتثبت لشخص آخر كالوصي أو الولي مثلا[2].

[1] مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 408.

[2] إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 283.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لأسباب الإباحة

لتتعرف على الطبيعة القانونية لأسباب الإباحة ، إرتأينا أولا التطرق لأسباب الإباحة بوجه عام هذا كمطلب أول، ومن ثم خصصنا المطلب الثاني لعلة الإباحة في قانون العقوبات، وهو ما سنعالجه وفق ما يلي:

المطلب الأول: أسباب الإباحة بوجه عام

نتطرق في هذا المطلب إلى تعريف أسباب الإباحة كفرع أول، ومن ثم نعرج إلى مصادرها كفرع ثاني، وهذا وفق مايلي:

الفرع الاول: تعريف أسباب الإباحة

تجرم الأفعال التي تحمل في طياتها معنى الاعتداء على حق يحميه القانون ، فإذا ما تجردت هذه الأفعال في معنى العدوان ابتداء كانت أفعالا مباحة ، ويؤدي هذا الرأي إلى القول بأن أسباب التبرير لا علاقة لها بأركان الجريمة وخاصة الركن الشرعي، لأنها لا ترد على أفعال مجرمة فهي ترد على أفعال لها صورة وقائع إجرامية ولكنها ليست جرائم، وما النص القانوني عليها إلا دفعا للشبهة حولها، وبغرض تنظيمها وبيان حدودها وتفصيل القيود التي ترد عليها[1].

على أن غالبية الفقه يرى بأن أسباب التبرير هي قيود ترد على نص التجريم فتعطل مفعوله ، ولهذا فهي تنعكس على الركن الشرعي للجريمة فتبطله ، إذ تخرج الوقائع من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة[2].

[1] كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، ط1 ،الأردن، دار الثقافة، 2002، ص 127 .

[2] كامل السعيد، المرجع السابق، ص 127 .

فإذا كان الأصل في الأفعال هو الإباحة فإن التجريم استثناء على هذا الأصل ، وتأتي أسباب التبرير كاستثناء على هذا الاستثناء لترد الفعل إلى أصله من المشروعية بعد أن كان مجرما، ويفترض سبب الإباحة في الأصل خضوع الفعل لنص تجريم واكتسابه ابتداء صفة غير مشروعة لهذا لا يوصف الفعل بأنه غير مشروع إلا إذا ثبت أنه لا يخضع لسبب من أسباب الإباحة، ولكن يترتب على هذا السبب إخراج الفعل من نطاق التجريم إلى نطاق الاباحة ، فقد يرتكب الفرد عملا ينطبق عليه نص التجريم الوارد في قانون العقوبات، ومع ذلك لا يعده القانون جريمة، ويعني ذلك أنه لا يكفي أن يتطابق الفعل مع نص تجريمي ساري المفعول، إذ يجب أن نتأكد من عدم وجود سبب يبرر الأفعال، إذ أن وجود سببا لتبريره يخرجه من دائرة التجريم ويعيده ثانية إلى دائرة الإباحة[1].

ويمكن القول بأن أسباب الإباحة ظروف مادية تضاف إلى الفعل المجرم وتسحب عنه الصفة الجرمية، وتضفي عليه الصفة الشرعية، ومن كل ما سبق يمكن تعريفها بأنها: "**تلك الأسباب التي من شأنها إزالة صفة التجريم عن أفعال سبق أن جرمها المشرع** "[2].

وعليه فإنه يقصد بأسباب الإباحة أو أسباب التبرير، بأنها جملة الظروف التي تجرد الواقعة من صفتها الإجرامية، رغم استكمالها سائر العناصر القانونية اللازمة لقيام الجريمة، أي أن علة التجريم وعلة الإباحة مرتبطتان، فعلة التجريم هي حماية حق أو مصلحة، وعلة الإباحة هي انتفاء علة التجريم.

[1] نفس المرجع السابق، ص 128.

[2] عبد الرحمان خلفي، القانون الجنائي العام، دار بالقيس دار البيضاء، الجزائر ، ص 171.

وكقاعدة عامة فإن هذه الأسباب تتميز بكونها مادية تضم عناصر شخصية، وبالتالي يشترط توافرها في الواقع الملموس حتى ترتب آثارها في نزع الصفة الإجرامية للسلوك، وما يستتبع ذلك من انتفاء كل من المسؤولية المدنية والجنائية.

الفرع الثاني: مصـادر الإباحة

نتطرق إلى الإتجاه الرافض ولا يعتد بقانون العقوبات على انه المصدر الوحيد لأسباب الإباحة كفرع أول: ومن ثم نخصص الفرع الثاني للإتجاه الذي يعتبر قانون العقوبات المصدر الوحيد و الأصيل للأسباب الإباحة، وهذا وفق مايلي:

أولا: قانون العقوبات لا يعتبر المصدر الوحيد لأسباب الإباحة

لا تنحصر مصادر الإباحة في قانون العقوبات، كما هو الشأن في نصوص التجريم أو تقرير أو بيان أنواع التدابير، ففي الإباحة يجوز القياس وليس في ذلك تعطيل لمبدأ الشرعية حيث أننا لا نجرم فعلا مباحا، وزيادة على ذلك يجوز فيها الاستناد إلى قواعد العرف أو الشريعة الإسلامية أو إلى نصوص القوانين الوضعية الأخرى لتقرير وجود سبب إباحةِ[1].

وهذا ما جعل بعض الفقهاء إلى الإتجاه بالقول بأن أسباب الإباحة تكون قد وردت في قانون العقوبات على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر.

ثانيا: قانون العقوبات بإعتباره مصدرا أصيلا ووحيدا لأسباب الإباحة

[1] كامل السعيد، المرجع السابق، ص 128.

غالبية الفقهاء يرون بأن أسباب الإباحة قد وردت في قانون العقوبات على سبيل الحصر لا المثال، وإن جاز فيها الأخذ بالقياس أو العرف أو ما تقره القوانين الأخرى[1].

في قانون العقوبات قد حصر مواضيع أسباب الإباحة في نصوصه، وعطل النص التجريمي عن العمل في كل فعل يدخل ضمن هذه المواضيع في القوانين الأخرى واعتد حتى بالعرف، و حتى لا يجري المشرع وراء نصوص متناثرة هنا وهناك لا يمكن حصرها، آثر أن يحصرها بمواضيعها فحسب فإذا ما وجدنا نصا في القانون يبيح فعلا معينا وجب علينا رده إلى أحد المواضيع التي حددها النص في قانون العقوبات.

وعليه نرى أن قانون العقوبات قد حصر مواضيع أسباب الإباحة في نصوصه ، وعطل النص التجريمي عن العمل في كل فعل يدخل ضمن هذه المواضيع في القوانين الأخرى واعتد حتى بالعرف ،وحتى لا يجري المشرع وراء نصوص متناثرة، هنا وهناك لا يمكن حصرها، فآثر أن يحصرها بمواضيعها فحسب، فإذا ما وجدنا نصا في القانون يبيح فعلا معينا وجب علينا رده إلى أحد المواضيع التي حددها النص في قانون العقوبات.

فإذا أخذنا قانون العقوبات الجزائري على سبيل المثال نجد أنه حدد أسباب التبرير في كل ما يأمر أو يأذن به القانون أو في حالة الدفاع الشرعي (المادتين 39و40) وعليه فلا يجوز إضافة أي سبب آخر لهذه الأسباب التي وردت على سبيل الحصر لا المثال .ففي البحث عن أي فعل يثور حوله التساؤل عما إذا كان من الأفعال التي تخضع لأسباب الإباحة أم لا، يجب أن نحدد ما إذا كان الفعل يدخل ضمن ما حدده القانون كأسباب للإباحة، أي أن يكون الفعل في نطاق ما يأمر أو يأذن به القانون إذ في نطاق هاتين

[1] عبد الرحمان خلفي، المرجع السابق، ص 171.

الحالتين فقط تكون الأفعال مبررة ويخرج، أو حالة الدفاع الشرعي منها ما تعدى هاتين الحالتين وعليه فلا يجوز القول بأن حالة الضرورة مثلا هي سبب من أسباب الإباحة إذ لا تدخل ضمن نطاق هاتين الحالتين[1].

ولقد عالج المشرع الجزائري أسباب الإباحة في قانون العقوبات تحت عنوان (**الأفعال المبررة**)، التي تنص على أسباب الإباحة في المادتين (**39** و **40**)[2]، ونورد نص المادتين على النحو التالي:

تنص المادة **39** على أنه:" **لا جريمة:**

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

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

كما تنص المادة **40** على أنه: " **يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع المشروع:**

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

---

[1] عبدالله سليمان، المرجع السابق، ص 118،119.

[2] الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم لقانون العقوبات.

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

ويفهم من المادتين سابقتي الذكر أن قانون العقوبات، قد حصر أسباب الإباحة في ما يأمر أو يأذن به القانون و في حالة الدفاع الشرعي.

المطلب الثاني : علة الإباحة في قانون العقوبات

تكمن العلة من الإباحة في انتفاء العلة من التجريم، فقد لا يحمل الفعل معنى العدوان إذا ما ارتكب في ظروف معينة ـ كالجراحة للتطبيب ـ مما يبرر إباحته ، وقد يراعى القانون حقا أقوى من الحق المعتدى عليه ويراه أجدر بالرعاية فيجيز الفعل ويبطل نص التجريم.

فالقاعدة أن المشرع إنما يجرم من الأفعال ما يهدد الحقوق والمصالح الاجتماعية التي يرى ضرورة حمايتها، والتي تبين له أن فعلا من هذه الأفعال لا يؤثر على ظروف معينة على تلك الحقوق والمصالح، أو ثبت له وإن كان يضر ببعضها إلا انه يكفل الحماية لغيرها مما يعد أولى بالرعاية منها، فإنه يغلب جانب الإباحة على جانب التجريم[1].

ولتوضيح مدى تضحية المشرع الجنائي بمصلحة في سبيل تحقيق مصلحة أولى بالرعاية نورد المثالين التاليين:

– يجرم المشرع فعل القتل ويقرر له أشد العقوبات في المواد **254** و **263** من قانون العقوبات، باعتباره إزهاق روح إنسان بغير حق ويشكل اعتداء خطيرا على الحق في ولكن إزهاق الروح يمكن أن يكون بحق وفي إطار ما يحدده القانون كأن يتم بناء على حالة الدفاع الشرعي طبقا للمادة **39** ق.ع أو أن يتم بناء على امر السلطة القضائية المختصة، المادة

[1] عبدالله اوهابية، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، د.م.ن، د.س.ن، ص 172.

151 وما يليها من القانون رقم 04/05 المؤرخ في 06 فبراير 2004 المتضمن قانون السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمسجونين.[1]

– يعاقب القانون الجنائي على جرائم الضرب و الجرح و أعمال العنف العمدية عامة، لأنها سلوكات تمثل اعتداء على الحق في السلامة الجسدية للإنسان طبقا للمواد**264 و267** من قانون العقوبات، إلا أن المساس بجسم الانسان بإلحاق جروح بجسده قد لا يكون بغرض الاعتداء عليه و إنما بغرض آخر كعلاجه باستعمال الجارحة على جسم المريض أو لدفع اعتداء بالقوة بإصابة المعتدي في سلامته الجسدية في حدود ما يسمح به القانون .

وعليه فإن أسباب الإباحة تعتبر أسباب مادية أو موضوعية، تلحق السلوك المنطبق على نموذج إجرامي يقرره القانون فتضفي عليه طابع المشروعية بإخراجه من دائرة عدم المشروعية أي من التجريم والعقاب ، فلا يقوم تبعا لذلك الركن الشرعي في الجريمة أو ركن عدم المشروعية، هذه الأسباب يمكن أن تكون أسبابا عامة أو خاصة، أما الأسباب العامة فهي ظروف موضوعية تبيح جميع أنواع الجريمة سواء كانت جرائم على النفس أو الشرف و العرض أو على المال، كظرف الدفاع الشرعي مثلا، أما الأسباب الخاصة وتسمى أسباب نسبية كاستعمال الحق وإذن القانون فلا يتعدى أثرها نوعا معينا من الجرائم يحددها القانون فلا تبيح غيرها من الجرائم، كالمأمور المكلف بتنفيذ حكم الإعدام فلا يجوز له ارتكاب فعل إزهاق الروح في غير من حكم عليه بالإعدام ووفق القواعد التي يحددها القانون والطبيب المعالج عند ممارسته للعمل الطبي المرخص له به يجب أن يكون كأصل بغرض العلاج وفي حدود ما يسمح به القانون[2].

[1] عبدالله اوهابية، المرجع السابق، ص ، 172،173.

[2] عبدالله اوهايبية، المرجع السابق، ص، 173،174 .

الفصل الثاني:

معيارية استعمال الحق كسبب للإباحة ومعالجته التشريعية

المبحث الاول: المنظور القانوني لتقسيمات الحق كسبب للإباحة

الحالات التي يأذن بها القانون للموظف العام باستعمال سلطته التقديرية، الحالات التي يأذن بها القانون للموظف العام باستعمال سلطته التقديرية.

المطلب الأول : الحق في إستعمال الموظف لسلطته التقديرية وفي مباشرة الأعمال الطبية

نتطرق في المطلب للحق في إستعمال الموظف لسلطته التقديرية هذا كفرع أول، بينما الحق في مباشرة الأعمال الطبية خصصناه للفرع الثاني، وهو ما نعالجه وفق ما يلي:

الفرع الأول: الحق في إستعمال الموظف لسلطته التقديرية

منح القانون للموظف العام سلطة تقديرية مباشرة بعض أعمال وظيفته ، وعليه فإذا قام الموظف بعمله ضمن هذه الرخصة المعطاة له من القانون فإن عمله لا يعد جريمة إستنادا إلى أن العمل مباح بإذن القانون. وأحكام ذلك كثيرة في قانون الإجراءات الجزائية ، وعلى سبيل المثال يجيز القانون لمأمور الضبط القضائي تفتيش المنازل (م44) والاطلاع على المستندات (م 54) ومنع أي شخص من مبارحة مكان الجريمة ريثما ينتهي من اجراءات تحرياته (م50) وله أن يحتجر شخصا أو أكثر (م51)...إلخ.

كل ذلك ضمن شروط يحددها القانون ، واتباع الشروط التي يحددها القانون أمر ضروري لاعتبار أن العمل مباحا ،واهمالها أو تجاوزها يجعل العمل غير مشروع.

ففي تفتيش المنازل . على سبيل المثال . يلزم القانون مأمور الضبط القضائي أن يجري تفتيشه بوجود صاحب المنزل ، وبغيابه يستدعي من ينوب عنه وإذا تعذر ذلك وجب إجراء

التفتيش بحضور شاهدين من غير الموظفين الخاضعين لسلطة مأمور الضبط القضائي .فإذا لم تراع هذه الشروط أعتبر القيام بالتفتيش باطلا (م48) لا يمكن تبريره واعتباره سببا للإباحة.

كما يجب أن تنفذ هذه الأعمال بحسن نية ، ويعني ذلك أن تتفق نقصد مأمور الضبط القضائي مع الغاية التي يبتغيها القانون[1].

فالقانون خول مأمور الضبط القضائي منع أي شخص من مغادرة مكان الجريمة لمصلحة التحقيق وسعيا للوصول إلى الحقيقة ، فإذا استغل مأمور الضبط القضائي سلطته التقديرية لمنع الشخص من مغادرة المكان بغرض آخر ، كالانتقام منه مثلا فإن عمله هذا غير مشروع ولا يبرر إباحة الفعل.

الفرع الثاني: الحق في مباشرة الأعمال الطبية

يعترف القانون بمهنة الطب وينظمها ويأذن للطبيب بمعالجة المرضى لتخليصهم من الأمراض التي تحل بهم[2].

ومن الطبيعي أن يؤدي الاعتراف بالحق إلى الاعتراف بالوسائل التي تؤدي إليه فالاعتراف بالتطبيب يقتضى حتما الاعتراف بالوسائل التي تؤدي إلى العلاج ،وعلة ذلك أن العمل الطبي لا يحمل بذاته اعتداء على جسم المريض فهو على العكس يسعى إلى شفائه ليستعيد سيره الطبيعي أو تخليصه من أي آفة لحقت به.

جاء التشريع الجزائري كمثل التشريعين الفرنسي والمصري للنص على تحديد مفهوم العمل الطبي من خلال الإشارة إليه ضمنيا وهو بصدد تناول أهداف الصحة والقواعد العامة التي تنطبق على مهن الصحة في الأمر الملغى رقم 79/76 المتضمن قانون الصحة العمومية

[1] محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2000. ص 89.

[2] عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، الجزء الثاني : نظرية الحق، بيرتي للنشر، الجزائر، 2009. ص 72.

حيث نصت المادة الثانية من هذا الأمر على أن: " **تعمل مصالح الصحة بشكل تكون في متناول جميع السكان ووضع الحد الأقصى من السهولة والفعالية بالنسبة عادة للاحتياجات الصحية والوقاية والعناية العلاجية والحماية الاجتماعية والتأهيل** ." [1]

و كذا المادة 233 من نفس الأمر المذكور أعلاه، و التي تتناول طب وجراحة الأسنان بقولها: "**يكون التقصي عن أمراض الفم والأسنان والوقاية منها إلزاميا في السن قبل الدراسة وخلالها ويجب تحقيق ذلك في مراكز الأمومة والطفولة...**".

وإباحة العمل الطبي تقتضي مراعاة شروط معينة تتمثل في:

أولا: الاختصاص في العمل

تقتضي 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 وعليه فلا تباح أفعال بعض الأشخاص الذين يتعاطون بعض الأعمال التي يدعون أنها تحقق الشفاء حتى ولو ثبت ذلك بالممارسة.

ثانيا: موافقة المريض على العلاج

إن القانون لا يجبر الأشخاص ولا يجيز للأطباء إجبارهم على التداوي، احتراما لما لجسم الانسان من حصانة. ونرى أن يتقيد هذا الحق بنوع المرض المطلوب علاجه، فالمريض له الحق على جسمه وله تبعا لذلك أن يرفض العلاج[2].

[1] محمد عبد الظاهر حسين: المسؤولية المدنية في مجال طب وجراحة الأسنان ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004، ص 27 .

[2] عمر خوري، المرجع السابق، ص 82.

ثالثا: تحقيق الغايــة

يقصد بالعلاج مداواة المريض، وبهذه الغاية ترتبط الإباحة . فإذا قصد الطبيب من العلاج أمرا أو غاية أخرى ،كإجراء العلاج بقصد القيام بتجربة علمية مثلا ، فإن ذلك يبعد الفعل عن أسباب الإباحة أو التبرير ويعد عندها عملا غير مشروعا.

المطلب الثاني: الحق في التأديب وممارسة الألعاب الرياضية

ويدخل ضمن الأعمال التي يأذن بها القانون ممارسة الشخص لحق له مقرر في القانون إذ يقصد به كل قاعدة قانونية بمعنى عام، فيدخل ضمنه العرف والشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية الأخرى ويمكننا أن نجمل هذه الحقوق في حق التأديب، والحق في ممارسة الألعاب الرياضية، وهو ما سنعالجه وفق مايلي:

الفرع الأول: الحق في التأديب

الحق في التأديب يقسم الى نقطتين، الأولى الحق في تأديب الزوجة، و النقطة الثانية الحق في تأديب الأولاد ، وهو ما سنعالجه وفق ما يلي:

ذهب شراح القانون إلى أن هذا الحق ، يعبر عنه أي قاعدة قانونية، سواء كانت نصا تشريعيا أو قاعدة واردة في الشريعة الإسلامية أو عرفا ساريا غير مكتوب، وعليه فإن تأديب الزوجة يعد من تطبيقات الإذن القانوني[1].

هذا وإن لم ينص القانون الجزائري على حق تأديب الزوج لزوجته صراحة، فإن هذا الحق يجد أساسه في نصوص قانونية أخرى[2]، ومن ذلك ما جاء في المادة 1 من القانون المدني الجزائري على أنه: "**يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو**

[1] رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006. ص 142.

[2] عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ب س ، ص 103.

في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية....".

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري[1]، نجد ان المادة 38 منه نصت على حقوق الزوجة[2]، أما المواد: (36-37-39) فتنص على واجبات كل من الزوجين[3].

حيث نصت المادة 36 من نفس القانون على واجبات كل من الزوجين وهي: "**المحافظة على الروابط الروحية، وواجبات الحياة المشتركة التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم، والمحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف**".

ونصت المادة 37 على واجبات الزوج هي: "**النفقة الشرعية حسب سعة إلا إذا ثبت نشوزها، العدل في حالة الزواج بأكثر من واحدة**"، أما المادة 39 فتحدد واجبات الزوجة وهي: "**طاعة الزوج باعتباره رئيس العائلة إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم، احترام والذي الزوج وأقاربه**"

أما عن حقوق الزوج فلا تجد ما يجدها، وإذا رجعنا إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري والتي نصت على أنه: "**كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**"، فإنه يتضح منها ومن المواد السابقة أن المشرع الجزائري جعل الشريعة الإسلامية في المرتبة الثانية بعد التشريع، ومن ثم أوجب الرجوع لقواعدها وأحكامها في

[1] الأمر رقم 84 /11 المؤرخ في 9 رمضان 1434هـ الموافق ل 9 يونيو 1984م، المتضمن قانون الأسرة الجزائرية المعدل والمتمم.

[2] ومن هذه الحقوق التي ذكرت في المادة 38 من قانون الأسرة الجزائري نذكر مايلي: زيارة أهلها من المحارم واستضافتهم بالمعروف، حرية التصرف في مالها.

[3] عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق، مصر ،ص104 .

حالة غياب النص التشريعي، وعليه نستنتج أن للزوج أن يستعمل وسيلة التأديب ما دامت مستمدة من الشريعة الإسلامية[1].

حيث تقرر الشريعة الإسلامية أن للزوج حق تأديب زوجته، ضمن شروط التقيد بالغاية التي من أجلها منح هذا الحق وفي حدود الوسائل التي قررتها، فالغاية هي التهذيب ووسيلة ذلك هو أن يلجأ الزوج إلى الوعظ أولا ثم الهجر في المضجع وأخيرا الضرب.

فإذا لم يلتزم الزوج بالغاية فليس له أن يحتج بهذا الحق ، كمن يضرب زوجته للانتقام منها.

كما أنه عليه يلتزم بالوسائل التي حددها الشرع فيبدأ بالوعظ ثم الهجر، فإذا بدأ بالضرب فإن عمله غير مبرر ولا يمكنه الاحتجاج بحقه في التأديب، وحتى إذا التزم بالغاية واتبع الوسائل كما حددها المشرع فليس له التذرع بهذا الحق لضرب زوجته ضربا مبرحا أو شديدا ، فالضرب المباح هو الضرب الخفيف الذي لا يترك أثرا.

كما يحق للأب أن يؤدب إبنه ،وهو حق يتعلق بالولاية على النفس وشرط تبرير هذا الفعل أن يتقيد الأب بغاية تأديب إبنه.

ويساهم العرف أحيانا في تقرير هذا الحق بالنسبة لتأديب التلاميذ الصغار إذ يجوز للمعلم ضرب تلميذه ضربا خفيفا بهدف التأديب ، كما يجوز لملن الحرفة أن يستعمل الضرب الخفيف لتأديب من يتعلم على يديه الحرفة.

إن تأديب الزوج لزوجته ليس له وجود في التشريع الجزائري خاصة بعد صدور قانون 15-19 المؤرخ في 2015/12/30 والمتضمن تعديل قانون العقوبات فقد تم استحداث المادة

[1] إسحاق إبراهيم منصور، الأصول العامة في قانون العقوبات الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر د. ط، 1980م، ص 75.

266 التي تعاقب كل من أحدث عمدا جرحا أو ضربا بزوجته، كما تعاقب المادة 226 مكرر 1كل أشكال التعدي أو العنف اللفظي أو النفسي حتى ولو كان خفيفا[1].

أولا: حق تأديب الأولاد

لم ينص قانون العقوبات الجزائري على حق تأديب الأولاد صراحة باعتباره من أفعال الاعتداء على الحق في سلامة الجسم للأبناءها وقد ذهب شراح القانون إلى أن تأديب الأولاد يعد من تطبيقات إذن القانون الذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 39 من قانون العقوبات والتي جاء فيها: "لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون..."[2].

وبالرجوع إلى نص المادة 65 من الدستور الجزائري لسنة 1996 حيث جاء فيها: "يجازي القانون الآباء على القيام بواجب تربية أبنائهم ورعايتهم، كما يجازي الأبناء على القيام بواجب الإحسان إلى آبائهم ومساعدتهم"[3].

يتضح بأنه إذا كانت التربية واجبة على الآباء فإن التأديب هو الوسيلة لتحقيق هذا الواجب.

كما أن المادة 269 من قانون العقوبات الجزائري قد تجاوزت عن أفعال الإيذاء الخفيف، والمادة 222 من قانون الأسرة أحالت إلى الشريعة فيما لم ينص عليه.

حيث نصت المادة 269 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: "كل من جرح أو ضرب عمدا قاصرا لا يتجاوز سنه السادسة عشر أو منع عنه عمدا الطعام أو العناية إلى الحد الذي يعرض صحته للضرر أو ارتكب ضده عمدا أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي، فيما

[1] عبدالرحمان خلفي، المرجع السابق، ص 180.

[2] عدنان باحارث، مسؤولية الأب المسلم في تربية الولد في مرحلة الطفولة، دار المجتمع للنشر والتوزيع، المدينة المنورة، ط6، 1997م، ص82

[3] بارش سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق، ص101.

عدا الإيذاء الخفيف يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من خمسمائة إلى خمسة آلاف دينار جزائري"[1].

في نصت المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفائه تحل الأم محله قانونا"، ونصت المادة 92 من نفس القانون على أنه يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره، أو تثبت عدم أهليتها بالطرق القانونية"، ونصت المادة 95 من نفس القانون على أنه: "للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد (88 89، 90) من هذا القانون".

وقد أباحت الشريعة الإسلامية هذا الحق ونظمته وفق قواعد الولاية على النفس ، وانطلاقا من نصوص المواد: (87، 92، 95 من قانون الأسرة الجزائري التي نظمت قواعد الولاية على الصغير، يتأكد لنا أن المشرع الجزائري لا يمانع ضمنا في منح هذا الحق لمن تثبت له الولاية غير أن عدم النص عليه صراحة ضمن أسباب الإباحة بسبب اضطرابا في التطبيق.

حيث انه يسمح شرعا وعرفا للولي الشرعي أو الوصي حق تأديب الصغير بضرب خفيف لا يترك آثار على الجسم وأن يكون باليد فقط دون استعمال العصا أو السوط، وأن يتقي الفاعل المناطق المخوفة من الجسم كالرأس والوجه وينطبق حق تأديب الصغار حتى على المعلم في المدرسة والمدرب في الرياضة والحرفي لمتعلم الحرفة.

[1] محمود أحبب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، المطبعة العالمية، القاهرة – مصر، د ط، 1962م ص 98

الفرع الثاني: الحق في ممارسة الألعاب الرياضية

تفترض بعض الألعاب الرياضية أن يقوم المنافس بالمساس بجسم منافسه عمدا ، كما في رياضة الملاكمة أو الركبي أو المصارعة أو الجيدو ... ، فهل يعد ذلك إعتداءً ؟

يأذن القانون ويعتبر عملا مباحا ممارسة اللاعب للعبة رياضة ضمن قواعد اللعبة ولو نتج عن ذلك ما يمكن إعتباره مساسا بجسم اللآخرين، وعلة الإباحة تكمن في أن اللاعب يكون قد مارس حقا يقره القانون (العرف الرياضي) إذ تشجع الدولة الألعاب الرياضية وتشرف عليه.

تفترض بعض الألعاب الرياضية أن يقوم المنافس بالمساس بجسم منافسه عمدا كما في الرياضات القتالية كالملاكمة والمصارعة والجيدو والكاراتيه لا تقوم المسؤولية الجنائية لأنه يدخل ضمن حق ممارسة الألعاب الرياضية. وعلة الإباحة تكمن في اللاعب يكون قد مارس حقا أقره القانون[1].

مما لا شك فيه أن موضوع الألعاب الرياضية بأنواعها المختلفة من المواضيع المهمة في حياتنا، حيث درج الناس على ممارستها منذ قديم الزمان في مختلف العصور والبلدان، وشهدت الرياضة في الآونة الأخيرة تطورًا ملفتًا ومذهلاً، وكما اهتم الإسلام بها اهتمامًا كبيرًا؛ لما لها من نتائج إيجابية على الفرد والمجتمع معًا، وجعل لها ضوابط لابد من اتباعها حتى يكون حق ممارسة هذه الألعاب حق مشروع.[2]

[1] عبدالرحمان خلفي، المرجع السابق، ص 181.

[2] محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات. القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السادسة، 1989م، رقم 186، ص 181 .

فيقرر كل من الشريعة والنظام شروط محددة يجب اتباعها عند ممارسة الألعاب الرياضية حتى تنتفي المسؤولية الجنائية، ومن المعلوم أنه يترتب على ممارسة هذه الألعاب إصابة بعض اللاعبين بإصابات متفاوتة قد تكون بسيطة وذلك في الألعاب التي لا يُستخدم فيها العنف وقد تكون بالغة وذلك في الألعاب العنيفة، والأصل أن النوعين مباح ممارستهم طالما لم يتم تجاوز الحدود المسموحة، وطالما أن العنف حدث داخل لعبة معترف بها وطنيًا، وبرضاء ممن يمارسها، فأساس الإباحة يعود إلى رضاء المجني عليه بممارسة اللعبة دون ضغط أو إكراه، ويعود إلى انتفاء القصد الجنائي لدى صاحب الحق.

ولا يكفي للاعب أن يمارس حقه على أساس ثبوته لديه؛ بل لابد أن تتوافر لديه النية السليمة الخالية من القصد الإجرامي وإلا كان مسؤول جنائياً بسبب إساءة استعمال حقه، كأن يقوم اللاعب بالمساس بجسم اللاعب الآخر بنية حدوث الضرر، فلو كانت طبيعة اللعبة تستدعي الخشونة والعنف فيفترض ألا يكون هدف اللاعب هو الإضرار بمنافسه، أو الانتقام منه، أو إحداث جروح بالغة، وإنما لابد من تحقيق المنافسة الشريفة بين اللاعبين دون أن يكون هناك أهداف غير سليمة[1].

وتحددت ضوابط ممارسة الألعاب الرياضية في أن تكون اللعبة من الألعاب المعترف بها في القانون أو العرف، وألا يتجاوز اللاعب قواعد اللعبة وإلا كان مسؤول جنائياً عن هذا التجاوز وأن تقع الإصابة أو الضرر أثناء المباراة الرياضية لا قبلها ولا بعدها، وأن يكون اللاعب حسن النية عند تسببه الضرر لمنافسه، والهدف من تحديد هذه الضوابط هو تحقيق المصالح العامة والجوهرية في المجتمع، وللمحافظة على الأمن والاستقرار والطمأنينة وإرساء

[1] عبدالرحمان خلفي، المرجع السابق، ص 181.

قواعد العدالة فعلى اللاعبين التحلي بالأخلاق الكريمة والمنافسة الشريفة وعدم تجاوز حدود وقواعد اللعبة حتى لا تتم مساءلتهم جنائياً[1].

أولا: علة الإباحة

ذهب فريق من الفقهاء وأحكام المحاكم إلى أن الإباحة في هذه الحالة ترجع إلى رضاء المجني عليه أو إلى انعدام ركن العمد لانتفاء نية الإضرار. ولكن هذا التفسير لا يستقيم مع المبادئ القانونية المستقرة. فمن ناحية، يلاحظ أن رضاء المجني عليه لا يمنح المتهم حقاً ما وليس سببا عاما لإباحة الجرائم. ومن ناحية أخرى، فإن ركن العمد يتوفر في مثل الأحوال المتقدمة من مجرد العلم بحقيقة النشاط الإرادي وتمثل نتائجه، وذلك بغض النظر عن نية الإضرار في ذاتها، أي دون نظر إلى البواعث أو الدوافع إلى ارتكاب الفعل. وعلى ذلك، فإن القول بانعدام ركن العمد في مثل الأحوال المذكورة راجع في حقيقة الأمر إلى الخلط بين فكرة العمد وفكرة الباعث.

وبناء على ما سبق، نعتقد أن التفسير الصحيح للإباحة يكمن في استعمال اللاعب حقا قرره القانون. إذ تشجع الدولة الألعاب الرياضية على اختلاف أنواعها وترصد من أجلها المال وتعترف بالهيئات التي تقوم على رعايتها. والعلة التي من أجلها يقرر القانون هذا الحق أن الألعاب الرياضية لا تهدر مصلحة الجسم في أن يسير سيرا عاديا، بل إنها على العكس من ذلك تصون هذه المصلحة باعتبارها تقوي الجسم. وإذا ترتب عليها أحيانا مساس بسلامة الجسم، فإن أثرها الغالب في صيانة مصلحته يرجح على هذا المساس.[2]

[1] علي راشد، القانون الجنائي ، المرجع السابق، ص 510 .

[2] محمود نجيب حسني ، المرجع السابق، ص 182 .

ثانيا: قيود الإباحة وحدودها

غير أن حق ممارسة الألعاب الرياضية مقيدة دون شك بالشروط التي يتطلبها تطبيق مبدأ الشرعية، وأخصها شرط حسن النية الذي يعني عدم إساءة استعمال الحرية. وفضلاً عن ذلك، فإن نطاق هذا الحق محدود بقواعد اللعب المتعارف عليها، ويتعين بالتالي احترامها. ويترتب على عدم مراعاة هذه القواعد أو الخطأ فيها مسئولية اللاعب عن نتائج فعله بوصفها جرائم عمدية أو غير عمدية على حسب ما تتكشف عنه وقائع الحال من توفر العمد أو مجرد الخطأ.

ثالثا: شروط الإباحة

إن إباحة العنف المرتبط بالألعاب الرياضية مرهون بتوافر شروط ثلاثة: (الأول) أن تكون اللعبة من الألعاب التي يعترف بها العرف الرياضي، أي أن تكون لها قواعد متعارف عليها وتقاليد تحمل المشتركين فيها على احترام هذه القواعد، وأن تكون مما يمارس في جهة أو جهات معينة. ولا يتطلب هذا الشرط أن تكون للعبة جمعيات أو هيئات منظمة تتولى الإشراف عليها أو تشجيع الإقبال على ممارستها. (الثاني) أن تكون أفعال العنف أو الأفعال التي أفضت إلى المساس بسلامة الجسم قد ارتكبت أثناء المباراة الرياضية. فإذا كانت قبل بدء المباراة أو بعد انتهائها، فلا إباحة. ويقتضي هذا الشرط أن يكون المجني عليه قد رضي بالاشتراك في المباراة. إذ لا مباراة بغير رضاء من يشتركون فيها. (الثالث) اتساق الفعل وقواعد اللعبة المتعارف عليها. فإذا خرج اللاعب عليها عامدا متعمدا، مريدا إيذاء منافسه، كان مسؤولا عن جريمة عمدية. أما إذا كان خروجه عليها ثمرة خطأ غير عمدي، فيرى الفقه أن اللاعب يكون مسؤولا عما يترتب على فعله من إصابة مسؤولية غير عمدية مع ذلك، وباستقراء الواقع العملي، يمكن القول بأن العرف قد جرى على التسامح إزاء الأخطاء غير العمدية، مع الاكتفاء بما يتقرر من عقوبات تأديبية يتم توقيعها بواسطة الجهات الرياضية المعنية بأمور اللعبة[1].

[1] علي راشد، القانون الجنائي، المدخل وأصول النظرية العامة، المرجع السابق، ص 510 و511.

المبحث الثاني: معالجة المشرع في قانون العقوبات الجزائري لإستعمال الحق كسبب للإباحة

بالرجوع إلى النص القانوني نجد أن المادة 39 لم تحدد الأفعال التي تشملها الإباحة إذا ارتكبت باء على أمر القانون أو بإذنه .فقد جاء مدلول النص عاما وشاملا بحيث يشمل جميع الأفعال التي تعتبر جرائم لو لم يأمر أو يأذن بها القانون . فتنفيذ القانون وخاصة في تحقيق الجرائم ومتابعة منفذيها تقتضي تدخل السلطة العامة بالتفتيش والحجز والاستجواب والاعتقال والسجن بعد صدور الحكم بالإدانة وكلها أعمالا تعتبر اعتداء على الحريات العامة لو لم يأمر أو يأذن بها القانون.

المطلب الأول: الرؤية التشريعية لما يأمر به القانون وما يأذن به القانون

نخصص الفرع الأول لدراسة الرؤية التشريعية لما يأمر به القانون، في حين نخصص الفرع الثاني لما أذن به القانون، وهذا وفق ما يلي:

الفرع الاول : رؤية المشرع لما يأمر به القانون

والأصل أن صاحب الحق له أن يستعمل حقه وأن لا يستعمله، يقابل الحق الواجب وكلاهما يختلف عن الآخر في طبيعته ، فإذا كان الحق يجوز فعله فالواجب يتحتم فعله، وإذا كان صاحب الحق لا يأثم بتركه ولا يعاقب على تركه؛ فإن المكلف بالواجب يأثم بتركه ويعرض نفسه للعقوبة المقررة[1].

وبالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 39، يتضح بأن المشرع لم يحدد الأفعال المجرمة التي يشملها أمر القانون وهو ما يعرف "باستعمال الحق ".

[1] بعلي محمد الصغير، المدخل للعلوم القانونية : نظرية القانون، نظرية الحق، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006. ص 32.

ويكمن سر إباحة الأفعال التي يأمر بها القانون، في النص القانوني ذاته فليس من المنطق أن يأمر القانون بفعل معين ثم يجرمه بعد ذلك ، فإذا ما رأى المشرع ضرورة التدخل – رعاية لمصلحة اجتماعية – بتعطيل نص التجريم وتبرير الخروج عليه في حالة معينة.

فإن ذلك يعني إباحته ضمن الشروط التي حددها القانون ، فالشاهد المطلوب منه الإدلاء بشهادته بموجب المادة 89 من قانون الإجراءات الجزائية[1] ، لا يرتكب جريمة إفشاء الأسرار أو القذف أو السب بحق المتهم عند الإدلاء بشهادته ، وكذلك من علم بوجود خطط أو أفعال لإرتكاب جرائم الخيانة والتجسس أو الجرائم التي من طبيعتها الإضرار بالدفاع الوطني عليه أن يبلغ عنها السلطة العسكرية أو الإدارية أو القضائية فور علمه بها، ولا يتضمن ذلك التبليغ جريمة إفشاء الأسرار.

ومن أمثله ما يأمر به القانون أيضا ، ما ورد في قانون الصحة العمومية من نصوص توجب على الطبيب التبليغ على حالة مرض معدي ، ولا يعد تبليغ هذا جريمة إفشاء سر المهنة المنصوص عليه في المادة 301 من قانون العقوبات [2] .

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

ومثال ذلك أن يقوم الموظف المختص بتنفيذ حكم الإعدام بناء على أمر السلطة المختصة ففعله هذا لا يعد جريمة قتل ولا تنطبق عليه المواد 254 وما بعدها من قانون

[1] المادة 89 من قانون الإجراءات الجزائية .

[2] المادة 301 من قانون العقوبات.

العقوبات كما أن تنفيذ أحد أعوان القوة العمومية لأوامر قاضي التحقيق باحضار المتهم جبرا عنه بطريقة القوة أو إلقاء القبض عليه لا يجعله مرتكبا لجرائم الاعتداء على الحريات الفردية طبقا لنص المادة 291 من قانون الإجراءات الجزائية[1].

وقد يتطلب القانون أن تصدر أوامر السلطة بشكلية معينة فيجب مراعاتها ، ومثال ذلك وجوب أن يصدر أمر الإحضار عن قاضي التحقيق كتابة (المادة 109 ق إ ج) . ففي مثل هذه الحالة يجب على عون القوة العمومية أن يتلقى أمرا بالاحضار ، فليس له أن ينفذ بلا أمر الإحضار مدعيا أنه ينفذ أمر القانون مباشرة ، كما لا يجوز له إحضار المتهم بدون احضار كتابي مدعيا أنه تلقى الأمر شفاهة، فنص المادة 109 من قانون الإجراءات الجزائية واضح في ذلك، إذ توجب أن يذكر في كل أمر نوع التهمة ومواد القانون المطبقة مع إيضاح هوية المتهم وتاريخ الأمر وتوقيع القاضي الذي أصدره ومهره بخاتمه.

ومن أمثله ذلك أيضا ما نصت عليه المادة 14 من قانون إصلاح السجون (الصادر بالأمر رقم 2/72 في 19 فيفري سنة 1972)[2] من أنه: " **لا يجوز لأي مستخدم في إدارة إعادة التربية والتأهيل الاجتماعي للمساجين أن يحبس شخصا دون أن يكون مصحوبا بأوامر حبس قانونية أو حكم يتضمن عقوبة نهائية ومسجل مسبقا في سجل (المؤسسة) وذلك تجت طائلة المتابعة بتهمة الحجز التحكمي**"[3] .

---

[1] حيث تنص المادة 291 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: "يعاقب بالسجن المؤقت من خمس سنوات إلى عشر سنوات كل من اختطف أو قبض أو جبس أو حجز أي شخص بدون أمر السلطات المختصة وخارج الحالات التي يجيز أو يأمر فيها القانون بالقبض على الأفراد"

[2] المادة 14 من قانون إصلاح السجون (الصادر بالأمر رقم 2/72 في 19 فيفري سنة 1972

[3] سعد نبيل ابراهيم، المدخل الى القانون – القاعدة القانونية – نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004. ص 63.

وهذا يعني أن مراعاة الشكل المطلوب قانونا، هو أمر لازم لاعتبار أن الفعل مباح، متى صدر الأمر عن سلطة مخولة باصداره قانونا، ونفذ من جانب الموظف المختص بتنفيذه حسب القواعد القانونية أيضا.

فالقانون جرم أفعالا معينة لأنها تتعارض مع مصلحة المجتمع ،ثم رأى في أحوال خاصة محدودة الزمان والمكان أن المصلحة أصبحت تكمن في إباحتها ،وأن هناك مفسدة تحدث لولا الإباحة أكثر من المصلحة المرصودة بالتجريم، وقد أباح القانون هذه الأفعال بنص صريح حي ورد في أول المادة 93 لا جريمة مما يدل على انه قد عطل نص التجريم في هذه الأفعال التالية الذكر ،ومثال ما امر به القانون إباحة لهذه الأفعال ما ورد في المادة 301 التي عاقبت في الفقرة الاولى بالحبس من شهر الى ستة أشهر وبالغرامة من 500 الى5000 دج، الأطباء والجراحين والصيادلة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدي بها اليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون لإفشائها ويرح لهم بذلك، ويفهم من هذا النص أن القانون قد جرم هذه الأفعال بالعقاب عليها، ولكنه ترك استثناء مفتوحا لم يحدد ماهيته، ولم يذكر الحالات التي تفشى فيها هذه الأسرار، لكنه أشار الى ان هذه الأفعال تكون مباحة حالة إيجاب القانون لإفشائها، ويكون الإفشاء مأمورا به في حالة وجود مرض معدي كما نص على ذلك قانون الصحة العمومية ولا يعد تبليغ الطبيب بهذه الأمراض جريمة إفشاء سر المهنة ، كما قد يكون الإفشاء أما القضاء إذا دعوا للمثول في قضية إجهاض ،وذلك واجب عليهم للشهادة دون التقيد بالسر المهني[1].

[1] منصور رماني، الوجيز في القانون الجنائي العام، دار العلوم للنشر والتوزيع، الحجار، عنابة 2006، ص ص 219-220.

ويلحق بتنفيذ ما أمر به القانون تنفيذ الأوامر الصادرة من سلطة مختصة: ذلك ان القانون يوجب على الموظف المرؤوس إطاعة رئيسه طبقا للتدرج التسلسلي في التوظيف العمومي، وعليه فإن إطاعة المرؤوس لرئيسه ليست إلا تطبيقا لما أمر به القانون، ومثاله تنفيذ أعوان القوة العمومية لأوامر قاضي التحقيق بإحضار المتهم جبرا عنه بطريقة القوة أو القبض عليه كما ورد في المادة 109 ق إ ج وما بعدها ،فإنه لا تطبق عليه المادة 291 والتي تعاقب بالسجن المؤقت من خمس الى عشر سنوات كل من اختطف أو قبض أو حبس أو حجز أي شخص بدون أمر من السلطات المختصة ،ومثاله أيضا السجان المكلف بتطبيق حكم الاعدام فإن قتله لا يعد جريمة .

وعليه فإنه حتى يكون أداء الواجب أو أمر السلطة سببا للإباحة لابد من توافر الشروط التالية:

– أن تتوافر الصفة المطلوبة قانونا في القائم بذلك العمل.

– أن تكون الغاية من أداء الواجب أو تنفيذ الأمر الصادر من السلطة المختصة هو تحقيق المصلحة العامة وإلا تنتفي عن الفعل صفة المشروعية وبالتالي يدخل دائرة التجريم.[1]

الفرع الثاني : رؤية المشرع لما يأذن به القانون

والأصل أن صاحب الحق له أن يستعمل حقه وأن لا يستعمله فالحق إذا هو ما يجوز فعله ولا يعاقب على تركه.

[1] محمود نجيب حسني، التشريع الجنائي الاسلامي،(د.ت.ن)،(د.م.ن).، ص 36.

أولا : تعريف استعمال الحق في قانون العقوبات الجزائري:

يقصد بإذن القانون" باستعمال الحق" ؛ترخيص القانون لصاحب الحق في استعمال حقه، ولفظ القانون في نص المادة 39 من قانون العقوبات جاء شاملا لكل قاعدة سواء كانت محددة في نص تشريعي، أو قاعدة في الشريعة الإسلامية أو العرف.[1]

ويعني ذلك أن القانون يجيز في حالات معينة ويسمح بممارسة عمل كان بغياب هذا السماح عملا مجرما.

ويمكن الفرق بين ما أمر به القانون وبين ما أذن به ، في أن الأول إجباري يجب القيام به بحيث يترتب على مخالفته المسؤولية الجنائية في حين أمن الثاني يسمح للمخاطب بالقاعدة أن يستعمل رأيه الشخصي في القيام بالعمل أو الامتناع عنه ،فإذا قام بالعمل فلا جريمة لأن القيام بالعمل يأذن به القانون .

ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 61 من قانون الإجراءات الجزائية :" يحق لكل شخص في حالات الجناية أو الجنحة المتلبس بها والمعاقب عليها بعقوبة الحبس ، ضبط الفاعل واقتياده إلى أقرب مأمور للضبط القضائي. "

فقيام الشخص سواء كان موظفا بهذا الفعل لا يعد جريمة إحتجاز تحكمي للأشخاص أو مصادرة حريتهم في التنقل المكفولة بالدستور (المادة 41) والمعاقب عليها بالمادة 91 من قانون العقوبات.

ثانيا : شروط استعمال الحق في قانون العقوبات الجزائري

لإباحة الفعل بناء على ما يأذن به القانون لا بد من توافر الشروط التالية:

[1] عبدالرحمان خلفي، مرجع سبق ذكره، ص 179.

-أن يكون الحق المستعمل مقررا بمقتضى القانون.

- وقوع الفعل نتيجة لاستعمال هذا الحق.

- توافر الصفة المطلوبة قانونا كصفة الأبوة أو الزوجية في حق التأديب أو صفة الطبيب في ممارسة الأعمال الطبية.

- استعمال الحق في الحدود المسموح بها قانونا[1].

المطلب الثاني : الدفاع الشرعي

نتطرق في هذا المطلب لتعريف الدفاع الشرعي كفرع أول ، أما الفرع الثاني فنخصصه لشروط الدفاع الشرعي، بينما الفرع الثالث فنعالج فيه حالات الدفاع الشرعي حسب المادة 40 من قانون العقوبات، و هذا وفق مايلي:

الفرع الاول: تعريف الدفاع الشرعي

الدفاع الشرعي من أقدم الحقوق وهو حق طبيعي ولد مع الإنسان ، وهو الحق الذي أقره الرومان حتى قال شيشرون الروماني (لا صوت للقانون في معترك السلاح) كما أقرته الشريعة الإسلامية وورد ذكره في أكثر من آية قرآنية[2] .

واعتبر المشرع الجزائري الدفاع الشرعي حق لا واجب، وهو ما جاء في المادة 39 من قانون العقوبات، التي تتضمن :" **لا جريمة...، إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء**". كما جاء في المادة 40 من القانون "**يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع المشروع:**

[1] عمر خوري، شرح قانون العقوبات القسم العام، المكتبة القانونية، (د.م.ن)، 2012/2011، ص 78.

[2] محمود نجيب حسني، التشريع الجنائي الاسلامي،(د.ت.ن)،(د.م.ن).، ص 36

– 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 .

– الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير صد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة ".

واختلفت الآراء بشأن التأسيس القانوني لفكرة الدفاع الشرعي، وكل منها مردود عليه:

– حيث قال البعض بأن الدفاع الشرعي يقوم على فكرة الإكراه المعنوي الذي يصيب المعتدي عليه ، فلا يجد له من بد سوى رد الاعتداء الواقع عليه [1] .

– وزعم البعض الآخر أن نظرية العقد الاجتماعي قادرة على تفسير الأساس الذي تستند عليه فكرة الدفاع الشرعي، فمن شروط العقد أن تتولى الدولة الدفاع عن الأفراد، ولكن حين لا تتمكن من ذلك لأسباب معينة يتولى الأفراد الدفاع عن أنفسهم، وكأن الأفراد لديهم تفويض من لدن الدولة .

– كما قال آخرون بحالة الضرورة شريطة توافر التناسب .

– وعليه فإن أرجح الآراء اليوم تميل صوب فكرة المصلحة، حيث تكون هناك أكثر من مصلحة – مصلحة المعتدي ومصلحة المعتدي عليه – فيحدث تعارض بين تلك المصالح حيث ترجع مصلحة المعتدي عليه على مصلحة المعتدي[2].

وفي الاخير يمكننا تعريف الدفاع الشرعي بأنه:"**استعمال القوة اللازمة لرد خطر حال وغير مشروع يهدد حق أو مصلحة يحميها القانون**" .

[1] عمر الخوري، مرجع سبق ذكره، ص 81.

[2] محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 36.

الفرع الثاني: شروط الدفاع الشرعي

تختلف شروط الدفاع الشرعي بين ما يتعلق بالخطر و ما يتعلق بفعل الدفاع، و هو ما نتطرق له في الفرع كما يلي توضيحه:

أولا: فيما يتعلق بالخطر

لم يذكر المشرع الجزائري كلمة – خطر – في المادتين 39 و 40 من قانون العقوبات ، ومع هذا فلا بد من توافر عنصر الخطر ، سواء كان هذا الخطر ايجابيا أم سلبيا ، بل ولو كان الخطر وهميا ، مادام المدافع قد تصوره على أسباب معقولة وفقا لمعيار الرجل المعتاد ، ولا يشترط في الخطر أن يوجه إلى ذات المدافع أو ماله ، فيصح الدفاع ضد الخطر الموجه ضد الغير أو ماله، ولا يشترط في الخطر قدر معين من الجسامة ، على عكس الحال بالنسبة لحالة الضرورة التي تتطلب جسامة الخطر.

1: إذا كان الاعتداء لم يبدأ بعد ولكنه على وشك الوقوع

بأن صدر على المعتدي ما يدلل عليه ، فلا خطر دون مصدره المتمثل بفعل الخطر ، والبعض لم يرض بأن يكون الخطر وشيكا باعتباره من الغيبيات ، فقال ينبغي أن يكون الخطر محدق وحاضر وماثل وجاثم وكائن غير أن الخطر المستقبلي غير مبرر للدفاع الشرعي [1]، لأن من الممكن تلافيه

[1] عمر الخوري، مرجع سبق ذكره، ص 81

بالاستعانة بالسلطات الرسمية المختصة . وعلى كل حال فلا بد من إقرار حق الدفاع الشرعي ولو كان العدوان لم يقع بعد بصورة فعلية ، لأنه كما يقال أن الدفاع لصد عدوان على وشك الوقوع وليس فقط لعدوان قد بدأ ، فلسنا أمام حالتي الثأر والانتقام[1] .

2: إذا كان الخطر قد تحول إلى صورة عدوان فعلي لم ينته بعد

ويبقى هدف الدفاع الشرعي الحيلولة دون وقوع العدوان أو إيقاف استمراره إذا كان قد بدأ فعلا ، فقد يتراجع المعتدي عن عدوانه أو يقف العدوان بسبب خارجا عن إرادته كحضور رجال الشرطة فلا وجه بعد هذا للدفاع الشرعي غير أن الاعتداء يبقى محلا للدفاع مادام الخطر الناجم عن الاعتداء مستمرا كما هو الحال بالنسبة للجرائم التي يستغرق ارتكابها زمنا : كما يصح الدفاع الشرعي ضد من أثم جريمة السرقة وهرب بالمال المسروق . وقد قيل بأن الاعتداء المتجدد يصح الدفاع ضده ويقصد بذلك على وجه التحديد الجريمة المتتابعة[2].

والمهم في فعل الخطر أن يكون مؤلفا لجريمة ، ومع هذا فقد يكون من الصعوبة انتظار اكتمال ملامح جريمة المعتدي للقول بإمكانية الدفاع الشرعي ، إذ من الممكن أن يكون الدفاع الشرعي في مواجهة الأعمال التحضيرية ، والخطر الوهمي لا يكون جريمة من أساسه كما إن الخطر قد يصدر من شخص متمتع بالحصانة الدبلوماسية.

1ابن شيخ لحسين، مبادئ القانون الجزائي العام، النظرية العامة للجريمة، العقوبات وتدابير الأمن، أعمال تطبيقية، دار هومه، الجزائر، 2005. ص 36.

[2] منصور رماني، المرجع السابق، ص 221.

3: إذا كان الخطر غير مشروع

القاعدة تقول أنه: " **لا دفاع ضد الدفاع** " وهناك حدود للدفاع ينبغي عدم تجاوزها ، ولا يجوز الدفاع ضد الخطر المشروع ، فلا يصح الدفاع ضد أي من أفعال الإباحة ولا ضد من يؤدي واجبه الوظيفي ، شريطة توافر حسن نية الموظف والتزامه حدود التخويل القانوني الممنوح له . ولا دفاع ضد الدفاع ما لم يتجاوز المدافع حدود دفاعه ويشترط ألا يكون الدفاع مثار من لدن الشخص المدافع ، فلا ينهض الدفاع الشرعي إذا كان مصدر الخطر هو المدافع ذاته ، حيث يشترط في الخطر أن يكون صادرا عن نشاط تلقائي المعتدي ، ووليد بواعثه الخاصة ، وينبغي ألا يفرط المدافع في دفاعه ليصل به إلى حد الانتقام وإلا فمن الحق والعدل أن يسمح للمعتدي الأول رد عدوان المدافع الذي اتخذ من الدفاع حجة بدل من كونه حق قدره المشرع وقيده بشروط ليس من المنطق تجاوزها[1].

وأن كل فعل تقوم به جريمة من الجرائم الملك والنفس والعرض والسمعة يصح مقاومته بالعنف، أيا كان نوع الجريمة ومهم كانت جسامتها ، كالجرائم ضد النفس كالقتل والجرح والضرب، والجرائم ضد العرض والسمعة والشرف ، والجرائم الواقعة على الملك مثل الحريق والتخريب والسرقة... وقد عبر المشرع الجزائري في المادة 39 من قانون العقوبات عن حدود الدفاع بالقول { إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغير } . ولا يوحي هذا النص لإمكانية الدفاع عن الشرف والعرض لاسيما وأن المشرع جعل من الدفاع ضد المرتكب جريمة هتك العرض على

[1] عبدالرحمان خلفي، مرجع سبق ذكره، ص ص 189، 190

القاصر لم يبلغ 16 سنة من العمر بأفعال الجرح والضرب من الأعذار المعفية متى ما كان الجاني بالغا وكان في حالة تلبس بالجريمة .

ثانيا: فيما يتعلق بفعل الدفاع

لا يشترط في فعل الدفاع أن يأخذ شكل بعينه ، سواء كان في صورة الضرب أم القتل أم الدفع ... وقد بأخذ صورة ايجابية كما قد يتخذ صورة سلبية، والمثال التقليدي على حالة السلب ارتداء المدافع لدرع واقي ينكسر عليه فعل المعتدي، أو أن يترك المدافع كلبه ينهش المعتدي ولا يشترط في فعل الدفاع أن يوجه للمعتدي في شخصه بل ربما إلى الوسيلة التي يستقلها ومن المتصور أن يقوم المعتدي بتقييد من له حق الدفاع وحبسه.

ويجب أن يوجه فعل الدفاع إلى مصدر الخطر ، فان وجد عدة أشخاص وصدر الاعتداء من أحدهم فلا يصح أن يوجه فعل الدفاع سوى إلى هذا المعتدي ، وأن صدر الاعتداء من الحيوان دون توجيه من صاحبه فلا يصح أن تكون وجهة فعل الدفاع لغير الحيوان .[1]

لهذا سنتطرق لشروط الدفاع كنقطة اولى ، و من ثم لحالات تجاوز حدود الدفاع، وفق مايلي توضيحه :

1: شروط فعل الدفاع الشرعي

نتطرق لتلك الشروط وفق ما يلي:

أ: شرط اللزوم

يعني هذا الشرط أن يكون فعل المدافع لازما للتخلص من الخطر ، ويتحقق شرط اللزوم يوم لا يكون أمام المدافع من سبيل سوى الإقدام على ارتكاب أفعال الدفاع ، فان كانت له

[1] سعد نبيل ابراهيم، المرجع السابق، ص 72.

فرصة الاحتماء بسلطات رسمية انتفى حقه في الدفاع الشرعي ، شرط أن تتوافر تلك الفرصة في الوقت المناسب وقد قيل بأن فعل الدفاع إذا كان لازما كان أمام حالة الدفاع الشرعي، وإذا كان ضروريا كان أمام حالة الضرورة . أما بشأن هرب المدافع فهذه المسالة خلافية، وقديما في فرنسا كان يفرق بين الطبقات فيوجب الهرب على أبناء الطبقة العامة، فيحين لا يجب على الأشراف الهرب لأن ذلك مما يجرح كبريائهم، وما لبثت أن انتهى هذا التمايز في ظل التشريعات الفرنسية الحديثة . والحقيقة نقول بأن القانون لا يلزم المدافع بالهروب، إذ أن القانون الجنائي أبعد من تشريع الناس على الجبن والتخاذل والتهاون على من يهدد الأمن وسلامة المجتمع .

ويفرق البعض من الفقه بين حالة أن يكون فيها الهروب مشينا وحالة أن يكون فيها ليس كذلك فيجعل الهروب لازما في الحالة الثانية دون الأولى . وليس في كل الأحوال يمكن الهرب لاسيما إذا كان المعتدي عليه مال يصعب حله . وقد نجد من يطرح مصطلح الابتعاد عن موطن الخطر والذي يمثل مهذبة للهروب من الخطر . ومن هذا فإن هناك حالات لا يكون فيها الهرب مشينا كأن يكون المعتدي مجنونا أو سكرانا أو أحد أقرباء المدافع ، ومع هذا فليس في القانون م يشير إلى لزوم الهرب ، والأمر متروك للمدافع إن شاء هرب وإن شاء دافع والمجتمعات تختلف من حيث القيم التي تحملها فيما يعد فيه مجتمع ما مشينة لا يكون في غيره كذلك ، زيادة على عامل الزمن[1].

[1] عبدالله سليمان، مرجع سابق، ص 134.

ب: شرط التناسب

فقدان شرط التناسب يعني أن المدافع قد تجاوز حدود الدفاع الشرعي بما يجعل سلوكه واقع تحت نصوص قانون العقوبات ولكن من الصعوبة بمكان قياس حالة التناسب بمقياس رياضي أو حسابي محض لهذا قيل بأن هناك الزيادة المعقولة والزيادة غير المعقولة ، وعلى ذلك فالتناسب لا يعني التماثل :

– إن المدافع قد لا يتوافر إلا على وسيلة واحدة يرد فيها الاعتداء في اللحظة التي داهمه خطر المعتدي .

– قد لا يتمكن المدافع في ظروف الاعتداء عليه من التحكم بنفسه كما ينبغي، لاسيما وأن محل إثارة من لدن المعتدي .

– إن المدافع قد لا يتمكن من التحكم بالظروف التي تحيط به كما ينبغي. ويترك لقاضي الموضوع تقدير توافر التناسب من عدمه في ضوء الظروف والوقائع المعروضة عليه، ويبقى معيار التناسب شخصي وليس موضوعي .

2: تجاوز حدود الدفاع الشرعي

بتوافر شروط الدفاع الشرعي مع الإخلال بشرط التناسب يجعل المدافع في موضع المسؤول عن ذلك التجاوز، فمن المفروض بالمدافع ألا يستخدم من القوة يفوق القدر اللازم لصد الاعتداء وقد يكون التجاوز عن عمد من المدافع، وقد يأخذ التجاوز صورة جريمة معتدية القصد ، كالمدافع الذي يوجه ضربة للمعتدي تقود إلى إحداث عاهة مستديمة ، أو عن خطأ منه كالذي يدافع عن نفسه اتجاه اعتداء وقع عليه من شخص ما سيصيبه ويصيب غيره أو كالذي يهدد المعتدي بالسلاح فتخرج منه اطلاقة نارية فيرديه قتيلا ، وربما لا تتحقق مسؤوليته

يوم يكون الأمر قضايا وقدرا حين لا يتوافر وجه لمساءلة المدافع [1]. وعادة ما يخفف القاضي العقوبة على المتجاوز إذا كان حسن النية ، وأن كان سيئها سأل المسؤولية العادية . ومتى توافرت شروط الدفاع كاملة أضحى فعل المدافع مشروعا ، وبالتالي لا تقوم مسؤولية الفاعل لا الجنائية ولا المدنية ، ويستفيد من الإباحة كل من المساهمين الأصليين والتبعيين[2] .

الفرع الثالث: حالات الدفاع الشرعي حسب المادة 40 من قانون العقوبات

بعد أن حدد قانون العقوبات في المادة 39 حالات الدفاع الشرعي على النحو الذي شرحناه سابقا، عاد في المادة 40 ليخص بعض حالات الدفاع الشرعي بنص كما يلي: " **يدخل ضمن حالات الضرورة الملحة للدفاع الشرعي :**

- **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 .**

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

لقد قدر المشرع أن هذه الحالات تجيز فعل الدفاع ضد مرتكبيها نظرا لخطورتها وبدون التقيد بالقواعد العمة لنظرية الدفاع الشرعي، وما تطلبه من ضرورة لإثبات وجود خطر داهم غير مشروع على النفس أو على المال، وما تقتضيه قواعد الدفاع بعد ذلك من شرطي اللزوم والتناسب . فالمادة 40 المشار لها أعلاه أنشأت قرينة قانونية مفادها بأن من يدافع عن شخصه

[1] عبدالله سليمان، مرجع سابق، ص 134

[2] خلافي سفيان، مبدأ الاختصاص العالمي في القانون الجنائي الدولي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2007-2008. ص 30.

أو حرمة مسكنه من أي اعتداء حدث ليلا هو في حالة دفاع شرعي . وكذلك فإن فعل الدفاع عن النفس أو الغير هو دفاع شرعي دائما إذا كان ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة[1].

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

[1] خلافي سفيان، المرجع السابق، ص 31.

[2] خلافي سفيان، المرجع السابق، ص 31.

الخاتمة

الخاتمة:

من خلال ما سبق يتبن أن للحق تعاريف مختلفة حسب إختلاف المدارس الفقهية فقد عرفه جانب من أنصار المذهب الفردي بقولهم " الحق هو سلطة أو قدرة إرادية بموجبها يتسلط الشخص على أعمال الغير في حدود القانون ".وعرف آخرون الحق بقولهم " بأنه سلطة يقررها القانون لشخص معين في مواجهة الغير الذي يلتزم بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل ".ويعرف أنصار المذاهب الموضوعية الحق بأنه " مصلحة مادية أو أدبية يحميها القانون. "

والتعريف الأرجح هو أن الحق " فكرة يقرها القانون ويحميها لشخص معين على شخص آخر أو على شيء معين".

وختاما نقول أن الحق يتقرر بموجب قانون بل لا يكون للحق قيمة إلا إذا مد القانون حمايته لذلك الحق وعندئذ يكتسب إحترامه بإلتزام الآخرين به كنتيجة لنص القانون الذي يحمي الحق لأن النص القانوني ملزم بطبيعته نظرا للجزاء الذي يترتب على مخالفته.

من خلال ما تم عرضه بشأن أسباب الإباحة بطبيعتها تبين لنا أن النص في قانون العقوبات والقوانين المكملة له يحدد الأفعال المحظورة التي يعد اقترافها بشروط معينة جريمة من الجرائم وتتعد هذه النصوص بتعدد الأفعال التي يحضرها القانون ، وتسمى نصوص التجريم والفعل لا يمكن اعتباره جريمة إلا إذا انطبق عليه أحد هذه النصوص.

ولكن هناك أفعال مجرمة ومع ذلك يبيحها القانون بهدف تحقيق المصلحة العامة ولكن ضمن شروط يحددها القانون.

ومن هنا فإن أسباب الإباحة هي ذات طبيعة موضوعية تمحو عن الفعل صفته التجريمية وتنحصر في الظروف المادية للفعل ،لا الظروف الشخصية للفاعل وينجر عن ذلك عدم الاعتداد بالعمل بالإباحة.

إن توافر شروط الدفاع الشرعي تجعل الفعل أمرا مباحا ، فيستفيد من الإباحة كل من اشترك في فعل الدفاع باعتباره قد شارك في فعل مباح من حيث الأصل ، فالدفاع الشرعي سبب إباحة موضوعي يتعلق بالواقعة فيمحو عنها الصفة الإجرامية . وقد عبر نص القانون على ذلك بقوله لا جريمة ، وهو تعبير موفق وسليم إذ أزال عن الفعل كل صفة إجرامية ومحى كل أثر للفعل الذي يرتكب بقصد الدفاع الشرعي .

ولكن ما القول لو أن شروط الدفاع الشرعي اللازمة لنشوء حق الدفاع كانت قائمة بارتكاب المعتدي لفعل غير مشروع يهدد بخطر حال على النفس أو المال ، ولكن المدافع لم يراع في دفاعه التناسب بين الدفاع وجسامة الاعتداء ، وهو الشرط المطلوب في أفعال الدفاع كما ذكرنا ، باستثناء الحالات الواردة في المادة 40 من قانون العقوبات .

قائمة المصادر والمراجع

أولا: الكتب

1. – إسحاق إبراهيم منصور، الأصول العامة في قانون العقوبات الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر د. ط، 1980.

– إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية،الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية،2004،الجزائر.

2. بعلي محمد الصغير، المدخل للعلوم القانونية : نظرية القانون، نظرية الحق، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

3. بن شيخ لحسين، مبادئ القانون الجزائي العام، النظرية العامة للجريمة، العقوبات وتدابير الأمن، أعمال تطبيقية، دار هومه، الجزائر، 2005.

4. خلافي سفيان، مبدأ الاختصاص العالمي في القانون الجنائي الدولي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2007–2008.

5. – رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، الأحكام العامة للجريمة، الطبعة الثانية، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، الجزائر، 1976.

– رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

6. سعد نبيل ابراهيم، المدخل الى القانون – القاعدة القانونية – نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.

7. عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2013 .

8. عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د. س.ن.

9. عبدالله اوهابية، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، د.م.ن، د.س.ن،

10. عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، الجزء الثاني ، نظرية الحق، بيرتي للنشر، الجزائر، 2009.

11. عدنان باحارث، مسؤولية الأب المسلم في تربية الولد في مرحلة الطفولة، دار المجتمع للنشر والتوزيع، المدينة المنورة، الطبعة السادسة ، 1997.

12. علي راشد، القانون الجنائي. المدخل وأصول النظرية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1974.

13. عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية ،النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري ،طبعة منقحة،2000، دار ريحانة للكتاب ،الجزائر .

14. عمر خوري، شرح قانون العقوبات القسم العام، المكتبة القانونية، د.م.ن، 2012.

15. عبد الرحمان خلفي، القانون الجنائي العام، دار بالقيس دار البيضاء، الجزائر

16. كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، الطبعة الأولى ،دار الثقافة، الأردن.

17. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية في مجال طب وجراحة الأسنان ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004.

18. محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، 1998 ، الجزائر.

19. –محمود نحبب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، المطبعة العالمية، مصر، د.ط، 1962.

–محمود نجيب حسني، التشريع الجنائي الاسلامي،د.س.ن، د.م.ن.

–محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات. القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السادسة، 1989.

20. مصطفى الجثمال، نظرية القانون ،منشورات الجلي المقرفية ،2002.

21. منصور رماني، الوجيز في القانون الجنائي العام، دار العلوم للنشر والتوزيع، الحجار، عنابة 2006.

22. نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون ،نظرية الحق ،منشأة المعارف للنشر ، مصر ، 2001.

ثانيا: النصوص القانونية:

الأمر رقم 66–156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

الأمر رقم 84 /11 المؤرخ في 9 رمضان 1434هـ الموافق ل 9 يونيو 1984م، المتضمن قانون الأسرة الجزائرية المعدل والمتمم.

فهرس المحتويات

العنوان	الصفحة
الشكر	
الاهداء	
المقدمة	02
الفصل الأول : الطبيعة القانونية للحق وأسباب الإباحة	
المبحث الاول: الطبيعة القانونية للحق	06
المطلب الاول: مفهوم الحق	06
المطلب الثاني: فكرة وجود الحق بين الرفض و التأييد	09
المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لأسباب الإباحة	17
المطلب الأول: أسباب الإباحة بوجه عام	17
المطلب الثاني: علة الإباحة في قانون العقوبات	22
الفصل الثاني: معيارية استعمال الحق كسبب للإباحة ومعالجته التشريعية	
المبحث الاول: المنظور القانوني لتقسيمات الحق كسبب للإباحة	25
المطلب الأول : الحق في إستعمال الموظف لسلطته التقديرية وفي مباشرة الأعمال الطبية	25
المطلب الثاني: الحق في التأديب وممارسة الألعاب الرياضية	37
المبحث الثاني: معالجة المشرع في قانون العقوبات الجزائري لإستعمال الحق كسبب للإباحة	37
المطلب الأول: الرؤية التشريعية لما يأمر به القانون وما يأذن به القانون	37
المطلب الثاني : الدفاع الشرعي	43
الخاتمة	54
قائمة المصادر والمراجع	57
فهرس المحتويات	