

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة محمد خيضر - بسكرة-

أطروحة

مقدمة بكلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

لنيل درجة

الدكتوراه

الموضوع :

الدُّفُوع المَوْضُوعِيَّةُ أَمَامَ المَحَاكِمِ الجَزَائِيَّةِ

إشراف الدكتور :

مالكي محمد الأخضر

إعداد الطالب :

معدة فتحي

أعضاء لجنة المناقشة

|        |                 |                      |                        |
|--------|-----------------|----------------------|------------------------|
| رئيسا  | -جامعة بسكرة-   | أستاذ التعليم العالي | أ.د/ عزري الزين        |
| مشرفا  | -جامعة قسنطينة- | أستاذ التعليم العالي | أ.د/ مالكي محمد الأخضر |
| ممتحنا | -جامعة بسكرة-   | أستاذة محاضرة        | أ. د/ لشهب حورية       |
| ممتحنا | -جامعة باتنة-   | أستاذ محاضر          | د/ دراجي عبد القادر    |
| ممتحنا | -جامعة بسكرة-   | أستاذ محاضر          | د/ مفتاح عبد الجليل    |
| ممتحنا | -جامعة بسكرة-   | أستاذ محاضر          | د/ حوحو رمزي           |

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا  
بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ  
الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ  
النَّاسُ بِالْقِسْطِ وَأَنْزَلْنَا  
الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ  
وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَلِيَعْلَمَ اللَّهُ  
مَنْ يَنْصُرُهُ وَرُسُلَهُ بِالْغَيْبِ  
إِنَّ اللَّهَ قَوِيٌّ عَزِيزٌ

الآية خمسة وعشرون من سورة  
الحديد

## شكر وعرفان

إنّ الحمد والشكر لله سبحانه وتعالى فبه تتمّ الصالحات

ولا بد لي من توجيه خالص الشكر إلى أستاذي الفاضل الدكتور "مالكي محمد الأخضر" على متابعته وتوجيهاته وتخصيصه للوقت والجهد الكبيرين من اختيار الموضوع إلى طباعة هذا العمل

كما لا أنسى رقيقة الدرب التي أعانتني على تخرج الدراسة

و جميع عمال إدارة معهد الحقوق وخاصة القائم على شؤون مكتبة القسم السيد "الطيب"

كما أتوجه بالشكر إلى كل من أعانني في لحظة بكلمة طيبة

محنة فتحي

## مقدمة

المحاكمة العادلة هدف لكل منظومة جزائية ترمي إلى وضع توازن بين حق الدولة بصفقتها ممثلة للشعب في توقيع العقاب و السعي الجاد إلى تحقيق ذلك و بين ما يمتلكه كل فرد من هذا الشعب في كونه بريء حتى تثبت إدانته بموجب حكم نهائي .

فعند السعي وراء كشف الحقيقة عن وقائع يصفها القانون بالجريمة يتعين إنزال هذه الوقائع و إسنادها لمرتكبيها حتى يقتضى المجتمع من مرتكب الجريمة و ذلك بتوقيع العقاب العادل الذي لا يحتمل الشك فيمن وقع عليه .

فلا تحقق إجراءات الدعوى و بالأخص إجراءات التحري و التحقيق بنوعية ضماننا للوصول إلى الحقيقة خاصة أمام اختلاف الجرائم و تنوعها واختلاف الوقائع في الجرم الواحد ، فلا يمكن أن يعطى القانون للقضاة مسارا محددًا و وحيدا للتحقيق في كل جريمة دون أن يشرك المتهم بارتكابها .

و ضماننا لذلك ألزم المشرع المحكمة سماع أقوال الخصوم و كل أطراف الدعوى من شهود و أطراف مدنية باللغة المنصوص عليها دستورا ، و إن وجد جهل بهذه اللغة ألزم وجود مترجم يؤدي اليمين القانونية قبل نقل الأقوال إلى سمع

المحكمة ، ذلك أن الأصل في جميع إجراءات المحاكمة الجزائية أن تكون شفاهية و بحضور الخصوم و تطرح الأدلة عليهم لمناقشتها .

و لا يكون في صالح المتهم بأي جريمة كانت درجتها المثل أمام المحكمة دون وجود من يقوم على توجيه أقواله نحو تبيان الحقيقة التي تطالب المحكمة بالوصول إليها .

و لتغطية هذا الجهل بالقانون يلجأ المتهم إلى الاستعانة بالدفاع الذي توكل له مهمة مساعدة العدالة بالإضافة إلى الدفاع على من أوكله للقيام بذلك ، و يمكن إرجاع أصل الدفاع إلى حق الإنسان الطبيعي في الدفاع عن نفسه ضد كل ضرر أو أذى يتهده في حياته أو جسده و صحته أو ماله أو حريته أو عرضه و شرفه ، إلى درجة أن هناك من يرى بأن الإستعانة بالمدافع تعبير عن وعي وإدراك بالنسبة لمن جهل القانون ، و نظرة المحكمة له أكثر جدية ممن لا يملك مدافعا .

فالحق في الدفاع من الحقوق التي تبنتها أغلب التشريعات العقابية، و المشرع الجزائري تبني ذلك و ألزم المحكمة قبل أي مرحلة مهمة من مراحل الدعوى كالتحقيق أو المحاكمة أن يسأل المتهم إن كان يريد حضور المدافع أو تعطى له فرصة لتحضيره أو يطلب ذلك من المحكمة التي تتولى تعيينه.

و سواء قام المتهم بالدفاع عن نفسه بنفسه أو اختار دفاعا يساعده في ذلك لا يتحقق أصل البراءة إذا لم تعطى له الوسيلة التي عن طريقها يثبت هذا الأصل وذلك

عن طريق إبداء الدفع التي من خلالها بنفي ما نسب إليه من تهم و تلزم المحكمة بإجابتها و التطرق إليها إما قبولاً أو رفضاً .

فالدفع هي الوسيلة الوحيدة التي تمكن أطراف الدعوى من طرح الأدلة أمام

القضاء فتتحقق بموجبها المحاكمة العادلة و الموازنة بين حق الاتهام و حق إبداء الدفع .

و من هنا نت بين أهمية دراسة الدفع التي تعتبر أساس الدفاع أمام المحاكم

الجزائية ، فلا مجال للحديث عن حقوق الدفاع دون أن نعطي له الحق في إبداء الدفع ، فيكون الحكم أو القرار معيباً إذا لم يتعرض إلى ما أثاره الأطراف من دفع ، و يكون معيباً إذا كانت الدفع متصلة بالنظام العام و لم يثرها من تلقاء نفسه ، كما يكون معيباً إذا لم يعطي الفرصة لإبداء الدفع .

فالملاحظ أنه إذا لم يعطى لأطراف الخصومة الجزائية الأُطر أو الخطوط التي

يتبعونها في إبداء الدفع يفقدون بذلك أهم ما يمكنهم من الحفاظ على حقوقهم

وحررياتهم ، و بالمقابل جعل هذا المسار أو مسار إبداء الدفع محمي قانوناً حتى يكون

ملزماً لمن له سلطة الفصل في الدعوى الجزائية وبالنتيجة توقيع العقاب من عدمه .

كما تتجلى أيضاً أهمية الموضوع في تمكين الممارسين لمهنة الدفاع من

معرفة بعض ما جادت به المحكمة العليا من تطبيقات للدفع الموضوعي المنتج

وجعلها كركائز يمكن الاعتماد عليها عند الدفاع خاصة و أنه  
التى يمكن أن يُلجأ إليها ع ت وجود الإنكار من المتهم .

كما لا تقتصر فقط في أهميته ا بالنسبة للمحامين فقط كجهة دفاع , فيمكن أن  
يستفيد منها كل باحث و دارس للقانون من طلبة وقضاة أو حتى عامة الناس لكونها  
تعالج مسائل هي في حقيقتها من واقع المجتمع.

و دراسة موضوع الدفوع هي دراسة واسعة جدا إذا لاحظنا المصادر المختلفة  
لها , و قد آثرت دراسة الدفوع الموضوعية لارتباطها الوثيق بالجانب العملي و ما  
عليها التطبيقات القضائية بكل درجاتها في مدى احترامها للدفوع الموضوعي .

كذلك الأمر بالنسبة لقلة الدراسات العملية أو الكتابات في هذا الموضوع إن لم  
نقل أنها منعدمة تماما إذا تكلمنا في الاختصاص ، و خاصة الدراسات المتعلقة  
بالقانون الجزائي .

فإذا لاحظنا مكتب اتنا نجد أن موضوع الدراسة جديد كليا خاصة من ناحية تناوله  
للموضوع من جانب دراسة الدفوع و مدى ارتباطها بوجود أو زوال أركان الجريمة .

فعند دراسة الدفوع الموضوعية و بطبيعة الحال أمام المحاكم الجزائية لأن الدفع

يختلف و تختلف قواعده باختلاف القانون الذي يحكمه مدنيا كان أو إداريا أو جزائيا

أو عقابيا أو متعلقا بقواعد الإثبات الجزائي أو المدني و غيرها ، سنتولى دراسة الدفوع

التي تتعلق بالأركان المكونة للجريمة من ناحية صحتها وتوافر شروطها بحيث إذا أثرت بالشكل الصحيح يترتب عليه الحكم بالبراءة متجنبين بذلك الدفوع التي تكون نتيجتها امتناع العقاب أو التخفيف من المسؤولية لأن التطرق إليها يوسع الموضوع أكثر ، و هذا لا يمنع من أنها مواضيع تحتاج إلى الدراسة والتفصيل فيها .

وهذه الدفوع الموضوعية تختلف مصادرها ف قد تكون مستمدة من قانون العقوبات والقوانين المكملة له أو من القوانين الإجرائية ، و همزة الوصل بينها في أنها تتعلق بأركان الجريمة من جهة ، و تعلق ها بالموضوع من جهة ثانية لا بالشكل ، و هي تخضع في التقدير إلى محكمة الموضوع و هذا التقدير يطرح إشكالا حول : أثر الدفع الموضوعي النافي لأركان الجريمة على الخصومة الجزائية، و حتى نستطيع معالجة هذا الإشكال و دراس ته تطرح مجموعة من المسائل التي يترتب البحث فيها إجابة إشكالية الدراسة و هي ك التالي :

أولاً : ما هي الأحكام و الخصائص المميزة للدفع الموضوعي الجزائي عن باقي الدفوع الأخرى؟ .

ثانياً : كيف يمكن تقسيم الدفوع الموضوعية أمام المحاكم الجزائية ، على اعتبار أنه لا يمكن حصرها ؟ .

ثالثاً : هل للمحكمة العليا دور في حماية الدفع الموضوعي الجزائي ؟ .



خاصة أن أغلب الدفوع الموضوعية لا تتعلق بالنظام العام و بالتالي لا يمكن

لمحكمة الموضوع أن تثيرها من تلقاء نفسها و يقع هذا العبء على المتهم بصورة

أولى أو من يتولى الدفاع عنه أو من له مصلحة في إثارته .

و هذا لا يمنع المحكمة من أن تتعرض من تلقاء نفسها حتى و لو لم يثرها أي

طرف في الدعوى لأن لها السلطة التقديرية الكاملة في البحث حول مدى توافر أركان

الجريمة حتى تقضي بالعقوبة و هو العمل الأساسي لقضاة الحكم بمختلف أنواعه

جنايات أو جنح أو مخالفات .

و يمكن القول أن من واجب المحكمة التطرق إلى كل ركن من أركان الجريمة

و لا تنتظر من الخصوم إثارتها حتى تقضي بها ، فيكون الحكم م عيبا من الناحية

القانونية الذي لا يبين أركان الجريمة المادية و المعنوية بالإضافة إلى الركن الشرعي.

و بذلك نستبين أن الأثر الأساسي للدفع الموضوعي هو نق ض الحكم الذي لم

يتطرق إليه قبولا أو رفضا ، و بذلك فقد لعبت المحكمة العليا دورا أساسيا في ضمان

إجابة الدفوع إذا أثرت بشكل صحيح ، و لا يفهم من ذلك أن المحكمة العليا كجهة

عليا للنقض هي في جانب المتهم الطاعن عند إثارته للدفع الموضوعي ، و إنما لعبت

هذه الأخيرة دورا هاما في محاولة الموافقة بين حق المتهم أو الدفاع في إبداء ما يراه

مناسبا من دفوع و بين حق المجتمع في توقيع العقاب .

فالمتهم يكون في مركز ضعف نظرا لتزعزع مركزه القانوني بمجرد توجيه التهمة له<sup>1</sup> فيحتاج بذلك إلى إعطائه الحق في الدفاع عن نفسه عن طريق إبداء الدفوع أمام محكمة الموضوع حتى يعيد مركزه إلى الحالة التي كان عليها ب افتراض براءته .

فمنح الحق للنيابة وحدها في إبداء دفوعاتها و أدلتها في الدعوى دون المتهم يعد مساسا بحقوق الدفاع بالرغم من تمتعه بالبراءة أصليا ، إلا أن نتيجة ذلك دائما هي إدانة من لم يقدم دفوعاته القانونية أمام المحكمة ، و هذا ما سا ر عليه الجانب العملي في المحاكم بمختلف درجاتها في انتهاج مسلك الإدانة دوما في حالة الأحكام أو القرارات الغيابية و مر د ذلك نرجعه إلى تمكن المجتمع عن طريق النيابة من إبداء الدفوعات و أدلة الإدانة ، و عدم تمكن المتهم من إبداء دفوعاته لغيابه أو عدم تبليغه .

فالمشرع عند سنه لقواعد الإجراءات الجزائية كفل للمتهم المدان بسبب حكم غيابي الحق في اللجوء إلى إجراء المعارضة التي تلغي مباشرة هذا الحكم بمجرد تسجيلها ، و هذا لسبب وحيد متمثل في عدم التمكن من إبداء الدفوع .

فللملاحظ هنا أن أثر عدم تقديم الدفوع في الدعوى الجزائية هو ص دور حكم غيابي ، و بذلك لا نستطيع أن نقول بأن ال م شرع بالرغم من عدم نصه الصريح و

<sup>1</sup> محددة محمد ، ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق بين القواعد والتطبيق ، رسالة دكتوراة ، سنة 1991 ، صفحة د من المقدمة .

الجازم على مسألة الدفع الموضوعية إلا أنه سار في سن قواعد القانون الجزائي نحو الحفاظ على حق كل متهم في إبداء ما يراه مناسباً من دفع .

و بما أن الدفع هي الوسيلة الوحيدة التي تمكن أطراف الدعوى الجزائية من تحقيق غايتهم فيها بح يث تلزم محكمة الموضوع بالرد عليها إن قدمت بشكلها القانوني فإننا نحتاج إلى توضيح هذه الدفع التي بإمكانها هدم أركان الجريمة بالنسبة لمن أتهم بها.

و سنستخدم في ذلك المنهج التحليلي كونه يحقق أهداف الدراسة مع الاستعانة في بعض المواضع بالمنهج المقارن خاصة في المسائل التي لا نجد معالجة لها من المشرع الجزائري أو أنه عالجه بصورة غير دقيقة ، و بذلك يمكن أن نستخلص نتائج هامة تخدم موضوع الدفع الموضوعية .

مع الإشارة إلى أن دراسة موضوع الدفع الموضوعية أمام المحاكم الجزائية يتطلب و بصورة كبيرة الذهاب إلى ما أقرته المحكمة العليا في معالجتها لكل دفع من الدفع الموضوعية حتى يكون لها أساس قضائي خاصة في المسائل التي لم يعالجها القانون بنص صريح لأن مسائل الموضوع واسعة جداً ، و لا يمكن حصرها فتذهب المحكمة العليا إلى تفسيرها و محاولة إظهار مدى تطابقها مع القانون من عدمها .

فاجتهادات المحكمة العليا هي أساس هذه الدراسة نظرا للنقص الذي شاب القانون في توضيحها ، لذلك سنأتي إلى تقسيم الموضوع بحسب ما أجمع عليه فقهاء القانون في تبنيهم للتقسيم الثلاثي لأركان الجريمة ، فقد خصصت كل باب لمعالجة كل ركن و ما يمكن أن يستخلصه من دفوع متعلقة به ، و يسبق ذلك فصل تمهيدي حاولت فيه إعطاء مفهوم الدفوع الموضوعية بصورة خاصة لأنها أساس الموضوع ، فوضحت تعريفها و شروطها و خصائصها وعلى من يقع عبء إثباتها .

ثم حاولت في الباب الأول توضيح الدفوع التي تهدف إلى انتفاء الركن الشرعي للجريمة مع الإشارة إلى أن بعض الفقهاء لم يعتبره من الأركان ، إلا أننا عندما نطلع على الدفوع التي يمكن أن نثيرها من خلاله نجد أنها دفوع تنفي الجريمة ككل بنص صريح في القانون كالدفوع بتوافر سبب من أسباب الإباحة عندما صرح الـ مشرع في بداية نص المادة " لا جريمة ..... " ، كذلك الدفع بالقانون الأصح .

أما الباب الثاني فقد خصصته لبيان الدفوع التي تهدف إلى انتفاء الركن المادي للجريمة و وجدت أن من أهم الدفوع المثارة في هذا الجانب هي الدفع بانتهاء رابطة السببية بالرغم من الإشكالات العديدة التي أثارت فيها و موقف الـ مشرع الجزائري منها.

لذلك الدفع بوجود مسألة فرعية و هو من الدفوع التي يغفل عنها الكثير بالرغم

من الأثر الذي يمكن أن يرتبه هذا الدفع على الدعوى إذ إذا اتخذ من استعمله طرق و أساليب إثارته الصحيحة.

و الباب الثالث خاص بالدفوع التي تهدف إلى انتقاء الركن المعنوي للجريمة، و

أهم ما يمكن إثارته هو الدفع بصغر السن الذي يعدم الجريمة و ليس الصغر الذي

يخفف المسؤولية حتى لا يتنافى ذلك مع الهدف الأساسي من الدفوع المعالجة في هذه

الدراسة و المتعلقة فقط بنفي الجريمة و ليس تخفيف العقوبة ، و من الدفوع المهمة

كذلك الدفع بالجنون و الدفع بالإكراه و حالة الضرورة التي لا نجد لها أثر في التشريع

المكتوب بالرغم من أهميتها وتأثيرها على الجريمة .

و جم يع الدفوع المثارة تهدف إلى نفي الجريمة بنفي أحد أركانها و هو ما يدخل

في صلب موضوعها لذلك نجد أن جلّها تحتاج إلى إثارتها من قبل أحد أطراف

الخصومة و هذا لا يمنع القاضي من إثارتها من تلقاء نفسه لأنه مقيد بتأسيس حكمه

أو قراره و تسبب به بتوضيح أركان الجريمة الثلاث و إلا تعرض هذا الحكم أو القرار

للنقض .

فيكون بذلك موضوع الدراسة منقوصا إذا لم يأتي بأحكام أو قرارات نُقضت لعدم

توضيحها لأركان الجريمة ، و هذا ما حاولت توضيحه من خلال دراسة موضوع

الدفوع الموضوعية أمام المحاكم الجزائرية .

## فصل تمهيدي

### ما هية الدفوع

تقوم المحاكمة العادلة على إتاحة الدفاع الذي يساعد المحقق و القاضي

والمتهم على تبيان الحقائق, فأول مايتبادر للذهن عند ذكر المحاكمة العادلة هو

إعطاء الحق في تقديم الطالبات والدفوع ثم الإجابة عليها من طرف الهيئة القضائية

فالدفع هو حق الدفاع من جانب المدعى عليه أو المتهم يقابله حق المدعي أو

الضحية في الالتجاء إلى القضاء , فالدعوى والدفع أمران متلازمان في الخصومة

الجزائية , لأن وقوع الجريمة يرتب حق الدولة في العقاب مستخدمة في ذلك الدعوى

العمومية تتولاها نيابة عن المجتمع جهة النيابة العامة كسلطة اتهام وادعاء, وينبغي

تحقيقا ل ضمانات المحاكمة العادلة إعطاء الحق للمتهم في أن يبدي دفوعه كي

التهمة عن نفسه ويساهم بذلك في توضيح الحقيقة التي يصبوا إليها جهاز القضاء

فحق المتهم في أن يدفع عن نفسه ما يلحقه من اتهام , إما بإثبات فساد دليل الإتهام

أو بإقامة الدليل على نقيضه <sup>1</sup> هو من المبادئ العامة للشرعية الإجرائية في الفقه

الجنائي الإسلامي <sup>2</sup> .

<sup>1</sup> عصام عفيفي عبد البصير , مبدأ الشرعية الإجرائية , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , 2004 , ص 122 .

<sup>2</sup> وحق الدفاع مستمد من الشرع لا من السياسة ؛ خليفة كلندر عبد الله حسين , ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي في قانون الإجراءات الجنائية دراسة مقارنة , دار النهضة العربية , القاهرة , الطبعة الأولى , 2002 , ص 69 .

وهذه الدفوع تتنوع وتختلف باختلاف الجرم المتابع به المتهم , وحصرا لها أي الدفوع تقسم إلى إجرائية وأخرى موضوعية , وبما أن موضوع الدراسة الحالي يتعلق بالدفوع الموضوعية بالطبع أمام المحاكم الجزائية مخرجين بذلك الدفوع التي يمكن إثارتها في مختلف فروع القانون الأخرى , فينبغي قبل التطرق إلى تبيان هذه الدفوع الموضوعية التعرف أولا على معنى الدفوع بصورة عامة ثم تعريف الدفوع الموضوعية بصورة خاصة وعلى من يقع عبء إثباتها مقسمين بذلك هذا الفصل التمهيدي إلى المباحث التالية :

المبحث الأول : ونتولى تعريف الدفوع وبيان تقسيماتها المختلفة والشروط

العامة التي يجب توافرها فيها لإبدائها.

المبحث الثاني : ونعرف فيه الدفوع الموضوعية التي لها شروطها الخاصة

يجب توافرها فيها حتى تكون فعالة في الدعوى ونوضح كذلك خصائصها حتى نفرق بينها وبين باقي الأنواع الأخرى من الدفوع .

المبحث الثالث : نحاول من خلاله البحث في مسألة إثبات الدفوع الموضوعية

ومدى تعلقها بالمتهم أم أن ذلك يقع على النيابة العامة .

## المبحث الأول

### تعريف الدفوع وبيان أقسامها وشروطها

تتعدد الدفوع وتختلف باختلاف غرض كل منها , أما الدفوع في مصطلح القانون فهي تختلف بحسب المادة القانونية أو الجهة القضائية التي تثار في مواجهتها , لذلك ينبغي التعرف على هذه الدفوع وعلى أهم ما جاء به الفقه من تعريفات ثم نعرض خصائصها وشروط إبدائها.

### المطلب الأول

#### تعريف الدفوع

يحتاج المتهم أو محاميه إلى إبداء رأيه ووجهة نظره في الدعوى الجزائية أمام ما تولت النيابة حشده من أدلة اتهام , فبمجرد توجيه الاتهام ينشأ حق المتهم في الدفاع , فيرى الدكتور سعد حماد صالح القبائلي أن حق الدفاع هو حق أصيل يتمتع به المتهم بمجرد توجيه الاتهام إليه قانونا ليستخدمه بنفسه أو عن طريق محاميه أمام القضاء لدحض التهمة المسندة إليه<sup>1</sup> , ويتمشى رأيه هذا مع مسار عليه التشريع العقابي الجزائري على اعتبار الشخص متهما منذ توجيه الاتهام ضده من طرف النيابة العامة ويسايره هذا الاتهام إلى حين صدور الحكم النهائي , فحق الدفاع ينشأ

<sup>1</sup> سعد حماد صالح القبائلي , ضمانات حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي , الطبعة الأولى , دار النهضة العربية , القاهرة . 1998 , ص: 15 و 16 .



مع المتهم في جميع مراحل الدعوى ، ولا يفهم من ذلك أن حق الدفاع يهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة للمتهم وحده بل يتعداه هذا الحق إلى حماية مصلحة المجتمع ككل سعياً لإظهار الحقيقة، فلا فائدة للمجتمع من تزيف الحقائق بإدانة البريء وتبرئة المذنب .

و قد سار القضاء إلى حماية هذا الحق إلى الدرجة التي يرتب الإخلال به البطلان و من ذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا تحت رقم : 83393 في 1984/11/06 عندما اعتبر السؤال الذي طرح أثناء المدوالات والمتعلق بالقتل العمدي دون أن يطرح في الجلسة حتى يتسنى للدفاع مناقشته هو إخلال بحقوق الدفاع و تعين بذلك نقض و إبطال الحكم المطعن فيه <sup>1</sup> .

و من ذلك أيضا القرار الذي اعتبر عدم تنبيه المتهم المحال أمام محكمة الجنح في حالة التلبس إلى إعطائه مهلة لإعداد دفاعه ، فرغم علم المحكمة العليا بأنه سهو من محكمة الجنح إلا أن هذا السهو يشكل خرقاً لحقوق الدفاع و مساساً به مما استوجب النقض <sup>2</sup> .

<sup>1</sup> المجلة القضائية ، العدد 03 ، سنة 1989 ، ص: 214 .

<sup>2</sup> المجلة القضائية ، نفس العدد ، ص : 257 .

كذلك الأمر بالنسبة للقرار الذي اعتبر اعتماد غرفة الاتهام على تصريحات

مسجلة أمام وكيل الجمهورية و استبعاد الإجراءات التي تمت أمام التحقيق تشكل خرقا

لحقوق الدفاع من خلال القرار الصادر في : 17 / 07 / 2000 رقم: 246742<sup>1</sup>.

و يعتبر خرقا لحقوق الدفاع عدم قيام النيابة العامة بتبليغ الخصوم و محاميهم

بتاريخ الجلسة أو عدم قيام غرفة الإتهام بعد انتهاء البحث التكميلي بتبليغ نتائج

الخبرة الفنية لأطراف الدعوى كما جاء به القرار الصادر في : 2001/12/25 ،

رقم : 273590<sup>2</sup>.

على هذا الأساس فإن حق الدفاع يتجلى بصورة أساسية عن طريق إبداء الدفوع

التي تعتبر وسائل در أ التهمة .

إذا فحق الدفاع له عدة صور كالحق في حضور محامي والحق في التأجيل

وسرية التحقيق والحق في إبداء الدفوع إلى غير ذلك من الحقوق ،فالدفوع إذا هي

صورة من صور الحق في الدفاع المكفول قانونا من خلال الدستور كما نصت عليه

المادة 33 منه<sup>3</sup>.

وللتعرف أكثر على معنى الدفوع ينبغي التطرق إلى النقاط التالية :

<sup>1</sup> المجلة القضائية للمحكمة العليا ، العدد 02 ، سنة 2001 ، ص: 323 .

<sup>2</sup> المجلة القضائية ، العدد الأول ، سنة 2002 ، ص: 348 .

<sup>3</sup> مولود ديدان ، سلسلة القانون في متناول الجميع ، دستور 28 نوفمبر 1976 ، دار النجاح للكتاب، الجزائر ، طبعة 2006 ، ص13.

## الفرع الأول : تعريف الدّفع لغة

هي كلمة مشتقة من فعل دَفَعَ , ويقال دفع عنه الأذى دَفْعًا ومَدْفَعًا<sup>1</sup> , ونظرا لثراء اللغة العربيّة في إطلاق هذا الفعل الثلاثي على عدة معاني فإننا نأخذ المعنى الأقرب إلى ما تضمنه موضوع الدراسة الحالي , فيقصد بالدفع لغة الرّد , فيقال دفعت القول أي رددته بالحجّة<sup>2</sup> .

كما يقصد به الحماية لقوله تعالى : ﴿إِنَّ اللَّهَ يَدْفَعُ عَنِ الَّذِينَ آمَنُوا﴾<sup>3</sup> وقوله تعالى : ﴿لَيْسَ لَهُ دَافِعٌ﴾<sup>4</sup> أي حامٍ.

## الفرع الثاني : الدفع في الشريعة الإسلامية

إن من مقاصد الشريعة الإسلامية الحفاظ على حقوق الإنسان , وتبرز أهميّة الدفوع في المحافظة على هذه الحقوق من خلال النص عليها في كثير من الآيات

<sup>1</sup> الطاهر أحمد الزاوي , مختار القاموس , الدار العربي للكتاب , ط 1983 , ص 148 .

<sup>2</sup> قاسم محمد بني بكر , نظرية الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي والقانون وتطبيقاتها في القضاء الشرعي , الطبعة الأولى , دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان الأردن , 2009 , ص 42 .

<sup>3</sup> سورة الحج , آية 38 .

<sup>4</sup> سورة المعارج , آية 2 .

القرآنية و كذلك السنة النبوية في الكثير من الأحاديث الصحيحة عن النبي صلى الله عليه وسلم .

وقد عدد الأستاذ محمد فهد غرابية الكثير من هذه الدفوع في الإسلام نذكر

منها<sup>1</sup>:

دفوع واردة في القرآن الكريم :

1\_ قوله تعالى : ﴿ ويدروا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن

الكاذبين ﴾<sup>2</sup>.

وردت هذه الآية تبين الدفوع في مسألة اللعان<sup>3</sup> ، فإذا لاعن الزوج زوجته ، بأن

يحضرها إلى الإمام فيدعي عليها بالزنا ، ولا يدرأ عنها العذاب إلا أن تلاعن فتشهد

أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين فتدفع دعواه بحلفها أربع مرات متكررة أنه كاذب

فيما رماها به من الزنا<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> محمد فهد غرابية ، الدفع بعدم الخصومة القضائية في الشريعة الإسلامية والقانون ، دار يافا العلمية للنشر والتوزيع ، الأردن ، الطبعة الأولى ، 2009 ، ص 33 وما بعدها .

<sup>2</sup> سورة النور ، الآية 08 .

<sup>3</sup> وقد فرّق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المتلاعنين وألحق الولد بأمه ؛ الإمام الحافظ عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي السمرقندي ، تحقيق فواز أحمد زمرلي و خالد السبع العلمي ، سنن الدارمي ، المجلد الثاني ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، الطبعة الأولى ، سنة 1987 ، ص 203 .

<sup>4</sup> أبي الفداء الحافظ ابن كثير الدمشقي ، تفسير القرآن العظيم ، المجلد الثالث ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، الطبعة الأولى ، 2004 ، ص 249 .

2\_ وقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴾<sup>1</sup>

إنَّ قُدَّ القميص من الدبر يعني الإدبار وقُدَّه من قبل يعني الإقبال , فاضطُرَّ

سيدنا يوسف عن الدفاع عن نفسه إظهاراً للحقيقة , وتبرأ مما رمته به من الخيانة

وذكر أنها أتبعته تجذبه إليها حتى قادت قميصه من قدامه<sup>2</sup> , وقد لجأت قبل ذلك إلى

الإحتياط بإغلاق جميع الأبواب وأما هروبه منها لا يكون إلا من باب واحد حتى ولو

تعددت أمامه فلم يقصد منها إلا الأول<sup>3</sup> .

فالملاحظ أن هاتان الواقعتان وغيرهما كثير في القرآن الكريم قد تضمنتا دفعين

موضوعيين منتجان ولهما تأثير في سير الوقائع .

دفع واردة في السنة النبوية :

1\_ عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " لو

يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى

عليه " <sup>4</sup>, فهذا الحديث يدل على أن المدعى عليه قد يصبح مدّعيًا بدفعه والمدعى

يصبح مدّعى عليه .

<sup>1</sup> سورة يوسف , الآية 27 .

<sup>2</sup> أبي الفداء الحافظ ابن كثير الدمشقي , نفس المرجع , المجلد الثاني , ص 449 .

<sup>3</sup> أبي يحيى زكريا الأنصاري , فتح الرحمن يكشف ما يلتبس في القرآن , تحقيق وتعليق محمد علي الصابوني , مكتبة رحاب , الجزائر , الطبعة الثانية , 1988 , ص 212 .

<sup>4</sup> مسلم بن الحجاج , صحيح مسلم , تحقيق خليل مأمون شيعة , دار المعرفة , بيروت , الطبعة السادسة , ص 229 .

2\_ وعن ابي هريرة - رضي الله عنه - قال: قال أبو القاسم صلى الله عليه

وسلم: " لو أن امرئ إطلع عليكم بغير إذن فحذفته بحصاة ففقات عينه لم يكن عليكم

جناح " <sup>1</sup> , والمطلع على هذا الحديث يأخذ منه أنه لو ادعى أحد أن فلانا أو جماعة

من الناس قد فقؤوا لأحد عينه , فدفعوا ذلك وقالوا اطلع على بيتنا خلصة بغير إذن

كان دفعا صحيحا منهم .

ورغم نص القرآن والسنة على أنواع الدفوع إلا أن الفقهاء المسلمين القدامى لم

يتطرقوا إلى إعطاء تعريف لها , بينما نجد أن الفقهاء المعاصرين لديهم تعريفات <sup>2</sup> , فقد

جاء في تعريف لمجلة الأحكام العدلية في مادتها 1631 أن الدفع هو أن يأتي

المدعى عليه بدعوى تدفع دعوى المدعى .

### الفرع الثالث : التعريف القانوني للدفع

نجد أن فقهاء القانون أعطوا للدفع تعريفات عديدة وأغلبها تتشابه مع بعضها

البعض نذكر من ها :

<sup>1</sup> البخاري محمد بن اسماعيل , صحيح البخاري , ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي , دار السلام , الرياض , الطبعة الثالثة , ص 303 .

<sup>2</sup> قاسم محمد بني بكر , المرجع السابق , ص43.

مأبدي من أوجه الدفاع الموضوعية والقانونية التي يعتبرها الخصم لتحقيق

غايتة من الخصومة في الدعوى<sup>1</sup>.

أوجه الدفاع القانونية المتعددة التي ترمي إلى عدم الحكم على المتهم أو

الخصم من قبل المحكمة المنظورة أمامها الدعوى والمتابع من أجلها المتهم<sup>2</sup>.

هي أي الدفع كل ما يبدي ه المتهم منصباً على الأوجه القانونية لدفاعه ,

بحيث يوجه مباشرة إلى أدلة الدعوى الجنائية بقصد تنفيذها أو إهدارها<sup>3</sup>.

الدفع هو ما يوجّه المتهم إلى الدليل الذي يس تد إليه الخصم مباشرة بحيث

يترتب عليه - لو اقتنعت به المحكمة - تنفيذ هذا الدليل وعدم القضاء لخصمه بما

يطلبه<sup>4</sup>, حيث يلاحظ على هذا التعريف أنه اعتبر الدفع كل ما اقتنعت به المحكمة

من أدلة ينتج عنها عدم القضاء للخصم سواء كان ضحية أو النيابة عدم القضاء بما

يطلبه هذا الخصم , فالنتيجة أنه لا يعتبر من الدفع مالا تستجيب له المحكمة وهو ما

يعيب هذا التعريف .

<sup>1</sup> عبد العزيز سليم , الموسوعة الذهبية في الدفع , جمهورية مصر العربية , 2007 , ص 11 .

<sup>2</sup> مولاي ملياني بغدادي , الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري , المؤسسة الوطنية للكتاب , الجزائر , 1992 , ص 409 و 410.

<sup>3</sup> محمد خميس , الإخلال بحق المتهم في الدفاع , منشأة المعارف , الإسكندرية , 2001 , ص 202 .

<sup>4</sup> سعد حماد صالح القبائلي , المرجع السابق , ص 356 .

وهناك من اعتبر الدفع وسيلة يجيب بها الخصم على دعوى خصمه بقصد تفادي الحكم لهذا الخصم بما يدعيه <sup>1</sup> .

ورغم تعدد هذه التعريفات إلا أن أغلبها تجمع على أنها أوجه الدفاع القانونية التي يبديها الخصم لتحقيق غايته من الخصومة في الدعوى .

وقد حاولنا سرد هذه التعريفات مع أخذ التعريفات التي تتعلق بالجانب الجزائي فقط نظرا لطبيعة موضوع الدراسة .

وقد اعتبر القضاء الجزائري القرار مشوبا بالقصور في التسبيب ومتناقض في المقتضيات إذا لم يسبب التسبيب الكافي لمواجهة ماقدم من أدلة ومأبدي من طلبات ودفع ، وذلك من خلال القرار الصادر من المحكمة العليا بتاريخ 1986/12/30 تحت رقم: 4078 <sup>2</sup> .

كذلك القرار رقم 39171 الصادر بتاريخ 1987/02/24 <sup>3</sup> .

والقرار رقم 42266 بتاريخ 1984 <sup>4</sup> .

---

<sup>1</sup> فؤاد عبد المنعم أحمد - الحسين علي غنيم - أحكام الدفع في نظام المرافعات الشرعية السعودي ، المكتب العربي الحديث ، الإسكندرية ، 2002 ، ص 14 .

<sup>2</sup> المجلة القضائية للمحكمة العليا ، عدد رقم 3 ، سنة 1989 ، ص 276 .

<sup>3</sup> نفس المرجع ، ص 285 .

<sup>4</sup> المجلة القضائية للمحكمة العليا ، العدد 3 ، سنة 1989 ، ص 292 .



## المطلب الثاني

### تقسيمات الدفوع

ليس هناك في القواعد القانونية تقسيم محدد للدفوع رغم التعديلات المختلفة

لقانون الإجراءات الجزائية ، و بالرغم من أن المشرع نص صراحة على هذه الدفوع في

قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد ، إلا أنه يمكن التعرف على هذه

التقسيمات عند البحث فيما ذهب إليه فقهاء القانون .

فالملاحظ أن تعريفات الدفوع تعددت وبالنتيجة تتعدد التقسيمات لأن مرد هذا

الإختلاف ناتج عن الوجهة التي ينظر من خلالها للدفع ، وأهم تقسيم يمكن أن نركن

إليه وأن نعتمد عليه هو التقسيم بحسب طبيعة الدفع إلى دفوع شكلية و أخرى

موضوعية نظرا لما نص عليه قانون الإجراءات الجزائية من وجوب إيداء الدفع

الشكلي قبل الدخول في الإستجواب في الموضوع وبالتالي نقول أن المشرع الجزائري

فرق في هذه النقطة بين هذين النوعين من الدفوع .

فسنولى التعرف على هذه التقسيمات بالإضافة إلى التقسيمات الأخرى للدفوع

ضمن الفروع التالية :

## الفرع الأول : تقسيم الدفوع بحسب طبيعتها

تقسم الدفوع بحسب طبيعتها إلى دفوع شكلية و أخرى موضوعية , وهو من أكثر

التقسيمات اعتمادا في التشريعات العقابية المختلفة ومنها التشريع الجزائري الذي سار

على هذا النوع من التقسيمات وإن اختلفت التسميات .

وستتعرف على الدفوع الشكلية في هذا الفرع ونترك تعريف الدفوع الموضوعية

إلى المبحث الثاني من هذا الفصل نظرا لما تتطلبه طبيعة الموضوع , من وجوب

التوسع في شرحها , فخصص لها مبحث مستقل .

## الدفوع الشكلية :

أول ما نتطرق إليه عند التعرف على الدفوع الشكلية هو ما ذهب إليه المشرع

الجزائري من خلال نص المادة 331 من قانون الإجراءات الجزائية , فمما جاء في

هذا النص : " يجب إبداء الدفوع الأولية قبل أي دفاع في الموضوع ... " , نجد أن

المشرع لم يأتي بأي توضيح للدفوع الشكلية سوى وجوب إبدائها قبل الدفاع

الموضوعي وإلا فإنها تتعرض للرفض<sup>1</sup> إلا ما تعلق منها بالنظام العام فيمكن لقاضي

الموضوع إبداءها والتطرق إليها ولو لم يدفع بها الخصوم أي حتى بعد الخوض في

الموضوع , وأن إبداء الدفوع الشكلية وهي ما سماها المشرع بالدفوع الأولية يكون بعد

استجواب المتهم عن هويته من قاضي الموضوع وتبنيه بالتهمة الموجهة إليه وقبل

التطرق للاستجواب في الموضوع أي قبل إجابة المتهم عن التهمة الموجهة إليه , فبين

هذين الاستجوابين يتم إبداء الدفع الشكلي , وإلا أمكن للقاضي رفض الدفع بعد

الدخول في الموضوع , ويمكن إبداءه شفاهة أو كتابة والأفضل أن يكون مكتوبا حتى

يضمن مبدئه الإجابة عليه والتمسك به أمام جهة الاستئناف أو المحكمة العليا .

وقد أكدت المحكمة العليا ضرورة إبداء الدفوع الأولية قبل أي دفاع في

الموضوع وإلا فُوبلت بالرفض , ومن ذلك القرار الصادر في 10/10/1995 رقم :

93309 لما ثبت للمحكمة العليا أن قضاة المجلس لم يناقشوا الوثائق المقدمة لهم

واكتفوا بتصريحات المتهمة التي لم تحترم إثارة الدفع الأولي بخصوص المعالم

<sup>1</sup> وهناك أيضا الدفع بعدم قبول الدعوى المدنية هو من الدفوع التي يجب إبدائها في بدء النزاع أي قبل التكلم في موضوع الدعوى المدنية وإلا سقط الحق في ذلك ؛ للتوسع أكثر , إدار غالي الذهبي , حق المدعي المدني في اختيار الطريق الجنائي أو المدني , مطبعة المعرفة , القاهرة , الطبعة الأولى , 1966 , ص 207 .

والحدود قبل أي دفاع في الموضوع , وأن النطق ببراءتها يعد تطبيقاً سيئاً للقانون  
ويعرض القرار للنقض والبطلان<sup>1</sup>.

أو  
موضوعية هي المحكمة المطروحة أمامها الدعوى العمومية وفق نص المادة 330 من  
قانون الإجراءات الجزائية .

لكن ينبغي التعرف على هذه الدفوع الشكلية بعد معرفة ما تناوله المشرع  
الجزائري من توضيح شروط إبدائها , وهنا ينبغي النظر في شروحات الفقهاء .

فالدفع الشكلي هو كل ما يوجّه إلى الإجراءات الشكلية ويثار عن الإجراءات  
التي يشترط القانون إتباعها , القصد منها تأجيل نظر الدعوى أو رفضها بشكلها  
الحالي دون الدخول في الموضوع أو المساس به إلى أن تتوافر شروط قانونية  
مخصصة<sup>2</sup>.

وهناك من يعتبر الدفوع الشكلية طواريء محاكمة يجب الإدلاء بها قبل التطرق  
إلى الأساس<sup>3</sup> , وفي ذلك تأكيد على ضرورة إبدائها قبل أي دفع موضوعي .

<sup>1</sup> المجلة القضائية للمحكمة العليا , العدد الأول , سنة 1996 , ص 209 .

<sup>2</sup> فؤاد عبد المنعم أحمد- الحسين علي غنيم , المرجع السابق , ص 19 .  
قاسم محمد بني بكر , المرجع السابق , ص 55.

<sup>3</sup> نبيل شديد الفاضل رعد , الدفوع الشكلية في قانون أصول المحاكمات الجزائية , الجزء الأول , بدون دار نشر , بيروت ,  
الطبعة الثانية , سنة 2009 / 2010 , ص 20 .

ويجدر التنويه إلى أن القضاء في الفقه الإسلامي هو الآخر شهد مايسمى دفعا شكليا فنجد أنه عمل به بالرغم من اختلاف صورة إجراءات القضاء في القديم عنه في وقتنا الحالى كمسألة الإختصاص المكاني بالنسبة للقاضي<sup>1</sup> .

ف نجد أن القضاء في الفقه الإسلامي يخضع لكتاب التولية من الحاكم الذي

يولي فيه القضاء للقاضي , فلا بدّ من ذكر البلد الذي يقلد للقاضي وهو بمثابة

اختصاص مكاني بال نسبة إليه وعلى أي حال لا يجوز له تجاوز مهامه إلى مهام قاضي آخر والقضاء على ولاية أخرى<sup>2</sup> .

ومن هذا المنطلق نجد أن جُل التشريعات نصت على هذه الدفوع الشكلية

وأجمعت على أن الإجراء غير الصحي ح يولّد الدفع الشكلي الذي يلزم المحكمة في

حالة إبداءه بإجراءات صحيحة وجوب الفصل فيه قبل النظر في موضوع الخصومة

وبإمكان القاضي ضمه للموضوع وفق سلطته التقديرية حتى يتفادى طول إجراءات

الفصل في الدعوى عن طريق الفصل في الدفع الشكلي في جلسة تم الخوض في

موضوع الدعوى في جلسة أخرى , ولكن بشرط أن تبدى جميع الدفوع الشكلية معا إن

تعدّدت هذه الدفوع , فإجراءات الدعوى لاتسمح بإبداء دفع شكلي وبعد الدخول في

الموضوع إبداء دفع شكلي آخر لأن ذلك يعرض هذا الأخير للرفض وعدم القبول .

<sup>1</sup> قاسم محمد بني بكر , المرجع السابق , ص55.

<sup>2</sup> محمد فهد غرابية , المرجع السابق , ص58 .

فالعالب أن الدفع الشكوية لاتهف لإآ تأخير الفصل في الدعوى وإرهاق

الشاكى أو النيابة بإعادة تصحيح الإجراء الخاطيء لعرض القضية من جديد

بإجراءات صحيحة ، فيتوقى الخصم بمقتضاها الحكم بمطلوب خصمه وذلك في بعض

الأحيان <sup>1</sup> ، كما عليه سير القضاء حاليا في جريمة إصدار الشيك بدون رصيد ، فنجد

أن المتهم بهذه الجنة يقدم دفعا شكليا مفاده ان اجراءات المتابعة لهذه الجنة لا

تكون إلا بعد عدم تسوية عارض الدفع المقدم من المسحوب عليه <sup>2</sup> ، وفي حالة عدم

وجود هذا الاعذار في ملف الدعوى فإن المحكمة تقضى ببطلان إجراءات المتابعة

وبإمكان الضحية تصحيح الإجراءات بأن يأتي بالإعذار الصادر من البنك وتسجيل

شكوى جديدة .

أما الإجراءات التي استمدّ بها الدليل ضد المتهم فيمكن لها أن تهدم أركان

الجريمة ضده وتكون مؤثرة في سير الخصومة الجزائية نحو البراءة ، فالدليل المستمد

من الإجراء الباطل يجعل منه باطلا ، أي يبطل الدليل ، وهو ما يطلق عليه مشروعية

القنوات التي تم تحصيل الدليل من خلالها <sup>3</sup> .

---

<sup>1</sup> إيهاب عبد المطلب ، الموسوعة الجنائية الحديثة في الدفع الجنائية ، الجزء الأول ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، طبعة 2011 ، ص 20 .

<sup>2</sup> قرار منشور في المجلة القضائية لسنة 2008 في العدد الأول في الملف رقم 457708 بتاريخ 2008/04/30 مكرسا لمبدأ عدم مباشرة الدعوى الجزائية في جنة إصدار شيك بدون رصيد إلا في حالة عدم قيام الساحب بتسوية عارض الدفع incident de paiement لعدم وجود أو عدم كفاية الرصيد في الأجلين المحددين في المادتين 526 مكرر 2 و 526 مكرر 4 من القانون التجاري .

<sup>3</sup> أحمد عوض بلال ، قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة في الإجراءات الجنائية المقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، 2003 ، ص 16 و 96 .

وعلى العكس من ذلك فهناك من يرى<sup>1</sup> بأن الدفوع الشكلية تحد من التسوية

والمماثلة في الدعوى إضرارا بالطرف الآخر , ومن ذلك كأن يعمد الخصم إلى

الإمتناع عن تقديم الدفوع في نهاية الخصومة على نحو يؤدي إلى ضياع ما بُذل فيها

من جهد وما أنفق من مال , فللحد من ذلك جعل الدفع الشكلي في أول إجراءات

المحاكمة وإلا كان غير مقبول .

إذا فالدفوع الشكلية هي الدفوع التي توجه إلى إجراءات الخصومة بإنكار صحّة

هذه الإجراءات وإدعاء بطلانها , من أجل التوصل إلى التخلّص من الخصومة قبل

الفصل في موضوعها أو تأخير الفصل فيها.

#### الفرع الثاني : تقسيم الدفوع من حيث أهميتها

هناك دفوع تقرر سمع المحكمة لمساسها بإجراءات مهمة م تعلقة بالنظام العام

أو ماسة بحقوق الدفاع وتؤثر في سير وجهة الحكم وهناك دفوع أخرى لا تؤدي إلى

هذا التأثير فبإمكان مواصلة الخصومة بعد تصحيحها ولا تلزم المحكمة بالرد عليها,

فالأولى تسمى دفوع جوهرية والثانية هي دفوع غير جوهرية وهو التقسيم الثاني

للدفوع .

---

<sup>1</sup> إبراهيم أمين النفاوي , التعسف في التقاضي , دار النهضة العربية , الطبعة الأولى , 2006 , ص178 .

## أولاً : الدفع الجوهري

هي تلك الدفع المؤثرة في مصير الدعوى لما قد يترتب عليها تحققها من تغيير

أوجه الرأي فيها <sup>1</sup> , فإذا صحت هذه الدفع لرتبت أثراً قانونياً لصالح المتهم سواء

بنفي الجريمة , و امتناع العقاب أو تحقيقه , أو عدم توافر حق المح لئمة في نظرها <sup>2</sup> .

فبالنسبة للمتهم – وهو الخصم الأصلي في كل دعوى جزائية – يعدّ دفعا

جوهرياً كل دفع يكون من شأنه إذا قيل تبرئته كلية , أو التخفيف من مسؤوليته <sup>3</sup> .

وهو صلب موضوع الدراسة الحالية التي لا تعالج الجانب الموضوعي الذي

يهدف إلى عدم توقيع العقاب أو التخفيف منه .

فكون الدفع جوهرياً يترتب على المحكمة التعرض له ومناقشته كفالة لحق المتهم

في الدفاع ومنها الدفع التي تهدف إلى انتفاء ركن من أركان الجريمة كالدفع بوجود

الدفاع الشرعي أو عدم المسؤولية أو عدم انطباق النص القانوني على الوقائع المتابع

من أجهها .

وقد يكون الدفع جوهرياً إذا تعلق بعدم احترام إجراءات جوهرياً وهي في أغلبها

دفع متعلقة بالنظام العام , وقد ذهبت المحكمة العليا إلى ذلك من خلال قرار لها

صادر في 1984/11/20 رقم : 41088 ملخص نصه كما يلي : " إذا كان القانون

<sup>1</sup> محمد التهامي عبد الكريم , أصول المرافعة والدفع , الجزء الأول , دار الوسام الفيصل , بدون سنة نشر , ص131 .

<sup>2</sup> حامد الشريف , نظرية الدفع أمام القضاء الجنائي , دار الكتب القانونية , مصر , ط 2003 , ص31 .

<sup>3</sup> عدلي خليل , الدفع الجوهري في المواد الجنائية , دار الكتب القانونية مصر , ط 2005 , ص05 .



قد أوجب بأن يتضمن قرار الإحالة بيان الوقائع موضوع الاتهام ووصفها القانوني وإلا كان باطلا , فان هذه الاجراءات تعتبر من الاجراءات الجوهرية وتتعلق بالنظام العام إذا رتب المشرع جزاء البطلان على مخالفتها " <sup>1</sup> .

مع الإشارة إلى أنّ البطلان يقسم إلى بطلان متعلق بالنظام العام أي مطلق وبطلان متعلق بمصلحة الخصوم أي نسبي <sup>2</sup> .

فعلى العموم يمكن حصر هذه الدفعات الجوهرية في حالات ست <sup>3</sup> :

1 - إذا كان الدفع يتعلق بأدلة الدعوى التي قد بني الحكم عليها وهو

ماتجري مناقشته وإثارته غالبا بالنسبة للمتهم أو دفاعه خاصة بعد صحة الإجراءات المستمد منها أدلة الإدانة .

2 - إذا تعلق الدفع بصحة الواقعة .

3 - إذا تعلق الدفع بأحد شروط الإجراءات المستمد منه الدليل وهو دفع

مرتبط في جزء منه بالدفع الجوهري الأول .

4 - إذا كان الدفع يتعلق بعدم جواز الإستناد إلى طريق من طرق الإثبات

في الدعوى وهو من الدفعات التي تحتاج إلى توضيح والتمسك بها أثناء المرافعات .

<sup>1</sup> المجلة القضائية للمحكمة العليا , العدد الأول , سنة 1982 , ص 319 .

<sup>2</sup> عبد الحميد الشواربي , التنفيذ الجنائي في ضوء الفقه والقضاء , منشأة المعارف , الإسكندرية , 1993 , ص 128 .

<sup>3</sup> مروان محمد , نبيل صقر , الموسوعة القضائية الجزائرية , الدفعات الجوهرية في المواد الجزائية , دار الهلال للخدمات الإعلامية , ص 15 و 16 .

5 - إذا تعلق الدفع بمسائل فنية لا تستطيع المحكمة إبداء الرأي فيها بنفسها

كقضايا التزوير أو الإختلاس التي تتطلب إجراء خبرات فنية تؤكد أو تنفي وجود الجريمة أو نسبتها للمتهم .

6 - إذا ترتب على الدفع إنتفاء المسؤولية الجزائية وهي دفع جوهرية موضوعية .

فهذه أطر عريضة يمكن اعتمادها في اعتبار الدفع جوهريا لأنه لا يمكن حصر الدفاع في أطر جامدة والقول بأن مجرد التمسك بها يجعله دفاعا جوهريا , فقد يثار الدفع من وجهة نظر مثيرة أنه جوهر يّ لكنّ اختلاف الوقائع والظروف تجعل منه دفاعا غير ذلك<sup>1</sup> .

فعلى صاحب الدفع وجوب التمسك به إلى درجة تمحيصه من قبل المحكمة فلا يكتفي فقط بإثارته بصورة عرضية والقول أنه دفع جوهرى , فالمحكمة ملزمة بالتسبب ويشمل هذا التسبب يّ الأخذ بالدفع أو سبب عدم الأخذ به وإلا تعرض القرار أو الحكم للنقض إذا كان الدفع جوهريا .

### ثانيا : الدفع غير الجوهرية

لم ينص عليها قانون الإجراءات الجزائية وذلك راجع لعدم أهميتها , فالدفع غير الجوهرى هو ذلك الدفع الذي لا تأثير له في الدعوى الجزائية , ولا تلزم المحكمة بالرد

<sup>1</sup> محمد التهامي عبد الكريم , المرجع السابق , ص132 .

على جميع الدفوع المثارة أمامها إلا ما كان منها جوهريا , فهناك من الفقهاء من ذهب إلى أن الهدف من الدّفع غير الجوهري هو مجرد التشكيك فقط في أدلة الدعوى وأن الحكم لا يبنى إلا على الدليل اليقيني ومجرد التشكيك في الدليل لا يكفي لدحضه .

وقد ذهبت المحكمة العليا عند نظرها في طعن قرار غرفة الإتهام إلى أن هذه الأخيرة يجب أن تردّ على الدفوع والطلبات غير أن هذا الرد مطلوب إذا كان يتعلق بنقطة من شأنها أن تغير من مسار القرار , أما المسائل التي حتى في حالة الرد عليها لا تغير من الأمر شيئا فإنه غير مطلوب الرد عليها <sup>1</sup> .

ويرى الفقه القانوني بأن الدفع يكون غير جوهريا في إحدى الحالات التالي <sup>2</sup>:

- 1 - الدفع الذي لا تأثير له في ثبوت الواقعة مثل الدفع بتعذر الرؤية .
- 2 - إذا كان ينطوي على مجرد شبهة يثيرها حول الواقعة كأن ينطوي على مجرد دفاع موضوعي .

3 - إذا كان القصد من الدفع هو المنازعة في قوة الدليل .

4 - إذا كان يتعلق بسلطة المحكمة في تقدير أدلة الدعوى .

---

<sup>1</sup> الإجتهااد القضائي للغرفة الجزائرية , المحكمة العليا , عدد خاص 2003 , ملف رقم 2699953 , بتاريخ 2001/06/26 , ص283 .

<sup>2</sup> حامد الشريف , المرجع السابق , ص 47 , 48 .

وبالنتيجة فإن أي دفع لا يؤثر في الدعوى هو دفع غير جوهري وأن التمسك به

لا يجعل منه دفعا جوهريا وعلى عكس من ذلك فإن عدم التمسك بالدفع الجوهري لا

يجعل منه بالضرورة دفعا غير جوهري لأن هناك دفع جوهري قد لا تثار من طرف

أطراف الخصومة إلا أن القاضي يثيرها من تلقاء نفسه كالدفع الماسة بالنظام العام .

### الفرع الثالث : تقسيم الدفوع حسب القانون الذي يحكمها

تقسم الدفوع بحسب القانون الذي يحكمها إلى دفع مستمدة من قانون

الإجراءات الجزائية ودفع مستمدة من قانون العقوبات , على اعتبار أن قانون

الإجراءات الجزائية هو الشريعة العامة التي تحكم إجراءات الخصومة الجزائية ,

وقانون العقوبات هو الشريعة العقابية ويمكن إدراج القوانين المكملة له ضمنه كقانون

مكافحة الرشوة والفساد , وقانون التهريب , وقانون الأسلحة وقانون المخدرات

والمؤثرات العقلية...إلخ .

### أولا : الدفوع المستمدة من قانون العقوبات

وهي تلك الدفوع التي يستند مبدئها إلى نص في قانون العقوبات إما ب انتقاء

ركن من أركان الجريمة أو وجود ظرف مخفف أو معفي من العقاب أو ما تعلق منها

بوجود سبب من أسباب الإباحة كالدفع بتوافر حالة الدفاع الشرعي أو وجود أمر

القانون أو الدفع بوجود إذن القانون.

فتعتبر الدفوع المستمدة من قانون العقوبات دفوعا موضوعية لأنها نابعة من نصوص قانون العقوبات وينبغي على المحكمة مناقشتها عند الخوض في وقائع الدعوى إلا أن إبداءها يكون بالطبع قبل إقفال باب المرافعة ولو لأول مرة أمام درجة الإستئناف , إلا أن إثارتها لأول مرة أمام درجة النقض ليس له أي سند قانوني ولا يرتب أبدا نقض القرار .

فمحاكم أول درجة تتولى بصورة إلزامية البحث عن مدى توافر أركان الجريمة وانطباقها على الوقائع المتابع بها المتهم , وهي بذلك تجيب على دفوع هي في الأصل غير مثارة من طرف الخصوم إلا أن توقيع العقاب يتطلب من المحكمة إثارة هذه الدفوع من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك بها الأطراف لذلك نجد أن الدفوع المستمدة من قانون العقوبات هي من الدفوع الجوهرية التي لو صحت لغيرت وجهة الحكم .

## ثانيا : دفوع مستمدة من قانون الإجراءات الجزائية

يتضمن قانون الإجراءات الجزائية مجموعة من القواعد القانونية تساير الجريمة منذ وقوعها إلى تطبيق العقوبة على مرتكبها , والدفوع المستمدة من هذا القانون تنشأ عند التطبيق السيء لهذه القواعد أو عدم إحترامها ومخالفتها .

فنتيجة مخالفة الإجراءات الجزائية هو البطلان وبطلان الإجراءات ينتج عنه

بطلان ما أنتجته هذه الإجراءات من أثر في الدعوى الجزائية , لذلك نجد الفقهاء

يطلقون على قانون الإجراءات الجزائية مصطلح قانون الأبرياء , لأن هذا القانون

يبحث دائما عن الإجراءات التي تضمن للمتهم براءته ح تى يصدر حكم نهائي يثبت الإدانة .

وهذه الدفوع تختلف ب اختلاف المرحلة التي مرت بها الدعوى الجزائية , فهناك

دفوع مستمدة من مرحلة التحريات الأولية وقد ضمن المشرع الجزائري على أن

التحريات الأولية هي إست دلالية فقط كما تبينه نص المادة 215 من قانون الإجراءات

الجزائية , وهناك دفوع يمكن إستخلاصها من مرحلة التحقيق الإبتدائي كالدفع ببطلان

القبض والدفع ببطلان التفتيش والإستجواب والمواجهات ودفوع أخرى مستمدة من

مرحلة المحاكمة كالدفع بعدم الإختصاص أو التقادم أو سبق الفصل .

فالدفع الجزائية هي الدفوع التي تنصب على تطبيق قواعد قانون الإجراءات

الجزائية في المراحل المختلفة للدعوى الجزائية <sup>1</sup>.

وعلى الرغم من نص المشرع الجزائري في المادة 330 من قانون الإجراءات

الجزائية على وجوب إجابة المحكمة على جميع الدفوع إلا أنه حصر إمكانية إثارة

الدفوع المستمدة من قانون الإجراءات الجزائية في وقت محدد وفق نص المادة 331

<sup>1</sup> سعد حماد صالح القبائلي , المرجع السابق , ص358 .

قانون إجراءات جزائية بعد استجواب المتهم عن هويته وقبل استجوابه في الموضوع وإلا لما أمكن إثارتها .

ولا يُتوقع من المتهم معرفة هذه الفترة المحددة لإبداء الدفع الاجرائي الأولي فيفترض معرفتها ممن يتولى الدفاع عنه , لذلك كفل المشرع الحق في الاستعانة بالدفاع لكل شخص وجه إليه الاتهام , وضمن للدفاع الوصول السري والدائم غير المقيد إلى الشخص الذي يتولى الدفاع عنه <sup>1</sup> , فهناك من يعتبر وجود الدفاع يعبر عن زيادة في الوعي ويزيد من احترام حقوق المتهم <sup>2</sup> .

وتمتاز الدفوع المستمدة من قانون الإجراءات الجزائية بمجموعة من الخصائص تميزها عن الدفوع الأخرى المستمدة من قانون العقوبات نذكر منها:

#### 1 - وجوب الدفع بها أولاً أمام محكمة الموضوع :

الأصل في الإجراءات السلامة والصحة ما لم يدفع بخلاف ذلك , وإن ال دفع بعدم سلامتها لأول مرة أمام المحكمة العليا أمر غير جائز , فمن غير المعقول أن يثار دفع إجرائي بعد صيرورة الحكم نهائي , إلا بطريق واحد وهو الطعن فيه بالتزوير وفق ما ذهب إليه المحكمة العليا في قرار لها بأن الأصل في الإجراءات السلامة

<sup>1</sup> Mehdi benbouzid – petit manuel de defense penale – switzerland – page 03 .

<sup>2</sup> Louisedmond – l evolution de la defense et du droit de la defense – paris – page 06.

وهذا ما لم يكن منصوص عليه في الحكم أو في محضر المرافعات وعلى صاحب الشأن أن يثبت خلافها , وأن ذلك لا يكون إلا بالطعن بالتزوير<sup>1</sup> .

وقد ذهب المشرع الجزائري بموجب نص المادة 501 من قانون الإجراءات الجزائية بعدم جوازية إثارة أوجه البطلان في الشكل أو الإجراءات , وهو ما يدخل ضمنه الدفع الشكلي , لأول مرة أمام المحكمة العليا إلا أوجه البطلان التي تتعلق بالقرار المطعون فيه لأن هذه الأوجه لم تكن لتظهر لولا صدور الحكم.

وقد جسدت المحكمة العليا نص المادة عندما رفضت الطعن المثار أمامها طبقاً لأحكام المادة 501 إجراءات جزائية وذلك لعدم ثبوت تمسك الطاعن به أمام قضاة الموضوع وإنما أثاره لأول مرة أمام المحكمة العليا<sup>2</sup> .

وهذا الأمر منطقي من الناحية العلم ية لأن من غير المعقول أن يعاد الفصل في ملف لخطأ بسيط في اتخاذ الإجراءات , فربما لا يؤثر هذا الإجراء في صدور الحكم إلا أنه من الناحية العملية تلزم المحكمة العليا بنقض القرار لوجود خطأ إجرائي وهذا يتقل كاهل المحاكم بملفات قد يعلم حكمها سلفاً بعد النقض .

2 - يجب التمسك بالدفع أمام درجتي التقاضي :

<sup>1</sup> المجلة القضائية , العدد الرابع , قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا , 1990 ملف رقم 49169 , ص 206 .  
<sup>2</sup> المجلة القضائية , العدد الأول , قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا , 1989 ملف رقم 25723 , ص 352 .



ويقصد بذلك أن يثار الدفع بصورة جدية أمام محكمة أول درجة وأن يتمسك به أمامها , ويثار كذلك أمام درجة الإستئناف , ولكن يكتفى في الدفع الإجرائي أن يثار ولو لأول مرة أمام درجة الإستئناف وأن يتمسك به بشكل جدي حتى يمكن التمسك به أمام المحكمة العليا .

إلا أن الدفوع الإجرائية المتعلقة بالنظام العام يمكن إثارتها لأول مرة أمام المحكمة العليا وذلك نظرا لطبيعة هذه الدفوع .

### 3 - الفصل فيها أمام محكمة الموضوع :

القاضي الذي يتولى الفصل في الدعوى يتولى الفصل في الدفع الإجرائي المثار أمامه فقاضي الدعوى هو قاضي الدفع فيلزم القاضي بتسبب سبب قبوله أو رفضه للدفع عند الفصل في موضوع الدعوى .

### 4 - يجوز الفصل في الدفوع المستمدة من قانون الإجراءات الجزائية بحكم

مستقل :

يترك لقاضي الحكم سلطة تقدير الفصل في الدفع الإجرائي بحكم مستقل , أو أن يقوم بضم الدفع الإجرائي إلى موضوع القضية وذلك حسب أهمية الدفع الإجرائي ومدى تعلقه بالنظام العام وتأثيره في الدعوى .

إلا أن محكمة الموضوع ملزمة بضم الدفع الشكلي المستمد من مرحلة التحقيق الابتدائي إلى الموضوع , كأن يرتبط الدفع ببطلان التفتيش أو القبض ويبقى على المحكمة فقط الفصل في أحد الأدلة المستمدة من هذه المرحلة أو عدم الأخذ بها وتفصل بذلك في موضوع الدعوى .

#### الفرع الرابع : تقسيم الدفوع من حيث الهدف منها

قد يهدف الدفع إثارة ما تعلق بالنظام العام وقد يهدف إلى إثارة ماتعلق بالمصلحة الخاصة , لذلك هناك تقسيم للدفوع بحسب الهدف منها إلى دفوع متعلقة بالنظام العام ودفوع متعلقة بمصلحة الخصوم .

#### أولاً : الدفوع المتعلقة بالنظام العام

إذا تعلق الدفع بمسألة خاصة بالنظام العام يمكن إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا , والأكثر من ذلك أنه يمكن إثارة هذا الدفع من قبل المحكمة ومن تلقاء نفسها ولو لم يثره أطرافها , فحتى معارضة أطراف الدعوى أو الخصومة لإثارة الدفع من قبل المحكمة لا يفيد في شيء , فبإمكان المحكمة

إثارته ح تى بدون إخطار الخصوم والأطراف ولو بعد تمام إجراءات المرافعة وأثناء  
المدولة .

فقد يكون الدفع المتعلق بالنظام العام متصلا بشروط قبول الدعوى الجزائية أو  
تشكيل المحاكم وولايتها بالحكم في الدعوى أو الإختصاص بنظر الدعاوى أو علنية  
الجلسات وشفوية المرافعات وإجراءات إصدار الأحكام الجزائية وطرق الطعن فيها ,  
ويمكن تلخيص الدفع المتعلقة بالنظام العام في نقاط وهي<sup>1</sup>:

1 - الدفع المتعلقة بالمسائل الخاصة بقيود الدعوى الجزائية كالشكوى

والإذن والطلب فإذا رفعت الدعوى الجزائية قبل اتخاذ هذه الإجراءات كانت غير  
مقبولة ويحكم ببطلان إجراءات المتابعة كأن يكون الأب ضحية سرقة إنه وتتخذ  
النيابة إجراءات المتابعة ضد هذا الإبن دون وجود شكوى من الأب فهنا تكون  
إجراءات المتابعة باطلة .

2 - الدفع المتعلقة بأسباب انقضاء الدعوى الجزائية إما بالتقادم أو الوفاة  
أو الصفح .

3 - الدفع المتعلقة بالإختصاص من المسائل الهامة وقد جاءت قواعدها  
آمرة لتحقيق السير الحسن للعدالة .

<sup>1</sup> نبيل صقر ومروان محمد , المرجع السابق , ص 18 .

4 - الدفوع المتعلقة بعلانية الجلسات وشفوية المرافعة كلّها تهدف إلى

تحقيق الصالح العام إلا مامسّ منها بالحياء العام فلا يمكن الإحتجاج بها لأن فيها  
مساسا بالنظام العام.

ثانيا : الدفوع المتعلقة بمصلحة الخصوم

هذا النوع من الدفوع يجب التمسك به عند إثارته وتوضيحه بالشكل الصحيح  
حتى يكون منتجا في الدعوى الجزائية لأنه يهدف وبصورة خاصة إلى تحقيق مصلحة  
أطراف الدعوى وهي مصلحة خاصة , ولا نقصد بذلك النيابة كطرف في الدعوى  
الجزائية لأن مصلحة النيابة هي مصلحة عامة ومصلحة الأطراف خاصة .

وتتعلق هذه الدفوع بضمانات الدفاع ومن أهمها :

دفوع متعلقة بأسباب الإباحة , كالدفع بتوافر حالة الدفاع الشرعي أو الدفع  
بوجود إذن القانون أو أمر القانون وهو ما نصّمته نص المادة 39 من قانون  
العقوبات .

دفوع متعلقة بموانع المسؤولية , كالدفع بالجنون أو الإكراه طبقا لأحكام

المادتان 47 و 48 من قانون العقوبات .

دفوع متعلقة بالأعذار المخففة كصغر السن والإستفزاز وتجاوز حدود الدفاع

الشرعي .

دفع متعلقة بالأعذار المعفية من العقاب .

### المطلب الثالث

#### الشروط العامة لإبداء الدفع

لكل دفع شروط خاصة به لإبدائه وذلك بحسب طبيعته , إلا أنه وبما أننا بصدد

التكلم عن الدفع بصورة عامة , فهناك شروط مختلفة يجب توافرها في أي دفع على

اختلاف نوعه وتصنيفه حتى يكون مؤثر ا ومنتجا لأثره كدفع , وهذه الشروط متمثلة

فيما يلي :

الفرع الأول : أن يكون الدفع مطابقا للقانون شكلا

بالرغم من أن الدفع حق لكل طرف في الدعوى لا يزول إلا بزوال هذا الطرف , إلا أن إثارته مرتبطة بشروط قانونية شكلية , تجعل منه غير ذي أهمية إذا لم يلتزم مبدية بالقانون ولو كان الدفع مغيرا في مسار الدعوى .

فالشروط الشكلية القانونية للدفع تتمثل فيما يلي :

## 1 - إيداء الدفع على وجه ثابت في أوراق الدعوى

حتى ينتج الدفع أثره المبتغى منه وتلتزم المحكمة بالردّ عليه يجب إثارته في أوراق الدعوى وبشكل ثابت على الأقل و يكون الدفع في محضر الجلسة حتى يمكن الإحتجاج به مستقبلا أمام جهات الإستئناف أو الطعن وحتى يضمن مبدية النظر فيه من قبل الجهات القضائية , فيمكن تقديم الدفع بشكل مذكرة مكتوبة ترجع إليها المحكمة عند النظر أو المداولة فيها , حتى لا يضيع الدفع أمام كثرة الملفات المعروضة أمام القضاء في الجلسة الواحدة .

## 2 - إثارة الدفع أمام مرحلة المحاكمة

بما أن أهم مراحل الدعوى الجزائية هي مرحلة المحاكمة يتم فيها الفصل فيما قامت بحشده المرحلتين السابقتين من أدلة في الدعوى فإن أهم مرحلة يمكن إثارة الدفع فيها هي مرحلة المحاكمة حتى تلتزم المحكمة بالرد عليها .

فإذا رأى صاحب الدفع أن محكمة أول درجة قد استجابت لدفعه فإن ذلك لا

يغني عن إثارة نفس الدفع مرة ثانية أمام جهة الإستئناف , فلا يعتبر ذلك تكرارا أو تنازلا وإنما إصرارا وتمسكا بالدفع .

بينما الدفع المتعلقة بالنظام العام كما سبق القول فيمكن إثارتها في أي مرحلة من مراحل الدعوى حتى أثناء المداولة يمكن إثارتها من قبل القاضي .

3 - إثارة الدفع قبل إقفال باب المرافعة : إن فتح باب المرافعة من جديد بعد

تمامه أمر يدخل في تقدير المحكمة فلها أن تقرر هذا الحق بنفسها أو بناء على طلب الخصوم إن رأت أن في إجابة الطلب تحقيق للعدالة<sup>1</sup>.

330

فالمحكمة ملزمة بإجابة الدفع المثارة أثناء فتح باب المرافعة طبقا للمادة قانون إجراءات جزائية فعلى مُبدي الدفع أن يثيره خلال ذلك , ولا ينفعه إثارته بعد تمام المرافعات ووضع الدعوى للحكم والفصل فيها , إلا الدفع الشكلية أو الأولية فيجب إثارتها قبل الدخول في باب المرافعات وإلا كانت غير مقبولة حتى وإن كانت مجدية .

الفرع الثاني : أن يقدم الدفع بشكل واضح وجازم

<sup>1</sup> مدحت محمد سعد الدين , المرجع السابق , ص 108 .

الدفع الجازم الذي تلتزم المحكمة بالرد عليه هو الذي لا يحتمل أي شك حول

نية الخصم في التمسك به وإصراره عليه<sup>1</sup> , والجزم هنا يتطلب طرح الدفع بشكل

واضح لا يحتمل التأويل , فالمحكمة غير ملزمة بتفسير الدفع الغامض و استخلاص

المغزى منه , فالوضوح وعدم الإبهام أمر مهم عند طرح الدفع على المحكمة عن

طريق تبيان مضمونه جيّداً والمغزى منه والفائدة المرجوة وتأثيره في سير الدعوى فهنا

تكون المحكمة ملزمة بإجابته إما قبولاً أو رفضاً مع تسبب ذلك .

### الفرع الثالث : أن يكون الدفع منتجا في الدعوى

عند تكلمنا عن تصنيفات الدفوع تبعا لأهميتها خلصنا إلى أن هناك دفوع

جوهرية الهدف منها تغير وجهة الفصل في الدعوى والتأثير فيها وهناك دفوع غير

جوهرية الهدف منها التشكيك فقط في الأدلة , فالدفع المنتج هو الدفع الجوهرية الذي

يلزم المحكمة بالرد عليه وإلا كان حكمها معيبا , فلا يمكن أبدا إغفال الدفوع المنتجة

وعدم التطرق لها عند الفصل في الدعوى , بينما الدفوع غير المنتجة أي غير

الجوهرية فلا ينطبق عليها نص المادة 330 من قانون الإجراءات الجزائية , لأن

<sup>1</sup> سعد حماد صالح القبائلي , المرجع السابق , ص 376 .



بإمكان المحكمة تجاهلها وعدم الرد عليها وذلك يعتبر ضمناً عدم الإستجابة لها وأن ذلك لا يجعل من الحكم معيباً .

فلا مصلحة لمن كان دفاعه متعلقاً بموضوع الدعوى إلا أنه وبفرض صحته لا يؤثر في مصيرها حتى ولو لم يأخذ به الحكم المطعون فيه<sup>1</sup> , فالدفع غير المنتج يفقد صاحبه مصلحة التمسك به والتحجج بعدم إجابته من طرف المحكمة .

وهناك من الدفع المنتجة المثارة بإجراءات صحيحة لا يمكن للمحكمة تجاوزها والفصل في موضوع الدعوى دون التطرق لها .

## المبحث الثاني

### تعريف الدفع الموضوعية وبيان شروطها وخصائصها

عرّفنا الدفع بصورة عامة وبيينا شروط إبدائها وعلمنا بأن أهم تقسيم لها من

الناحية العملية إلى دفع شكلية وأخرى موضوعية , وبما أن لهذه الدفع الموضوعية

أهمية كبيرة بالنسبة لأطراف الدعوى خاصة بعد فوات الدفع الشكلية, وجب علينا

---

<sup>1</sup> إيهاب عبد المطلب , الطعن بالبطلان في الإجراءات أو الحكم , المركز القومي للإصدارات القانونية , الطبعة الأولى , 2008 , ص 115 .

تعريفها و استخلاص خصائصها مع الشروط التي يجب أن تتوفر فيها خاصة وأن لكل نوع من الدفوع شروطه الخاصة حتى يصح ويؤخذ به ويكون بذلك مؤثراً في الدعوى .

## المطلب الأول

### تعريف الدفوع الموضوعية

إن وض ع مفهوم محدّد للدفع الموضوعي يقودنا إلى التعرف أولاً على الدفع الموضوعي في الشريعة الإسلامية ثم نوضح بعد ذلك التعريف القانوني للدفع .

### الفرع الأول : تعريف الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي

عرف فقهاء الشريعة القدماء الدفع إلا أنهم لم يعطوا تعريفاً للدفع الموضوعي بالرغم من تحدثهم ع لى أحكام هذا النوع من الدفوع<sup>1</sup> , ومردّ ذلك لاعتبارهم الدفع

---

<sup>1</sup> صديق جميل العطار , كتاب الموطأ للإمام مالك بن أنس , دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع , بيروت لبنان , الطبعة الأولى , 2005 , روى الإمام مالك رحمه الله أحاديث كثيرة عن النبي صلى الله عليه وسلم تحمل في مضمونها وجوب إعطاء فرصة لإبداء الدفع قبل إقامة الحد ومن بينها أحاديث وردت في الصفحتين 579 و 580 من هذا المرجع .

دعوى يزُدُّ بها المدعى عليه على دعوى المدعي ، فاكتفوا بتعريفهم للدعوى معتبرين  
الدفع نوعا من أنواع الدعاوى ، فالدعاوى حسب الفقهاء تنقسم إلى قسمين<sup>1</sup> :

1 - دعوى طلبية : كأن يقول الرجل لي على فلان كذا .

2 - دعوى دفاعية : كأن يقول الرجل قضيت حق فلان .

فتتدرج الدفوع تحت النوع الثاني من أنواع الدعاوى أي أنه دعوى من الدعاوى  
الدفاعية .

ويطلق بعض فقهاء الشريعة على الدفع الموضوعي مصطلح -دعوى الدّفع-

فالدفع يبذل المراكز القانونية للأطراف فيصبح المدعي مدعى عليه والمدعى عليه

مدعيا بمجرد إبداء دفعه<sup>2</sup> ، ومنهم من يعتبر الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي

مثله مثل الدفع الموضوعي في القانون<sup>3</sup> .

وكمثال على الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي نجد رأي الإمام مالك في

مسألة ظهور الحمل في امرأة غير متزوجة واقعة توجب الحد دون الحاجة للإقرار منها

وأن درأ الحد عنها لا يكفيه الإدعاء بالإكراه أو الوطء بشبهة بل عليها أن تقيم دليلا

أو قرينة على صحة دفاعها كأن تثبت أنها بلغت عنم أكرهها أو أن أناسا شهدوها

<sup>1</sup> قاسم محمد بني بكر ، المرجع السابق ، ص 67 - 68 .

<sup>2</sup> نفس المرجع ، ص 69 .

<sup>3</sup> محمد فهد غرايبة ، المرجع السابق ، ص 57 .

متعلقة به تستغيث عقب الإكراه<sup>1</sup> , فأعطاء الحق في درأ الدليل المادي الظاهر هو عين الدفع الموضوعي .

### الفرع الثاني : التعريف القانوني للدفع الموضوعي

يعرف الدفع الموضوعي على أنه كل ما يعدّ سندا لازما وضروريا لطلب أو لدفع مقدم من أحد أطراف الدعوى<sup>2</sup> , وهناك من يطلق على الدفع الموضوعية تعبيراً أوجه الدفاع<sup>3</sup> .

كما أن هناك من اعتبر الدفع الموضوعية هي تلك الدفع التي تتعلق بأصل الحق ولا يمكن حصره<sup>4</sup> .

وفي نفس السياق يعتبر الدفع موضوعي ا متى وجّه إلى الحق موضوع الدعوى بغرض الحكم برفض الدعوى كليا أو جزئيا<sup>5</sup> .

---

<sup>1</sup> عبد القادر عودة , التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي , الجزء الثاني , مؤسسة الرسالة , بيروت , الطبعة الخامسة , 1984 , ص 441 .

<sup>2</sup> مجدي محمود محب حافظ , موسوعة الدفع الجنائية , الجزء الأول , دار العدالة للنشر والتوزيع , القاهرة 2006 , ص 378 .

<sup>3</sup> نفس المرجع والصفحة .

<sup>4</sup> فؤاد عبد المنعم أحمد , الحسين علي غنيم , المرجع السابق , ص 87 .

<sup>5</sup> محمد فهد غرايبية , المرجع السابق , ص 56 .

وهذه التعريفات تنطبق على الدفوع الموضوعية في جميع فروع القانون ، أما فيما يتعلق بالجانب الجزائي البحت فالدفع الموضوعي هو كل ما يتعلق بوقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم والأدلة المتعلقة بذلك<sup>1</sup> .

ويمكن أن نأخذ بالتعريف الذي يعتبر الدفع الموضوعي هو كل ما يثار من أطراف الدعوى العمومية ويتعلق بوقائعها ويتطلب تحقيقا في الموضوع وتدخلا في تصوير الوقائع وتقدير الأدلة ، بهدف عدم العقاب أو التخفيف منه أو عدم الأخذ بأدلة الدعوى<sup>2</sup> .

وبهذا التعريف يمكن أن نميز الدفوع الموضوعية عن نظيراتها من الدفوع

الشكلية ولا نذهب بذلك إلى القول بأن الدفوع الموضوعية هي المستمدة من قانون

العقوبات والدفوع الشكلية مستمدة من قانون الإجراءات الجزائية ، فهناك دفوع مستمدة

من قانون الإجراءات الجزائية إلا أنها تعتبر دفوع موضوعية كالدفع ببطلان القبض أو

التفتيش أو بطلان الإقرار ، فمعيار التمييز بين الدفوع الشكلية و الموضوعية هو

مدى تعلق الدفع بالموضوع وفي تطلب هذا الأخير أي الدفع تحقيقا في الموضوع<sup>3</sup> .

---

<sup>1</sup> محمد علي سكيكر ، موسوعة الدفوع الجنائية في ضوء التشريع والقضاء والفقہ ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، طبعة 2011 ، ص 11 ؛ سعد حماد صالح القبائلي ، المرجع السابق ، ص 361 .

<sup>2</sup> سعد حماد صالح القبائلي ، المرجع السابق ، ص 360 .

<sup>3</sup> مولاي ملياني بغداداي ، المرجع السابق ، ص 410 .

والملاحظ أن التدقيق في تعريف الدفع الموضوعي يضطرنا إلى التمييز بينه وبين الدفع الشكلي وهو ما سلكه المشرع الجزائري دون إعطاء مفهوم أو تعريف لكلي الدّفعين وفقا لقانون الإجراءات الجزائية .

فما يميز الدفوع الموضوعية عن الشكلية هو إمكانية طرح الدفوع الموضوعية جملة واحدة كما يمكن أن تطرح طوال مراحل الدعوى وقبل إقفال باب المرافعة بينما الدفع الشكلي يجب أن يثار جملة واحدة وقبل الدخول في مناقشة الموضوع<sup>1</sup>.

كما أن قبول الدفع الموضوعي يترتب عليه الفصل النهائي في الدعوى بينما نجد هناك دفوع شكلية لا ترتب هذا الأثر وإنما تصحيحها يؤدي إلى إعادة الفصل في الدعوى من جديد بعد تصحيح الإجراء<sup>2</sup>.

## المطلب الثاني

### الشروط الواجب توافرها في الدفوع الموضوعية

---

<sup>1</sup> وقد نصت على ذلك المادة 331 فقرة أولى من قانون الإجراءات الجزائية وذلك بصيغة الوجوب .

<sup>2</sup> نفس نص المادة فقرة أخيرة .

هناك شروط عديدة يجب توافرها في الدفع الموضوعي حتى يصح ويكون منتجا في الدعوى فلا يمكن لمُبدِي الدفع أن يتقدم بدفع غير جوهري أو أن يقدم دفعا مبهما غير واضح أو أن يتمسك بدفع لم يقم بإثارته من قبل ، أو أن يقدم دفوعا متناقضة مع ما يرمي إليه من خلال طلباته كأن يقدم دفوع يهدف من ورائها تبرئته وفي الأخير يطلب التخفيف من العقاب كطلب أصلي .

لذلك وجب توضيح شروط الدفع الموضوعي الصحيح المؤثر في الدعوى وذلك ضمن النقاط التالية :

#### الفرع الأول : أن يكون الدفع قد أثير على وجه ثابت في أوراق الدعوى

أول شروط الدفع الموضوعي هو وجوب إثارته بطريقة واضحة أمام الجهات القضائية<sup>1</sup> سواء التحقيق أو غرفة الإتهام أو أمام المحكمة بمختلف درجاتها<sup>2</sup> ، ونضرا لأهمية جهة الحكم في الفصل في الدعوى فإنه لا يعول كثيرا على الدفوع التي أثبتت أمام جهات أخرى كالتحقيق مثلا فيتوجب إثارتها ولو تم إثارتها من قبل وذلك حتى تلتزم المحكمة بالرد عليها<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> عدلي خليل ، المرجع السابق ، ص 8 ؛ مجدي محب حافظ ، موسوعة الدفوع الجنائية ، دار ايجي مصر للطباعة والنشر ، القاهرة 2001 ، ص 12 .

<sup>2</sup> أما النيابة العامة فليس لها أن تفصل في الدفع الذي يقدمه المتهم أمامها بعدم الإختصاص أو بعدم سماع الدعوى في التهمة المسندة إليه لأن هذا الحق مخول لقاضي التحقيق وحده ، كما ورد في كتاب جندي عبد المالك ، الموسوعة الجنائية ، الجزء الثاني ، دار المؤلفات القانونية ، بيروت لبنان ، 1932 ، ص 254 .

<sup>3</sup> حامد الشريف ، المرجع السابق ، ص 37 .

والمحكمة غير ملزمة بالدفع المبهم الذي لم يتولّ صاحبه توضيحه , فهي غير ملزمة بتفسير ما جاء به أطراف الدعوى من دفع وإمكانها أي المحكمة الفصل في الدعوى و الإكتفاء بالأدلة المتوفرة لديها مادام الدفاع لم يوضح مغزى الدفع سواء كان ذلك بالدليل أمام محكمة الجنح أو إقناعا أمام محكمة الجنايات .

فقد ذهبت المحكمة العليا في قرار لها صادر في 1984/12/04 رقم: 35791

عند الفصل في طعن لحكم جنائي أنه ثبت لها أن الطاعن لم يثر الدّفع بضرورة تقديم السكين أمام محكمة الموضوع , ومن ثم فإن عدم عرضها عليه من طرف رئيس المحكمة ليس فيه إخلال بإجراءات المحاكمة , وبالتالي يتعين رفض الطعن<sup>1</sup> .

فعند تقديم الدفع بصورة واضحة , والوضوح هنا يعني الإختصار وعدم الخوض

في مسائل أخرى قد تذهب عن الدفع قوته وحجيته المرجوة منه , وحتى يتمكن كذلك من يتولى تدوين مجريات الدعوى<sup>2</sup> فهمه وتسجيله بحيث يمكن الرجوع إليه فيما بعد ويكون له أصل في أوراق الدعوى .

**الفرع الثاني : أن يكون الدفع جوهريا**

<sup>1</sup> المجلة القضائية للمحكمة العليا , العدد الأول , سنة 1990 , ص 236 .

<sup>2</sup> كاتب الضبط يتولى مساعدة المحكمة طبقا للمادة 340 من قانون الإجراءات الجزائية .



علمنا من قبل أن الدفع الجوهري هو الدفع الذي يترتب عليه تغيير وجهة الفصل في الدعوى<sup>1</sup> .

وجوهية الدفع الموضوعي تتطلب أن يكون جديًا ومثمرًا وإلا رفض<sup>2</sup>.

فرغم أن نص المادة 330 قانون الإجراءات الجزائية نص على وجوب إختصاص المحكمة بالفصل في جميع مايبدى أمامها من دفعٍ إلا أن نص المادة إشتراط أن يكون الدفع المبدى أمام المحكمة من قبل المتهم دفاعا عن نفسه , وهو جوهر الدفع الموضوعية , فلا يؤخذ بعين الإعتبار الدفع المبداء دفاعا عن الغير أو دفع متعلقة بوقائع أخرى لا علاقة لها بالجرم المتابع به فتعتبر هذه من قبيل الدفع غير الجوهرية التي لاتؤثر في وجهة الفصل وإنما تشكك فقط في الأدلة .

وقد أكدت المحكمة العليا هذه الجوهرية والتأثير في الدعوى من خلال قرار

صادر في 2001/06/26 تحت رقم : 269995 حين وضحت بأن القانون يفرض

على غرفة الاتهام أن ترد على الدفع والطلبات إلا أن هذا الرد مطلوب إذا كان يتعلق

بنقطة من شأنها أن تغير مسار القرار أما المسائل التي حتى في حالة الرد عليها لا

تغير من الأمر شيئاً فإنه غير مطلوب الرد عليها<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> عدلي خليل , المرجع السابق , ص 5 .

<sup>2</sup> قاسم محمد بني بكر , المرجع السابق , ص 141 .

<sup>3</sup> المجلة القضائية للمحكمة العليا , عدد خاص , سنة 2003 , ص 283 .

وهو قرار يتناقض تماما مع قرار آخر صادر في نفس السنة تحت رقم

247027 بتاريخ 2001/11/21 يعتبر الرد على جميع الدفوع والطلبات شرط أساسي

في قرار الإحالة على محكمة الجنايات<sup>1</sup> .

ومن خلال القرارين نرى بأن المحكمة العليا قد ساوت بين الدفع والطلب في

المفهوم بالرغم من اختلافهما وهذا ما رتب وجود التناقض , فقاعدة جوازية عدم الرد

على الدفع في حالة عدم جوهريته نرى بأنها لا تنطبق على الطلب لأن غرفة الإتهام

ملزمة بإجابة الطلبات خاصة الختامية إما قبولا أو رفضا وإلا تعرض قرارها للنقض ,

أما الدفع ففي حالة عدم جوهريته وفاعليته في الدعوى فيجوز عدم الرد عليه وأن ذلك

لا يرتب أي نقض كما نص عليه القرار السابق .

فمن مصلحة المتهم أن يكون دفعه جوهريا يمس مباشرة الجرم المتابع به لنفي

التهمة بالطعن في الأدلة وبالتالي براءته أو أن تكون دفعه جوهرية تنصب حول

الظروف التي أدت به لإرتكاب الجريمة حتى يكون الحكم مخففا من ناحية العقوبة .

---

<sup>1</sup>المجلة القضائية للمحكمة العليا , عدد خاص , سنة 2003, ص 259 .

### الفرع الثالث : أن يكون الدفع صريحا وجازما<sup>1</sup>

وهو أن يبديه صاحبه بطريقة تجبر المحكمة على الإنصات إليه وإعطاءه من الوقت والإهتمام الكافيين بحيث لا تستطيع في النهاية أن تلتفت عنه أو تهمله<sup>2</sup>.

لأن إبداءه بطريقة غير صريحة يمكن أن يعرضه للإهمال من قبل المحكمة فالدفع الموضوعي ليس كالدفع الشكلي الناتج عن مخالفة قاعدة إجرائية إذ يكتفي فيه في بعض الأحيان الكتابة أو الإشارة فقط إلى نص المادة الذي تمت مخالفته وبالتالي يكون منتجا ومؤثرا بالرغم من عدم صراحته .

وإن كان الدفع الشكلي يثار مرة واحدة قبل أي دفاع في الموضوع فإنه يجوز التكرار في إثبات وإثارة الدفع الموضوعي وهذا التكرار يدل على الإصرار على التمسك بالدفع<sup>3</sup> .

فالدفع الموضوعي الصريح هو الذي يقرع سمع المحكمة عند تقديمه بعبارات واضحة ومفهومة تؤدي مباشرة إلى مغزاه بكل يسر فيأثر فيما اطمأنت إليه المحكمة من أدلة حشدتها النيابة ضد المتهم .

<sup>1</sup> عبد الحميد الشواربي , الدفع الجنائية , منشأة المعارف , الإسكندرية , 2002 , ص 9 . مجدي محمود محب حافظ , المرجع السابق , ص 379 .

<sup>2</sup> نبيل صقر , الدفع الجهرية وطلبات الدفاع في المواد الجزائية , دار الهدى , عين مليلة الجزائر , 2008 , ص 45 .

<sup>3</sup> إيهاب عبد المطلب , المرجع السابق , ص 23 .

الفرع الرابع : أن يقدم الدفع قبل إقفال باب ال مرافعة

المقصود بإقفال باب المرافعة هو انتهاء إجراءات المحاكمة الشفوية والكتابية ودخول الدعوى للفصل فيها من قبل المحكمة<sup>1</sup> , وبعبارة أخرى إغلاق الطريق وجميع طرق الدفاع بانتهاء جميع إجراءات المحاكمة ودخول الدعوى في حوزة المحكمة والإبتعاد بها عن الخصوم<sup>2</sup> .

فلأصل أنه لا يسقط الحق في إبداء الدفع الموضوعي إلا بإقفال باب المرافعة واستيفاء جميع إجراءات المحاكمة<sup>3</sup> , فللدفاع إثارة مايشاء من دفع سواء كانت جوهرية أو غير جوهرية .

إلا أنه قد يحدث في كثير من الدعاوى ظهور مركز جديد لأحد الأطراف وأظهر مستندات جديدة لم تكن بحوزة المتهم أثناء المرافعات أو تستجد بعض الأمور الواقعية<sup>4</sup> لم تثر ولم تناقش أثناء سير المرافعات مما يجيز القانون إستثنائيا لأطراف الدعوى تقديم طلب إرجاع القضية للجدول بطلب مكتوب يقدم إلى المحكمة الناضرة في الدعوى وذلك قبل جلسة النطق بالحكم , فبعد قبول الطلب من طرف قاضي

<sup>1</sup> نبيل صقر , المرجع السابق , ص 41 .

<sup>2</sup> إيهاب عبد المطلب , المرجع السابق , ص 21 و 22 .

<sup>3</sup> عدلي خليل , المرجع السابق , ص 8 ؛ مجدي محمود محب حافظ , المرجع السابق , ص 379 .

<sup>4</sup> إيهاب عبد المطلب , المرجع السابق , ص 22 .

الموضوع يمكن للطرف تقديم دفوعه الموضوعية الجديدة والتي لم تقدم من قبل وذلك بعد إبلاغ جميع أطراف الخصومة .

لكن يبق طلب إرجاع القضية للجدول مسألة تقديرية لقاضي الموضوع فبإمكانه

اتخاذ هذا الإجراء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الأطراف اف كما للقاضي تأجيل القضية من جديد في حالة عدم إبلاغ جميع الخصوم بهذا الإرجاع .

فيمكن القول بأن طلب إرجاع القضية للجدول يخول للأطراف إثارة الدفع

الموضوعية ولكن قبل النطق بالحكم , وهناك حالات أخرى يجوز إثارة الدفع

الموضوعي فيها من جديد ولكن بعد النطق بالحكم , كإبداء الدفع بعد إجراء

المعارضة أو الإستئناف أو أمام المحكمة العليا إذا مست هذه الدفع الموضوعية

بالنظام العام .

وفي نفس السياق نجد قولاً لفقهاء الحنفية في أنّ الدفع الموضوعي يصح

إبداءه في أية حالة كانت عليها الدعوى فيصحّ قبل البيّنة أي قبل التّعرض للموضوع

كما يصح بعدها ويصحّ قبل الإستمهال كما يصحّ بعده , كما أجازوا إبداءه بعد الحكم

لكن بشرطين : الأول أن يبطل الحكم الأول والشرط الثاني عدم التوفيق بين الدفع و

الدعوى الأصلية<sup>1</sup> .

<sup>1</sup> فؤاد عبد المنعم أحمد , الحسين علي غنيم , المرجع السابق , ص 89 .

ونخلص بالقول إلى وجوب الحرص على تحضير جميع الدفوع وإثارتها أمام محكمة الموضوع أثناء المرافعات لأن ذلك يحتم على المحكمة إجابتها وإلا كان الحكم أو القرار قاصرا في تسببيه كما بينته المحكمة العليا في قرار صادر في 2001/11/21 رقم : 247027 عندما اعتبرت الرد على جميع الدفوع والطلبات شرط أساسي في قرار الإحالة على محكمة الجنايات<sup>1</sup> .

#### الفرع الخامس : عدم التنازل عن الدفع الموضوعي صراحة أو ضمنا

يظهر جليا مدى تمسك صاحب الدفع بدفعه من خلال طلباته الختامية<sup>2</sup> , فإن إصراره في الأخير يبيّن مدى تمسّكه بالدفع الموضوعي مما يضطر المحكمة إلى التطرق له عند المداولة والفصل , ف ارتباط الدفع الموضوعي بالطلب الختامي أمر مهم من الناحية الإجرائية خاصة وأن المشرع يلزم القاضي في الأخير أن يستمع وأن يدون ما طلبه المتهم قبل إقفال باب المرافعات.

ومن غير المعقول أن يلتمس المتهم أو دفاعه طلبا منافيا لم ا أورده من دفوع أثناء جلسة المحاكمة وإلا كان متنازلا ضمنيا<sup>3</sup> عن كل ما أثاره من دفوع , وذلك كأن

<sup>1</sup> المجلة القضائية للمحكمة العليا , عدد خاص سنة 2003 , ص 259 .

<sup>2</sup> عبد الحميد الشواربي , المرجع السابق , ص 9 .

<sup>3</sup> مجدي محمود محب حافظ , المرجع السابق , ص 379 .

يلتمس التخفيف من العقوبة بعد دفعه بعدم قيامه بالجريمة أو عدم تواجده في مسرح الجريمة أصلا , فيكون بذلك متنازلا عن دفعه تنازلا ضمنيا .

وقد يكون التنازل عن الدفع صريحا وهذا لا يطرح أي إشكال للمحكمة في عدم إجابته أو الرد عليه , إلا أن للمتهم أن يعدل عن هذا التنازل مادام باب المرافعة مازال مفتوحا <sup>1</sup> .

### المطلب الثالث

#### خصائص الدفوع الموضوعية

إن للدفوع الموضوعية خصائص تميزها عن باقي الدفوع الأخرى أو بالأحرى تميزها عن الدفوع الشكلية بصورة خاصة , كعدم إمكانية حصر الدفوع الموضوعية وإمكانية إثارتها أمام ثاني درجات التقاضي لأول مرة , وأن الدفع الموضوعي قد ينهي الدعوى كليا عكس ما عليه الدفوع الشكلية .

وستتولى فيما يلي توضيح أهم خصائص الدفوع الموضوعية ضمن الفروع

التالية :

#### الفرع الأول : عدم إمكانية حصر الدفوع الموضوعية

<sup>1</sup> إيهاب عبد المطلب , المرجع السابق , ص 25 .

نص المشرع الجزائري في المادة 330 من قانون الإجراءات الجزائية على أن

المحكمة مختصة بالفصل في جميع الدفوع المطروحة أمامها من طرف المتهم ,

فللمشرع لم يحصر موضوع الدفوع على اختلاف أنواعها وبإمكان المتهم إثارة مايشاء

منها أمام قاضي الدعوى , وبما أن الدفع الموضوعي هو ما تعلق بموضوع الدعوى

ووقائعها والأدلة المتوافرة فيها , وبالتالي لايمكن حصرها وهذا راجع لتعلق هذه الدفوع

بوقائع الخصومة فهي تختلف باختلاف عوامل ارتكاب الجريمة ومسبباتها والظروف

الخاصة بالمتهم وظروف الجريمة إلى غيرها من العوامل التي لا يمكن توقعها .

والملاحظ أيضا أن الجريمة تتطور وبتطورها تتطور الوقائع المتعلقة بها أي أن

موضوعها يتطور ويختلف , وباختلافه تختلف الدفوع الموضوعية, وبالتالي لا يمكن

بأي حال من الأحوال حصر الدفوع الموضوعية وتخصيص لكل دفع منها نص خاص

ينظمه , وما يمكن حصره هو المبادئ العامة التي تحكم الدفوع الموضوعية .

**الفرع الثاني : يمكن التمسك بالدفوع الموضوعية في أي مرحلة من مراحل الدعوى**

إن إثارة الدفع الموضوعي أمام محكمة أول درجة لايمنع من إثارته مرة ثانية

أمام درجة الإستئناف , وإثارة الدفع لأول مرة أمام محكمة الإستئناف أمر جائز ويمكن

للدفع الموضوعي أن يرتب أثره بناء على ذلك , فالمحكمة تكون ملزمة بإجابة ما

أثاره الأطراف من دفوع موضوعية إذا قدمت أمامها شفاهة والأفضل أن تكون كتابة



كما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار صادر في 25/09/2001 رقم : 274870 ,

فالمبدأ أن القانون يجيز للأطراف أو محاميهم إبداء طلبات كتابية والمحكمة ملزمة بالإجابة عنها , والقرار الذي لم يرد على الدفوع المقدمة ولم يناقشها يكون قد خرق الإجراءات مما ينجر عنه النقض<sup>1</sup> .

وكذلك الأمر في حالة التنازل عن الدفع الموضوعي أمام درجة الإستئناف وذلك بعدم إثارته أو عدم التمسك به<sup>2</sup> , فإنه لا يمنع قاضي الإستئناف من الحكم بما يخالف حكم الدرجة الأولى التي تم التمسك بالدفع الموضوعي أمامها .

كما أنه يمكن إثارة بعض الدفوع أمام أول درجة وترك الدفوع الأخرى أمام محكمة الإستئناف أي أنه ليس هناك ترتيب محدد للدفوع الموضوعية .

#### الفرع الثالث : الحكم الصادر في الدفع الموضوعي منهي للخصومة

يمكن إعادة السير في الخصومة الجزائية بعد تصحيح الإجراء الشكلي المخالف للقانون , لكن الفصل في الدفع الموضوعي يؤدي مباشرة إلى الفصل في موضوع

<sup>1</sup> المجلة القضائية للمحكمة العليا , العدد الأول , سنة 2002 , ص 344 .

<sup>2</sup> الشروط الواجب توافرها في الدفوع الموضوعية تم توضيحها في المبحث الثاني من هذا الفصل .

الخصومة بحيث يمنع ذلك إعادة الفصل فيها من جديد بنفس الأطراف ونفس الموضوع أمام نفس ال محكمة التي أصدرت الحكم أو أمام أي محكمة أخرى<sup>1</sup>.

فالفصل في الدفع الموضوعي لا يخوّل إلا الحق في الإستئناف أو الطعن لكون الحكم الصادر في الدفع الموضوعي يحوز قوة الشيء المقضي فيه ويولد دفعا بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها , وهو دفع متعلق بالنظام العام يجوز للمحكمة أن تثيره وتحكم به من تلقاء نفسها<sup>2</sup>.

فهذه خصائص الدفوع الموضوعية وفق ما ذهب إليه أغلب فقهاء القانون ورأينا في الموضوع أنه يمكن إضافة خاصية أخرى تتميز بها الدفوع الموضوعية وهي عدم القابلية للتقادم .

#### الفرع الرابع : عدم تقادم الدفوع الموضوعية

تتقادم الدعوى العمومية وفق ما ح دده المشرع عند توضيحه لمدة التقادم بحسب التصنيفات المختلفة للجرائم .

فيستفاد من المادتين 7 و 8 من قانون الإجراءات الجزائية أن الدعوى العمومية

في مواد الجرح تتقادم بمرور ثلاث سنوات كاملة من تاريخ وقوعها إذا لم يتخذ في تلك

<sup>1</sup> مدحت محمد سعد الدين , المرجع السابق , ص 188 .

<sup>2</sup> قاسم محمد بني بكر , المرجع السابق , ص 82 .

الفترة أي إجراء من إجراءات المتابعة أو التحقيق , لذلك تخطئ في تطبيق القانون  
غرفة الإستئنافات الجزائية التي تقضي برفض الدفع بتقادم الدعوى متى ثبت أنه مر  
على صدور القرار الغيابي أكثر من ست سنوات <sup>1</sup> .

والملاحظ أن الدعوى العمومية تتقادم ويمكن إثارة هذا التقادم عن طريق الدفع  
بذلك ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا <sup>2</sup> , كما أنه لقاضي الحكم قبول التقادم أو  
رفضه إذا لم تتوافر المدة القانونية لذلك , وبالمقابل فإن للأطراف إثارة الدفع  
الموضوعي سواء قبل أو رفض ,

ومن المعلوم أن الحق المدعى به أو المطالب به لا يزول رغم انقضاء الدعوى  
العمومية وبإمكان صاحب هذا الحق التمسك بحقه عن طريق إبداء ال  
المطالب به بيق رغم انقضاء الدعوى ويستطيع صاحبه التمسك به عن طريق الدفع ,  
إذا فالدفع لا يتقادم فهو أبدي <sup>3</sup> لا يزول إلا بزوال صاحبه أو بنسيانه , ولا يعني هذا  
أنه يمكن إثارة الدفع في أي وقت ذلك , أن هذه الأخيرة أي " إثارة الدفع " تتقادم ,  
لأنها تحكمها مجموعة من الإجراءات التي تنص على تقادمها , فعند القول بتقادم  
الدفع الموضوعي فنقصد بذلك تقادم الحق في مباشرة الدفع الموضوعي .

<sup>1</sup> جيلالي بغدادي , الإجتهد القضائي في المواد الجزائية , الجزء الأول , ص 222 ؛ وهو قرار صادر في 10 أبريل 1984  
ملف رقم 31185 .

<sup>2</sup> إن القواعد المتعلقة بتقادم العقوبات هي أيضا من النظام العام وبهذه الصفة يجوز إثارتها في أية مرحلة كانت عليها الدعوى  
ولو تلقائيا من طرف المجلس الأعلى . قرار صادر في 16 ديسمبر 1980 ملف رقم 2095 . كذلك قرار في 09 جويلية  
1981 رقم 23301 تكلم عن تقادم الدعوى العمومية وتعلقه بالنظام العام .

<sup>3</sup> مدحت محمد سعد الدين , المرجع السابق , ص 141 .

وخلاصة القول أن الدفع الموضوعي لا يتقادم أبداً ويبقى ببقاء مبدئه ويزول

بزواله , فكلما كانت هناك دعوى عمومية أمكن للطرف إثارة الدفع الموضوعي <sup>1</sup> .

### المبحث الثالث

#### عبء إثبات الدفوع الموضوعية

<sup>2</sup> إن كون المتهم بريء حتى تثبت إدانته بموجب حكم نهائي من المسلمات التي يهدف قانون الإجراءات الجزائية على الأقل إلى تحقيقها مادام الجدل قائماً حول الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي .

فهذه القاعدة تؤدي بنا إلى التسليم بأن صمت المتهم أثناء المرافعات وامتناعه عن الكلام لا يؤدي بالضرورة إلى الإدانة ولا يعتمد على هذا الصمت كدليل لإثبات الجريمة ولا يصلح أبداً تسبباً للحكم , وقد أجمع الفقه على أنه لا يجوز إجبار المتهم على الإدلاء بأقواله ولا يعتبر صمته قرينة على الإدانة <sup>3</sup> .

---

<sup>1</sup> مع الإشارة إلى أن النصوص المنضمة للتقادم وردت في قانون الإجراءات الجزائية نصمت تقادم الدعوى وليس الدفع على اعتبار اختلافهما عن بعضهما كما تم توضيحه عند تعريف الدفع .

<sup>2</sup> La charte africaine des droits de l'homme et des peuples Art 07.

<sup>3</sup> حامد الشريف , إقرار المتهم والدفوع المتعلقة به في الفقه الجنائي , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , الطبعة الأولى , سنة 2012 , ص 153 و154 .

مادام الأمر كذلك من الناحية القانونية , فالأولى أن يؤثر في سير الدعوى ما يثيره المتهم من دَفوع نافية لأركان الجريمة عوضا عن التزامه الصمت , كأن يدفع بوجود سبب من أسباب الإباحة أو وجود حالة الدفاع الشرعي أو حالة الجنون أو الإكراه أو الضرورة , فهل يكفيها إثارتها فقط دون توضيح ؟ أم أن عليه إثارتها وإثباتها في نفس الوقت ؟ مع أن عبء الإثبات يقع على النيابة خاصة إذا تعلق الأمر بإثبات أركان الجريمة الثلاث.

فإذا سلمنا بقاعدة براءة المتهم رغم التزامه الصمت وأن له الحق في إبداء ما يراه من دَفوع , فإنه يقع على النيابة عبء إثبات أمران , الأول إثبات عكس ما دفع به المتهم من دَفوع موضوعية والثاني إثبات أدلة الإدانة , وهو إشكال فقهي يطرح لعدم وجود نص صريح في القانون , خاصة أمام النقص الكبير في النصوص القانونية المنضمة للدَفوع الموضوعية سواء من ناحية طرق إبداءها أو من ناحية إثباتها وعلى من يقع هذا العبء .

من أجل بيان ذلك يمكن تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين , الأول نعالج فيه الرأي الذي يرى بأن عبء إثبات الدَفوع الموضوعية يقع على المتهم , أما الثاني فإنه يرى بأن هذا العبء على عاتق النيابة العامة .

## المطلب الأول

### على المتهم إثبات الدفوع الموضوعية

عند تعريف الدفوع الموضوعية رأينا أن هناك من يقول بأن الدفع عبارة على دعوى يصبح بموجبها المتهم مدعيا بدفعه , ومن المعلوم أن على المدعي تقديم وسائل إثبات ما يدعيه وإلا رفضت دعواه .

فعبء إثبات الدفوع الموضوعية يقع على عاتق المتهم مادام أن صاحب الدفع يصبح هو المدعي وعليه إثبات صحة ما أبداه من دفع , فإن كانت هذه القاعدة لها صداها في القانون المدني وفقا لقواعد الإثبات المدني فإن لها أيضا مجال تطبيق في القانون الجزائي ما دامت النيابة طرفا أصليا في الخصومة الجزائية وهي في نفس

الدرجة في الإدعاء مع المتهم , وكلا الطرفين يحكمهما قانون واحد وتطبق عليهما نفس قواعد الإثبات <sup>1</sup> .

فإذا دفع المتهم بانتفاء أي ركن من أركان الجريمة فعليه إثبات ذلك وليس على النيابة ذلك مادام القانون ألزمها بإثبات وجود الأركان ولم يلزمها بإثبات الدفع بزوالها .

وهذا الرأي هو المعمول به والمعقول من الناحية العملية , فلا يعقل أن يدفع المتهم بانتفاء ركن من أركان الجريمة ثم يلزم النيابة العامة بإثبات عكس ما دفع به خاصة أ، الدفع الموضوعي يجري أثناء سير التحقيق النهائي ولا يتسنى للنيابة العامة تحضير وسائل نفي الدفع , بينما وبالمقابل يملك المتهم أو دفاعه الوقت الكافي وأعطاه المشرع فرصة الإطلاع على الملف <sup>2</sup> قبل سير المرافعات وفرصة التأجيل لتحضير وسائل الدفاع .

وغالبا ما ينفي المتهمون ما نسب إليهم من إتهام عن طريق الإنكار وذلك بإبداء مجموعة من الدفوع الموضوعية يدحض بموجبها أدلة الإتهام الموجه من طرف النيابة .

---

<sup>1</sup> محمد عيد الغريب , حرية القاضي الجنائي في الإقتناع اليقيني وأثره في تسيب الأحكام الجنائية , دار النسر الذهبي , المنصورة , 1996\_1997 , ص 39 .

<sup>2</sup> Bertrand favreau , Le procureur europeen : une nouvelle dimension des droits de la defense , naples , 2002 , page 06 .

فقد أوكل المشرع سلطة الإتهام الى النيابة وحدها بعدما تركز إلى مجموعة من القرائن أو الأدلة على ارتكابه للجريمة , ويبقى على من وجه ضده الإتهام نفي ما نسب إليه من تهمة وهو ما يقودنا إلى توضيح مسألة نفي الإتهام عن طريق الإلتزام بالصمت أو نفيه عن طريق الكلام بإبداء الدفوع المختلفة .

فتدوين اعتراف المتهم أو إنكاره عند مساءلته في بداية الإستجواب أمر مهم بالنسبة لقاضي الموضوع , فقد يكون السؤال كالتالي : هل تعترف بالجرم المنسوب إليك أم أنك تتكر ذلك ؟ , فيختلف تعبير كل متهم عن آخر , فيحدث وأن ينفي ما نسب إليه عن طريق الإجابة بالكلام , وقد يسكت تماما ولا يجيب عن أي تساؤل ملتزما بالصمت , وقد يحدث ذلك أمام الضبطية أو قاضي التحقيق<sup>1</sup> أو قاضي الحكم .

فقد يفسر سكوته على أنه اعتراف بالجريمة أو أنه نفي لها , فهل يستفيد المتهم من سكوته وعدم إبداء أي دفع أكثر مما يستفيدة من كلامه وإبداء مايراه من دفوع ؟ .  
لذلك ارتأيت توضيح هذه الجزئية مستندا إلى ما جاء به القضاء من اجتهادات في هذه النقطة .

---

<sup>1</sup> عبد الله أوهابيه , شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري التحري والتحقيق , دار هومة , الجزائر , الطبعة الثانية , سنة 2011 , ص 381 .



وقبل الخوض في ذلك ينبغي الإشارة إلى نص المادة 45 من الدستور والتي

جاء نصها كالآتي : "كل شخص يعتبر بريئاً حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته مع كل الضمانات التي يتطلبها القانون " <sup>1</sup>.

ومن هذا المنطلق نستشف وجهة المشرع الجزائري في معالجة مسألة سكوت المتهم وعدم إبدائه أي دفع انطلاقاً من مبدأ الأصل في الإنسان البراءة .  
فهناك وجهتان لتوضيح هذه المسألة :

#### الفرع الأول : نفي الإتهام بالصمت وعدم الكلام

قد يحدث وأن يتمتع المتهم عن الكلام نهائياً دون إبداء أي دفع حول ما حشده النيابة العامة ضده من أدلة وقرائن فيعطي الفرصة لقاضي الحكم في تفسير سكوته إلى عدم قدرته نفي الأدلة و القرائن الموجهة ضده فيحكم مباشرة بالإدانة .

مع العلم أن استعمال القوة في استنتاج المتهم أمر مرفوض في أغلب القوانين الوضعية الإجرائية ومن بينها قانون الإجراءات الجزائية الجزائري , الذي جعل من خلاله المشرع المحاضر المستمدة من مرحلة التحريات الأولية هي محاضر استدلالية

---

<sup>1</sup> الدستور الجزائري , المادة 45 .

طبقا لما جاءت به أحكام المادة 215 من قانون الإجراءات الجزائية , وأن عدم

الحجية القطعية لهذه المحاضر مستمد من احتمال استخدام رجال الضبطية القضائية القوة أو الضغط البدني أو النفسي لاستنطاق أو استجواب المشتبه نظرا لطبيعة عمل هذه الفئة من أعوان القضاء .

فصحة الإستجواب تقتضي أن يكون من وُجّهت إليه الأسئلة متحررا من أي ضغط أو تأثير خارجي سواء كان مصدره المحقق نفسه أو شخص آخر عن طريق الإكراه الأدبي كالوعد بإعطائه الأمل في ميزة عينية أو البراءة , أو الإكراه المادي كالتعذيب أو التخدير أو التنويم المغناطيسي أو هجوم الكلب البوليسي عليه أو استعمال جهاز كشف الكذب عليه أو إرهاقه بإطالة مدة استجوابه مما يؤدي إلى التأثير على قواه الذهنية وبالتالي على إرادته , أما خشية المتهم أو المشتبه من رجال الشرطة أو قضاة النيابة العامة فلا يعتبر من قبيل الإكراه لعدم امتداد السلطة التي يتمتع بها هؤلاء إلى المتهم لإيذائه ماديا أو معنويا<sup>1</sup>.

ف نجد أن عدم إبداء المتهم أي دفع والتزامه الصمت عالجها الدين الإسلامي في كثير من المواقف حدثت في عهد النبي صلى الله عليه وسلم مبينة في أحاديث رواها عنه الصحابة مقتدين بها وعاملين بما ورد فيها من أحكام .

ومن هذه الأحاديث ما ورد في الروايتين :

<sup>1</sup> مصطفى مجدي هرجة , أحكام الدفع في الإستجواب والإعتراف , دار الفكر والقانون , المنصورة , 2003 , ص51 و52.

" عن خالد ابن المعلاج عن أبيه رضي الله عنه قال : كنا غلمان نعمل بالسوق

فمرت امرأة مع صبي فثار الناس فثرت معهم فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم

والناس معها فقال لها : من أبو هذا ؟ فسكتت , فقال شاب كان مع الناس هو ابني يا

رسول الله فطهرني , فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجمه " .<sup>1</sup>

وعن سهل بن يسعد الساعدي عن النبي صلى الله عليه وسلم : " أن

رجلا أتاه فأقر عنده أنه زنى بإمرأة فسامها له , فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم

إلى المرأة فسألها عن ذلك فأنكرت أن تكون زنت فجلده الحد وتركها " .<sup>2</sup>

ف نجد أن كلتي الروايتين تتكلمان عن جريمة الزنا , فبالرغم من أن هذه الجريمة

لا تصلح إلا بتوافر الطرفين معا أي الرجل والمرأة ويفترض عند العقاب معاقبة

الطرفين معا لأن كلاهما فاعلا أصليا كما نص عليه قانون العقوبات في المادة 339 ,

إلا أن النبي علي الصلاة والسلام عاقب من اعترف فقط بارتكابه للجريمة وعفى عن

الطرف الآخر , فعاقب الرجل لاعترافه الصريح وعفى عن المرأة لصمتها وليس

لإنكارها .

ف نجد هنا أن الإسلام كفل للشخص الحق في الصمت وصمته يدل على عدم

قيامه بما يحوم حوله من شبهات , فالإمام أبو حنيفة رضي الله عنه يرى أن عجز

---

<sup>1</sup> ادريس داود الفرجاني , حماية حق المتهم في نفي الإتهام في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي , رسالة دكتوراه ,

جامعة الدول العربية , القاهرة , 2000 , ص 159 .

<sup>2</sup> نفس المرجع والصفحة .

الجاني في ادعاء الشبهة في جريمة الزنا يعتبر بذاته شبهة يدرء بها الحد , فالزاني الأخرس والزانية الخرساء لا يحدان ولو ثبت الزنا ضدتهما بشهادة الشهود لعجزهما عن درء الشبهة<sup>1</sup> .

وذهب الإسلام إلى أبعد من ذلك في مسألة الصمت , حيث نجد أنه أوجب تذكير المتهم بحقه في الصمت حتى ولو اعترف في بادئ الأمر في لحظة ضعفه أو زلة لسانه , كما روي عن جابر بن سمرة قال : " رأيت ماعز بن مالك حين جيئ به إلى النبي صلى الله عليه وسلم رجلاً أعضل , ليس عليه رداء فشهد على نفسه أربع مرات بأنه زنى فقال الرسول صلى الله عليه وسلم , لعلك , قال : لا والله أنه قد زنى الآخر , قال فارجمه " .<sup>2</sup>

ونجد أيضاً مسألة إقرار أحد الورثة بوارث كان مجهولاً ونفاه بقية الورثة عومل المقر فقط بإقراره , فلو كانوا ثلاثة أولاد فأقر أحدهم بولد رابع قسم المال إلى ثلاثة أقسام وأخذ الولد الرابع ربع ما يأخذه الذي أقر به ولا يؤخذ من الولدين الآخرين شيئاً إلا بإقرارهما أو بيئنة<sup>3</sup> .

وفي حديث للنبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : " من أتى من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله فإن من أبدى لنا صفحته أقمنا عليه الحد " , وفي رواية في

<sup>1</sup> عبد القادر عودة , المرجع السابق , ص 371 .

<sup>2</sup> إدريس داود الفرجاني , المرجع السابق , ص 158 .

<sup>3</sup> عطية سالم , الندوة العلمية الأولى بعنوان "المتهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية" , الجزء الثاني , المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب , الرياض , 1986 , ص 135 .

الموطأ أن زيد بن أسلم : أن رجلا اعترف على نفسه بالزنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فدعى له رسول الله صلى الله عليه وسلم بسوط ثم قال : أيها الناس قد آن لكم أن تنتهوا عن حدود الله , فمن أصاب من هذه القاذورات , نقم عليه كتاب الله<sup>1</sup> .

وهناك العديد من التشريعات الوضعية أجمعت على عدم إكراه المتهم على

الكلام أو إبداء أي دفع في موضوع الإتهام , منها قانون الإجراءات الجنائية العراقي

(2\182) وقانون الإجراءات الجنائية السوداني ( 2\182 ) وقانون الإجراءات الجنائية

اليوناني ( 273 ) وقانون الإجراءات الجنائية الهندي ( 2\342 ) وقانون الإجراءات

الجنائية الفرنسي بعد أن كان يعتبر صمت المتهم وسيلة لإدانته بموجب القانون

الصادر في 1670 عدل عن ذلك بموجب القانون الصادر في 1897 أين أقر بحق

المتهم في الصمت دون أن يضار بصمته من خلال نص المادة 1/114 منه .<sup>2</sup>

ورغم عدم نص بعض التشريعات على حق المتهم في الصمت في نصوص

القانون حرفيا إلا أنها وفي الجانب العملي مجسدا في القضاء وشروحات الفقهاء

عملت على إقرار حق الصمت كالتشريع البلجيكي واللّيبّي وغيرها .

---

<sup>1</sup> تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير , ابن حجر العسقلاني , المجلد الثاني , الجزء الرابع , دار المعرفة , بيروت لبنان , 1964 , ص 57 .

<sup>2</sup> ادريس داود الفرجاني , المرجع السابق , ص 160 و 161 .

ومن الإجتهاادات القضائية للقضاء المصري في هذا المجال نجد النقض المؤرخ في 17/05/1960 نص على أنه : " من المقرر قانونا أن المتهم إذا شاء أن يمتنع عن الإجابة أو عن الإستمرار فيها لا يعد هذا الإمتناع قرينة ضده , وإذا تكلم فإنما ليبيدي دفاعه , ومن حقه دون غيره أن يختار الوقت والطريقة التي يبيدي بها هذا الدفاع , فلا يصح أن يتخذ الحكم من امتناع المتهم عن الإجابة في التحقيق الذي باشرته النيابة العامة بعد إحالة الدعوى إلى محكمة الجنايات وفقد الملف بطلان هذا التحقيق قرينة على ثبوت التهمة قبله " .<sup>1</sup>

وقد جسد هذا الإجتهااد بنص المادة 3/308 من قانون الإجراءات الجنائية المصري في وجوب منح المتهم أجلا لتحضير دفاعه اذا طلب ذلك دون الإخلال بحق المتهم في الصمت ورفض الكلام أو الإجابة على الأسئلة الموجهة إليه .<sup>2</sup>

فيعتبر حق المتهم في الصمت وفقا للإجتهاادات القضائية من حقوق الدفاع فلا يجوز للمحكمة أن تستخلص من هذا الصمت قرينة ضده وإلا كان ذلك إطاحة بقرينة البراءة التي يستفاد منها مجموعة من حقوق الدفاع ومن بينها حق الصمت وعدم إبداء أي دفع .

<sup>1</sup> عبد الحفيظ فودة , البراءة وعدم العقاب في الدعوى القضائية , منشأة المعارف , 2000 , ص 455 .

<sup>2</sup> محمد محمد مصباح القاضي , حق الإنسان في محاكمة عادلة , دار النهضة العربية , القاهرة , 1996 , ص 90 .

وقد سار على نحو ذلك المشرع الجزائري , فلم ينص صراحة على حجية حق المتهم في الصمت وعن إمكانية تفسير هذا الصمت ضده أو لصالحه بالرغم من إيرادهِ فصلا كاملا في قانون الإجراءات الجزائية متعلقا بطرق الإثبات .

فسكوت المشرع هذا يمكن تفسيره على أن لايمكن أن يعتبر طريقة من طرق

الإثبات في المواد الجزائية على الرغم من تطرقه إلى الاعتراف واعتباره كالطرق

الأخرى للإثبات متروك لحرية تقدير القاضي وفقا للمادة 213 من قانون الاجراءات الجزائية .

وعلى اعتبار مرحلة التحقيق الابتدائي من المراحل المهمة في اثبات الجريمة

ومحاضرها لها الحجية أمام قاضي الحكم ولا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير , كفل

المشرع الجزائري حق المتهم في أن لايبدي أي تصريح متعلق بالتهمة عند مثوله لأول

مرة أمام قاضي التحقيق وفقا لنص المادة 100 من قانون الإجراءات الجزائية<sup>1</sup> ثم

أكد كذلك المشرع هذا الحق من الفقرة الثانية من المادة 114 من نفس القانون عند

استجواب وكيل الجمهورية للمتهم الذي يكون متواجدا خارج دائرة إختصاص المحكمة

وصدر ضده أمر إحضار فهو حر في أن لايبدي أي تصريح عند وكيل الجمهورية

بصريح المادة .

---

<sup>1</sup> فيجب عند الحضور الأول أمام قاضي التحقيق أن يسأله عن هويته ويحيطه بالتهمة الموجهة إليه وينبهه بأنه حر في الكلام من عدمه وينوه عن ذلك في المحضر . عبد الله اوهايبية , المرجع السابق , ص 378 .

إذا فالمشرع الجزائري لم يجعل الصمت قرينة ضد المتهم , بل زاد على ذلك

بأن جعل الإقرار<sup>1</sup> هو الآخر ليس قرينة ضده بنص المادة 213 من قانون

الإجراءات الجزائية , فقرينة البراءة لا تتأثر أبدا بموقف المتهم سواء أثر الصمت أو الإقرار .

وعلى الرغم من عدم النص على الصمت أثناء الإستجواب في المحاكمة إلا أنه يبق حق<sup>2</sup> بديهي مستمد من قرينة البراءة فليس لقاضي الجرح ولا الجنائيات أن يستمد من السكوت قرينة تدين المتهم ويبقى خضوع القاضي لقاعدة الدليل في الجرح والإقتناع في الجنائيات هي الضوابط التي تحكم صدور الحكم بالإدانة أو البراءة .

### الفرع الثاني : نفي الإتهام بالكلام

عندما تحشد النيابة العامة مجموع القرائن والأدلة ضد المشتبه فيه تتولى توجيه الإتهام ضده لارتكابه الجريمة المسندة اليه فتصبح النيابة في وضع المدعي كما لو سجل شخص شكاية ضد آخر ويصبح المتهم في وضع المدعي عليه وعليه أن ينفى

---

<sup>1</sup> ومن الدفوع التي يمكن إثارتها لدحض إقرار المتهم نذكر : الدفع بأن ما صدر عن المتهم لا يعد اعترافا لعدم تحقق أركانه وكذلك الدفع ببطلان الإقرار لأنه اعتراف غير قضائي , والدفع بصحور الإقرار تحت تأثير الإكراه والخداع , والدفع بأن ما صدر عن المتهم يعد اعترافا جزئيا وليس كليا , والدفع بأن ما صدر عن المتهم يعتبر اعترافا مدنيا وليس جزائيا والدفع بوجود تجزئة الإقرار , والدفع بتجاوز سلطة المحكمة في تقدير الإقرار .

<sup>2</sup> ويمكن أن يستخدم هذا الحق كدفع من الدفوع الموضوعية وهو الدفع بالحق في الصمت ؛ حامد الشريف , إقرار المتهم , المرجع السابق , ص 152 .



الإتهام بنفي هذه القرائن والأدلة وذلك عن طريق إبداء دفع النفي عوضاً عن البقاء ساكتاً راضياً بهذا الإتهام .

وقد عرف الإسلام قديماً نفي الإتهام بالكلام مثل ما هو الحال في الصمت , وذلك من خلال ما اتخذته الصحابة عليهم الرحمة والرضوان من مواقف تجاه وقائع حدثت من قبل , كما أخرج عن عمر بن الخطاب \_رضي الله عنه\_ أنه أتى برجل فسأله أسرقت ؟ قل : لا , فقال : لا , فتركه .

وعن الحكم بن عتيبة عن يزيد بن أبي كبشة الأنصاري عن أبي الدرداء أنه أتى بجارية سوداء سرقت فقال لها : سرقت ؟ قولي : لا , فقالت: لا فخلي سبيلها .<sup>1</sup>

ويستشف من ذلك أن الإسلام يبقي على أصل البراءة لدى الإنسان وصلاحه ويحث على التمسك بهذا الأصل حتى في حالة وقوع الجريمة .

فالفقه الإسلامي يحث على نفي الإتهام عن طريق الكلام فلا يسأل الشخص إلا فيما اقتضى نفي الجرم المنسوب إليه .

وعلى العكس من ذلك تماماً فإن القانون الوضعي لا يكتفي بسؤال المتهم عن الجرم المنسوب إليه بل نجد الجهات القضائية تتولى استجواب المتهم ومواجهته بالأدلة بغية تثبیت هذه الأدلة ضده بالرغم من تمتعه بقرينة البراءة .

---

<sup>1</sup> ادريس داود الفرجاني , المرجع السابق , ص 164 .

إلا أن القانون الوضعي وبالرغم من سعيه إلى الحصول على تصريحات من المتهم إلا أن هذه التصريحات يتوجب أن تكون خالية من أي ضغط أو إكراه حتى يستأنس بها قاضي الموضوع .

فيفترض في الجهات القضائية عدم استخدام أي إكراه لامادي ولا أدبي عند

الحصول على التصريحات , وهذا أمر مكفول في القانون الجزائري <sup>1</sup> خاصة أمام

الضمانات الممنوحة للمتهم عند تلقي التصريحات منه خلال التحقيق الابتدائي

والنهائي , وتبقى التصريحات المأخوذة من التحريات الأولية لاترقى للقوة الثبوتية

للتحقيقين إلا أنه هي الأخرى يفترض عدم استخدام أي إكراه فيها , فتأخذ حكم

التعذيب استعمال أي وسيلة تؤثر على الإرادة <sup>2</sup> .

فخلال مراحل جمع التصريحات يستخدم المحقق الإستجواب عن طريق الكلام

كوسيلة للكشف عن الحقيقة وينبغي للمتهم لدفع التهمة استخدام نفس الوسيلة وهي

النفي بالكلام عن طريق الدفع , وهو ما يسمى بالتناسب فبالرغم من أن الاستجواب

عن طريق الكلام وسيلة لتثبيت الإتهام من المحقق فهو بالمقابل وسيلة أيضا للدفاع

بالنسبة للمتهم , فإما أن يقوي دفاعه بإبداء الدفوع فيدراً التهمة عن نفسه وإما أن

يعجز فتقوى التهمة ضده .

---

<sup>1</sup> فتنص المادة 263 مكرر3 في الفقرة الأولى من قانون العقوبات على : " يعاقب بالسجن المؤقت من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 150000 دج إلى 800000 دج كل موظف يمارس أو يحرض أو يأمر بممارسة التعذيب من أجل الحصول على اعترافات أو معلومات أو لأي سبب من الأسباب " .

<sup>2</sup> عبد الله أوهاببية , المرجع السابق , ص 387 .

## المطلب الثاني

### على النيابة العامة إثبات عدم وجود سبب للبراءة

وفقا لهذا الرأي الذي يرى بأن المتهم غير ملزم بإثبات ما يثيره من دفع موضوعية فيكفيه التمسك بالدفع أمام قاضي الموضوع وعلى المحكمة أن تتأكد من صحّة الدفع والنيابة عليها أن تأتي بعكس ما يدعيه المتهم أو تثبت عدم صحته .

فقاعدة الإثبات المدني بأن المتهم يصبح مدعيا بدفعه لا تنطبق إلا على وسائل

الإثبات المدنية وليس الجزائية , فالنيابة لها سلطات واسعة وقدرة أكبر ووسائل أكثر

1 . مما يمتلكها المتهم خاصة وإن كان محبوسا فقدراته محدودة أمام ما تملكه النيابة

ويزيد أنصار هذا الرأي في أن القاضي الجنائي مكلف بالبحث عن الحقيقة ,

فلا يجوز له أن يقف موقفا سلبيا بل يبحث عن الأدلة التي تكشف الحقيقة سواء أدت

2 . إلى البراءة أو الإدانة , وبذلك لا يجوز القياس بين أدلة الإثبات الجنائي

كذلك الأمر بالنسبة لخبرة النيابة وممارستها الدائمة لمسألة الإثبات في الجنائي

عكس المتهم الذي لا يربطه بوسائل الإثبات إلا دعواه المتابع بها , جعلت إلقاء عبء

إثبات عكس ما يثيره المتهم من دفع يقع على النيابة العامة .

وإن التطبيق السليم لتمتع المتهم بالبراءة طيلة فترة المحاكمة يفرض على

النيابة إثبات توافر أركان الجريمة ثم إثبات عدم وجود سبب من أسباب البراءة ,

كإثبات عدم وجود سبب من أسباب الإباحة أو عدم وجود أي إكراه على المتهم .

وأمام صعوبة تطبيق قاعدة الإثبات هذه أثناء سير إجراءات المحاكمة إلا أن

3 . القضاء تبناها واعتبر القرار الذي لم يجب الدفع الجوهري هو قرار غير قانوني .

<sup>1</sup> محمد عيد الغريب , المرجع السابق , ص 39 .

<sup>2</sup> مروك نصر الدين , محاضرات في الإثبات الجنائي , الجزء الأول , دار هومة , الجزائر , 2003 , ص 297 .

<sup>3</sup> المجلة القضائية للمحكمة العليا , العدد الأول , سنة 1982 , ص 319 .

وبالمقابل فإن الدفع الموضوعي لا يكون جوهريا إلا إذا أثبت مبدئه وجهة نظره فيه وأثبت وجوده وصحته وتأثيره على أركان الجريمة , أما مجرد القول به دون إثبات فذلك من قبيل الأقوال التي لا تأثير لها على الدعوى .

أما وسيلة المتهم في ذلك هي وجوب التمسك بالدفع الموضوعي على وجه ثابت طيلة المحاكمة وأن يثبت هذا التمسك في أوراق الدعوى مما يلزم المحكمة بأن تجيبه إما قبولاً أو رفضاً وإلا أعتبر حكمها غير سليم قانوناً .

ويتعين معرفة موقف القانون في النص على مسألة إثبات الدفع , وموقف القضاء حول الأخذ بمسألة الإثبات وذلك في الفرعين التاليين :

#### الفرع الأول : موقف القانون

لم ينص القانون صراحة على من يقع عليه عبء إثبات الدفع<sup>1</sup> وبالتالي لا يمكن تحميل النيابة التزاماً لم يفرضه القانون , إلا أن قانون العقوبات تضمن قواعد قانونية تلزم المتهم بإثبات بعض المسائل القانونية هي من قبيل الدفع ، وبمفهوم المخالفة فإن المسائل التي لم ينص القانون على وجوب إثباتها من التهم فيقع على النيابة إثباتها , ومن ذلك نجد نص المادة 411 من قانون العقوبات : " يعاقب على

<sup>1</sup> مزوك نصر الدين , المرجع السابق , ص 299 .

النهب أو أي إتلاف لمواد غذائية أو بضائع أو قيم منقولة أو ممتلكات منقولة يقع من مجموعة أفراد أو من عصابة أو بطريق القوة السافرة بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة , ومع ذلك تكون مدة عقوبة السجن من خمس إلى عشر سنوات بالنسبة لمن يثبت منهم أنه أستدرج إلى المساهمة في أعمال العنف المذكورة بالتحريض أو بالترغيب " , فنستخلص من نص المادة أن الدفع بوجود تحريض أو ترغيب هو من الدفع الموضوعية النافية للركن المعنوي إلا أن عبء إثبات هذا الدفع يقع على المتهم بصريح المادة وليس على النيابة سوى إثبات الجريمة فقط .

كذلك نص المادة 582 فقرة 2 من قانون الإجراءات الجزائية : " ... غير أنه لا يجوز أن تجرى المتابعة أو المحاكمة إلا إذا عاد الجاني إلى الجزائر ولم يثبت أنه حكم عليه نهائيا في الخارج وأن يثبت في حالة الحكم بالإدانة أنه قضى العقوبة أو سقطت عنه بالتقادم أو حصل العفو عنها " , ويجسد نص المادة مجموعة من الدفع الأولية كالدفع بسبق الفصل والدفع بانقضاء العقوبة بالتقادم أو الدفع بالعفو عنها , فلا يكتفي المتهم بالدفع بها بل عليه إثباتها .

فنخلص من ذلك إلى أن المسائل القانونية التي لم ينص القانون صراحة على وجوب إثبات الدفع بها من المتهم فإن هذا العبء يقع على النيابة العامة تبعا لقاعدة الأصل في الأقوال الصحة .

ومع ذلك فلا يمكن تحميل النيابة عبء إثبات نفي الدفوع مادام القانون لم

ينص صراحة على ذلك , فالقول أنه هناك فراغا تشريعيا في مسألة إثبات الدفوع<sup>1</sup> .

### الفرع الثاني : موقف القضاء

إن عدم وجود النص القانوني الصريح حول عبء إثبات الدفوع يفتح المجال

للإجتهاد القضائي , فنجد قرارات متباينة حول إسناد هذا العبء , فالمحكمة العليا

اعتبرت عدم استجابة المحكمة وقضاة المجلس للدفع بحالة الدفاع الشرعي عن النفس

بالرغم من تمسك الطاعن بذلك لا بالرفض ولا بالقبول قد انتهكوا حق الدفاع وحسن

سير العدالة<sup>2</sup> , فاعتبر القرار تَمَسُّكُ المتهم بالدفع يلزم المحكمة بإجابته إما قبولاً أو

رفضاً فلا تكفي إثارته فقط دون إثباته لأن مصطلح "التمسُّك" الوارد في نص الإجتهد

القضائي يعني وبصورة مباشرة الإثبات , وبالمقابل فإن عدم التمسك بالدفع بتوافر

الدفاع الشرعي لا يلزم النيابة بإثبات العكس ولا يلزم القضاة بالتطرق له .

ونجد للمحكمة العليا قراراً آخر يقضي بأن قرينة الدفاع المشروع المنصوص

عليها في المادة 39 من قانون العقوبات لا تعتبر حجة غير قابلة للتجريح بل يمكن

ردها بتقديم الحجة العكسية ضدها , وأن القرار المطعون فيه لم يورد بأن أفعال العنف

<sup>1</sup> مروي نصر الدين , المرجع السابق , ص 300 . ونجد في نفس المرجع كذلك نص المادتين 107 من قانون العقوبات و

411 من قانون الإجراءات الجزائية نصتا ولكن بصورة ضمنية على إثبات الدفوع من المتهم .

<sup>2</sup> نواصر العايش , تقنين العقوبات مدعم بالإجتهادات القضائية , 1991 , ص 23 .

المنسوبة ارتكابها للمتهم كانت متناسبة مع الإعتداء و تستلزمها ظروف الدفاع المشروع عن النفس وأن القرار المطعون فيه لم يشخص ضرورة الدفاع المشروع عن النفس وبذلك يكون الوجه المثار بهذا الشأن مؤسسا<sup>1</sup> , فالإجتهاد القضائي ألزم القضاة بوجوب إثبات عناصر الدفاع الشرعي والتطرق إلى المسائل التي قد تنفي حالة الدفاع عن النفس ومن ذلك مسألة التناسب أو الضرورة الحالة , وهذه المسألة قد تثيرها النيابة بمجرد دفع المتهم بوجود حالة الدفاع الشرعي .

ويمكن أن نتبنى بعد عرض المذهبين الرأي القائل بوجوب إثبات الدفع من المتهم رغم عدم وجود النص القانوني الصريح فلا يمكن أن نحمل النيابة هذا العبء لكونها خصم من جهة ولكون مصلحة المتهم من جهة ثانية , فلا يؤثر في سير الدعوى مجرد إثارة الدفع الموضوعي دون بيان عناصره وأسسها التي يقوم عليها , وكما سيأتي بيانه في هذه الدراسة أن أغلب الدفوع الموضوعية ليست من النظام العام وبالتالي يجب إثارتها من المتهم أولا ثم بيان مدى تأثيرها في الدعوى حتى تكون منتجة وتؤدي الغرض منها لأن عدم التمسك بالدفع لا يلزم المحكمة بالتطرق إليه .

---

<sup>1</sup> نواصر العايش , تقنين العقوبات مدعم بالإجتهادات القضائية , ص 23.



## الباب الأول

### الدّفوع التي تهدف إلى انتفاء الرّكن الشرعي للجريمة

الجريمة في المفهوم القانوني هي مخالفة القاعدة القانونية العقابية , ولا يكتفي

مجرّد المخالفة حتى تقوم الجريمة بل يجب توافر ركنها المادي والمعنوي بالإضافة

إلى الركن الشرعي .

وهذه الأركان المنصوص عليها قانونا هي نفس الأركان التي ذهب إليها فقهاء

الشريعة الإسلامية الذين قالوا بأن توقيع العقوبة على الجاني يتطلب توافر أركان

الجريمة كاملة ، وتتمثل في <sup>1</sup> إتيان الفعل الممنوع والمحرم ، وهو ما يقابل الركن

المادي في القانون العقابي كذلك وجود نص شرعي محرم ، فعقوبة كل حد من الحدود

مبينة بنص ، وهو الركن الشرعي للجريمة ، ثم التكليف والإختيار في الجاني ، أي أن

العقوبة لا تطبق إلا على من كان مدركا لمعنى الجريمة قاصدا أبعادها مختارا في

ارتكابها ، وهو ما يعبر عنه بالركن المعنوي ، والبحث في توافره أي توافر الركن

المعوي إلا إذا كان هناك نص في القانون يصف السلوك بأنه غير مشروع <sup>2</sup> .

وإن غياب أحد أركان الجريمة الثلاث يرتب عليه مباشرة عدم قيامها في

مواجهة المتهم ب ارتكابها ، فعدم توافر الركن الشرعي يعني عدم توافر النص القانوني

بلاعتبار أن الوقائع لا ينطبق عليها أي نص قانوني مجرم أي عدم وجود الجريمة .

فقد نقضت المحكمة العليا وأبطلت القرار الذي لم يبرز الدليل الذي يثبت

الإدانة ولم يبين النص القانوني المطبق وفقا للقرار الصادر في 1989 /07/04 رقم :

---

<sup>1</sup> محمد فاروق النبهان ، المدخل للتشريع الإسلامي ، الطبعة الثانية ، وكالة المطبوعات بالكويت ، دار القلم ببيروت ، 1981 ، ص 51 و52 .

<sup>2</sup> إيهاب عبد المطلب ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص 385 .

39629 واعتبرته قرار ناقص في تسببيه<sup>1</sup> , كذلك الأمر بالنسبة للقرار رقم 56577 الصادر في 14/03/1989<sup>2</sup> .

وقد ذهب الكثير من الفقهاء إلى أن الركن الشرعي هو " نص التجريم الواجب

التطبيق على الفعل " <sup>3</sup> وهناك من يعتبر الركن الشرعي صفة غير مشروعة للفعل

المادي يندمج به وليس له وجود مستقل , فالجريمة لها ركنان فقط مادي ومعنوي<sup>4</sup> ,

إلا أن توافر الركن الشرعي مقرون دائماً بعدم وجود أي سبب من أسباب الإباحة التي

تعيد الفعل مرة ثانية وتخرجه من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة .

فالعقوبة لا توقع إلا على من خالف القانون وقت ارتكابه للفعل وفق ما ذهب

إليه المادة 09 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1948 التي نصت

على أنه لا يجوز الحكم على أحد لارتكابه فعلاً أو إمتناعاً لا يشكّلان جرماً وقت

اقترافهما بموجب أحكام القانون الوطني أو الدولي , ولا يجوز فرض عقوبة تفوق

العقوبة النافذة يوم إقترافه<sup>5</sup> .

<sup>1</sup> المجلة القضائية للمحكمة العليا , العدد الثاني , سنة 1991 , ص 230 .

<sup>2</sup> المجلة القضائية , العدد الثاني , سنة 1992 , ص 225 .

<sup>3</sup> عبد الله سليمان , شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام , الجزء الأول , ديوان المطبوعات الجامعية , 1996 , ص 68.

<sup>4</sup> نفس المرجع , ص 69 .

<sup>5</sup> محمد علي السالم عباد الحلبي , شرح قانون العقوبات القسم العام , الطبعة 1 , دار الثقافة للنشر والتوزيع , الأردن , 2007 ,

ص 103 .

وأَسباب الإباحة وفق ماذهب إليه المشرع وحدده بنصوص قانون العقوبات هي

الدفاع الشرعي وأمر القانون وإذن القانون , فلا جريمة إذا كان الشخص يدرك عن

نفسه خطر حال غير مشروع ولا جريمة على من أمرته السلطات ب ارتكاب الفعل الذي

هو في حقيقته دون هذا الأمر جريمة , ولا جريمة على من أذن له القانون ب ارتكاب

أفعال جرمية لكن تحت شروط محدّدة , والدفع المتعلقة بالركن الشرعي تهدف للبحث

حول توافر هذه الأسباب المبيحة لإرتكاب الجرائم .

فالدفع بانتفاء الركن الشرعي لا يتطلب إلا إثبات وجود سبب من أسباب

الإباحة, والتخفيف من العقاب لا يتطلب سوى إثبات وجود قانون أصلح للمتهم .

وعلى هذا الأساس سوف نتولى في هذا الفصل توضيح أسباب الإباحة

ومعالجتها كدفع من الدفع النافية للركن الشرعي وتوضيح كذلك مسألة الدفع بالقانون

الأصلح للمتهم مقسمين بذلك هذا الباب إلى فصلين :

الفصل الأول : متعلق بدراسة أسباب الإباحة كدفع من الدفع الموضوعية .

الفصل الثاني : متعلق بدراسة الدفع بوجود قانون أصلح للمتهم .

## الفصل الأول

## الدفع بتوافر سبب من أسباب الإباحة

يرى أغلب الفقهاء بأن أسباب الإباحة هي قيود على نص التجريم فتعطل مفعوله<sup>1</sup> فهي بذلك تخرج الفعل من دائرة التجريم إلى دائر رة الإباحة<sup>2</sup> , فالفرد يرتكب فعلا هو في حقيقته جريمة ومع ذلك فالقانون لا يعتبره كذلك مثال ذلك نجد أن القانون يجرم القتل أو الضرب أو الجرح ويعاقب عليه إلا أنه يبيح القتل والضرب والجرح ولكن تحت شروط معينة إما دفاعا عن النفس أو المال أو نفس الغير أو مال الغير.

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

وتطبيقا لقاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون<sup>3</sup> فإن أسباب الإباحة هي استثناء من الإستثناء , فالإستثناء الأول هو تجريم الأفعال لأن الأصل فيها هو الإباحة ,

<sup>1</sup> عبد الله سليمان , المرجع السابق , ص 117 .

<sup>2</sup> فكرة الإباحة في الشريعة الإسلامية هي نفسها في القانون الفرنسي والقانون الإنجليزي رغم اختلافهم في السند أو المصدر الذي أقرها ؛ عثمان سعيد عثمان , إستعمال الحق كسبب للإباحة , رسالة دكتوراه , إشراف محمود نجيب حسني , جامعة القاهرة , سنة 1968 , ص 303 .

<sup>3</sup> وفقا لما نص عليه المشرع الجزائري وانفرد بلفظ قانون عوضا على لفظ نص في نص المادة الأولى من قانون العقوبات.

والثاني هو استثناء بعض الأفعال المجرمة وعدم العقاب عليها لمصلحة هي أقوى من المصلحة التي تقرر من أجلها العقاب<sup>1</sup> .

فأسباب الإباحة هي أسباب موضوعية تلحق بالواقعة الجرمية فتزيل عنها وصف الجريمة , وهي بالتالي تختلف عن موانع المسؤولية المتعلقة بشخص الفاعل<sup>2</sup> , وعلى هذا فإن أسباب الإباحة تمتد إلى كل المساهمين في ارتكاب الفعل سواء كانوا فاعلين أصليين أم شركاء.

وقد نصت أغلب التشريعات على أسباب الإباحة في قوانينها ومنها المشرع الجزائري في قانون العقوبات , لذلك فهناك من يرى بأن أسباب الإباحة واردة على سبيل الحصر لورود النص الذي يتولى تنظيمها , إلا أن ذلك لا يحول دون لجوء القاضي لتفسير نصوص أسباب الإباحة عن طريق اللجوء إلى القياس أو العرف فهي بذلك - أي أسباب الإباحة - لا حصر لها لارتباطها بالوقائع المختلفة لكل زمان ومكان<sup>3</sup> .

---

<sup>1</sup> رؤوف عبيد , مبادئ القسم العام من التشريع العقابي , طبعة ثالثة , دار الفكر العربي , 1966 , ص 410 .  
<sup>2</sup> وقد ذهبت المحكمة العليا من خلال القرار رقم 306921 الصادر في 2003/04/29 إلى أنها أي المحكمة العليا قد أخطت بين أسباب الإباحة والأعذار المعفية فالأخيرة تعفي من العقاب ولا تمحو الجريمة ولا تنفي المسؤولية عن فاعلها عكس الأفعال المبررة يترتب عنها إخلاء ساحة المتهم من المتابعة تطبيقاً لمبدأ الشرعية لبني كرسها الدستور في المادة 45 . اجتهاد وارد في قانون العقوبات , طبعة خاصة , برتي للنشر , الجزائر , 2010-2011 , ص 118 .  
<sup>3</sup> أكرم نشأت إبراهيم , القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن , الدار الجامعية للطباعة والنشر , بيروت , ص 134 .

والتشريع الإسلامي كذلك بين أن رفع المسؤولية عن الجاني وهو ما تدخل

ضمنه أسباب الإباحة , يكون في حالتين :<sup>1</sup>

**أولاً :** إباحة الفعل المحرم إما لاستعمال حق أو أداء واجب , كحق ولي المقتول

في قتل الجاني , وحق الدفاع عن النفس وحق ممثل القضاء في تنفيذ الحكم .

**ثانياً :** حالة فقدان الإختيار والإدراك وذلك بسبب الإكراه والصغر والجنون

والإغماء .

إذا فأسباب الإباحة ترد على الفعل المجرم وتزيل عنه هذه الصفة الإجرامية ,

وبزوال الصفة الإجرامية يحكم بموجبها بالبراءة لعدم توفر الركن الشرعي للجريمة ,

فالدفع بهذه الأسباب يؤدي مباشرة إلى عدم العقاب والتصريح بالبراءة , فهو من

الدفع التي تتطلب تحقيقاً في الموضوع للتأكد من صحتها , وعلى المتهم التمسك به

لتأثيره المباشر في سير الدعوى وعدم توقيع العقاب عليه .

وقد نص المشرع الجزائري على أسباب الإباحة بموجب نص المادة 39 من

قانون العقوبات وبالتالي يمكن استتباط الدفع المتعلقة بأسباب الإباحة من نص المادة

وهي على التوالي :

\_ الدفع بتوافر الدفاع الشرعي كأن يدفع المتهم بأن جريمة القتل المرتكبة من

طرفه كانت بسبب قيام الضحية بمحاولة الإعتداء عليه بالسكين .

<sup>1</sup> محمد فاروق النبهان , المرجع السابق , ص 52 .

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

\_ الدفع بوجود إذن القانون كأن يدفع المالك بأن سبب وفاة خصمه كانت داخل الحلبة في إطار ما أذن له القانون من ممارسة لعبة الملاكمة<sup>1</sup> .

وعلى ذلك سنأتي إلى تقسيم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث نتولى في كل مبحث منها توضيح كل دفع من الدفع الثلاثة على حدى وبيان شروط كل منها .

## المبحث الأول

### الدفع بتوافر الدفاع الشرعي

---

<sup>1</sup> يذهب غالبية الفقه في فرنسا ومصر إلى اعتبار الدفع بالحقيقة في جريمة القذف سببا من أسباب الإباحة يترتب عليه منع متابعة المتهم , إستنادا في ذلك إلى حق كل مواطن في كشف عورات من يتصدى للعمل العام , فأسباب الإباحة تقوم على فكرة الترجيح بين حقين وتغليب أحدهما على الآخر , فتحقيق مصلحة المجتمع في رقابة حاملي لواء الصفة العامة أهم وأرجح من حق الفرد في حماية شرفه ؛ عمر سالم , الدفع بالحقيقة في جريمة القذف ضد ذوي الصفة العمومية دراسة مقارنة , دار النهضة العربية , القاهرة , الطبعة الأولى , سنة 1995 , ص 17 .



1 حق الدفاع الشرعي هو حق شخصي بحت وقد وجد هذا الحق قبل وجود الدولة وهو يشكل الحد الأدنى من الحقوق العامة للأفراد ، فهناك توافق بينه وبين مساندة الدولة في أداء وظيفتها <sup>2</sup> .

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

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

---

<sup>1</sup> فقد عرف هذا الحق منذ أيام الرومان ، فكان سببا من أسباب امتناع المسؤولين الجزائية والمدنية ثم انتقل إلى التشريع الفرنسي القديم بوصفه سببا مانعا للعقاب في بعض الأحيان عند الحصول على خطاب بالغفران ، وفي أول تشريع للثورة الفرنسية أصبح سببا من أسباب الإباحة ؛ رؤوف عبيد ، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي ، المرجع السابق ، ص 443.

<sup>2</sup> خلود سامي عزارة آل معجون ، النظرية العامة للإباحة ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه ، إشراف الدكتورة فوزية عبد الستار ، جامعة القاهرة ، 1984 ، ص 288 .

<sup>3</sup> حق الدفاع الشرعي من الحقوق التي لا تحتاج إلى تحقق صفة خاصة في الإنسان لأنه من الحقوق التي تنقرر لكافة الأفراد دون اقتضاء وجود أي شرط معين ، على عكس باقي أسباب الإباحة الأخرى كحق التأديب الذي يشترط وجود صفة الزوج وحق ممارسة الأعمال الطبية يشترط صفة الطبيب ، وبذلك تتجلى التفرقة بين الواقعة التي تنشئ الحق وتكون سببا لقيامه وبين صلاحية وأهلية الشخص لكسب الحق ؛ عثمان سعيد عثمان ، المرجع السابق ، ص 188 و 189 .

<sup>4</sup> Batya sierpiski ، La legitime defense en droit international ، page 79 .

فالحكمة من هذا الحق أن يحمي الإنسان نفسه من الخطر الفوري في وضع لا يسمح للسلطات بالتدخل للحماية , فلا يعقل أن يتعرض الإنسان لخطر الإعتداء على الحياة أو المال قد يؤدي هذا الإعتداء بحياته أو ماله و ينتظر حتى يبلغ السلطات بذلك , فلا مناص من الرد الفوري لدرء الإعتداء <sup>1</sup> .

والدفاع الشرعي هو سبب من أسباب الإباحة يسري في كل الجرائم التي تقع دفعا للخطر , وليس الهدف منه تخويل المعتدى عليه سلطة توقيع العقاب على المعتدي أو الإنتقام منه وإنما هدفه مجرد منع ارتكاب الجرائم أو منع التماذي فيها بمواصلة الإعتداء <sup>2</sup> .

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

## المطلب الأول

### تعريف الدفع بتوافر الدفاع الشرعي

<sup>1</sup> محمد علي السالم عياد الحلبي , المرجع السابق , ص114 .

<sup>2</sup> عدلي خليل , المرجع السابق , ص10 .

الدفاع الشرعي هو استعمال القوة اللازمة لدرء خطر حال من جريمة على

النفس أو المال عند عدم وجود وسيلة أخرى لصدّه , وتعذر الإلتجاء إلى السلطات

العامة للحيلولة دون الخطر الحال <sup>1</sup> .

وعرف أيضا بأنه استعمال القوة اللازمة لصد خطر حال غير مشروع يهدد

بالإيذاء حقا يحميه القانون <sup>2</sup> .

وقد نص المشرع الجزائري على الدفاع الشرعي كسبب من أسباب الإباحة تحت

عنوان الأفعال المبرّرة من خلال نص المادتان 39 و 40 من قانون العقوبات <sup>3</sup> .

ومن خلال نص المادتان يمكن استخلاص القول بأن الدفاع الشرعي هو حق

إستعمال القوة اللازمة لرد الإعتداء الحال لمصلحة المدافع عن ماله أو نفسه أو مال

الغير أو نفس الغير <sup>4</sup> .

والدفاع الشرعي من الأفعال المبررة ترتب إخلاء ساحة المتهم من المتابعة طبقا

لمبدأ الشرعية عكس الأعدار المعفية التي تعفي من العقوبة ولا تمحو الجريمة ولا

تنفي المسؤولية عن فاعلها <sup>1</sup> .

---

<sup>1</sup> أكرم نشأت إبراهيم , المرجع السابق , ص 149 .

<sup>2</sup> محمود نجيب حسني , شرح قانون العقوبات القسم العام , دار النهضة العربية , القاهرة , الطبعة السادسة , سنة 1989 , ص 187 .

<sup>3</sup> ونجد كذلك قانون العقوبات الكندي نص على الدفاع الشرعي من خلال المادة 34 منه ؛ , code criminal le ministere de la justice , article 34 .

<sup>4</sup> عبد الله سليمان , المرجع السابق , ص 129 .

أما الدفع بتوافر الدفاع الشرعي هو من الدفوع الموضوعية لأنه يتطلب تحقيقا

لإثباته ، وتدخل في تصور الوقائع وتقدير الأدلة المقدمة إما إثباتا أو نفيًا <sup>2</sup> ، فهو من

الدفوع المستمدة من قانون العقوبات ومن أكثرها شيوعا في الجانب العملي <sup>3</sup> لأنه

يعالج الإعتداء على النفس أو المال <sup>4</sup> وهي من الحقوق المحمية دستورا لكثرة وجود

الجريمة في هذا الجانب .

فيرتب الدفع به وفقا للشروط المحددة له إباحة فعل الدفاع ، ويستفيد من هذه

الإباحة كل من ساهم في فعل الدفاع سواء كانت مساهمته أصلية أم تبعية <sup>5</sup>.

وبما أنه من الدفوع الموضوعية فينبغي إثارته أمام محكمة الموضوع حتى تلتزم

بالرد عليه وذلك قبل تمام المرافعات إما أمام محكمة أول درجة أو لأول مرة أمام

محكمة الاستئناف ولا ينبغي أبدا إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض .

ويمكن إثارته كذلك أمام قاض ي التحقيق لأول مرة ، والسكوت عنه في هذه

المرحلة لا يمنع إثارته لأول مرة أمام محكمة أول درجة وهي ملزمة بإجابته والرد عليه

إذا تمسك به مثيره .

---

<sup>1</sup> المجلة القضائية للمحكمة العليا ، العدد الأول ، سنة 2003 ، ص 398 .

<sup>2</sup> رؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص 490 .

<sup>3</sup> إيهاب عبد المطلّب ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص 398 .

<sup>4</sup> أما الشريعة الإسلامية فقد أقرت الدفاع عن العرض صراحة في حالة الزوج المتلبسة زوجته بالزنا ، بالإضافة إلى إقرار هذا الحق للأب والأخ ، وفي حالة قتل الزوجة المتلبسة يكون من قبيل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ؛ محمد سيد عبد التواب ، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ، عالم الكتب ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 1983 ، ص 177 و 178 .

<sup>5</sup> عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 600 .

## المطلب الثاني

### توافر شروط الدفاع الشرعي القانونية

إن الدفع بتوافر الدفاع الشرعي يتطلب شروطا محددة في فعل الدفاع وشروط متعلقة بالعدوان نأتي إلى بيانها ولو بإيجاز على اعتبار أن أي حكم أو قرار أسس على وجود حالة دفاع شرعي عليه أن يبين شروطه , وقد بينت المحكمة العليا ذلك في قرار لها صادر في 23/09/2003 تحت رقم : 316770 على أن اعتبار المتهم في حالة دفاع شرعي دون مناقشة شروطه مع الاكتفاء بسبب الضرورة الملحة دون تبريرها يجعل من قرار غرفة الاتهام مخالفا للقانون<sup>1</sup> , سنتولى توضيح هذه الشروط في الفرعين التاليين :

#### الفرع الأول : شروط العدوان

---

<sup>1</sup> المجلة القضائية , العدد الأول , سنة 2003 , ص 436 .

ويقصد بها الشروط التي يتطلبها القانون في الخطر الذي يهدد المعتدى عليه ,

لا في الفعل الذي يصدر عنه هذا الخطر<sup>1</sup> , فيقوم الدفاع الشرعي إذا كان هناك فعل

يشكل خطراً محتملاً على مصلحة يحميها القانون سواء كان هذا الفعل إيجابياً أو

سلبياً<sup>2</sup> , على أن يكون الخطر حالاً<sup>3</sup> كما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 39

من قانون العقوبات بقوله : " الضرورة الحالة " , والخطر الحال هو الخطر وشيك

الوقوع المتوقع حدوثه حسب المجرى العادي للأمر , ويكون كذلك في حالة وقوع

الإعتداء و استمراره , وعدم انتهائه بعد , كفعل الدفاع الذي يكون في مواجهة السارق

الذي لم يتم سرقة بعد وكان قد بدأ فيها .

وقد يكون العدوان أو الخطر حقيقياً كما يمكن أن يكون تصوُّراً ولكن لأسباب

جدية , فيكتفى أن يكون خطر الإعتداء ماثلاً في ذهن المدافع وقت الإعتداء ولو ثبت

فيما بعد أن ما تصوّره المدافع منافي للواقع , بشرط أن يكون التَّخَوُّف مبنياً على

أسباب جدية , فالتَّخَوُّف من الخطر الحال يكفي للدفاع الشرعي<sup>4</sup> .

---

<sup>1</sup> محمود نجيب حسني , المرجع السابق , ص 186 .

<sup>2</sup> فالأصل أن ينشأ الخطر عن فعل إيجابي , ولكن يمكن أن نتصوّر نشوء الخطر عن فعل سلبي عن طريق الإمتناع , كأن تمتنع المرأة عن إرضاع طفلها ليهلك , فيجوز إرغامها على الإرضاع كرد فعل هذا الفعل . محمود نجيب حسني المرجع السابق , ص 187 .

<sup>3</sup> حسن ربيع , شرح قانون العقوبات المصري القسم العام , الكتاب الأول , النظرية العامة للجريمة , مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح , 2002 , ص 418 .

<sup>4</sup> للتعمق أكثر , رؤوف عبيد , مبادئ القسم العام من التشريع العقابي , المرجع السابق , ص 447 إلى 451 .

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

ويترتب على شروط العدوان عدة نتائج يمكن تلخيصها <sup>1</sup> فيما يلي :

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

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

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

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

---

<sup>1</sup> للتفصيل أكثر , رؤوف عبيد , شرح قانون العقوبات القسم العام , المرجع السابق , ص 453 .

## الفرع الثاني : شروط فعل الدفاع

في الأصل أن فعل الدفاع هو جريمة مكتملة الأركان لكن توافر شروط العدوان المبينة آنفاً , يخوّل للمعتد على عليه إستعمال القوة اللازمة لدرء الخطر , ففعل الدفاع هو الآخر يشترط فيه شرطان أساسيان اللزوم والتناسب<sup>1</sup> .

ويكون فعل الدفاع لازماً إذا لم تكن لديه أي وسيلة أخرى مشروعة لرد الخطر سوى استعمال الفعل الذي يعد جريمة , مع الإشارة إلى أن القانون لم يلزم الأشخاص أن يكونوا جنباء بمعنى أنه إذا كان للمعتدى عليه إمكانية الهرب عوضاً عن فعل الدفاع فلا يسأل أبداً عن استطاعته ذلك من عدمها فالأصل أنه لا يجبر أحد على إتيان فعل يحط من قدره<sup>2</sup> .

ولا يكفي أن يكون فعل الدفاع لازماً بل يجب أن يكون متناسباً مع الخطر المحقق أي أن يكون فعل الدفاع بنفس الخطورة التي يتضمنها فعل الخطر , ويرجى تقدير هذا التناسب إلى قاض الموضوع , وذلك بحسب الواقعة والظروف المحيطة بها.

وقد أثارَت مسألة الدفاع بالوسائل الآلية إشكالا حول اعتبارها كوسيلة من وسائل الدفاع الشرعي , كوضع الفخاخ في حديقة المنزل أو توصيل التيار الكهربائي إلى الخزانة التي تحتوي على الأموال والمجوهرات , فقد يبدو أن هذه الوسائل لا

<sup>1</sup> عمر السعيد رمضان , شرح قانون العقوبات القسم العام , الجزء الأول , دار النهضة العربية , القاهرة , سنة 1995 , ص 508 .

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



يعتبر الخطر فيها حالا وإنما هو خطر إحتمالي , لكن في واقع الأمر أن هذه الوسائل أو الآلات لا تعمل إلا إذا بدء فعل الإعتداء , وبالتالي فيمكن اعتبارها افعال دفاع بشرط أن يتناسب فعل الإعتداء مع الأذى الذي تتسبب فيه الآلات <sup>1</sup> .

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

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

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

وحتى يكون الدفع بتوافر الدفاع الشرعي منتجا في الدعوى وتلتزم المحكمة

بالرد عليه إما قبولاً أو رفضاً عند تسبب الحكم , يثار هذا الدفع بإحدى الطريقتين <sup>2</sup> :

<sup>1</sup> عمر السعيد رمضان , المرجع السابق , ص 503 .

<sup>2</sup> رؤوف عبيد , المرجع السابق , ص 490 و 491 .

أولاً : أن يقدم الدفع بشكل صريح بحيث لا يثير أي التباس حول إثارته ولا

نعني بالصراحة وجوب ذكر وجود الدفاع الشرعي بصريح العبارة وإنما يكفي التمسك

به وعدم التنازل عنه لا صراحة ولا ضمناً , فقول المتهم بأنه كان يرد اعتداءً وقع

عليه من المجني يفيد التمسك الصريح بالدفع بوجود حالة دفاع شرعي .

وتتولى المحكمة الحكم بالبراءة سواء إعترف المتهم بالجرم أم نكر ذلك مثل

ماذهبت إليه محكمة النقض المصرية في قرار لها صادر سنة 1942 .

ثانياً : إذا لم يقدم الدفع بشكل صريح لكن وقائع الدعوى تؤدي بوجود حالة

الدفاع الشرعي فبالرغم من كونه دفع موضوعي إلا أنه من الدفع الجوهرية , بحيث

يؤدي بالمحكمة إلى البحث في مدى توافره إذا كانت الوقائع ومادار في المرافعات في

الجلسة ينبئ بتوافره فتلزم المحكمة بإثارته ولو لم يثره أطراف الدعوى وكان المتهم

منكر لإرتكابه الوقائع , وذلك يضطرنا إلى التكلم عن مدى تعلق الدفاع الشرعي

بالنظام العام لأن الدفع المتعلقة بالنظام العام تثيرها المحكمة من تلقاء نفسها ولو لم

يثرها الخصوم ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا .

### المطلب الثالث

#### تعلق الدفع بتوافر الدفاع الشرعي بالنظام العام

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

لكن الدفع المتعلق بالنظام العام يمكن إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى

ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا , وهي خاصة لا يتمتع بها الدفع بتوافر الدفاع

الشرعي على الرغم من جوهرية الدفع وتأثيره في الدعوى , كما ذهب إلى ذلك

المحكمة العليا حول تأثير الدفاع الشرعي ونقضت الحكم الذي يناقض السؤال الرئيسي

المتعلق بالإدانة مع السؤال الخاص المتعلق بحالة الدفاع الشرعي بموجب القرار

الصادر في 27 مارس 1990 من الغرفة الجنائية الأولى في الطعن رقم 164901<sup>1</sup> .

---

<sup>1</sup> جيلالي بغدادي , الإجتهد القضائي في المواد الجزائية , الجزء الثاني , الديوان الوطني للأشغال التربوية , الطبعة الأولى , 2001, ص72 .

فهو من الدفوع المتعلقة بمصلحة الخصوم والتي لا يمكن إثارتها لأول مرة أمام المحكمة العليا ، وإذا تعرّضت له المحكمة من تلقاء نفسها فلأن التطبيق السليم للقانون وإنزال التكييف الصحيح لكل واقعة يتطلب ذلك <sup>1</sup> .

فالدفع بتوافر الدفاع الشرعي هو من الدفوع الجوهرية التي لا تتعلق بالنظام العام <sup>2</sup> .

### المطلب الرابع

#### رقابة المحكمة العليا على الدفع بتوافر الدفاع الشرعي

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

<sup>1</sup> إيهاب عبد المطلب ، المرجع السابق ، ص 393 .

<sup>2</sup> مجدي محمود محب حافظ ، المرجع السابق ، ص 555 .

## الفرع الأول : رقابة المحكمة العليا على موضوع الدفاع الشرعي

سبق القول بأن الدفع بتوافر الدفاع الشرعي هو مسألة موضوعية يخضع تقدير

وجودها لقاضي الموضوع<sup>1</sup> دون سواه<sup>2</sup> في البحث في توافر أركان الدفاع الشرعي

من عدمها , بينما المحكمة العليا هي محكمة قانون لا وقائع فلا يمكنها القول

بحصول اعتداء على المتهم بفعل يشكل جريمة على نفسه أو ماله أو عدم حصول

ذلك , وعن لزوم القوة لرد الإعتداء أو عدم لزومها , وعن إمكانية اللجوء للسلطات

قبل القيام بفعل الدفاع , فكل هذه المسائل تخضع لتقدير محكمة الموضوع<sup>3</sup> , لكن

المحكمة ملزمة بتسبب ييب الحكم الذي يقضي بقبول الدفع بالدفاع الشرعي أو عدم قبول

الدفع , ناهيك عن وجوب التطرق لهذا الدفع كما ذهبت إليه في قرارها الصادر في

29 ماي 1984 بقولها : متى كان من المقرر قانونا أن القرار الذي لم يتصدى للدفع

بتوافر حالة الدفاع الشرعي عن النفس لا بالرفض ولا بالقبول يكون مشوبا بالقصور

في التسبب ومنتهاك لحقوق الدفاع , ولما كان الثابت أن المتهم الطاعن تمسك بحالة

الدفاع الشرعي عن النفس أمام قاضي محكمة الدرجة الأولى وكذلك أمام قضاة

المجلس القضائي , غير أنهم لم يستجيبوا لدفعه لا برفضه ولا بقبوله وقضوا عليه

بالإدانة دون تصديهم لوسائل دفاعه فإنهم بإغفالهم هذا انتهكوا حق الدفاع وحسن

<sup>1</sup> وقد ذهبت المحكمة العليا إلى القول بأن مسألة الدفاع الشرعي لا يمكن الفصل فيها سوى من طرف جميع أعضاء المحكمة , ويخترق القانون الحكم القاضي بإستبعاد المحلفين للإجابة على السؤال المتعلق بمسألة الدفاع الشرعي , قرار في 6 جانفي 1970 , نشرة القضية 1 / 1970 , ص 52 .

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

<sup>3</sup> رؤوف عبيد , المرجع السابق , ص 493 .

سير العدالة<sup>1</sup> , وبما أن المحكمة ملزمة بتسبب حيب الحكم وبيان الأسباب والأدلة التي أدت بها إلى إجابة الدفع والأخذ به أو عدم الأخذ , فرقابة المحكمة العليا تتجلى في البحث حول صحة الدليل المعتمد من طرف المحكمة في أخذها أو رفضها لوجود حالة الدفاع الشرعي .

### الفرع الثاني : رقابة المحكمة العليا على الجانب القانوني للدفاع الشرعي

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

وفي حالة عدم الإستجابة للدفع تتولى مراقبة سبب ذلك كأن يطلب قاضي الموضوع في الإعتداء أن يكون جسيما مع أن القانون لا يتطلب ذلك , أو إذا بحث في إمكانية هرب المتهم مع أن القانون لا يلزم الأشخاص أن يكونوا جبناء , أو أن يتطلب فعل الدفاع أن يكون على النفس دون نفس الغير<sup>2</sup> , ففي هذه الحالة يكون الحكم قد أخطأ في تكييف الواقعة بإضافة شروط أو إنقاص شروط لفعل الدفاع , فيكون بذلك الحكم المطعون فيه مخالف للقانون بإمكان المحكمة العليا نقضه بناء على نص

<sup>1</sup> نواصر العايش , تقنين العقوبات , مطبعة عمار فرقي , باتنة , 1991 , ص 23 .

<sup>2</sup> رؤوف عبيد , المرجع السابق , ص 495 و 496 .

المادة 500 من قانون الإجراءات الجزائية , فالمسائل القانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا<sup>1</sup> .

ومن أمثلة هذه الرقابة القانونية ما ذهبت إليه المحكمة العليا من خلال قرار صادر في 10 نوفمبر 1987 رقم 1005 إلى أن القرار المطعون فيه لم يشخص ضرورة الدفاع المشروع عن النفس وبذلك يكون الوجه المثار في الشأن مؤسس , وفعلا فمجلس قضاء جيجل لا يذكر في قراره المطعون فيه وجود الخطر المحدق مما يجبر المتهم أن يدافع عن نفسه ولا يكون تصدي هذا متناسبا وجسامة الإعتداء , وعليه فالوجه مؤسس<sup>2</sup> .

---

<sup>1</sup> إيهاب عبد المطلب , المرجع السابق , الجزء الأول , ص 395 .

<sup>2</sup> نواصر العايش , المرجع السابق , ص 23 و 24 .

## المبحث الثاني

### الدفع بتنفيذ أمر القانون

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

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

فالدفع بوجود هذا الأمر ينفي عن الفعل صورته الإجرامية لأنه من غير المعقول أن يأمر القانون بإتيان فعل أو أن يأمر بتنفيذ أمر ثم يعاقب مرتكبه , لذلك



فإن هذا الدفع يعتبر من الدفع الهامة التي تؤثر في الركن الشرعي للجريمة وتتسبب بهدمه وبالتالي نفي الجريمة لوجود سبب من أسباب الإباحة .

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

## المطلب الأول

### تعريف الدفع بتنفيذ أمر القانون

نص المشرع الجزائري على هذا الدفع ضمن نص المادة 39 من قانون العقوبات على أنه لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر به القانون , دون وجود أي توضيحات أخرى<sup>1</sup> خاصة ما تعلق منها بأمر القانون وترك بذلك للفقهاء والقضاء إمكانية تفسير وتقدير الحالات التي تدخل ضمن أمر القانون .

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

<sup>1</sup> نبيل صقر , المرجع السابق , ص 278 .

كما قد يكون أمر القانون في شكل أمر من رئيس إلى مرؤوسه <sup>1</sup> فيلزم القانون

هذا الأخير إطاعة الأوامر , بل إن عدم الإلتزام بها يشكل جريمة , ومن أمثلة ذلك أن

يقوم الموظف <sup>2</sup> بتنفيذ حكم الإعدام , ولا يعتبر هذا التنفيذ جريمة قتل , كما أن الأمر

بتفتيش المنزل الصادر عن وكيل الجمهورية لا يعتبر انتهاكا لحرمة المنزل , أو تنفيذ

الأمر بالقبض من طرف القوة العمومية لا يعتبر إنتهاكا للحرية الشخصية .

أما الدفع بتنفيذ أمر القانون هو من الدفع الموضوعية التي تتطلب من قاضي

الموضوع البحث في توافرها خاصة أمام عدم تحديد المشرع لهذه الأوامر , فيبقى

تكيف التصرفات على أنها أوامر قانونية أمر متروك لسطة تقدير قاضي الموضوع ,

فيقوم بالبحث و التأكد من صحة هذه الأوامر خاصة إذا صدرت في شكل مكتوب

كالأمر بالتفتيش , والبحث حول مراعات منفذ الأمر للشروط القانونية المرتبطة بتنفيذ

الأمر .

فالدفع بتنفيذ أمر القانون هو من الدفع التي تؤثر في الركن الشرعي للجريمة

وتعتبر سببا من أسباب الإباحة نظرا لنص المشرع على أنه لا جريمة تنفيذا لأمر

القانون.

---

<sup>1</sup> ويحكم أمر الرئيس عناصر يجب أن تتوفر فيه وهي وجود العلاقة الوظيفية وان تكون عبارة الامر متضمنة أمرا أو نهيا أو تحذيرا وأن يكون مصدر الأمر مختصا بإصداره وأن يكون متلقي الأمر مختصا بتنفيذه قانونا . للتفصيل أكثر , اسحق إبراهيم منصور , ممارسة السلطة وأثرها في قانون العقوبات , ديوان المطبوعات الجامعية , الجزائر , 1983 , ص 102 .

<sup>2</sup> أما إذا اعتقد الموظف بأن عمله قانوني وقد جاء وفقا لما أمر به وهو في حقيقته غير ذلك , فإن اعتقاده لا يكفي لتكوين سبب للإباحة , لأن هذه الأخيرة \_ أسباب الإباحة \_ موضوعية تقوم على عناصر تتوفر في الواقع لا على وهم يسيطر على شخص المتهم . محمود نجيب حسني , شرح قانون العقوبات , المرجع السابق , ص 247 .

ولا يعتبر تنفيذ أمر القانون من الأعدار القانونية بل سبب إباحة , وليس كما أخطأت فيه المحكمة العليا في اعتبار أن تنفيذ الموظف لأوامر غير قانونية لا يدخل ضمن الأعدار القانونية , مما يفهم منه العكس أن تنفيذ الموظف لأوامر قانونية يدخل ضمن الأعدار القانونية وهو منافي لما نص عليه المشرع بصريح العبارة في اعتبار أمر القانون سبب من أسباب الإباحة وليس عذر قانوني , وهذا القرار صادر بتاريخ 30 جوان 1981 في نشرة القضاء لسنة 1989 / 44 ص 99<sup>1</sup> .

---

<sup>1</sup> نواصر العايش , المرجع السابق , ص 64 .

## المطلب الثاني

### شروط الدفع بتنفيذ أمر القانون

الدفع بتنفيذ أمر القانون من الدفوع الموضوعية التي يشترط فيها شروط هي

نفس الشروط العامة للدفوع الموضوعية تأتي على بيانها فيما يلي :

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

حتى ينتج هذا الدفع آثاره المرجوة منه , ينبغي إثارته أمام محكمة الموضوع

حتى تلتزم بالرد عليه , فمجرد إثارته أمام قاضي التحقيق لا يلزم محكمة الموضوع

بإثارته من تلقاء نفسها .

فلا يمكن للمحكمة العليا الرقابة على وجود أمر القانون إذا لم يثر أمام

المحكمة أو المجلس لأول مرة كدرجة ثانية للتقاضي , فقاضي الموضوع ملزم بالتطرق

لهذا الدفع في حالة إثارته كما ذهبت إلى ذلك المحكمة العليا في قرارها رقم 30459

بتاريخ 16 / 10 / 1984 عندما اعتبرت القرار المطعون فيه قاصر في التسبب كون

القضاة فصلوا في الدعوى بالإدانة دون التحقق من مسؤولية الطاعن كونه إدعى دوماً بكونه تلقى تعليمات من رئيسه فنفذها بإعتباره تابعاً له<sup>1</sup> .

### الفرع الثاني : أن يثار الدفع بشكل صريح وجازم

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

### الفرع الثالث : أن يقدم الدفع قبل إقفال باب المرافعات

كغيره من الدفوع الشكلية والموضوعية فينبغي أن يقدم الدفع بأمر القانون قبل أن يقفل باب المرافعات ووضع القضية للفصل فيها من طرف قاضي الموضوع , فأقفال باب المرافعة يعني أن المحكمة قد استجمعت صورة كاملة للدعوى<sup>2</sup> , فهذا لا يعني أنه بعد صدور الحكم لا يمنع المحكوم عليه بعد صيرورة الحكم نهائي أن يقدم طلب بإعادة النظر في الدعوى من جديد وفي الحالات المنصوص عليها في المادة

<sup>1</sup> المجلة القضائية , قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا , العدد الأول , 1990 , ص 290 .

<sup>2</sup> مجدي محمود محب حافظ , المرجع السابق , ص 533 .

531 من قانون الإجراءات الجزائية , كما ذهبت إليه كذلك قرار المحكمة العليا

الصادر في 5 يناير 1982<sup>1</sup> .

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

يؤدي الدفع بأمر القانون إلى انتفاء الركن الشرعي للجريمة , فالطلب أو

الإلتماس الأخير بعد تمام المرافعات هو براءة المتهم , فيعدّ تنازلا ضمنيا عن الدفع

بوجود أمر القانون طلب أو إلتماس التخفيف كطلب أصلي في الدعوى في حالة

مناقشة وجود الأمر أثناء المرافعات .

فهذه صورة من صور التنازل الضمني العديدة والتي تفهم من خلال المرافعات

ومادار في الجلسة من أوجه دفاع , فالتنازل سواء كان صرحا أم ضمنيا يؤدي إلى

عدم الأخذ بهذا الدفع وعدم مناقشته من طرف قاض الموضوع .

---

<sup>1</sup> جيلالي بغدادي , المرجع السابق , ص 27 .

### المطلب الثالث

#### تعلق الدفع بتنفيذ أمر القانون بالنظام العام

إن الدفع بتنفيذ أمر القانون شأنه شأن سائر أسباب الإباحة في تعلقه بمصلحة الخصوم , فهو لا يعتبر من الدفع المتعلقة بالنظام العام<sup>1</sup> , لأن من شروطه وجوب التمسك به من طرف مبدية , فالبحث في وجود أمر القانون وعدمه وصحة هذا الأمر يحتاج إلى الدخول في الموضوع والبحث في مدى إسقاط ذلك على الوقائع المتابع بها , فعند دفع رجل الأمن بوجود إذن بتفتيش المنزل يحتم على القاضي الدخول في الموضوع والبحث في مدى صحة هذا الأمر والتأكد من أنه خاص بالمنزل المراد تفتيشه وأنه صادر في التاريخ المحدد له , فلا يجوز لرجل الضبطية إستغلال أمر بالتفتيش سابق التاريخ أو خاص بمنزل آخر قصد الإضرار بغريمه .

---

<sup>1</sup> إيهاب عبد المطلب , المرجع السابق , ص 455 .

فلا يمكن إثارة الدفع بوجود أمر القانون لأول مرة أمام المحكمة العليا لما

يتطلبه ذلك من بحث في الموضوع كما أسلفنا الذكر .

### المبحث الثالث

#### الدفع بوجود إذن القانون

إن إباحة بعض الأفعال بعد تجريمها لفئة معينة من الأشخاص إستعمالاً لحق

مقرر في القانون ضرورة حتمية لتحقيق التوازن بين قواعده , فلا يعقل أن يقرر

القانون بمفهومه الواسع حقاً ثم يعاقب على إستعماله <sup>1</sup> , فحق التأديب من الحقوق

المسلم بها كتأديب المعلم للمتعلم أو تأديب الأب لإبنه و الزوج لزوجته لما يقرره

الشرع والعرف من فائدة نفسية و اجتماعية لهذا التأديب , والحق في الإستطباب حفاظاً

على سلامة الجسد من المسلمات كذلك فالمساس بجسد المريض من طرف الطبيب

عن طريق إجراء العمليات ونزع الأعضاء وزراعتها وبتراها من الأمور والأفعال التي

---

<sup>1</sup> أحمد شوقي عمر أبوظهرة , شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة , النظرية العامة للجريمة , الجزء الأول , دار النهضة العربية , القاهرة , سنة 1989 , ص 312.



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

فكل هذه الأفعال وغيرها من الأفعال الأخرى ممكنة الحدوث وبحسب تقبل العرف لها تدخل ضمن حالات سماها المشرع الجزائري بإذن القانون أسوة بالمشرع الفرنسي , وسماها المشرع المصري بإستعمال الحق ونص عليها كذلك المشرع العراقي في المادة 41 من قانون العقوبات وأطلق عليها كذلك لفظ إستعمال الحق , فأغلب التشريعات نصت على إذن القانون نظرا لما يتطلبه السير الحسن للقوانين من وجود هذه الأدونات وبورود كلمة قانون في هذا الدفع يستفاد منها تأثيره على الركن الشرعي للفعل فهو من الدفع الهامة التي يمكن أن تجد لها إستجابة في حالة إثارتها لمساسها بحق ممارسة الفعل وعدم تعارض هذا الحق مع مصالح الأفراد .

ونظرا لأهمية هذا الدفع إرتأينا دراسته وذلك بالتطرق إلى تعريفه وبيان حالاته

ثم مدى تعلقه بالنظام العام ضمن المطالب التالية :

## المطلب الأول

### تعريف الدفع بوجود إذن القانون

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

فإذا أذن القانون للفرد القيام بفعل هو في حقيقته جريمة دون وجود الإذن , قيامه بذلك لا يعتبر فعلا مجرما , وبإمكانه أن يدفع بوجود إذن القانون وتوضيح هذا

الإذن عند مساءلته عن ذلك , فمن غير المنطقي أن يقرر المشرع حقا ثم يعاقب على استعماله<sup>1</sup> .

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

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

1 - إذن القانون للموظف العام ب استعمال سلطة تقديرية عند مباشرة عمله :

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

2 - إذن القانون بممارسة أحد الحقوق المستمدة منه :

<sup>1</sup> عمر السعيد رمضان , المرجع السابق , ص 477 .

وهذه الأدونات تحتاج إلى إدراجها ضمن أطر حتى يمكن حصرها لأنها مستمدة

من القواعد القانونية وقواعد الشريعة والعرف والعادات , وتتمثل فيما يلي :

### حق ممارسة الأعمال الطبية

ويقصد بها الأساليب التي يقرها علم الطب في سبيل الوقاية من الأمراض

وتشخيصها وعلاجها <sup>1</sup> , فبالرغم من المساس الذي يتسبب به عمل الطبيب على جسم

المريض إلا أنه عمل مباح <sup>2</sup> , لأن العلة من إباحة العمل الطبي المحافظة على الجسد

من الأمراض , ولا يباح هذا العمل إلا لمن كان مرخصا له ذلك ويكون الهدف منه

---

<sup>1</sup> عمر السعيد رمضان , المرجع السابق , ص 488 .

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

العلاج , فلا يمكن ممارسة أي عمل طبي على سبيل التجربة , أولإعفاء شخص من أداء الخدمة الوطنية أو لمجرد الإنتقام , فيعتبر الطبيب مسؤولاً عن فعله عمدا<sup>1</sup>.

### حق ممارسة الأعمال الرياضية

هو من الحقوق التي قررها العرف ثم شجعت الدولة استعمالها<sup>2</sup> فيبيح القانون ممارسة هذه الألعاب و ما ينتج عنها من أعمال ضرب أو عنف قد تحصل أثناء ممارستها بشرط احترام اللاعب شروط وقوانين اللعبة وعدم الخروج عنها .

وقد شجعت الدولة ممارسة الألعاب ورصدت من أجلها الأموال واعترفت بالهيئات التي تقوم على رعايتها لأن هذا الحق لا يهدر مصلحة الجسم بل تصونه باعتبار أنها تقويه وهو الأثر الغالب عليها<sup>3</sup> .

### حق التأديب

هو من الحقوق المستمدة من الشريعة الإسلامية<sup>4</sup> من قوله تعالى : ﴿ وَاللّٰتِي تَخَافُونَ نَشْوَزَهُنَّ فَعُظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِى الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَاِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا

<sup>1</sup> نفس المرجع , ص 179 .

<sup>2</sup> عمر السعيد رمضان , المرجع السابق , ص 487 .

<sup>3</sup> محمود نجيب حسني , شرح قانون العقوبات , المرجع السابق , ص 187 .

<sup>4</sup> أحمد شوقي عمر أبو خطرة , المرجع السابق , ص 318 .

عليهن سبيلا إن الله كان عليا كبيرا ﴿١﴾ وقد أباحت التأديب لكن بعد الوعظ والهجر

في المضجع ثم يأتي الضرب أخيرا ، فلا يجوز للزوج الإحتجاج بوجود هذا الحق ليقوم

بضرب زوجته ضربا شديدا مبرحا ، فالضرب المباح هو الذي لا يترك أثرا في الجسم

2 .

ونجد كذلك حق تأديب الأب لابنه لقوله تعالى : ﴿يا أيها الذين آمنوا قوا

أنفسكم وأهليكم نارا ﴿٣﴾ أو تأديب المعلم لتلميذه <sup>4</sup> لكن بشرط أن يكون ضربا خفيفا لا

يسبب أي أثر أو عاهة للطفل ، فالأب لا يستطيع القيام على تربية أو تأديب أبنائه

إلا بالضرب فيكون هذا الضرب واجبا عملا بقاعدة " ما لا يتم الواجب إلا به فهو

واجب " <sup>5</sup> .

فكل هذه الحقوق تجيز لأصحابها التمسك بها في صورة دفع موضوعي لكن

ينبغي على من تمسك بها إظهار التزامه بشرط ممارسة الحق <sup>6</sup> أو إذن القانون وعدم

وعدم الخروج عنه ا وتجاوزه ا ، فلا يمكن التمسك بإذن القانون في تأديب الزوجة التي

---

<sup>1</sup> سورة النساء الآية 34 .

<sup>2</sup> إن منح هذا الحق للزوج لا ينقص من قدر المرأة ، فإن إشرافه على أعمالها بحيث يقومها إذا اعوجت فإن هذا يوفر النفع لهما معا دون أن يلحق بأي منهما نقصا أو تحقيرا ؛ علي حسن الشرفي ، النظرية العامة للجريمة ، القسم العام ، الجزء الأول ، أوان للخدمات الإعلامية ، صنعاء ، الطبعة الرابعة ، 2004 ، ص 183 .

<sup>3</sup> سورة التحريم ، الآية 06 .

<sup>4</sup> وقد جرى العرف على حق المعلم ضرب التلميذ لأنه بمثابة الأب وذلك لتأديبه ، إلا أن القانون يعتبر ذلك جرما معاقب عليه ؛ محمد علي سكيكر ، المرجع السابق ، ص 394 .

<sup>5</sup> علي حسن الشرفي ، المرجع السابق ، ص 186 .

<sup>6</sup> وشروط استعمال الحق هي : وجود الحق ، وكون الفعل وسيلة لاستعمال الحق ، والتزام حدود الحق ، وحسن النية ؛ وقد تم تفصيلها في كتاب محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، مرجع سابق ، من ص 164 إلى ص 170 .

تقدم شهادة طبية تثبت عجزها الدائم أو تقديم لاعب كرة القدم شهادة تثبت تعرضه للضرب بألة حادة .

## المطلب الثاني

### تعلق الدفع بإذن القانون بالنظام العام

الدفع بإذن القانون من الدفوع التي تتعلق بمصلحة الخصوم , فلا يتعلق هذا الدفع بالنظام العام<sup>1</sup> , إلا أنه يبق دفعا موضوعيا جوهرياً لأنه لو صح لتسبب في انتفاء الركن الشرعي للجريمة .

---

<sup>1</sup> إيهاب عبد المطلب , الموسوعة الجنائية الحديثة في الدفوع الجنائية , المرجع السابق , ص 469 .

فيتوجب إثارة هذا الدفع أمام محكمة الموضوع لأول مرة ويجوز إثارته أمام جهة

الإستئناف لأول مرة , حتى يستطيع صاحبه إثارته أمام المحكمة العليا , ولا يجوز

إثارته لأول مرة أمام هذه الأخيرة لأنه من الدفع الموضوعية التي تتطلب بحثا في

الموضوع خاصة وأن الحالات التي أذن بها القانون هي كثيرة ومستمدة من المصادر

المختلفة للقانون كالعرف والشريعة والعادات .

فالمحكمة العليا إذا لم تجد أثرا لهذا الدفع في أوراق الدعوى فإنها لن تتعرض

له حتى وإن كان دفعا جوهريًا يمكن أن يغير مسار الدعوى برمتها لأن لها أن تبحث

في التطبيق السليم فقط لحالات أسباب الإباحة وعن تسبب قاضي الموضوع لقبوله أو

رفضه هذا السبب وليس لها أبدا أن تقرّر وجوده أو عدم توافره .

غير أن محكمة الموضوع ملزمة بالبحث في هذا السبب من أسباب الإباحة إذا

كانت عناصره ثابتة في أوراق الدعوى ولم يثره أطرافها كونه من الدفع الجهرية ذات

الطبيعة الأولية من حيث الإجراءات<sup>1</sup> .

ومن ذلك نستطيع أن نستشف الشروط التي يجب أن تتوافر في هذا الدفع حتى

يمكن إثارته أمام المحكمة العليا باعتبارها الجهة العليا التي يؤول إليها الفصل

النهائي في الدعوى .

<sup>1</sup> مدحت محمد سعد الدين , نظرية الدفع في قانون الإجراءات الجنائية , رسالة دكتوراه , جامعة المنصورة , 2002 , ص 334 ؛ إيهاب عبد المطلب , المرجع السابق , ص 469 .



## المطلب الثالث

### شروط إثارة الدفع أمام المحكمة العليا

الدفع المتعلقة بالنظام العام على العموم لا تحتاج إلى أي شرط خاص حتى تثار أمام المحكمة العليا لأن بإمكان هذه الأخيرة إثارتها من تلقاء نفسها أو من الخصوم , وبما أن الدفع بإذن القانون من الدفع المتعلقة بمصلحة الخصوم فلا بد من أن يتوافر على مجموعة من الشروط الخاصة حتى يكون منتجا وفعالا في الدعوى , ونجد قرار للمحكمة العليا حول هذا الدفع بينت من خلاله تأثيره في الدعوى وذلك في قرار صادر بتاريخ 1984/06/26 رقم : 31720 ا جاء نصه : " ولما كان ثابتا أن الطاعن أذن له بموجب أمر من رئيس المحكمة للإحتفاض بابنه القاصر لمدة 15 يوما , فان قضاة الإستئناف بإدانتهم للطاعن والحكم عليه وفقا للمادة 318 من قانون العقوبات لم يكونوا على صواب في تطبيق هذا النص عليه , وكان لذلك نعيه على قرارهم بالوجه المثار من طرفه بالخطأ في تطبيق القانون مؤسسا وفي محله " <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> المجلة القضائية للمحكمة العليا , العدد الأول , سنة 1990 , ص 287 .

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

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

#### الفرع الأول : أن يثار الدفع في أوراق الدعوى

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

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

#### الفرع الثاني : أن يكون الدفع صريحا وجازما

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

#### الفرع الثالث : أن يقدم قبل إقفال باب المرافعة

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

#### الفرع الرابع : أن لا يتنازل عن هذا الدفع بعد إثارته

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

## الفصل الثاني

### الدفع بالقانون الأصلح

أسباب الإباحة هي من الدفوع الموضوعية التي يترتب عليها انتفاء الركن الشرعي أو النص القانوني ، ولكن ليست هي وحدها ما يؤثر في الركن الشرعي فهناك الدفع بوجود قانون أصلح للمتهم من النص القانوني المتابع به أو أن النص القانوني قد ألغي تماما ولم يعد ساري المفعول وبالتالي فإن الفعل وإن كان جريمة في وقت من الأوقات فقد أصبح مباحا عند محاكمة المتهم فلا فائدة للمجتمع من تطبيق النص القديم المعاقب مادام الفعل قد زالت خطورته في الوقت الحديث والمحاكمة تجري في الوقت الحالي <sup>1</sup> .

فالدفع بالقانون الأصلح مثله مثل الدفوع المتعلقة بأسباب الإباحة يهدف إلى السعي وراء مصلحة المتهم وتطلب تحقيق في الموضوع وتؤثر مباشرة على النص القانوني المتابع به المتهم .

ولفهم أكثر لهذا الدفع ينبغي إعطاء مفهوم دقيق له وبيان شروطه ومدى تعلقه بالنظام العام وذلك وفق التقسيم التالي :

## المبحث الأول

### مفهوم الدفع بالقانون الأصلح

---

<sup>1</sup> فإذا ألغى المشرع عقوبة أو خفضها فإن ذلك يعتبر بمثابة اعتراف منه بأن العقوبة السابقة ليست في صالح الأفراد و المجتمع وليس من العدل تطبيقها ؛ إيهاب عبد المطلب ، الموسوعة الجنائية في الدفوع ، المرجع السابق ، ص 512 .

يقتضي مبدأ الشرعية عدم العقاب على الفعل دون وجود نص قانوني وقت

ارتكابه , إلا أنه بالإمكان عدم الأخذ بهذا المبدأ وتطبيق نص قديم غير ساري

المفعول وقت ارتكاب الفعل , وهو ما يطلق عليه رجعية النصوص القانونية , وهذه

القاعدة مستمدة كذلك من مبدأ الشرعية<sup>1</sup> .

فنظرا لأهمية هذا المبدأ نجد له أثر في الدستور الجزائري من خلال نص المادة

46 منه على أنه لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرّم ,

وسايره في ذلك قانون العقوبات بموجب نص المادة 02 منه على أنه : " لا يسري

قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة".

نجد أن المشرع الجزائري وضع معيار الشدة في تطبيق النص الجنائي من حيث

الزمان , والمشرع المصري سمّاه بالقانون الأصلح وذلك تماشيا مع نص المادة

الخامسة من التشريع العقابي بنصها " ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم

فيه نهائيا قانون أصلح للمتهم فهو الذي يتبع دون غيره..."<sup>2</sup> , إلا أنه جرى العمل

على الأخذ بتسمية القانون الأصلح في مختلف شروحات القانون وهو ما تبيناه في

هذا الفصل .

<sup>1</sup> محمود نجيب حسني , شرح قانون العقوبات , المرجع السابق , ص 100 .

<sup>2</sup> قانون العقوبات المصري , المادة الخامسة .

وتقتضي هذه القاعدة عدم تطبيق القانون القديم الذي وقع فيه الفعل كونه أكثر

شدة بالنسبة للمتهم , وتطبيق القانون القديم الذي لم يعد ساري المفعول كونه أقل شدة .

فمسألة تحديد القانون الأصلح أو الأقل شدة مسألة موضوعية <sup>1</sup> تخضع لتقدير قاضي الموضوع دون سواه ولا أهمية لتقدير المتهم <sup>2</sup> فليس عليه إلا إثارة هذا الدفع ويترك المسألة للقاضي الذي تحكمه ضوابط في تحديد ذلك .

ويدخل كذلك في إطار الموضوع مسألة تحديد تاريخ الواقعة وتحديد تاريخ العمل بالقانون <sup>3</sup> نظرا لأهمية ذلك بالنسبة للدفع حتى يتسنى تحديد القانون الساري المفعول عند وقوع الوقائع .

ف نجد قرار للمحكمة العليا نص على أنه من المقرر قانونا أن الأحكام والقرارات التي لم تتعرض إلى تحليل الوقائع تحليلا كافيا ولم تبين ملائمتها وضرورتها القضائية وعدم إشارتها إلى عدد المخالفات وتاريخ ارتكابها تعد مشوبة بالقصور في التسبيب ( قرار في 01/03/1988 رقم : 44667 ) <sup>4</sup> .

<sup>1</sup> ويجب أن تكون المقارنة بين القانونين مقارنة واقعية لا أن تكون مجردة , أي يقارن بينهما من حيث الوقائع والظروف , وهو ما يؤكد مدى تعلق الدفع بالموضوع ؛ محمود نجيب حسني , شرح قانون العقوبات , المرجع السابق ص 105 .

<sup>2</sup> إيهاب عبد المطلب , موسوعة الدفوع الجنائية , المرجع السابق , ص 512 .

<sup>3</sup> نفس المرجع , ص 101 .

<sup>4</sup> المجلة القضائية للمحكمة العليا , العدد الأول , سنة 1991 , ص 165 .

فمجرد الخطأ في ذكر تاريخ الواقعة أو السهو عن ذكره لا يوجب نقض الحكم

بالنسبة لدفع أخرى , أما بالنسبة للدفع بالقانون الأصلح فإن عدم ذكر التاريخ أو السهو عنه يتسبب بنقض الحكم أو القرار لأنه من الواجب ذكر تاريخ الوقائع في القرار أو الحكم المطعون فيه .

وقد ذهبت المحكمة العليا من خلال قرار صادر في 24 ديسمبر 1981 إلى

اعتماد ضابط الحد الأقصى للعقوبة في تحديد القانون الأصلح , عندما نص القرار أنه على القاضي الجزائي عندما يجد نفسه أمام قانونين يعاقبان على نفس الفعل أن يحتكم في مسألة تعيين القانون الأقل شدة إلى الحد الأقصى للعقوبة في القوانين بغض النظر عن حدّها الأدنى<sup>1</sup> .

إلا أن هذا المبدأ له استثناء فلا يطبق على القوانين الشكلية التي تنظم

إجراءات الدعوى الجزائية كتشكيل المحاكم و اختصاصاتها وطرق مباشرة الدعوى العمومية , وعلة عدم الرجوع مردّه إلى تحقيق المصلحة الإجتماعية فالهدف من هذه الإجراءات هو السير الحسن للقضاء<sup>2</sup> .

وقد جسدت المحكمة العليا عدم رجعية القواعد الشكلية وعدم سرعان هذا المبدأ

عليها من خلال القرار الصادر في 4 مارس 1969 , فأكد هذا الأخير أن قانون

العقوبات لا يسري على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة , أما القوانين الشكلية سواء

<sup>1</sup> نواصر العايش , المرجع السابق , ص 8 .

<sup>2</sup> عبد الله سليمان , المرجع السابق , ص 99 و 100 .



كانت في صالح المتهم أو في غير صالحه فإنها تطبق فوراً ولو على وقائع تمت قبل صدورها وذلك لأنها تهدف دائماً إلى حسن سير العدالة<sup>1</sup> .

ونجد أيضاً قرار المحكمة العليا الصادر في 1987/11/27 رقم : 29093

عندما شرحت نص المادة 339 من قانون العقوبات على أساس أن صفح الزوج عن

زوجته الملاحقة بتهمة الزنا يضع حد لكل متابعة جزائية فان هذا النص يدخل ضمن

القوانين الشكلية التي تسري على الماضي وتطبق فوراً ويتعين العمل بها وإنهاء

المتابعة كلها بإرادة الشاكي والتصريح بانقضاء الدعوى العمومية , ومن ثم فانه لا

يجوز متابعة الآخرين أو إدانتهم بتهمة الزنا والمشاركة فيها<sup>2</sup> .

ونستخلص من ذلك جو ازية إبداء الدفع بالقانون الأصلح للمتهم إذا تعلق بقواعد

قانون العقوبات أو القوانين المكملة له ولا يجوز أبدا إثارة الدفع إذا تعلق بقاعدة واردة

في قانون الإجراءات الجزائية .

## المبحث الثاني

### شروط التمسك بالدفع بالقانون الأصلح

<sup>1</sup> نواصر العايش , نفس المرجع , ص 7 .

<sup>2</sup> المجلة القضائية للمحكمة العليا , العدد الأول , سنة 1990 , ص 295 .

حتى يكون الدفع منتجا ومؤثرا في الدعوى يجب أن يتوافر فيه شروطه , ينبغي التأكد منها قبل إثارته خاصة وأنه من الدفع المؤثرة التي لو صحت لغيرت مسار الدعوى , فهناك شرطان أساسيان لذلك هما عدم صدور حكم نهائي و وجود قانون أصلح للمتهم نتولى بيانهما فيما يلي :

### المطلب الأول

#### سريان القانون الجديد قبل صدور حكم نهائي

أجاز قانون الإجراءات الجزائية لمن لم يصدر في حقه حكم نهائي بات أن يبدي ما يشاء من دفع في كامل مراحل الدعوى , ومن هذه الدفع الدفع بالقانون الأصلح , فيجوز إبداء هذا الدفع مادام الحكم قابلا للمعارضة أو الإستئناف أو الطعن بالنقض , فيبقى المتهم له الحق في الإستفادة من القانون الجديد مادامت القضية لم يفصل فيها بعد بشكل نهائي .

و عدم سريان القانون الجديد في حالة صيرورة الحكم النهائي أمر ضروري حتى لا يتعارض مع مبدأ عام ومستقر عليه في القانون وهو مبدأ حجبية الأمر المقضي به , تحقيقا للإستقرار القانوني للأحكام<sup>1</sup> .

إلا أن هناك إستثناء على هذا الشرط لم يورد ذكره المشرع الجزائري أما باقي التشريعات عالجته , وهو إمكانية سريان القانون الجديد وتطبيقه على المحكوم عليه بحكم نهائي , وذلك إذا ألغى القانون الجديد جرماً معاقب عليه وجعله مباحاً وهذه الحالة نجد لها نصاً .

ومن ذلك قانون العقوبات العراقي في المادة الثانية منه والتشريع العقابي المصري في المادة الخامسة وقانون العقوبات الليبي في المادة الثانية و المادة الخامسة من قانون العقوبات الأردني , بينما المشرع الفرنسي لم يأخذ بهذه القاعدة و اعتبر أن مبدأ العدالة يقتضي إبطال العقوبة المحكوم بها بنص مؤقت في القانون الجديد أو بقرار عفو خاص يصدره رئيس الدولة<sup>2</sup> .

والمشرع الجزائري سار وفق ماسار عليه المشرع الفرنسي عند إصدار القانون رقم 99 - 08 المؤرخ في 13 - 07 - 1999 المتعلق باستعادة الوثام المدني وذلك من خلال نص المادتان 37 و 38 منه على استفادة المحكوم عليهم نهائياً من هذا

<sup>1</sup> عبد الله سليمان , المرجع السابق , ص 98 .

<sup>2</sup> أكرم نشأت إبراهيم , المرجع السابق , ص 99 .

القانون<sup>1</sup> ، وفي ذلك خروج على شرط الحكم غير النهائي في تطبيق القانون الأقل شدة

## المطلب الثاني

### التحقيق من أنّ القانون الجديد أصلح للمتهم

بالرغم من أن تحديد القانون الأصح للمتهم مسألة خاضعة لتقدير قضاة الموضوع<sup>2</sup> ويكتفى إثارة هذا الدفع من المتهم أو دفاعه ، فيلزم بذلك القاضي بالتطرق له إلا أنه وحتى يكون الدفع منتجا في الدعوى ومؤثرا لأن من أبداه سيلتمس تطبيق النص الجديد مغيرا بذلك مسار الدعوى ، فعلى من يثير الدفع أن يبيّن الحالة التي يكون فيها القانون أصلح وأقل شدة ، بالرغم من أن المشرع الجزائري ذهب إلى القول بمعيار الحد الأقصى للعقوبة في تحديد القانون الأصح إلا أن هناك ضوابط عديدة تحكم هذه القاعدة .

<sup>1</sup> نبيل صقر ، الدفع الجوهري وطلبات الدفاع في المواد الجزائية ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2008 ، ص 265 .

<sup>2</sup> عمر السعيد رمضان ، المرجع السابق ، ص 135 .

فيكون القانون أصلح للمتهم<sup>1</sup> في حالات عديدة تتمثل في :

إذا أباح فعلا بعد تجريمه , سواء بإلغاء النص كلية أو تقرير سبب من أسباب الإباحة<sup>2</sup> .

إذا أقرّ مانعا من موانع المسؤولية لم يكن مقرّرا , كما لو رفع سن بدء المسؤولية الجزائية من اثنتى عشرة سنة إلى خمس عشرة سنة كما هو في قانون الأحداث المصري رقم 31 لسنة 1974<sup>3</sup> .

إذا قرّر عدرا قانونيا مخففا للعقاب لم يكن مقرّرا .

إذا قرّر عدرا قانونيا معفيا للعقاب لم يكن مقرّرا .

إذا قرّر عقوبة جديدة أخف نوعا أو مقدارا من عقوبة قديمة , فعقوبات

الجنيات أشد من عقوبات الجنح وعقوبات الجنح أشد من المخالفات , أما عند المقارنة

بين عقوبات جرائم من نوع واحد فإن الإعدام هو أشدها ثم يليه السجن فالحبس

فالغرامة بصرف النظر عن المدة المحددة لكل عقوبة<sup>4</sup> .

إذا كانت العقوبة الجديدة أخف من العقوبة القديمة بحسب حديها الأدنى و

الأقصى , وقد اختلفت الآراء في تحديد القانون الأصلح وفقا لهذا المعيار , فذهب رأي

<sup>1</sup> رؤوف عبيد , المرجع السابق , ص 99 .

<sup>2</sup> عمر السعيد رمضان , المرجع السابق , ص 135 .

<sup>3</sup> نفس المرجع , ص 136 .

<sup>4</sup> محمود نجيب حسني , شرح قانون العقوبات , المرجع السابق , ص 107 .

إلى المزج بين القانونين والأخذ بأقلهما من ناحية الحد الأقصى وأقلهما من ناحية الحد الأدنى , وذهب رأي آخر إلى ترك الخيرة للمتهم في الإختيار بين القانونين , ورأي آخر إلى أن أصلح القانونين ما هبط بالحد الأدنى ولو ارتفع بالحد الأقصى<sup>1</sup> .

إذا أضاف القانون الجديد ركنا إلى أركان الجريمة إذا توافرت جميع الأركان في ظل القانون القديم , كأن يضيف ركن "الإعتياد " فتترتب عليه البراءة طبقا للقانون الجديد<sup>2</sup> .

فبالإمكان إثارة هذه المعايير عند الدفع بالقانون الأصلح , مادام المشرع الجزائري لم يسرد أي معيار في ذلك , وبإمكان قاضي الموضوع الأخذ بأي معيار منها مادامت سلطته التقديرية تخوّل له ذلك , أما الإجتهد القضائي الذي ذهبت إليه المحكمة العليا في اعتبار أن القانون الأقل شدة هو القانون الذي يكون الحد الأقصى للعقوبة أقل من القانون القديم<sup>3</sup> فهو إجتهد قضائي غير ملزم بصورة كاملة لقاضي الموضوع مادام لا رقابة للمحكمة العليا على موضوع الدعوى ومادام هذا الدفع من الدفوع الموضوعية .

---

<sup>1</sup> وقد ذهب الاستاذ محمود نجيب حسني إلى أن المقارنة يجب أن تعتمد على أسس واقعية بحيث يسأل القاضي نفسه أي القانونين أصلح بالنسبة إلى هذا المتهم بالذات وأن يحصر بحثه في الحالة المعروضة عليه . نفس المرجع , ص 108 و 109 .

<sup>2</sup> نفس المرجع , ص 106 .

<sup>3</sup> أما بالنسبة للقضايا الجمركية فعقوباتها عبارة على تعويضات مدنية لفائدة إدارة الجمارك طبقا للمادة 259 من قانون الجمارك فلا تحمل بذلك الطابع الجزائي وبالتالي لا تطبق عليها قاعدة رجعية القانون الأقل شدة , فهذه القاعدة لا تطبق إلا على العقوبات الجزائية , وفق ما ذهبت إليه المحكمة العليا في القرار الصادر في 28 ماي 1981 ؛ نواصر العايش , المرجع السابق , ص 08 .

## المبحث الثالث

### تعلق الدفع بالقانون الأصلح بالنظام ال علم

القاعدة العامة تقضي بأن الدفع الموضوعي لا يتعلق بالنظام العام لأنه يتطلب

تحقيقاً في الموضوع<sup>1</sup> ، إلا أن الدفع بالقانون الأصلح خرج عن هذه القاعدة وشذَّ

عنها فبالرغم من كونه دفعا موضوعيا إلا أنه من الدفع المتعلقة بالنظام العام<sup>2</sup> .

فيجوز إثارة هذا الدفع في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام

المحكمة العليا ، كما أن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه ولو لم يثره المتهم أو أطراف

الدعوى ، كما أن للنيابة إثارته أو أي طرف من أطراف الدعوى دون أن تكون له

مصلحة في ذلك ، وليس لأطراف الخصومة التنازل عنه لا صراحة ولا ضمنا وبإمكان

قاضي الموضوع تطبيقه إعمالا لسلطته التقديرية دون استشارة من له مصلحة في ذلك

كالمتهم مثلا ، كما أن المحكمة تقضي ببطلان تطبيق النص المتابع به وإعمال النص

الجديد المطبق دون حاجة إلى اتخاذ النيابة لإجراءات متابعة جديدة ، لما يملكه قاض

الموضوع من سلطة التكييف بين النصوص القانونية.

---

<sup>1</sup> إيهاب عبد المطلب ، الموسوعة الجنائية الحديثة في الدفع ، المرجع السابق ، ص 517 .

<sup>2</sup> نبيل صقر ، المرجع السابق ، ص 267 ؛ مدحت محمد سعد الدين ، المرجع السابق ، ص 346 ؛ مجدي محمود محب حافظ ، المرجع السابق ، ص 449 .

## الباب الثاني

### دفع تـهـدـف إلى انتفاء الركن المادي للجريمة

لا يعاقب القانون على مجرد التفكير في ارتكاب الجريمة ولو اشتدت خطورتها

إلا إذا جسدت بأفعال مادية تظهر الحالة النفسية للفاعل إلى العالم الخارجي في شكل

أفعال إيجابية أو سلبية , والحكمة من ذلك هو صعوبة معرفة النوايا دون أن تظهر

في شكل أفعال , والمشرع ترك للمفكر في الجريمة إمكانية العدول عن هذا التفكير .

وإن إدانة المتهم دون توفر الركن المادي يعد خرقا للقانون<sup>1</sup> , فمن العناصر

المكونة للركن المادي لجريمة الرشوة مثلا , وجوب ثبوت طلب الرشوة لها , فإذا كان

هذا المرتشي مختصا في وظيفته التي تخول له القيام بالعمل الذي طلب الرشوة من

أجله , فإن الدفع بتسلمه شيكات غير موقع عليها من طرف المقاول لا يستقيم في نفي

الركن المادي لهذه الجريمة التي ثبت ركنها بثبوت الإختصاص الوظيفي وطلب الرشوة

, ولا نستطيع القول بأن الجريمة مستحيلة لأنه لا يجوز سحب الشيكات كتمن الرشوة

.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> المجلة القضائية , العدد الأول , سنة 1997 , ص 153 .

<sup>2</sup> أسامة شاهين وسمير الشنتاوى , المرجع السابق , ص 91 و 92 .



ويتحقق الركن المادي للجريمة بوقوع السلوك الإجرامي للجاني سواء كان فعلا أو امتناعا مع حصول النتيجة الضارة لهذا السلوك<sup>1</sup> .

ويؤخذ من هذا التعريف أن الركن المادي يتكون من عناصر ثلاث , سلوك إجرامي يقوم به الجاني سواء كان إيجابيا أو سلبيا , نتيجة جرمية ضارة , وصلة السببية الرابطة بينهما<sup>2</sup> .

وبما أن موضوع الدراسة الحالية يتعلق ب استخلاص الدفوع التي يمكن أن تستخرج من الركن المادي , فيفترض أن الجريمة قد وقعت أي أن هناك فعل إجرامي قد تحقق وتحققت بذلك النتيجة الإجرامية الضارة وقد توبع المتهم ب ارتكابه الفعل المجرّم ولم يتبقى له سوى الدفع ب انتفاء العلاقة السببية بين الفعل والنتيجة مادام العنصران الأولان ضروريان عند المتابعة الجزائية وتوجيه الإتهام .

وهذا الأمر لا يمنع من التأكد من وجود الركن المادي بجميع عناصره لأن عدم توضيح ذلك يجعل الحكم عديم الأساس , وقد ذهبت المحكمة العليا في قرار لها صادر في 1988 /01/05 رقم : 49521 إلى أنه : " ولما كان الثابت في قضية الحال أنه لم يبرز من خلال المعطيات الموجودة بالملف ولا المناقشات التي جرت أمام قضاة الموضوع قيام المتهم بخطف الضحية الذي لم يثبت معه قيام الركن

<sup>1</sup> أكرم نشأت إبراهيم , المرجع السابق , ص168 .

<sup>2</sup> معز أحمد محمد الحياوي , الركن المادي للجريمة , منشورات الحلبي الحقوقية , الطبعة الأولى , لبنان , 2010 , ص215.

المادي للجريمة , ومن ثم فان قضاة الموضوع الذين أدانوا المتهم من أجل تهمة إبعاد قاصرة يعطوا لقرارهم أي أساس قانوني " <sup>1</sup> .

وهذا ماذهب إليه كذلك القرار رقم : 48081 بتاريخ 1989 /03/31 في وجوب بيان الركن المادي لجريمة الإهمال العائلي <sup>2</sup> .

وأن إدانة المتهمه بتهمة السب والشتم دون الإشارة لا في الحكم ولا في القرار إلى الكلام المشين الذي وجهته للمطعون ضده والذي يشكل الركن المادي للجريمة , يجعل القرار مشوبا بالقصور في التعليل ( قرار رقم : 193556 بتاريخ : 2000 /03/14 ) <sup>3</sup> .

ونظرا لأهمية العلاقة السببية كعنصر من عناصر الركن المادي في تعي  
مسار الدعوى لو وضحت هذه الأخيرة ودفع بتحقيقها فإننا نرى بأن من أهم الدفوع المتعلقة بالركن المادي هو الدفع بانتفاء رابطة السببية , مع وجود دفع آخر يغفل عنه الكثير , وهو الدفع بوجود مسألة فرعية و سنتطرق إلى كل دفع من هذه الدفوع في هذا الباب .

<sup>1</sup> المجلة القضائية , العدد الثاني , سنة 1991 , ص 214 .

<sup>2</sup> المجلة القضائية, العدد الأول , سنة 1991 , ص 197 .

<sup>3</sup> المجلة القضائية, عدد خاص , الجزء الأول , سنة 2002 , ص 183 .

## الفصل الأول

### الدفع بانتفاء رابطة السببية

إن البحث في الدفع ب انتفاء رابطة السببية يقتضي بالضرورة البحث أولاً في مفهوم هذه الرابطة باعتبارها عنصراً من عناصر الركن المادي ولا تقوم لها قائمة ولا يكون لها دور إذا لم يكن هناك فعل أو سلوك إجرامي بالإضافة إلى النتيجة الإجرامية كي تتولى الرابطة السببية ربط العلاقة بينهما وبالتالي توقيع العقاب على من قام بالسلوك المؤدي بالنتيجة .

فسنتطرق في هذا الفصل إلى بيان مفهوم الدفع ب انتفاء الرابطة السببية ثم بيان مدى رقابة المحكمة العليا على هذه الرابطة مستنديين في ذلك إلى ما جاءت به هذه الأخيرة من إجهادات قضائية وقرارات في هذا المجال .

## المبحث الأول

### مفهوم الدفع بانتفاء الرابطة السببية

إن التطرق إلى مفهوم الدفع ب انتفاء الرابطة السببية يقتضي تعريف الدفع في مطلب ثم التطرق إلى طبيعتها في مطلب ثاني .

### المطلب الأول

#### تعريف الدفع بانتفاء الرابطة السببية

البحث في مفهوم رابطة السببية<sup>1</sup> يقتصر فقط على الجرائم الشكلية التي لا نتيجة لها والتي يعاقب عليها المشرع بمجرد القيام بالفعل المجرّم كجريمة حمل السلاح الأبيض ففعل حمل السلاح يشكل جريمة والنتيجة فيه قانونية وليست مادية , وليس للعلاقة السببية دور في هذا المجال .

---

<sup>1</sup> ويفرق الأستاذ محمود نجيب حسني بين قانون السببية وهو أن لكل واقعة سببها وبين فكرة السببية وهي الربط بين واقعتين ؛ محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص 286 .

وقد عرف الدكتور رؤوف عبيد السببية بمفهومها الواسع على أنها إسناد أي أمر من أمور الحياة إلى مصدره<sup>1</sup> .

أما بالنسبة للجريمة فالسببية هي إسناد النتيجة إلى الفعل، وليس الفعل إلى الفاعل ، فهي تلك الرابطة التي تصل بين سلوك الجاني وبين النتيجة الإجرامية<sup>2</sup> وتفيد إسنادها إليه<sup>3</sup> .

وإذا انتفت العلاقة السببية فإن مسؤولية الفاعل تقتصر على الشروع إذا كانت جريمته عمدية<sup>4</sup> ، فنقتضي جريمة القتل العمدي مثلا إسناد الوفاة إلى الفعل ولا يكفي إسناد فعل القتل إلى الفاعل وإلا لكانا أمام جريمة أخرى هي الشروع في القتل إن لم تكن هناك وفاة ، وفي جريمة الضرب المفضي إلى الوفاة يجب إسناد الوفاة إلى فعل الضرب ولا يكفي إسناد الضرب إلى الفاعل ، وإلا كنا أمام ضرب بسيط يشكل جنحة وهي جريمة أخرى وليست جناية الضرب المفضي إلى الوفاة.

والتشريع الجزائري كغيره من التشريعات الكثيرة الأخرى لم ينص على رابطة السببية ولم يعطي لها أي تعريف في نصوص القانون ، إلا أن القضاء خاض في

<sup>1</sup> رؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص 196 .

<sup>2</sup> محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص 285 .

<sup>3</sup> عمر السعيد رمضان ، المرجع السابق ، ص 170 .

<sup>4</sup> محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص 285 ؛ أما المشرع الجزائري فجعل عقوبة الشروع هي نفسها عقوبة الجريمة التامة ، المادة 30 من قانون العقوبات .

بحث هذا الأمر ونص على وجوب توافر الرابطة السببية والبحث فيها من طرف قاضي الموضوع .

ومن النصوص نجد ما نصت عليه المحكمة العليا في قرارها رقم 27373

الصادر في 15 يناير 1982 على أنه يشترط لتطبيق نص المادة 264 الفقرة الثالثة

من قانون العقوبات حصول ضرب أو جرح عمدي وإصابة المجني عليه بعاهة

مستديمة وقيام رابطة السببية بين الإيذاء والعاهة الناتجة عنه <sup>1</sup> .

كما نصت كذلك على أن جناية الضرب و الجرح العمدي المفضي إلى الموت

تطلب طرح سؤالين اثنين : الأول يتعلق بالضرب أو الجرح العمدي والثاني يخص

رابطة السببية بين فعل العنف و وفاة المجني عليه <sup>2</sup> .

ويستشف من هذا القرار النص القضائي الصريح على وجوب الربط بين الفعل

وتحقق النتيجة وهذا الربط يسمى رابطة السببية .

وقد بينت المحكمة العليا كذلك أن التكييف الصحيح للفعل يرتبط ارتباطا وثيقا

في البحث في توافر العلاقة السببية و إلا سارت المتابعة إلى تكييف آخر غير

التكييف المتابع به .

<sup>1</sup> المجلة القضائية , قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا , العدد الثاني , 1989 , ص 234 .

<sup>2</sup> المجلة القضائية , قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا , العدد الأول , 1989 , ص 305 .

و من ذلك القرار الصادر في 06 نوفمبر 1984 رقم 34357 الذي اشترط

لتحقق جناية الضرب العمد المفضي إلى الموت توافر رابطة السببية بين الضرب الذي

أوقعه الجاني على الضحية و وفاة هذه الأخيرة بحيث إذا انعدمت العلاقة السببية

بينهما فلا تصح مساءلة المتهم إلا عن جريمة الضرب العمد فقط , لذلك يعتبر

مخالفا للقانون ويستوجب النقص بالحكم بالبراءة المطعون فيه من قبل النيابة العامة إذ

أجاب أعضاء محكمة الجنايات بالإيجاب على السؤال الرئيسي المتعلق بالضرب الذي

أوقعه الجاني على الضحية و بالنفي على السؤال الخاص برابطة السببية بين عمل

العنف والوفاة <sup>1</sup> .

أو كأن تحدث الوفاة نتيجة خطأ الطبيب وتوفرت العلاقة السببية بينهما استنادا

إلى تقرير الخبرة واعترافات المتهم حيث أمر بتجريع دواء غير لائق بصحة المريض <sup>2</sup> .

ولا تثير السببية أية صعوبة إذا كان هناك نشاط وحيد تسبب في تحقق

النتيجة, إنما تثار الإشكاليات حول إسناد النتيجة إلى الفعل إذا ساهمت في تحقق

النتيجة عدة أفعال أو أسباب قد تكون سابقة على فعل الجاني كضعف بنية المجني

عليه , أو معاصرة له , مثل اعتداء آخر يقع على المجني عليه في نفس الوقت أو

في وقت لاحق له كأن يطلق الجاني رصاصة على المجني عليه فتصيبه لكنه لا

<sup>1</sup> المجلة القضائية , العدد الأول , 1989 , ص 311 .

<sup>2</sup> المجلة القضائية , العدد الثاني , سنة 1996 , ص 179 .

يسقط قتيلا على الفور ، بل يتراخى الموت فترة طويلة قد تتداخل فيها عوامل أخرى

متعددة في إحدائه ، فهل يسأل الجاني عن قتل عمد أم عن مجرد شروع فيه <sup>1</sup> .

ونتيجة لذلك ظهرت عدّة نظريات في هذا الشأن منها نظرية السبب المباشر ،

ونظرية السبب الملائم ، ونظرية تعادل الأسباب <sup>2</sup> .

وعن الإجتهد والعمل القضائي الجزائري فنجد أنه أخذ وبصريح العبارة بنظرية

السبب المباشر <sup>3</sup> في واقعيتين مختلفتين <sup>4</sup> .

فمن خلال القرار الصادر في 01 جويلية 1975 في الملف رقم 10839 نجد

أن النص ورد كما يلي : "يشترط لتحقيق جريمة القتل العمد توافر رابطة السببية بين

نشاط الجاني ووفاة المجني عليه بحيث إذا تدخل عامل خارجي بين نشاط المتهم و

موت الضحية انقطعت رابطة السببية كخطأ مالك بندقية صيد في عدم إخفائها في

مكان أمين الأمر الذي سهل لأخيه الصغير أخذها و استعمالها في واقعة قتل عمد لأن

---

<sup>1</sup> رؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص 198 .

<sup>2</sup> وملخص هذه النظريات أن جميع العوامل المساهمة في إحداث النتيجة تعد كلها متعادلة في قوتها وأثرها في إحداث النتيجة وفقا لنظرية تعادل الأسباب ، أما نظرية السبب الأقوى فيرى أنصارها أن العوامل المؤدية إلى إحداث النتيجة تتفاوت من حيث الأثر والمساهمة ، أما أنصار نظرية السبب الملائم فوقفوا موقفا وسطا بين النظريتين وذلك بالبحث في ملائمة سلوك الجاني لتحقيق النتيجة وفقا للمجرى العادي للأمر ؛ وللتوسع أكثر أنظر عمر السعيد رمضان ، المرجع السابق ، ص 172 و 173 .

<sup>3</sup> ويرى الأستاذ محمود نجيب حسني أن المعيار الصحيح لعلاقة السببية هو نظرية تعادل الأسباب باعتبارها علاقة مادية بين الفعل والنتيجة متقادية الخطأ بينها وبين ما هو غريب عنها ؛ محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص 313 .

<sup>4</sup> أما محكمة النقض المصرية فقد أجمع الفقه المصري على ميلها إلى الأخذ بنظرية السبب الملائم ؛ إيهاب عبد المطلب ، المرجع السابق ، ص 560 .



عدم إخفاء السلاح وإن كان يعد إهمالا إلا أنه لم يكن سببا مباشرا في وفاة المجني عليه " 1 .

ونجد ذلك أيضا في القرار الصادر في 04 يناير 1983 رقم 30100 :

"في جريمة القتل العمد يكون الجاني مسؤولا عن وفاة المجني عليه متى كانت النتيجة

وهي الوفاة مرتبطة بنشاطه ارتباطا وثيقا لا يسع بالتردد في القول بأن هذا النشاط هو

السبب المباشر في حدوث الموت سواء حصل القتل بفعل إيجابي أو وقع بطريقة

سلبية وهو ما يسمى بالقتل بالترك أو الإمتناع كالأم التي امتنعت عمدا عن قطع

الحبل السري ليموت طفلها حديث العهد بالولادة فمات لأن وفاة المولود مرتبطة

بلمتناع أمه عن القيام بواجبها ارتباط السبب بالمسبب " 2 .

ونجد أن الأخذ بالسبب المباشر يكون كذلك عند القضاء بالتعويض عن الضرر

المباشر وضرورة توافر العلاقة السببية بين الجريمة والضرر كما ذهب إليه المحكمة

العليا في قرار صادر في 1988/12/20 رقم 61380 عند نقضها للحكم القاضي

بإدانة متهم واحد من مجموع أربعة بتهمة القتل , بينما الباقي تمت إدانتهم على

أساس جريمة عدم تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر , ورغم ذلك قضت في

الدعوى المدنية بالتضامن فيما بينهم بدفعهم للأطراف المدنية عدة مبالغ مالية جبرا

للضرر من جريمة القتل دون توضيح العلاقة السببية بين أفعال عدم تقديم المساعدة

<sup>1</sup> جيلالي بغدادي , المرجع السابق , الجزء الثاني , ص 90 .

<sup>2</sup> نفس المرجع والصفحة .

والضرر الناتج عنها , وتعيين الأضرار بصفة واضحة بالنسبة لكل مدع بالحقوق المدنية , وبذلك فحكمها جاء مشوبا بنقص التعليل <sup>1</sup> .

ويظهر من ذلك كله الدور الكبير الذي تتولاه رابطة السببية في تغيير مسار الدعوى من النطق بالبراءة أو إعادة تكيف الواقعة برمتها كما سبق توضيحه في الإجتهاادات السابقة .

ونستنتج من ذلك كله الفائدة الكبيرة من الدفع ب انتفاء الرابطة السببية ف ي كونها عنصرا من عناصر الركن المادي يكفي لإلزام المحكمة بالردّ على هذا الدفع لأننا نتكلم بذلك على الركن المادي للجريمة من حيث الوجود والعدم .

---

<sup>1</sup> المجلة القضائية , العدد الرابع , سنة 1993 , ص 229 .

## المطلب الثاني

### طبيعة الدفع بانتفاء الرابطة السببية

يعتبر البحث في مدى توافر رابطة السببية من المسائل الدقيقة التي تتطلب

تمعنا من طرف قاضي الموضوع إذا أثارها الخصم , فكل حكم في جريمة من جرائم

القسم الخاص من قانون العقوبات يتطلب استظهار السببية فيها ولا يكتفى بمجرد سرد

الأفعال وعلاقتها بالنتيجة .

فقد نص القرار الصادر في 19 أكتوبر 1971 رقم 6641 على أنّ رابطة

السببية بين الخطأ والوفاة الناتجة عنه عنصر أساسي لا بدّ من توافره و استظهاره في

القرار قاضي بالتعويض بشكل واضح لتحديد وصف الجريمة ومسؤولية فاعلها إذ لا

يكفي مجرد سرد الأخطاء الخمس المنصوص عليها في المادة 288 من قانون

العقوبات للحكم على المتهم<sup>1</sup> .

كما نصت في قرار آخر على إلزام قضاة الإستئناف التوضيح في القرار

القاضي بالإدانة من أجل القتل غير العمدى الخطأ الذي ارتكبه المتهم ورابطة السببية

---

<sup>1</sup> جيلالي بغدادي , المرجع السابق , ص93 .

بين هذا الخطأ والضرر الذي تترتب عليه حتى يتمكن المجلس الأعلى من مراقبة صحة تطبيق المادة 288 عقوبات وإلا تعرض قضاؤهم للنقض<sup>1</sup> .

فمسألة البحث المعمق في رابطة السببية مسألة موضوعية على قاضي

الموضوع الإلتزام بها وبالتالي فإن الدفع بها يكون أمام قاضي الموضوع فلا يجوز إبدائها كدفع شكلي للأسباب السالف ذكرها .

وأكد على هذا الأمر قرار المحكمة العليا الصادر في 29 يناير 1985

رقم : 36356 عندما نص على أن رابطة السببية بين الضرب والوفاة مسألة موضوعية

307 بيت فيها أعضاء محكمة الجنايات تبعا لإقناعهم الشخصي وفقا لأحكام المادة

من قانون الإجراءات الجزائية بدون معقب عليهم من طرف المجلس الأعلى متى ثبت

لهم قيامها في الواقعة المطروحة عليهم<sup>2</sup> .

---

<sup>1</sup> جيلالي بغدادي , المرجع السابق , صفحة 93 .

<sup>2</sup> نفس المرجع , الجزء الثاني , ص 94 .

## المبحث الثاني

### رقابة المحكمة العليا على الدفع ب انتفاء رابطة السببية

إجابة الدفع ب انتفاء رابطة السببية مسألة موضوعية تقتضي البحث المعمق من طرف قاضي الموضوع لكن ذلك لا يمنع من وجود رقابة للمحكمة العليا على إثارة هذا الدفع , وهذه الرقابة تتمثل في نقطتين اثنتين:

للرقابة على بيان السببية في حكم الإدانة

-الرقابة على ضرورة الرد على الدفع ب انتفائها .

ومن قرارات المحكمة العليا والتي نصت على وجوب توضيح علاقة السببية

قرار صادر في 06/02/2001 تحت رقم 238944 عندما اعتبر القضاء بإدانة

المتهم بجنحة الضرب والجرح العمدي دون تحديد عناصر هذه الجريمة المؤدية الى

فقدان البصر , ودون إبراز العلاقة السببية بين الإصابة التي تعرض لها الضحية وفقد

إبصار عينه اليسرى يعد قصورا في التسبب ومخالفا للقانون<sup>1</sup> .

---

<sup>1</sup> المجلة القضائية للمحكمة العليا , العدد الثاني , 2001 , ص 372 .

كذلك القرار الصادر في 23/10/2001 رقم 270055 نص على أن إعطاء

الوقائع وصفها القانوني الحقيقي يوجب مناقشة العلاقة السببية بين الضرب والجرح

العمدي والوفاة , وإلا كان القرار مشوبا بالقصور ينجر عنه النقض <sup>1</sup> .

## المطلب الأول

### الرقابة على بيان السببية في حكم الإدانة

من أخطر الأحكام التي تتولى المحكمة العليا الرقابة عليها هي الأحكام

القاضية بالإدانة وعلى من تولى الفصل أن يسبب الحكم التسبب الذي لا يدع مجالا

للشك <sup>2</sup> , فمن دفع بانتفاء السببية يتيقن بوجود تسبب للحكم أو القرار في حالة

عدم إجابة هذا الدفع , والأمر في وجوب التسبب أمر بديهي في حالة الحكم بالبراءة ,

وعلى هذا الأساس نجد أن المحكمة العليا أكدت ذلك في قرارها الصادر في 10 فيفري

1981 رقم 18801 ونصت على مايلي : " لما كان من اللازم أن يحتوي كل حكم

جزائي بمقتضى المادة 379 من قانون الإجراءات الجزائية على أسباب ومنطوق وأن

الأسباب هي أساس القرار فإن الحكم الذي لا يستظهر قيام رابطة السببية بين الضرب

---

<sup>1</sup> المجلة القضائية , العدد الأول , 2002 , ص 371 .

<sup>2</sup> رمزي رياض عوض , سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة دراسة مقارنة , دار النهضة العربية , القاهرة , 2004 , ص

أو الجرح والمرض أو العجز الناتج عنه يكون غير مرتكز على أساس ويستوجب  
النقض " 1 .

وقد نصت في قرار آخر رقم 6641 في 14 أكتوبر 1971 على إلزام قضاة  
الإستئناف في حالة الحكم بالإدانة أن يبينوا في جريمة القتل غير العمدى الخطأ الذي  
ارتكبه المتهم ورابطة السببية <sup>2</sup> .

### المطلب الثاني

#### الرقابة على ضرورة الرد على الدفع ب انتفاء رابطة السببية

الدفع بانتفاء الرابطة السببية يعني بالضرورة انتفاء الركن المادى بالنسبة للمتهم  
بلرتكاب الجريمة , فهو من الدفع الهامة التي يتعين إجابتها والرد عليها كغيرها من  
الدفع الجوهرية الأخرى , ولا نقصد هنا انتفاء السببية لفعل محدد بذاته إنما يشمل  
هذا الدفع جميع الأفعال التي ترتب نتائج , وقد أكدت المحكمة العليا على ضرورة  
الرد على هذه الدفع الجوهرية من طرف قضاة الموضوع وإلا سبب عدم الرد نقض  
القرار .

<sup>1</sup> نشرة القضاة , العدد الأول , سنة 1989 , ص 86 .

<sup>2</sup> جيلالي بغدادى , المرجع السابق , ص 93 .

وقد قضت المحكمة العليا في قرار صادر في 25 جوان 1968 صادر في نشرة

القضاة لسنة 1969 صفحة 143 أنه من الحقوق الهامة التي منحها المشرع لأطراف

الدعوى حقهم في إبداء الطلبات والتمسك بالدفع الجهرية وإلزام قضاة الموضوع بالرد

عليها , لذلك أجازت المادة 500 فقرة 5 من قانون الإجراءات الجزائية للطاعنين أن

يبنوا طعنهم بالنقض على إغفال الفصل في طلبات الخصوم أو إلتماسات النيابة

العامة<sup>1</sup> .

وبذلك يكون الدفع ب انتفاء الرابطة السببية من الدفع الجهرية<sup>2</sup> التي لو أغفل

الرد عليها لأدت إلى جواز التمسك بذلك أمام المحكمة العليا .

---

<sup>1</sup> جيلالي بغدادي , المرجع السابق , الجزء الثاني , ص 100 .

<sup>2</sup> محمود نجيب حسني , المرجع السابق , ص 315 .



## المبحث الثالث

### شروط إبداء الدفع ب انتفاء الرابطة السببية

البحث في السببية مسألة موضوعية تثار أما قاضي الموضوع , ويمكن إثارتها

لأول مرة أمام محكمة النقض لذلك ينبغي على من تمسك ب انتفاء رابطة السببية أن

يحترم شروط إبداء هذا الدفع حتى يلزم المحكمة بإجابته والتعرض له , وتتمثل هذه

الشروط فيما يلي<sup>1</sup> :

**أولاً :** أن يثار الدّفْع على وجه ثابت في أوراق الدعوى أمام جهة الحكم أو في

المذكرات الكتابة المقدمة أو في محضر الجلسة , ولا تكفي إثارته أمام قاضي التحقيق

والإكتفاء بذلك .

**ثانياً :** أن يقدم الدفع قبل إقفال باب المرافعة لأنه من الدفوع الموضوعية التي

تتطلب تحقيقاً من طرف قاضي الموضوع سواء أمام محاكم الدرجة الأولى أو محكمة

الإستئناف مع جواز في حالة فوات تقديم هذا الدفع أثناء المرافعات أن يقدم طلب

بذلك على شكل إرجاع قضية للجدول ويثار من جديد عند قبوله مع احترام الإجراءات

القانونية لذلك .

---

<sup>1</sup> رؤوف عبيد , السببية الجنائية بين الفقه والقضاء , مطبعة الإستقلال الكبرى , الطبعة الرابعة , 1984 , ص 407 .

**ثالثا :** أن يقدم الدفع بإنشاء رابطة السببية بشكل صريح فلا تلزم المحكمة

بإجابته في حالة إثارته بصورة عرضية أو أن تترك للمحكمة إثارته بصورة تلقائية فهذا غير ملزم لها .

**رابعا :** أن يثار الدفع أمام جهة المحكمة الابتدائية أو جهة الإستئناف على

الأقل حتى يمكن إثارته أمام المحكمة العليا لأنه دفع يتعلق بمصلحة الخصوم فقط

ولا يتعلق بالنظام العام<sup>1</sup> , كما يجب إثارته أمام محكمة الجنايات كدرجة أولى

للتقاضي حتى يمكن أن يطرح أمام المحكمة العليا كونها لا تبحث في موضوع السببية

وإنما تنتظر فقط في رد المحكمة على الدفع بها أو تسبب الحكم القاضي بالإدانة .

**خامسا :** أن لا يتنازل عن الدفع صراحة أو ضمنا لأن الدفع بإنشاء السببية

يرتب أمر وحيد وهو التصريح بالبراءة من الجريمة المتابع بها فلا يمكن للمتهم إثارة

الدفع في المرافعات و التماس التخفيف من العقوبة في الأخير لأن ذلك يعد تنازلا

ضمنيا عن الدفع .

---

<sup>1</sup> إيهاب عبد المطلب , المرجع السابق , ص 564 .

## الفصل الثاني

### الدفع بوجود مسألة فرعية

من الدفوع الهامة والمتعلقة ب انتفاء ماديات الجريمة الدفع بوجود مسألة فرعية ,  
ويغفل الكثير عن إثارة هذا الدفع بالرغم من تأثيره في سير الدعوى الجزائية , فقد  
يتطلب الحكم والفصل في الموضوع التطرق إلى موضوع آخر يتفرع منه ولكنه يؤثر  
كثيرا في وجهة الفصل في الدعوى بحيث لا يمكن الفصل فيها إلا إذا تم الفصل  
النهائي في المسألة الفرعية , وكمثال على ذلك أنه لا يمكن الفصل في جريمة الزنا  
إلا إذا تأكد قاض الموضوع من عدم وجود علاقة الزواج , فالرابطة الزوجية تنفي  
تماما جرم الزنا وفي حالة تحقق الزواج يحكم بالبراءة , فإذا دفع المتهم بالزنا بأن له  
علاقة زوجية شرعية , فيتعين على قاضي الموضوع إيقاف الفصل في موضوع  
الدعوى الأصلي إلى حين الفصل في موضوع آخر فرعي وهو التأكد من وجود زواج  
صحيح وهي المسألة الفرعية .

فالدفع بوجود مسألة فرعية من الدفوع المهمة التي تتطلب تحقيقا في الموضوع  
وتتسبب في هدم الركن المادي للجريمة وبالتالي انتفاء الجرم .

ونظرا لأهمية هذا الدفع خاصة في الجانب العملي وما يقع فيه الخلط بينه وبين الدفوع الشكلية ارتأينا دراسته وبيان مفهوم هذا الدفع و استتباط مختلف المجالات التي يمكن أن يثار فيها وبيان شروطه ومدى تأثيره على الدعوى الجزائية .

لذلك سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين , نتكلم في المبحث الأول عن مفهوم الدفع بوجود مسألة فرعية والمبحث الثاني عن شروط الدفع وأثره .

## المبحث الأول

### مفهوم الدفع بوجود مسألة فرعية

ما يجري عليه الواقع العملي هو أن ال متهم غير ملزم بإثبات براءته وغير مكلف أيضا بإثبات أي دفع يقوي دليل البراءة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك , فإثبات الدفوع أمر لا يقل أهمية عن إثبات أركان الجريمة<sup>1</sup> .

فأصل المتهم أنه بريء وفق ما جاءت به أحكام الدستور والقوانين العقابية , فهل نشكك في هذا الأصل بإلزام المتهم بأن يأتي بدليل براءته وبالتالي نخرق القاعدة

---

<sup>1</sup> مروت نصر الدين , محاضرات في الإثبات الجنائي , الجزء الأول , دار هومة , الجزائر , 2003 , ص 289 .

العامة, فهذه مسائل تطرحها مسألة الدفع بوجود مسألة فرعية , خاصة من ناحية  
إثبات هذه المسألة .

فإذا دفع المتهم بوجود مسألة أخرى يتوقف عليها الفصل في الدعوى الأصلية  
فهل يلزم المتهم بإثباتها ? , أم على القضاة اللجوء إلى أصل البراءة وبالتالي السعي  
وراء إثباتها .

وللبحث في كل هذه النقاط نقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

الأول نعرّف فيه الدفع بوجود مسألة فرعية .

والثاني نفرق بينها وبين الدفع الشكلية نظرا للتقارب الكبير بينهما .

## المطلب الأول

### تعريف الدفع بوجود مسألة فرعية

تعرف المسائل الفرعية بأنها : " تلك المسائل التي يجب الفصل فيها قبل  
المسائل الأخرى " <sup>1</sup> , وعرفت بأنها : " تلك المسائل التي تمسّ عنصرا من عناصر  
الجريمة والتي لا يمكن للمحكمة الجزائية الفصل فيها تبعية , إذ تستوجب دعوى

---

<sup>1</sup> إيهاب عبد المطلب , الموسوعة الجنائية في الدفع , المرجع السابق , ص 213 .

أصلية مستقلة " وقد عرفت بأنها : " الدفوع التي توقف المتابعة أو حكم في جناية أو

جنحة أو مخالفة ما لم يتم الفصل أولا في واقعة سابقة بحيث يعد هذا الفصل شرطا

لازما لتلك المتابعة أو ذلك الحكم " <sup>1</sup> .

وبعد انتقادات وجهت إلى هذه التعريفات عرف المسائل الفرعية <sup>2</sup> بأنها :

" تلك المسائل العارضة التي يجب الفصل فيها من طرف جهة قضائية أخرى

غير التي تنتظر في موضوع الدعوى الأصلية , سواء قبل تحريك الدعوى العامة إذا

كانت مسائل مفيدة للدعوى , أو قبل إصدار الحكم إذا كانت مسائل مقيدة للحكم " .

وبما أن موضوع الدراسة هو الدفع بوجود مسألة فرعية فيمكن أن نستخلص

تعريف لها بأنها : " الدفوع التي تثار في مسائل عارضة مقيدة للحكم يجب الفصل

فيها من طرف جهة قضائية أخرى غير التي تنتظر في موضوع الدعوى الأصلية ,

وذلك قبل إصدار الحكم " , وبذلك نخرج المسائل التي تقيد الدعوى .

ويجد الدفع بوجود مسألة فرعية أساسه القانوني من نص المادة 330 من قانون

الإجراءات الجزائية والتي نصّها : " تختص المحكمة المطروحة أمامها الدعوى

العمومية بالفصل في جميع الدفوع التي يبيدها المتهم دفاعا عن نفسه , ما لم ينص

القانون على خلاف ذلك " , وأكدت المحكمة العليا تأثير هذا الدفع عندما فرقت بينه

<sup>1</sup> مدحت محمد سعد الدين , المرجع السابق , ص 362 .

<sup>2</sup> عبد الحميد زروال , المسائل الفرعية أمام المحاكم الجزائية , ديوان المطبوعات الجامعية , الجزائر , 1994 , ص 15 , 16.

وبين الدفع الأولي , فنصت على أن إرجاء الفصل في الدعوى العمومية إلى حين

الفصل في الدعوى الإدارية المطروحة أمام الغرفة الإدارية حول شرعية القرار الإداري

المتضمن أمر التسخيرة لا يندرج ضمن الدفع الأولية بمفهوم المادة 331 من قانون

الإجراءات الجزائية<sup>1</sup> , فهو بذلك يندرج ضمن المادة 330 من قانون الإجراءات

الجزائية السابق بيانها .

فالأصل أن قاضي الدعوى هو قاضي الدفع و الإستثناء هو ما ورد في آخر

نص المادة بعبارة " ما لم ينص القانون على خلاف ذلك " بمعنى وجود إستثناء

لقاضي الدعوى عندما لا يستطيع الفصل في الدفع المطروح أمامه فيوكل الأمر إلى

قاضي آخر يُسند له ذلك وهي المسائل الفرعية .

والمستقريء لنص المادة 331 من قانون الإجراءات الجزائية والتي جاء نصها

كالتالي : " يجب إبداء الدفوع الأولية قبل أي دفاع في الموضوع و لا تكون مقبولة إلا

إذا كانت بطبيعتها تنفي عن الواقعة التي تعتبر أساسا للمتابعة وصف الجريمة .

و لا تكون جائزة إلا إذا استندت إلى وقائع أو أسانيد تصلح أساسا لما يدّعيه

المتهم .

---

<sup>1</sup> المجلة القضائية للمحكمة العليا , العدد الثاني , سنة 2003 , ص 352 .

وإذا كان الدّفع جائزاً منحت المحكمة مهلة يتعين على المتهم فيها رفع الدعوى

إلى الجهة القضائية المختصة , فإذا لم يتم برفع الدعوى في تلك المهلة و لم يثبت

أنه رفعها صرف النظر عن الدّفع , أما إذا كان غير جائز استمرّت المرافعات " .

فيفهم من نص المادة أنها تتكلم عن الدّفوع المتعلقة بالمسائل الفرعية لأن الفقرة

الأولى نصت على تغيير هذا النوع من الدّفوع في وجهة الفصل في الدعوى والفقرة

الأخيرة نصت على أنه يفصل فيها من طرف قاضي آخر غير قاضي الدعوى , إلا أن

المشرع أخلط بين هذا النوع من الدّفوع وبين الدّفوع الشكلية الإجرائية الأخرى حين

نصت على ضرورة إبداء هذه الدّفوع قبل أي دفع في الموضوع وهو ما ينطبق على

الدّفوع الشكلية و لا يمكن له بلأي حال من الأحوال أن ينطبق على الدّفوع بالمسائل

الفرعية لأنه لا يمكن إثارتها أو مناقشتها أو حتى التنبيه إليها دون الدخول في

الموضوع .

فالمشرع بذلك عطّل وبصورة مباشرة بالفقرة الأولى باقي نص المادة 331 من

قانون العقوبات ويرجع ذلك إلى أخذه هذا النص من القانون الفرنسي.

فالدفع بالمسألة الفرعية لا يثار إلاّ بعد الدخول في الموضوع لما جرى عليه

الجانب العملي من تبني التقسيم الكبير من دفعو شكلية تثار قبل الدخول في الموضوع

وهي دفعو تعلق بإجراءات رفع الدّعى من حيث صحتها , و دفعو موضوعية لا تثار

إلا بعد الدخول في الدّعى والخوض في موضوعها .



وقد استقر القضاء على أنه إذا تطلب الفصل في الدعوى العمومية وجود مسألة

فرعية تتعلق بالقاضي المدني وجب إرجاء الفصل فيها \_ أي في الدعوى العمومية \_

إلى حين البت النهائي في هذه المسألة , كما بينه القرار رقم : 39642 الصادر في

1986 /01/21<sup>1</sup> , وقد حاول بذلك القضاء توضيح اللبس الذي وقع فيه المشرع في

نص المادة 331 من قانون الإجراءات الجزائية .

## المطلب الثاني

### الفرق بين الدفع بوجود مسألة فرعية وباقي الدفوع الأخرى

حتى نعطي مفهوما دقيقا للدفع بوجود مسألة فرعية إرتأى ت إيجاز مجموعة من

الفوارق التي تميزه عن باقي الأنواع الأخرى من الدفوع الأول ية و الشكلية .

وأول هذه الفوارق مستمد من المادة 330 من قانون الإجراءات الجزائية والتي

جسدت قاضي الدعوى هو قاضي الدفع بينما الدفع بالمسألة الفرعية لا يفصل فيه

نفس القاضي الذي يتولى الفصل في الموضوع .

وهذا ما أكدته نص المادة 352 فقرة الثالثة عند نصّها : " والمحكمة ملزمة

بالإجابة عن المذكرات المودعة على هذا الوجه إيداعا قانونيا يتعين عليها ضم

<sup>1</sup> المجلة القضائية للمحكمة العليا , العدد الثاني , سنة 1992 , ص 185 .

المسائل الفرعية و الدفع المبدأة أمامها للموضوع والفصل فيها بحكم واحد يبت فيه أولاً في الدفع ثم بعد ذلك في الموضوع " .

و هذه المذكرات التي قصدتها نص المادة هي المذكرات المتعلقة بالدفع الشكالية أو الدفع الموضوعية , لأن الدفع بالمسألة الفرعية لا تفصل فيه نفس الجهة القضائية .

وهناك فرق آخر يمكن إعتماده في كون الدفع الشكالية لا يمكن قبولها أو إثارتها إلا قبل الدخول في الموضوع بينما الدفع بالمسألة الفرعية لا يثار إلا بعد الدخول في الموضوع .

ويتوجب أيضا الفصل في المسألة الفرعية قبل الفصل في الموضوع الأصلي للدعوى ويأخذ هذا الفصل مدّة و إجراءات خاصة , بينما باقي الدفع الأخرى يمكن أن تضم الموضوع و يُفصل فيها في نفس الحكم الفاصل في الموضوع .

ونميز كذلك بين المسألة الفرعية و مجرد أسباب عرفة الدعوى العمومية كالسرقات بين الأقارب وما تشترطه من شكوى الزوج , فهذا النوع من الدفع إذا أثير ما هو إلا دفع أولي متعلق بعدم صحة الإجراءات <sup>1</sup> .

---

<sup>1</sup> عبد الحميد زروال , المرجع السابق , ص 18 .

## المبحث الثاني

### شروط الدفع بوجود مسألة فرعية و أثره

الدفع بوجود مسألة فرعية من الدفع الموضوعية والتي لا يمكن حصرها فيمكن أن تكون هذه المسألة الفرعية متعلقة بمسائل هامة كالحق العقاري أو حق معنوي كما يمكن أن يكون مسألة جزائية كوجود غش أو تزوير أو بلاغ كاذب أو قذف ، أو أن تكون من مسائل الحالة الشخصية كالنسب والزواج والجنسية ، أو مسائل إدارية كتفسير القرارات الإدارية أو فحص شرعيتها ، كما يمكن أن تكون مسألة فرعية متعلقة بالقانون الدولي كتفسير معاهدة دولية .

فكل هذه الدفع تستلزم وجود شروط لإبدائها حتى ترتب أثارها المرجوة منها فنقسم بذلك هذا المبحث إلى مطلبين نعالج في الأول شروط إبداء هذه الدفع ، وفي الثاني نرى أثر هذه الدفع وما ترتبه على الدعوى الجزائية .

## المطلب الأول

### شروط إثارة الدّفع بوجود مسألة فرعية

حتىّ يقبل الدفع ويكون مؤثرا وينتج أثره في الدعوى الجزائية يتعين على من

يثيره احترام مجموعة من الشروط :

#### الفرع الأول : أن يثار الدفع من طرف المتهم

الدفع بوجود مسألة فرعية من الدّفوع الموضوعية الغير متعلقة بالنظام العام ,

وبالتالي على المتهم أن يتمسك به و أن يثيره و لا ينتظر ذلك من المحكمة , سواء

أمام محكمة أولى درجة أو لأول مرة أمام محكمة الإستئناف , و لا يمكن إثارته أمام

المحكمة العليا لأول مرة مباشرة .

كما ذهب إلى ذلك المحكمة العليا في اعتبار الدفع بالبطلان من الدفوع

الموضوعية : " على الطاعن أن يتمسك بالبطلان أمام قضاة الموضوع حتى يقولوا

كلمتهم فيه لا أن يفوت هذا الحق على نفسه ليعود بطرحه لأول مرة أمام المحكمة العليا<sup>1</sup>.

وهناك إستثناء على هذه القاعدة فيمكن للقاضي أن يثير مسألة فرعية من تلقاء نفسه دون إثارة الخصوم لها , وهي مسائل الحالة لما لها من صلة بالنظام العام .

وذلك مستمد من نص المادة 125 من قانون الجنسية والتي جاءت على سبيل التأكيد لا على سبيل الحصر , فيفسر نص المادة على إمكانية إثارة الدفوع المتعلقة بحالة الأشخاص بصورة عامّة بدلا من حصر إمكانية الإثارة على مسألة الجنسية فقط<sup>2</sup>.

#### الفرع الثاني : أن يثار الدفع قبل إقفال باب المرافعة

الدفع بوجود مسألة فرعية من الدفوع الموضوعية وبالتالي يجب إثارتها قبل إقفال باب المرافعة , وليس كما ذهب إليه المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من نص المادة 331 قانون عقوبات على أن الدفوع الأولية تثار قبل أي دفع في الموضوع وبالتالي خلط بينهما وبين الدفوع الشكلية التي يجب إثارتها قبل الدخول في الموضوع و إلا تعرضت لعدم القبول .

<sup>1</sup> جيلالي بغدادي , المرجع السابق , ص 346 .

<sup>2</sup> عبد الحميد زروال , المرجع السابق , ص 83 .

فموضوع نص المادة يعالج الدفع بالمسألة الفرعية , و أول سطر من نص

المادة يتكلم عن الدفع الشكلية الإجرائية الأخرى , فكان على المشرع أن يحذف

السطر الأول من نص المادة لأنه لا يتماشى مع طبيعة الدفع وتعلقه بموضوع الدّعى

وبالتحديد تعلقه بالركن المادي .

### الفرع الثالث : أن يزيل الدّفع بالمسألة الفرعية وصف الجريمة

هذا الشرط مستمد من المادة 331 قانون العقوبات في فقرتها الأولى , بنصها

على : " و لا تكون مقبولة إلا إذا كانت بطبيعتها تنفي عن الواقعة التي تعتبر أساسا

للمتابعة وصف الجريمة " , وإلغاء وصف الجريمة يتطلب إزالة أحد أركان الجريمة

والدّفع بوجود مسألة فرعية من الدفوع المزيلة للركن المادي للجريمة إن صحّت .

وإلغاء وصف الجريمة أمر مهم بالنسبة لهذا الدفع لأن المتهم يطالب بعد إثارته

لهذا الدفع إيقاف السير في الدّعى , وحتى يتمكن من إقناع قضاة الموضوع بذلك

على الدفع أن يلغي وبصورة مباشرة وصف الجريمة , وكمثال على ذلك ما يثار دائما

في جريمة الإهمال العائلي التي تقوم إلا بوجود علاقة زوجية مثبتة بعقد زواج , فإذا

دفع المتهم أو المتهمة بأن الضحية ليست بزوجته وأنها مطلقة عند تسجيل الشكوى ,

إلتمس إيقاف السير في الدّعى إلى أن يثبت الطلاق أمام قاضي شؤون الأسرة ,

فمسألة الطلاق من المسائل الفرعية المهمة من شأنها وصف الجريمة .

وفي هذا الإطار اعتبرت المحكمة العليا القرار منعدم التسبب في اعتماده على تصريحات المتهم في القضاء بوقف الفصل في جنحة إصدار شيك بدون رصيد رغم توافر شروطها لحين الفصل في دعوى خيانة الأمانة<sup>1</sup>.

وذلك ما يؤكّد وجوب نفي المسألة الفرعية لأحد أركان الجريمة بأسباب جدية لا يعتمد فيها على مجرد التصريحات .

#### الفرع الرابع : أن يكون الدفع جدياً

لا يمكن بأي حال من الأحوال إثارة هذا الدفع بصورة عرضية حتى ينتج أثره , بل يجب تأكيد التمسك به عن طريق تقديم أسانيد أو إثبات وقائع ثابتة من أوراق الدّعى , وهذا الشرط مستمد من الفقرة الثانية من نص المادة 331 قانون العقوبات بنصّها : " و لا تكون جائزة إلا إذا استندت إلى وقائع أو أسانيد تصلح أساساً لما يدّعيه المتهم " .

ويقصد بالأسانيد كل الوثائق أو الأدلة التي يدعم بموجبها مثير الدّفع ما يراه من وقائع تصلح لانتفاء الجريمة , فإذا تمسك الضحية بملكيتها للعقار جاز للمتهم أن يقدم دفعا فرعياً بملكيتها للعقار بتقديم أحد سندات الملكية المعتمدة قانوناً .

<sup>1</sup> المجلة القضائية , العدد الأول , سنة 2003 , ص 495 .

و في نفس المثال أجاز القانون إن لم يكن هناك أسانيد قوية أن يتمسك بوقائع مستمدة من موضوع الدعوى نفسه , كأن يدفع المتهم بأنه حائز وليس مالك للعقار و تقديم ما يثبت ذلك من وسائل إثبات الحياة على أن الفصل في هذه المسألة يعود لقاضي العقار المختص .

## المطلب الثاني

### أثر الدفع بوجود مسألة فرعية

يهدف الدفع بوجود مسألة فرعية إن صح و اكتملت شروطه إلى انتفاء الجريمة<sup>1</sup> , وبذلك نجد أثر هذا الدفع على الدعوى الجزائية ينقسم إلى أثر قريب و أثر بعيد .

أما الأثر القريب الذي تهدف إليه جميع الدفوع الفرعية هو إيقاف السير في الدعوى الأصلية إلى حين الفصل في الدعوى الفرعية و يصدر في شكل حكم أو قرار يوقف السير في الدعوى يمكن من خلالها للمتهم طلب الإفراج عنه إن كان محبوسا عند دفعه بالمسألة الفرعية وطلب إيقاف السير .

---

<sup>1</sup> إيهاب عبد المطلب , المرجع السابق , ص 214 .



وهناك بعض المسائل الفرعية التي ألزمت المحكمة العليا من خلال قراراتها قاضي الموضوع إيقاف السير في الدعوى إلى حين الفصل في المسألة الفرعية أو كما تطلق عليها مسألة أولية ضمن قرار صادر في 04 جويلية 1983 رقم 26248 والذي جاء نصه " لا يجوز للقضاء الجزائي أن يفصل في موضوع دعوى تقديم معلومات كاذبة إلى ضابط الحالة المدنية مادام القضاء المدني لم يفصل نهائيا في النزاع الأصلي بثبوت التصريحات الكاذبة وبإبطال العقد المحرر بموجبها " <sup>1</sup> .

فيفهم من هذا القرار أن الدعوى الأصلية المتابع بها المتهم هي جرم تقديم معلومات كاذبة إلى ضابط الحالة المدنية , و قد فرضت المحكمة العليا على قاضي الموضوع عدم الفصل في هذا الجرم إلا بعد التأكد من أن التصريح بالفعل هو كاذب والتأكد من ذلك يكون عن طريق قاضي آخر هو القاضي المدني يفصل في هذه الصحة أو يقضي بإبطال العقد المحرر , و هو المسألة الفرعية المفيدة للمسألة الأصلية .

أما الأثر <sup>2</sup> البعيد فيظهر جلياً بعد إعادة السير في الدعوى الأصلية التي سبق إيقافها , و المتمثل في طلب البراءة بعد صحة المسألة الفرعية المثبتة بموجب حكم نهائي من الجهة القضائية غير الجهة الفاصلة في الموضوع الأصلي .

---

<sup>1</sup> المجلة القضائية , قسم المستندات للمحكمة العليا , العدد الأول , 1989 , ص 362 .

<sup>2</sup> وفقا للمادة 222 من قانون الإجراءات الجنائية المصري ميزت بين الإيقاف الوجوبي للدعوى إذا كانت المسألة الفرعية جنائية وبين الإيقاف الجوازي إذا كانت المسألة الفرعية من مسائل الأحوال الشخصية .

و يجدر التنبيه إلى وجوب ذكر المهلة القانونية في الحكم القاضي بوقف سير

الدعوى بصريح نص الفقرة الأخيرة من المادة 331 من قانون العقوبات و التي جاء

نصّها : " و إذا كان الدفع جائزا منحت المحكمة مهلة يتعين على المتهم رفع الدّعى

إلى الجهة القضائية المختصة " فإذا قبلت المحكمة وجود المسألة الفرعية تعيّن عليها

إعطاء مهلة لإثباتها , فالفصل فيها يتطلب فترة زمنية تخضع لتقدير القاضي مادام

نص المادة لم يحدد المدة ومادامت المسائل الموضوعية تختلف من واقعة إلى أخرى

و من جهة قضائية إلى أخرى .

أما عدم احترام المدة في عدم رفع الدعوى الفرعية فيرتب على ذلك عدم

التمسك بالدفع من مثيره و بالتالي عدم قبوله .

أما إذا رأت المحكمة أن الدفع بوجود مسألة فرعية يفتقر إلى الشروط المذكورة

سابقا كعدم الجدية أو عدم تأثيره في الدعوى صرفت النظر عنه مع تسبب **يب الحكم**

القاضي برفضه وعدم قبوله ويخول لصاحبه إثارته أمام المحكمة العليا , و قد جسد

نص المادة ذلك بقوله : " ... أما إذا كان غير جائز استمرت المرافعات " .

## الباب الثالث

### دفع تهادف إلى انتفاء الركن المعنوي للجريمة

من الطبيعي أن قيام الجريمة لا يتأتى بدون وجود ركن معنوي لها , فلا يكفي

وجود أفعال مادية منافية للقانون حتى تقوم الجريمة ضد من قام بالفعل بل يجب أن

يرافق و يعاصر هذه الأفعال إرادة ارتكابها و هو الركن المعنوي و عدم توافر هذا

الركن يؤدي بالضرورة إلى عدم توقيع العقاب على مرتكب هذه الأفعال .

فالركن المعنوي هو روح المسؤولية الجنائية إذا مثل الركن المادي جسدها<sup>1</sup> ,

ويطلق على هذا الركن كذلك الرابطة المعنوية أو الصلة النفسية أو العلاقة الأدبية

التي تربط بين ماديات الجريمة و نفسية فاعله<sup>2</sup> , أو أنه تلك العلاقة الرابطة بين

ماديات الجريمة و شخصية الجاني<sup>3</sup> .

فالدفع بعدم توافر الركن المعنوي من الدفع التي تنفي المسؤولية الجزائية

بالرغم من وجود جريمة بالمفهوم المادي أو وجود جريمة قد حصلت إلا أن الحالة

الشخصية لمرتكبها تمنع من توقيع العقاب عليه , فموانع المسؤولية قد تتعلق بتكوين

الجريمة أي بتكوين الركن المعنوي كما قد تتعلق بموانع العقاب أو التخفيف منه .

<sup>1</sup> رؤوف عبيد , المرجع السابق , ص219 .

<sup>2</sup> عبد الله سليمان , المرجع السابق , ص231 .

<sup>3</sup> حسين بن عيسى و خلدون قندح و علي طوالبه , شرح قانون العقوبات , دار وائل للنشر, الطبعة الأولى , ص194 .

و بما أن عنوان الباب الحالي هو الدفع التي تهدف إلى انتقاء الركن المعنوي

و بالتالي عدم قيام الجريمة أصلا فإننا لن نتكلم عن الدفع المتعلقة بموانع العقاب أو التخفيف منه بال رغم من كونها دفع موضوعية تنطبق عليها جميع أحكام و شروط هذا النوع من أنواع الدفع .

فموانع العقاب أو ما تسمى بالأعذار هي كل واقعة أو فعل من طبيعتها تخفيف العقوبة أو حذفها أو إسقاطها<sup>1</sup> .

فالأعذار نوعان إما معفية من العقاب أو مخففة له , فالأولى تحول دون توقيع العقاب و الثانية تنقص من شدة العقوبة .

فالملاحظ أن هذه الأعذار القانونية تتعلق فقط بالعقوبة من حيث توقيعها أو

التخفيف منها و لا تتعلق بتكوين الجريمة و هي خارجة عن الركن المعنوي , فيفترض

عند الدفع بها أن الجريمة ثابتة الوقوع و لكن لا يمكن تنفيذ العقاب لوجود عذر

مذكور على سبيل الحصر في القانون , كمن يعفى من العقوبة كل من أبلغ السلطات

الإدارية أو القضائية عن جناية أو جنحة ضد أمن الدولة قبل البدء في تنفيذها ,

المادة 199 من قانون العقوبات فبالرغم من كون المبلغ مجرما إلا أنه لا توقع عليه

العقوبة لورود النص , وكل من يكشف عن وجود جمعية أو اتفاق على ارتكاب

الجنايات يعفى من العقوبة بناء على نص المادة 179 من قانون العقوبات.

<sup>1</sup> محمود نجيب حسني , النظرية العامة للقصد الجنائي , دار النهضة العربية , الطبعة الثالثة , القاهرة , 1988 , ص08.

و عدم توقيع العقاب لا يمنع القاضي من تطبيق أحد تدابير الأمن وفق الفقرة الثانية من المادة 52 من قانون العقوبات .

و رغم أن الأعدار المعفية جاءت على سبيل الحصر إلا أن الظروف المخففة لم يرد بشأنها أي تحديد و تركت لتقدير قاضي الموضوع , و قد قضت بذلك المحكمة

العليا في قرار لها صادر في 19 ديسمبر 1989 رقم 549 على أن " الأعدار

المخففة هي حالات محدّدة في القانون على سبيل الحصر و يترتب عليها تعيين

عقوبة جديدة مدّتها مخففة في حدها الأقصى و الأدنى الواردة في المادة 283 قانون

العقوبات و لا تطبق إلا عند توافر الشروط المنصوص عليها بالمواد 277 إلى 281

قانون العقوبات و أما الظروف المخففة فلم يحددها المشرع و تركها لتقدير قضاة

الموضوع الذين في حالة منحها يسوغ لهم النزول إلى مدة تقل عن الحد الأدنى

للعقوبة المقررة قانونا حسب الترتيبات المبينة في المادة 53 قانون العقوبات ... " <sup>1</sup> .

فالحكم الذي لا يوضح بدقة ركن الجريمة المعنوي يكون قاصرا في تسببيه ,

كما بينت ذلك المحكمة العليا في القرار رقم : 47575 بتاريخ 1987/12/08 عندما

وضح جريمة استعمال المزور في أن ثبوتها يتطلب عناصر ثلاث هي الركن المعنوي

---

<sup>1</sup> نواصر العائش , المرجع السابق , ص28 .

وهو الوعي بتغيير الوقائع , والعلم بعدم صحة الوثيقة المقدمة والاضرار بالشاكي ,  
وأن أي قرار لا يوضح ذلك يعد خرقا للقانون وانعداماً للأساس القانوني<sup>1</sup> .

وتجدر الإشارة إلى أن السكر بالرغم من تأثيره على إرادة الشخص في ارتكابه

للجريمة إلا أن القضاء الجزائري لم يعتبره سببا من أسباب انعدام المسؤولية , من

خلال قرار المحكمة العليا الصادر في 1990/11/13 رقم : 71548 جاء فيه أن

المتهمين كانوا في حالة حسنة وأن اختيارهم للسكر ليس بظرف تخفيف من العقوبة ,

وأن امتناعهم عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر هي تهمة ثابتة في حقهم  
وعناصرها مكتملة<sup>2</sup> .

وقد لا يأخذ الركن المعنوي دائما صورة قصد إلحاق الضرر وإنما قد يستخلص

من وقائع مادية كجريمة إصدار الشيك بدون رصيد , فقد قضت المحكمة العليا في

قرار صادر في 2000/03/20 رقم : 67418 أن الركن المعنوي لهذه الجريمة

يستخلص من حالة غياب الرصيد وعدم كفايته ومن ثم فإن اعتراف المتهمين الأول

بإصدار الشيك على بياض والثاني بقبوله لجعله كضمان لا يجعلهما ينجوان من

المتابعة القضائية<sup>3</sup> .

---

<sup>1</sup> المجلة القضائية للمحكمة العليا , العدد الرابع , سنة 1990 , ص 243 .

<sup>2</sup> المجلة القضائية للمحكمة العليا , العدد الثاني , سنة 1992 , ص 210 .

<sup>3</sup> المجلة القضائية للمحكمة العليا , العدد الأول , سنة 1994 , ص 261 .

ففي جريمة حيازة المخدرات مثلا فإن القصد الجنائي لا يتوافر بمجرد الحيازة  
المادية التي تكون الركن المادي , فينبغي التحقق وقيام الدليل على علم الحائز بأن  
ما يحوزه هي مخدرات يحضر إحرازها , فإذا دفع المتهم بذلك كأن يقول بعدم علمه  
بوجود المخدرات في الحقيبة المضبوطة وأن هناك من سلمها إليه بمحتوياتها , فيتعين  
هنا إبراز الركن المعنوي وذلك بإبراز عنصر العلم أو النية التي ينتفي بانقائها ركن  
الجريمة .<sup>1</sup>

أما جرم زراعة المخدرات فهو من الجرائم العمدية التي يكتفى فيها بالقصد  
الجنائي العام .<sup>2</sup>

فنستنتج من ذلك أن هذا الدفع من الدفوع الموضوعية التي يلزم الدفع به من  
طرف المتهم أو المدافع عنه حتى يكون منتجا وتستجيب له المحكمة , فإذا سكت عن  
ذلك وكان هناك في ملف الدعوى وما دار في المحاكمة وجود عنصر العلم فإن إثارته  
لأول مرة أمام المحكمة العليا أمر غير سديد .<sup>3</sup>

وعلى ذلك فإننا نعالج في هذا الباب الدفوع التي تدخل في تكوين الركن  
المعنوي للجريمة مقسمين الدراسة إلى فصلين الأول نتكلم فيه عن الدّفْع بالجنون و  
صغر السن , أما الثاني فنتطرق فيه إلى الدفع بالإكراه و حالة الضرورة .

<sup>1</sup> حمدي معوض عبد التواب , الدفاع والدفوع في قضايا المخدرات , المصرية الدولية للنشر والتوزيع , الطبعة الثانية , مصر ,  
2006 , ص 75 .

<sup>2</sup> ابراهيم المنجي , الدفوع الجنائية في جرائم المخدرات , الطبعة الأولى , منشأة المعارف , الاسكندرية , 1999 , ص 403 .

<sup>3</sup> نفس المرجع , ص 76 .

## الفصل الأول

### الدّفع بالجنون و صغر السنّ

هناك من يعبر عن ال جنون إجمالاً بقصور الملكات العقلية و الذهنية ، و يقصد بالملكات العقلية الملكات التي تتكون بها إرادة الشخص الواعية المقدره لكل فعل يقوم به و غياب الملكات يؤدي إلى غياب الإرادة ، و يكتفى في قصور هذه الملكات فقط دون انعدامها الكلي حتى لا يُسأل الشخص عن جريمته<sup>1</sup>.

إذا الأمر س يلين في عدم توقيع العقاب فيما إذا انعدمت الإرادة تماماً و كنا أمام حالة من حالات الجنون ، أو نقصت و كنا أمام حالة من حالات صغر السن ، فكلا الدفعين يؤثر في تكوين الركن المادي للجريمة ، و كلا الدفعين لا ي مكن لمن اتصف بهما أن يثيرهما من تلقاء نفسه ، فيثار هذا الدفع إذا من طرف الممثل القانوني للصغير أو المجنون على أن يحترم من أثاره جميع الشروط القانونية المحددة له حتى

---

<sup>1</sup> ممدوح عزمي ، دراسة عملية لأسباب الإباحة و موانع العقاب ، دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية 2000،ص : 11 .



ينتج أثره و قد نصت ال مادة 06 من الإتفاقية الأريية لحقوق الإنسان على الحق في

محاكمة عادلة بأن يدافع الشخص عن نفسه بشخصه أو من خلال المساعدة

القانونية ، فإن لم تكن له وسيلة لدفع ثمن المساعدة في عطي مساعدة مجانية<sup>1</sup> فلا

يتوقع أن يدافع الصغير أو المجنون عن نفسه إذا لم تعطى لهم هذه الضمانات .

لذلك سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين :

• المبحث الأول : ندرس فيه الدفع بالجنون .

• المبحث الثاني : ندرس فيه صغر السن .

على أن نبيّن أهمية كل دفع منها في هذه الدراسة .

---

<sup>1</sup> Nuala mole et catarina harby , le droit a un proces equitable , 2 edition , Belgique , 2007 , page04 .

## المبحث الأول

### الدفع بالجنون

نتولى تعريف هذا الدفع على أن نبين شروطه و أثره على الدعوى الجزائية و

كيفية إثباته .

### المطلب الأول

#### تعريف الدفع بالجنون

تنص المادة 47 من قانون العقوبات على أنه " لا عقوبة على من كان

في حالة جنون وقت ارتكاب الجريمة و ذلك دون الإخلال بأحكام الفقرة 2 من المادة

21 " , نجد أن المشرع نص على الجنون كمانع من موانع المسؤولية لكنه لم يبي

معنى الجنون أو م تى يكون الشخص في حالة جنون وقت ارتكاب الجريمة و هو أمر

معقول بالنسبة للمشرع لأن حالة الجنون و هي حالة طبية و نفسية لا يستطيع

تحديدها إلا طبيب مختص و لا يمكن حصرها في مجموعة قوانين جزائية .

و قد عرف الجنون على أنه " حالة الشخص الذي يكون عاجز عن

توجيه تصرفاته على الصورة الصحيحة بسبب توقف قواه العقلية عن النمو أو

انحرافها أو انحطاطها ، بشرط أن يكون من ضمن ال حالات المرضية المعينة " <sup>1</sup>.

و يعرف أيضا بأنه : " عدم قدرة الشخص على التوفيق بين أفكاره و

شعوره وبين ما يحيط به لأسباب عقلية " <sup>2</sup> .

و الجنون في الشريعة الإسلامية هو اختلال في العقل يفقد الشخص الإدراك

التام، وهو ذهاب العقل بالكلية لآفة <sup>3</sup> ، و عرف أيضا وفق تعريف الطب العقلي " هو

فقدان القوى العقلية أو الملكات الذهنية بصفة مطلقة ، و العاهة العقلية هي كل

انتقاص أو ضعف في القوى العقلية أو الملكات الذهنية لا يصل إلى حد فقدانها بصفة

مطلقة ما دام من شأنها أن تفقد الجاني شعوره أو اختياره فقداناً تاماً وقت ارتكاب

الجريمة " <sup>4</sup> ، وهناك من قال بأن الجنون هو مرض عقلي كالأمراض الأخرى <sup>5</sup> .

---

<sup>1</sup> رؤوف عبيد، المرجع السابق ، ص: 533 .

<sup>2</sup> عدلي خليل ، المرجع السابق ، ص : 212 .

<sup>3</sup> محمد رواس قلعه جي ، موسوعة فقه عمر بن الخطاب ، مكتبة الفلاح ، الكويت ، الطبعة الثانية ، 1984 ، ص 229 .

<sup>4</sup> عبد العزيز سليم ، الدفع بالجنون ، النشر الذهبي للطباعة ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 2005 ، ص 07 .

<sup>5</sup> Bernard E hrcourt ، supposons que la discipline et la securite n existent pas ، university of chicago ، september 2008 ، page 03 .

فأى خلل يصيب العقل وقت ارتكاب الجريمة يدخل ضمن الجنون ، و لا

يؤخذ بالمفهوم الضيق للجنون طالما أن المشرع الجزائري و سع من مفهومه عند نصه

في المادة 21 من قانون العقوبات و التي ت حيل إليها نص المادة 47 على أنه : "

الحجز القضائي في مؤسسة نفسية هو وضع الشخص بناء على قرار قضائي في

مؤسسة مهيأة لهذا الغرض بسبب خلل في قواه العقلية قائم وقت ارتكاب الجريمة أو

اعتراه بعد ارتكابها .....".

1 فيفهم من نص المادة أن أي خلل في القوى العقلية يفهم منه حالة جنون ترتب عدم قيام المسؤولية و توقيع العقاب .

لكن تقدير وجود الجنون من عدمه من المسائل الفنية يب ت فيها أهل

الاختصاص و بالتالي يمكن إثباتها بالخبرة الطبية ، و قد ذهبت المحكمة العليا إلى

ذلك في قرار لها صادر في 15 يناير 1985 رقم : 41022 على أنه : " يتعرض

للقض قرار غرفة الإتهام القاضي بأن لا وجه للمتابعة بناء على خبرة طبية أولى

تقرر عدم مسؤولية الجنائية و خبرة طبية مضادة تثبت نقصان مسؤوليته

الجزائية . " 2

<sup>1</sup> إن أكثر الحالات انتشارا والتي تمثل اضطرابا في القوى العقلية هي الضعف العقلي بسبب وقوف الملكات الذهنية عن النمو ، والصرع الذي يتخذ صورة نوبات تفقد المصاب شعوره وإرادته ، والفصام الذي يعني إزدواج الشخصية فلا يدري الفاعل أي الشخصيتين ارتكبت الجريمة ، و جنون العقائد الوهمية كأن يعتقد المصاب بأنه ضحية اضطهاد أو أنه نبي مرسل ، و جنون السرقة فلا يستطيع المريض كبح رغبة السرقة بالرغم من علمه بالفعل ؛ إيهاب عبد المطلب ، المرجع السابق ، ص 287 .  
<sup>2</sup> جيلالي بغدادي ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص 327 .

و بناء على هـ ذه الحالة التي تصيب العقل البشري و تجعل من تصرفاته لا تخرج عن تصرفات الحيوان ينتج الدفع بالجنون ، فتقدير حالة المتهم العقلانية ومدى تأثيرها على مسؤوليته الجنائية أمر يتعلق بوقائع الدعوى ، و الفصل فيها موكل إلى قاضي الموضوع <sup>1</sup>.

فيعتبر الدفع بالجنون من الدفوع الجوهرية المؤثرة في سير الدعوى تلزم محكمة الموضوع بالرد عليه طالما أثير ، و إن عدم الرد يفعل من الحكم و معيب يتوجب نقضه <sup>2</sup>.

## المطلب الثاني

### شروط الدفع بالجنون

رأينا أن الدفع بالجنون من الدفوع الموضوعية <sup>3</sup> ، لأنها تتعلق بتقدير الحالة العقلية للشخص و مدى تأثيرها على تحمل المسؤولية الجزائية ، و إن الفصل في ذلك يعود لقاضي الموضوع الذي يدفع بذلك أمامه ، و حتى ي وخذ هذا الدفع بعين الاعتبار

---

<sup>1</sup> ممدوح عزمي ، دراسة عملية في أسباب الإباحة و موانع العقاب ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2000 ، ص 27 .

<sup>2</sup> نفس المرجع ، ص 27.

<sup>3</sup> إيهاب عبد المطلب ، المرجع السابق ، ص 689 .

و يكون منتجا في الدعوى لأنه من الدفوع الجوهرية ينبغي أن تتوافر فيه شروط خاصة بالإضافة إلى الشروط الواجب توفرها في كل الدفوع الموضوعية ، و تتمثل هذه الشروط الخاصة فيما يلي :

### الفرع الأول : التمسك بالدفع من المدافع

بما أن المتهم في هذه الوقائع لا يستطيع الدفاع عن نفسه بنفسه<sup>1</sup> ، يتولى الدفاع هذه المهمة عنه ، و من البديهي أن للدفاع اتخاذ و طرح ما يراه مناسباً من دفوع لمصلحة موكله حسب تقديره هو للأمر ، فالمشرع لم يرسم للدفاع الوسائل التي بمقتضاها يدافع عن مصالح موكله و ترك ذلك للضمير و الالتزام بقانون و تقاليد مهنة المحاماة .

و لأهمية ما قد يستتبطه الدفاع من وسائل دفاع عند الاتصال بموكله ألزم المشرع وجوب حضور المدافع عن المتهم للجناية و إلا كان الحكم الصادر فيها باطلا .

و من أهم الدفوع التي قد يثيرها المدافع عن موكله الدفع بالجنون ، فكم أسلفنا القول إن لم يثر هذا الدفع من طرف الدفاع فليس هناك من طرف آخر يمكن أن يثيره ، فإذا لم يلتزم الدفاع بإثارته أمام قاضي الموضوع يفقد المتهم إمكانية إبدائه

<sup>1</sup> وبالمقابل فإن قاضي الموضوع لا يلام عندما يغفل الإشارة إلى تمتع المتهم بقواه العقلية إلا إذا دفع بذلك ؛ مدحت محمد سعد الدين ، المرجع السابق ، ص 383 .

لأول مرة أمام المحكمة العليا لأنه من الدفوع الموضوعية ، وهنا تظهر أهمية ما أسلفنا قوله من وجوب احترام تقاليد المهنة و التحليل السليم للوقائع .

فتطرح هنا الإشكالية في حالة عدم التمسك بالدفع من طرف المدافع فيضيع بذلك حق المتهم في التمسك بـ هـ<sup>1</sup> ، و هذا الأمر لم يعالجه المشرع و لم يتطرق له ، بل العكس من ذلك جعلت المحكمة العليا عدم إثارة الدفع أمام محكمة الموضوع أمراً لا يخول لصاحبه إمكانية التمسك به لأول مرة أمامها، و هذا إجحاف في حق المتهم و انتقاص من حقوق الدفاع أمام إمكانية تغييره من جهة قضائية إلى أخرى.

و نستشف ذلك من القرار الصادر في 02 جويلية 1985 رقم: 39408

على أنه : " لا يجوز للطاعن أن يتمسك بهذا الدفع للمرة الأولى أمام المجلس الأعلى متى ثبت من التحقيقات التي أجريت في الدعوى و من محضر المرافعات أن المتهم لم يكن مصاباً بأي مرض عقلائي و أن الدفاع لم يثر هذه المسألة أمام قضاة الموضوع حتى يقولوا كلمتهم فيها " <sup>2</sup>.

من خلال القرار نجد أن محكمة النقض تخاطب الطاعن بالرغم من دفع هـ بجنونه و في ذلك إجحاف في الضمانات التي يتمتع بها ، فكيف يتحمل الطاعن الخطأ الذي دفع فيه د فلعه في عدم التمسك بالدفع.

<sup>1</sup> فالدفع بالجنون هو دفع موضوعي لا يتعلق بالنظام العام ؛ إيهاب عبد المطلب ، المرجع السابق ، ص 690 .

<sup>2</sup> جيلالي بغدادي ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص:327 .

و تفاديا لذلك يشترط في إثارة الدفع شرط آخر يمكن أن تكون حلا لإشكالية

التمسك بالدفع أمام محكمة الموضوع و حول الطرق التي يتمسك به ، و هو ما

يستنتجه في الفرع الثاني .

**الفرع الثاني: أن يثبت من التحقيقات أو محضر المرافعات الإصابة بالجنون**

بالإضافة إلى التمسك بهذا الدفع و وجوب إثارته من الدفاع يستلزم ثبوت

الإصابة بالجنون في أوراق الدعوى أي ثبوتها من خلال أوراق التحريات أو التحقيقات

أو محضر المرافعات ، و إثبات الجنون لا يكون إلا لأهل الاختصاص<sup>1</sup> ، و يجوز

للمحكمة من خلال الاستجواب المقام من طرفها أثناء المرافعات أن تستشف حالة

الجنون ، بل نجد أن القضاء المصري ذهب إلى عدم إجابة الدفاع إلى الدفع بالجنون

إذا ترجّحت صحّة عقل المتهم من خلال موقفه من التحقيق و حالته النفسية و إجابته

إلى ما وجه له من أسئلة<sup>2</sup> .

وعلى ذلك فيجب أن ترشح أوراق الدعوى و وقائعها أن المتهم مصاب

بالجنون الذي يعدم المسؤولية و أن يثار الدفاع من طرف الدفاع حتى تلتزم المحكمة

العليا إلى إجابته إذ أثير أمامها ، و هذا ما ذهب إليه المحكمة العليا أيضا من خلال

القرار الصادر في 02 جويلية 1985 رقم : 39408 .

<sup>1</sup> فبعض المتهمين يلجؤون إلى التظاهر بالجنون للتخلص من المسؤولية ويصعب على قاضي الدعوى تحديد وجوده .

<sup>2</sup> عبد العزيز سليم ، الدفع بالجنون ، مرجع سابق ، ص:46 .



### الفرع الثالث : أن يعاصر الجنون وقت ارتكاب الجريمة

نص المشرع الجزائري على هذا الشرط صراحة في المادة 47 من قانون

العقوبات ، فلا يكون الدفع منتجا إلا إذا كان الجنون وقت ارتكاب الجريمة ، فلا

يعدم المسؤولية الجنون الذي يكون قبل ال جريمة أو بعدها ، ويثبت ذلك عن طريق

فحص طبي يثبت أن الجاني كان مجنونا أثناء ارتكاب الجريمة ، فالجنون الذي يحدث

أثناء المحاكمة يوقف إجراءاتها ، والجنون الذي ي كون بعد المحاكمة يوقف تنفيذ

العقوبة إلى أن يعقل المجنون ، والجنون الذي يحدث أثناء فترة تنفيذ العقوبة يوقف

تنفيذها ، و لا يعدم هذا النوع من الجنون المسؤولية ، فصراحة النص تغني عن أي

اجتهاد في هذا الأمر لكن الملاحظ أن إثبات الجنون وقت ارتكاب الجريمة أمر صعب

حتى بالنسبة لمختص ، خاصة في حالة الجنون المتقطع ، أو في حالة عودة الجاني

إلى حالته الطبيعية بعد ارتكاب الجريمة فكيف للطبيب أن يثبت ذلك خاصة أمام عدم

وجود أخصائيين في هذا المجال .

و نجد أن المشرع الجزائري في الجرائم الأكثر جسامة و التي تحمل وصف

الجنائية يخضع المتهم إلى فحص طبي يتلى بعد تمام المرافعات عن كون المتهم مؤهل

لتحمل المسؤولية ، لكن هذا الفحص لا يشير أبدا إلى كون المتهم عاقلا وقت ارتكاب

الجريمة ، و بالتالي يتحمل مسؤولي ة م ا قام به من أفعال .

10 و قد أكدت المحكمة العليا هذا الشرط من خلال قرار لها صادر في

مارس 1981 رقم 21200 بنصها : " يختلف حكم الجنون بحسب ما إذا كان لاحقا

بالجريمة أو معاصرا لها , فالجنون اللاحق للجريمة يوقف المح اكمة حتى يزول و

يعود للمتهم من الإدراك و الرشد ما يكفي لدفاعه عن نفسه ، أما الجنون المعاصر

للجريمة فإنه يرفع العقاب عن مرتكبها لانعدام الإدراك فيه و مس ووليته الجزائية عملا

بأحكام المادة 47 من قانون العقوبات التي تنص صراحة على أنه لا عقوبة على من

كان في حالة جنون وقت ارتكاب الجريمة ، لذلك يعتبر مشوبا بالقصور و يستوجب

النقض قرار غرفة الاتهام القاضي بأن لا وجه للمتابعة بناء على تقرير طبي أثبت

الجنون يوم الفحص دون أن يبي ن ما إذا كان المتهم مجنونا يوم اقتراف الجريمة<sup>1</sup> .

---

<sup>1</sup> جيلالي بغدادي , المرجع السابق , الجزء الأول , ص: 327 .

## المطلب الثالث

### أثر الدفع بالجنون

يترتب على الدفع بجنون المتهم آثار بالنسبة للدعوى الجزائية و آثار بالنسبة للقاضي الذي يتولى الفصل في الدعوى خاصة إذا لم يدفع بهذا الدفع ، و كذلك الأمر عن مدى تعلق هذا الدفع بالنظام العام و إمكانية إثارته من طرف المحكمة من تلقاء نفسها خاصة أمام جنون المتهم الذي لا يستطيع الدفاع عن نفسه .

**أولاً :** إن الهدف من إثارة الدفع بجنون المتهم وفق الشروط المحددة سابقا هو انتفاء الركن المعنوي ، فالدفع بالجنون من الدفوع الموضوعية التي تتطلب خوضا في الموضوع لإثباتها و لا يمكن إثارتها كدفع إجرائي لأن القانون لا يلزم المحكمة بفحص المتهم و إثبات عدم جنونه ، فهذا الدفع من الدفوع الجوهرية المؤثرة بصورة مباشرة في الدعوى مما يلزم المحكمة بإجابته و تسبب حكمها القاضي بقبوله أو رفضه .

**ثانياً :** رغم جوهرية الدفع بالجنون إلا أنه من الدفوع التي تتعلق بمصلحة

الخصوم و لا يتعلق هذا الدفع بالنظام العام ، و بالتالي يلزم من له مصلحة في ذلك إثارته و التمسك به في مراحل الدعوى و أمام قاضي الموضوع ، فلا يمكن إثارته لأول مرة أمام المحكمة العليا لأنه يتطلب تحقيقا في الموضوع لإثباته ، و لا رقابة للمحكمة العليا على ما يثبت هقاضي الموضوع من وجود جنون أو العكس ، فليس

لمحكمة النقض إلا الرقابة على تسيب القاضي للحكم أو القرار لأن من الطبيعي لجوء قاضي الحكم للإستعانة بخبير طبيب لإثبات وجود جنون من عدمه .

**ثالثا :** لا يعيب الحكم عدم ذكره لتحمل المتهم المسؤولية عن وقوع الجريمة إذا

لم يثر من قبل المتهم أو من له مصلحة في ذلك ، فلا يلزم القاضي بسؤال المتهم عن حالته العقلية إذا لم يظهر من أوراق الدعوى و من وقائعها أن المتهم غير سوي في تصرفاته و أقواله .

و أن توقيع العقاب على المتهم لدليل على أن المحكمة اقتنعت بأن المتهم

كان متمتعا بقواه العقلية عن وقوع الجريمة و لا يحتاج تسليط العقوبة إلى خبرة عقلية

تسبقها لأن الأصل في الإنسان سلامة العقل حتى يأتي بما يفند هذا الأصل<sup>1</sup> .

---

<sup>1</sup> رؤوف عبيد ، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي ، مرجع سابق ، ص : 542 .

## المبحث الثاني

### الدفع بصغر السن

يظهر في الوهلة الأولى أنه لا يمكن تصور وجود هذا الدفع في الجانب

العملي نظرا للإجراءات المتخذة قبل المتابعة الجزائية ، فدون الحاجة إلى إثارة هذا

الدفع يتأكد ممثل حق المجتمع من سن المتهم ، فإن كان صغيرا أحاله على محكمة

الأحداث ، و إن كان كبير ا أحاله على محكمة البالغين ، و بالتالي لا تبقى للدفاع أو

المتهم إمكانية إثارة الدفع لسبق الفصل فيه بحجة قاطعة ممثلة في وجود شهادة

الميلاد في ملف الدعوى .

و يزيد من صعوبة إيجاد حالات يمكن الدفع فيها بصغير السن هو

موضوع الدراسة الذي يعالج هذا الدفع من ناحية انعدام الركن المعنوي و بالتالي

انعدام الجريمة ، فيعالج الدفع بصغر السن من ناحية انعدام الجريمة و ليس تخفيف

العقاب أو الإعفاء منه ، فالأولى من الدفع التي تدخل ضمن انتفاء الركن المعنوي

أما الثانية فتعتب الجريمة فيها تامة ، و يثار الدفع بصغر السن إما للتخفيف من

العقاب أو الإعفاء منه .

و بالتالي تظهر أهمية هذا الدفع ، لأنه من الدفع التي قد ترتب انعدام

الجريمة إن صحّت ، فهو من الدفع الجوهرية ، فيجب إذا التفرقة بينهما و استنباط

هذه الدفوع بحسب سن الحدث ، و ما اتخذه في شأن ذلك المشرع الجزائري من إجراءات خاصة إلى وصوله لسن البلوغ .

فقبل ذلك يجب تعريف هذا الدفع ثم استنباط الدفوع التي يمكن إثارتها عند تحققه .

## المطلب الأول

### تعريف الدفع بصغر السن

الصغير في الشريعة الإسلامية هو الشخص الذي لم يبلغ الحلم ، فيكون

طفلا الصبي حين يسقط من بطن أمه إلى أن يحتلم<sup>1</sup> .

فالشريعة الإسلامية جعلت الإحتلام هو الفارق بين الصغير و البالغ ، و

بذلك لم تضع سنا معيناً يفرق من خلالها بين هما ، فنجد أن الطفل قد يبلغ في سن

مبكرة كما يمكن أن يتأخر في بلوغه بحسب تركيبته الجسمية و طبيعة المنطقة التي

يعيش فيها أو العوامل الخارجية و المؤثرات التي تساهم كل ها في وصول الطفل إلى

مرحلة البلوغ .

---

<sup>1</sup> عبد العزيز محمد محسن ، الأعدار القانونية المخففة من العقاب في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، دار النهضة العربية ، 1997 ، ص 67 .

و على العكس من ذلك تماما نجد أن ال  
قوانين الوضعية و من بينها  
التشريع العقابي الجزائري حدد سنا معيناً للبلوغ  
بغض النظر عن الاحتلام ، فيمكن  
أن تطبق وقائع الأحداث على من كان بالغاً في نظر الشريعة ، كما يمكن تطبيق  
قواعد البالغين على من كان صغيراً في نظرها .

فقد عالج قانون العقوبات مسألة صغر السن في المادة 49 منه بقولها : " لا  
توقع على القاصر الذي لم يكمل الثالثة عشرة إلا تدابير الحماية أو التربية ، و مع  
ذلك فإنه في مواد المخلفات لا يكون محلاً إلا للتوبيخ . و يخضع القاصر الذي لم  
يبلغ سنه من 13 إلى 18 سنة إما لتدابير الحماية أو التربية أو لعقوبات مخففة."

فقد قسم المشرع الجزائري مسؤولية الحدث إلى قسمين أو مرحلتين ،  
الأولى يكون فيها الحدث غير مسؤول عن أي فعل يقوم به سواء كان مباح أو مجرماً  
إلى أن يبلغ سن الثالثة عشر فت وقع عليه عقوبات تكون مخففة عن العقوبات المطبقة  
على البالغين و يفرض الشرع عند تسليط عقوبة الغرامة أو الحبس بالنسبة للأحداث  
البالغين من العمر الأكثر من ثلاث عشر سنة أن يكون القرار القاضي بالعقوبة مسبباً  
تسريباً خاصاً بهذه النقطة وفق ما أكده قرار المحكمة العليا رقم 44409 المؤرخ في

1 2000 /06/13 .

<sup>1</sup> المحلّة القضائيّة ، العدد الأول ، سنة 2001 ، ص : 223 .

هـ فالى سن الثالثة عشر تنعدم بالنسبة للحدث إرادة ارتكاب الجريمة و بعد تجاوز  
له ا يكون مسؤولا عما يقوم به من جرائم إلا أن مسؤوليته تكون مخففة بالنسبة لتوقيع  
العقاب لكونه حدثا إلى أن يبلغ سن الثامنة عشر سنة .

و لا نقول أن الطفل إلى سن الثالثة عشرة يكون عديم الإرادة تماما بل له  
قدر منها ، فمنذ ولا دته تظهر له إرادة ذاتية فيحب و يكره و يرضى و ويغضب و  
يستسلم و يقاوم فيمكن أن يملك من الإرادة ما يملكه الإنسان البالغ إلا أن التعبير عن  
الإرادة مقيد بقدراته الم حدوده ، و أحيانا نجد أن صلابة الإرادة لديه قد تتجاوز صلا  
إرادة البالغ<sup>1</sup> .

فبالنسبة للمشرع الجزائري فإن إرادة الشخص لارتكاب الأفعال المجرمة  
تنعدم تماما قبل سن الثالثة عشر ، و تظهر الإرادة الجرمية باكتمال هذا السن ،  
فنقول أن الركن المعنوي لارتكاب الجرائم ليس له وجود إذا لم يبلغ مرتكب الفعل سن  
الثالثة عشر فلا جريمة دون إكمال هذا السن تحسب كاملة بالتقويم الميلادي لما تبين ته  
الدولة في الإعتماد عليه دون التقويم الهجري في تسجيل كل من يولد في سجلات  
الحالة المدنية ، و ما يعتمد القضاء في استخراج شهادة الميلاد لحساب السن .

و من خلال ذلك يظهر الدفع الذي ينفي الركن المعنوي في سن دون  
الثالثة عشر ، أما الدفع المتعلق بالأحداث فوق سن الثالثة عشر و دون الثامنة

<sup>1</sup> رؤوف عبيد ، مبادئ علم الإجرام ، طبعة ثالثة ، دار الفكر العربي ، 1974 ، ص 300 و 301 .



عشر فهي دفوع تتعلق بالتخفيف من العقوبة فقط إذا ثبت ارتكاب الفعل المجرم طبقا

لما هو واضح من الفقرة الثانية من نص المادة 49 من قانون العقوبات .

فالدفع بصغر السن الذي يتماشى مع موضوع الدراسة هو ما يبديه المحامي أو

ولي الحدث من وسائل و أوجه دفاع يكون الهدف من ورائها انتفاء الجريمة فقط .

فهذه المرحلة التي يمر بها الشخص دون الثالثة عشر لا تسمح بأي دفع

آخر متعلق بالتخفيف من العقوبة أو الإعفاء منها لعدم قيام ركن الجريمة المعنوي ،

فهو أي الدفع بصغر السن من الدفوع الموضوعية الجوهرية المؤثرة في الدعوى وفق

ما سبق بيانه .

## المطلب الثاني

### أهم الدفوع الناتجة عن صغر السن

سبق الإشارة أن موضوع الدراسة يقودن ا إلى البحث عن الدفوع التي

تهدف إلى انتقاء الركن المعنوي للجريمة و لا نجد هذه الدفوع بالنسبة للمدافع عن

الحدث إلا إذا لم يتجاوز هذا الأخير سن الثالثة عشر و إلا كنا أمام نوع آخر من

أنواع الدفوع , كالدفوع المتعلقة بالإكراه و حالة الضرورة .

فلهم الدفوع الجوهرية التي ينتفي من خلالها الركن المعنوي بالنسبة

للحدث نعالجها في النقاط التالية :

**الفرع الأول : الدفع باحتساب سن 13 سنة على أساس وقت ارتكاب الجريمة**

يعتبر هذا الدفع من الدفوع الهامة المستمدة من قانون الإجراءات الجزائية

ذلك أن المشرع عند معالجة القواعد الخاصة بالمجرمين الأحداث نص صراحة في

المادة 443 من قانون الإجراءات الجزائية على ما يلي: " تكون العبرة في تحديد سن

الرشد الجزائي بسن المجرم يوم ارتكاب الجريمة " ، فالعبرة بيوم وقوع الجريمة و ليس

تاريخ إقامة الدعوى ، فبالنسبة للحدث من المهم كثيرا تحديد الساعة التي وقعت فيه ا

الجريمة ، لأن الفرق بين الحدث الذي لم يبلغ سن الثالثة عشر و الحدث ال ذي بلغ هذه السن من الأهمية في عدم قيام الجريمة للأول و توقيع العقوبات بالنسبة للثاني .

و قد أكدت المحكمة العليا في إحدى قراراتها في هذا الشأن على وجوب الأخذ بيوم ارتكاب الجريمة عند إحالة الشخص على المحكمة وذلك من خلال قرار له صادر في 20 مارس 1984 تحت رقم 26790 : " إذ ثبت أن المتهم كان يبلغ من العمر يوم ارتكاب الجريمة أقل من ثمانية عشر سنة و أنه أحيل خطأً إلى جهة مختصة بمحاكمة البالغين لا الأحداث كما تقتضيه نص المادة 45 من قانون الإجراءات الجزائية كان الحكم الصادر باطلاً بطلانا مطلقاً " <sup>1</sup> .

كذلك الأمر بالنسبة للقرار الصادر في : 2000/02/22 رقم 238287 عندما

اعتبر تحديد سن الرشد الجزائي بسن ال مجرم يوم ارتكاب الجريمة من المبادئ القانونية و أن تمسك قضاة الغرفة الجزائية باختصاصهم في قضية متهم تبين أنه كان قاصرا يوم ارتكاب الجريمة فقد فصلوا في أفعال ليست من اختصاصهم و بذلك فإنهم أخطئوا في تطبيق القانون و عرضوا قرارهم للنقض <sup>2</sup> .

<sup>1</sup> المجلة القضائية للمحكمة العليا ، العدد الثاني ، سنة 1990 ، ص 263 .

<sup>2</sup> المجلة القضائية للمحكمة العليا ، العدد الثاني ، سنة 2001 ، ص : 362 .

مع الإشارة على أن القواعد الخاصة بإجراءات متابعة الأحداث هي من

النظام العام و يجوز إثارتها و لو لأول مرة أمام المحكمة العليا و لو تلقائيا من

طرفها<sup>1</sup> .

### الفرع الثاني: الدفع بعد م القضاء إلا بتدابير الحماية أو التربية

ليس من المعقول من الناحية المنطقية أن يعامل الحدث كالبالغ إذا قام

بأفعال تشكل جرائم و إن كانت خطيرة كالجنايات ، فالشريعة الإسلامية لم تجز توقيع

أية عقوبة جنائية في مرحلة الطفولة و أجازت التأديب فقط ، لأنه في هذه المرحلة

يحتاج إلى التأديب أكثر من احتياجه للعقوبة<sup>2</sup> ، و قد يؤثر التأديب أكثر من تأثير

العقوبة لأن الطفل غالبا ما لا يفرق بينهما ، و ي طبق التأديب على طول مرحلة

الطفولة إلى أن يبلغ الطفل الحلم .

لكن المشرع الجزائري قسم مرحلة الحداثة أو الطفولة إلى ق سمين فلا

يجوز تطبيق أي عقوبات على من يتجاوز سنه الثالثة عشر و ذلك بصريح ال مادة 49

من قانون العقوبات : " لا توقع على القاصر الذي لم يكمل الثالثة عشر إلا تدابير

<sup>1</sup> المجلة القضائية للمحكمة العليا ، نفس العدد والصفحة .

<sup>2</sup> قرار صادر في 14 مارس 1989 ، تحت رقم 54524 ، المجلة القضائية للمحكمة العليا ، العدد الثالث ، 1990 ، ص :

الحماية أو التربية<sup>1</sup> . " فهذا الدفع مستمد من نص المادة و ورد فيه نص واضح

خاطب فيه المشرع الجزائري من يتولى الفصل في قضايا الحدث و يجوز للدفاع

التنبية إلى ذلك و جعله كدفع فعال خاصة إذا أخطأت النيابة في طلب عقوبات باسم

المجمع على حدث لم يتجاوز سنه الثالثة عشر و يجوز كذلك إبداء هذا الدفع أمام

جهة الإستئناف لحكم قاضي أحداث الدرجة الأولى في حالة القضاء على الحدث

بعقوبة سواء كانت جسدية أو مالية، و هو من الدفع الموضوعية التي يمكن إثارتها

لأول مرة أمام المحكمة العليا كون الإجراءات الخاصة بالمجرمين الأحداث هي من

النظام العام .

و يدخل هذا الدفع في حالة القضاء بعقوبة على حدث دون الثالثة عشر

ضمن حالات الخطأ في تطبيق القانون المادة 500 فقرة 07 من قانون الإجراءات

الجزائية أو بالأحرى الخطأ في تطبيق نص المادة 49 من قانون العقوبات لوضوحها

و عدم احتمال تفسيرها من قضاة الموضوع .

و قد ذهبت المحكمة العليا إلى ذلك في قرار لها صادر في 20 مارس

1984 عند نصها : " متى كان من المقرر قانونا ، أنه لا توقع على القاصر الذي لم

يكمل الثالثة عشر من عمره ، إلا تدابير الحماية أو التربية و من ثم القضاء بما

يخالف هذا المبدأ ع خرقا للقانون . إذا كان الثابت في قضية الحال أن جهة

الاستئناف الخاصة بأحداث قد عاقبت المتهم بالتوبيخ ، في حين أن هذا الأخير لم

<sup>1</sup> وهذه التدابير ليست من قبيل العقوبات وإنما تتخذ لحماية الطفل أو تربيته ، أما غرض العقوبة هو التقويم .

يكن يبلغ سن الثالثة عشر عند ارتكابه الوقائع الملاحق بها فإنها به  
القانون و عرضت قرارها للنقض .<sup>1</sup>

### الفرع الثالث : الدفع بعدم التوقيع الإكراه البدني

هذا الدفع مستمد من المادة 600 من قانون الإجراءات الجزائية في فقرتها الثالثة التي لم تجز تطبيق الإكراه البدني على الحدث الذي لم يبلغ الثالثة عشر حتى و لو طبق عليه تدابير الحماية أو التربية .

و أكدت المحكمة العليا هذا الدفع في قرار الصادر في 30 ديسمبر

1986 رقم : 45726 عندما نصت : " يكون مخالفا لنص المادة 600 فقرة 03 من

قانون الإجراءات الجزائية و يتعرض للنقض قرار غرفة الأحداث القاضي بالإكراه

البدني على القاصر لم يبلغ الثامنة عشر سنة يوم ارتكاب الجريمة المسندة إليه .<sup>2</sup>

و من ذلك أيضا القرار الصادر في 15 ماي 1990 رقم 64780 ،

عندما ثبت للمحكمة العليا أن قضاة الاستئناف قد حكموا بعقوبة الإكراه البدني على

<sup>1</sup> نواصر العايش ، المرجع السابق، ص : 27 .

<sup>2</sup> جيلالي بغدادي . المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص : 355 .

الطاعن الذي كان عمره حين ارتكاب الفعل المعاقب عليه لا يتجاوز ثمانية عشرة سنة ، و بذلك قد خالفوا القانون <sup>1</sup> .

فيفهم من ذلك أن الإكراه البدني لا يطبق على الأحداث <sup>2</sup> حتى ولم بلغ

الحدث سن الرشد عند محاكمته ، فعلى من يتولى الدفاع عن المتهم أن يتنبه إلى

ذلك ، فالعبرة بسن الحدث عند وقوع الجريمة لا بسنه عند المحاكمة.

---

<sup>1</sup> المجلة القضائية المحكمة العليا . العدد الثالث ، سنة 1992 ، ص: 234 .

<sup>2</sup> وتذهب قواعد بكين إلى ضرورة وجود التخصص داخل الشرطة في معاملة الأحداث وذلك بتلقي تدريب وتعليم خاص ؛ Nations unies , Etude D evalustion du systeme judiciaire ivoirien ( L enfant delinquante en cote d ivoire) , juin 2007 , page 16.

### المطلب الثالث

#### رقابة المحكمة العليا على الدفع بصغر السن

لم تفرق المحكمة العليا من خلال قراراتها بين الحدث دون الثالثة عشر

والحدث دون الثامنة عشر في بسط رقابتها على جميع الإجراءات المتبعة في قضايا

ومتابعات الأحداث من ناحية الاختصاص إلى إجراء المحاكمة .

فمن طبيعة القواعد المتعلقة بالاختصاص اعتبرتها من النظام العام ويترتب

على مخالفتها البطلان المطلق ( قرار الصادر في 20 مارس 1984 ملف رقم :

26790)<sup>1</sup> .

أما عن محاكم الأحداث فجميع إجراءاتها خاصة تخضع لقواعد خاصة

هي من النظام العام و يمكن إثارتها في أية مرحلة كانت عليها الدعوى و لو تلقائياً

من طرف المحكمة العليا ( قرار صادر في 14 مارس 1989 ملف رقم 54524)<sup>2</sup> .

<sup>1</sup> المجلة القضائية للمحكمة العليا , العدد 02 , سنة 1990 , ص: 263 .

<sup>2</sup> المجلة القضائية للمحكمة العليا , العدد 02 , سنة 1990 , ص: 299 .



كحضور المحامي مع الحدث أمر يترتب النقض في حالة عدم احترام ذلك

فقد ألزمت المادة 461 من قانون الإجراءات الجزائية وجوب حضور المتهم الحدث و

معه نائبه القانوني و محاميه ، فعلى القرار الصادر من غرفة الأحداث أن يشير إلى

اسم المحامي الذي قام بالدفاع عن الحدث القاصر و حضوره بجانبه و إلا تترتب على

ذلك النقض ( قرار صادر 05 ماي 1981 ملف رقم 22176 )<sup>1</sup>.

كذلك الأمر بالنسبة لأهلية التقاضي ، فلا يجوز التصريح بالطعن من

من شخص الحدث و أن ذلك يترتب عدم قبول الطعن شكلا .

و يستخلص من ذلك أن الدفع بصغر السن بالرغم من كونه دفعا

موضوعيا كما أسلفنا التوضيح إلا أنه من الدفع الجوهري الماسة بالنظام العام<sup>2</sup> و

بذلك يمكن إثارتها في أي مرحلة من مراحل الدعوى و لو لأول مرة أمام المحكمة

العليا ، كما يمكن لهذه الأخيرة إثارته من تلقاء نفسها و لو لم يثره أطراف الدعوى .

---

<sup>1</sup> جيلالي بغدادي ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص: 353 .

<sup>2</sup> ويذهب الرأي الراجح في الفقه إلى أن رد فعل المجتمع في الجريمة المرتكبة من الحدث الذي يقل سنه عن السبع سنوات سوى توقيع التدابير التي تعتبر من قبيل التربية فقط ؛ عبد الحميد الشواربي ، الدفع الجنائية ، مرجع سابق ، ص 618 .

## الفصل الثالث

### الدفع بالإكراه و حالة الضرورة

من الدفع الهامة النافية للمسؤولية الجزائية نجد الإكراه و حالة

الضرورة ، ففي كلتا الحالتين تتأثر إرادة الفاعل نافية بذلك الركن المعنوي إما بسبب فاعل و هو يكون شخصا أم بسبب شئ آخر لا دخل للإنسان فيه ، و يعني ذلك أنه لا يجوز للشخص أن يدفع بغياب إرادته و انتفاء مسؤولية أفعاله بسبب تناوله العمدي لمختلف المسكرات لأن القضاء و بالرغم من تأثير المواد المسكرة على الحالة العقلية للشخص وعلى إدراكه إلا أنه لم يدخلها ضمن الحالات النافية للمسؤولية الجزائية .

و بناء على ذلك فقد قضت المحكمة العليا في شأن حالة السكر على

أنها لا تدخل ضمن العوامل النافية للركن المعنوي للجريمة ولو كان فقد الإدراك تاماً طالما أن السكر حصل باختيار الفاعل لأن القول بخلاف ذلك يتعارض مع أحكام

ديننا الحنيف و قواعد الأخلاق و الآداب العامة و ما تقتضيه السياسة الجنائية

لمكافحة الإجرام و الإدمان ، و قد بين ذلك القرار الصادر في : 21 يناير 1975  
تحت رقم 9895 من الغرفة الجنائية الأولى أن المسؤولية الجنائية للفاعل  
تنزل و تنبفي م تى ثبت أن فقد الشعور و الإدراك وقت ارتكاب الفعل كان راجعا إلى  
حالة سكر ناتجة عن مواد مسكرة أو مخ درة أعطيت للمتهم قهرا أو أخذها على غير  
علم منه<sup>1</sup> .

فوضح القرآن أن السكر الاختياري لا ينفى المسؤولية بينما يدخل ضمن  
حالات الإكراه المادي السكر الذي يفرض على مرتكب الجريمة قهرا دون رضاه .  
و لتوضيح هذين الدفيعين نتطرق في مبحث الأول إلى الدفع بالإكراه و في  
المبحث الثاني إلى الدفع بوجود حالة الضرورة مع توضيح دور كل من الدفيعين في  
نفي الركن المعنوي للجريمة و بالتالي نفيها .

---

<sup>1</sup> جيلالي بغدادي ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص 163 .

## المبحث الأول

### الدفع بالإكراه

يغفل الكثير عن إثارة هذا الدفع<sup>1</sup> أمام القضاء بالرغم من أهميته و

تأثيره في سير الدعوى و يرجع ذلك إلى صعوبة إثبات تحقق شروط هذا الدفع من

جهة ومن جهة أخرى غالبا ما يستخدم الجناة أشخاص عديمي الأهلية كالصغير أو

المجنون دون الحاجة إلى استخدام أشخاص كاملي الأهلية و الضغط عليهم لارتكاب

الجريمة ، فالوسائل المستخدمة في إحداث الإكراه في نفس أو جسد مرتكب الفعل

المجرم تعد في حد ذاتها جرائم و لا يصعب على من ارتكب فعل الإكراه ارتكاب

الجريمة بنفسه دون الحاجة إلى من يقوم بها مقامه .

و بالرغم من ذلك نجد صور عديدة للإكراه نحاول بيانها في هذا المبحث

بعد أن نعرف هذا الدفع و نبين شروطه .

---

<sup>1</sup> يرجع أساس هذا الحق -أي الدفع بالإكراه- إلى قاعدة " أن الضرورات تبيح المحظورات " ؛ رؤوف عبيد ، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي ، مرجع سابق ، ص 529 .

## المطلب الأول

### تعريف الدفع بالإكراه

يعتبر من الدفع الهامة الموضوعة والمستمدة من نص المادة 48 من

قانون العقوبات بحيث تنص على : " لا عقوبة على من اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها " .

فلا يفهم من ظاهر النص أن هذا الدفع يدخل ضمن الدفع المانعة من

العقاب لورود لفض لا عقوبة في أول نص المادة ، لأن موانع العقاب تتدخل بعد

تحقق الجريمة فتمنع توقيع العقوبة بنص خاص صريح كمن يعفى من العقاب لإبلاغه السلطات عن وجود أي اتفاق لارتكاب جرائم .

بينما الدفع بالإكراه يمن ع وجود أي مسؤولية لم ارتكب الفعل و بالتالي يمنع توقيع

العقوبة .

و قد يوقع فعل الإكراه على جسم مرتكب الجريمة

فإنكون أمام إكراه

مادي ، و قد يكون على نفس مرتكب الفعل دون المساس بجسمه ف

نكون أمام إكراه

معنوي .

ويعرف الإكراه المادي على أنه قوة مادية يستح

يل على الشخص مقاومتها

تسيطر على أعضاء جسمه و تسخرها في عمل أو امتناع يعاقب عليه القانون <sup>1</sup> .

كما عرف أيضا على أنه تعرض المرء لقوى مادية خارجية تعدم إرادته وتحمله

على القيام بالواقعة الإجرامية <sup>2</sup> .

أما الإكراه المعنوي فهو قوة تصيب معنويات الشخص المكره فتحد من

حرية اختياره فتتمثل على شكل خوف من وقوع خطر أو ضرر جسيم وشيك. <sup>3</sup>

و مهما كان الإكراه مادي أو معنوي فإنه يعدم الإرادة <sup>4</sup> ، إلا أن جانب

من الفقه يرى بأن الإكراه المادي يعدم الإرادة تماما بل أنه يمتد إلى أن يعدم الركن

المادي ، لئمن يمسك بيد آخر مجبرا إياه على التوقيع على وثيقة رسمية دون رضاه ،

---

<sup>1</sup> إبراهيم زكي أخنوخ ، حالة الضرورة في قانون العقوبات ، رسالة دكتوراه ، إشراف الدكتور أحمد سرور ، مناقشة سنة 1969 ، جامعة الأزهر ، ص 77 .

<sup>2</sup> عبد الله سليمان ، المرجع السابق ، ص : 319 .

<sup>3</sup> ممدوح عزمي ، المرجع السابق ، ص : 63 .

<sup>4</sup> والفرق بين الإكراه المعنوي وحالة الضرورة أن الخاضع للإكراه المعنوي يحدّد له السلوك المطلوب منه ، أما من كان في حالة ضرورة فلا يحدّد له ذلك ؛ محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، مرجع سابق ، ص 564 .

فالشخص المكره هنا ليس له إرادة القيام بفعل التوقيع و ليس له كذلك إرادة القيام بالأفعال المادية و بالتالي يعدم الركن المعنوي .

بينما المكره إكراهها معنويا له جزء من الإرادة في أن يتحمل الخطر

عوضا عن اللجوء لارتكاب الجريمة ، كمن يهدد بقتل ولده أو بحبسه لحمله إلى ارتكاب الجريمة ، أو من يشهر المسدس في وجهه و لا يجد إلا ارتكاب الجريمة تلبية لرغبات المكره .

لكن يبقى الدفع بالإكراه من الدفوع الجوهرية سواء كان ماديا أم معنويا بشرط تحقق شروط الدفع و التي سننولى توضيحها في مطلب آخر.

و المطلع على نص المادة التي بينت الإكراه كمانع من موانع المسؤولية

نصت في أول الفقرة على لفظ : "لا عقوبة " <sup>1</sup> بالرغم من أن اللفظ الأصح و الذي

كان من الأجدر بالمشروع أن يطلقه هو لفظ " لا جريمة " لأن النص قصد الشخص

الذي اضطرته لارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بارتكابها ف نكون أمام جريمة في منظور

القانون لكن ليست هناك جريمة بالنسبة لمن أكره على ارتكاب الفعل المكون لها .

و قد أكدت المحكمة العليا عدم مسؤولية الفاعل الذي وقع عليه الإكراه

بموجب القرار الصادر في 04 جويلية 1978 في الملف رقم : 18781 بنصها :

<sup>1</sup> أرى ضرورة تعديل نص المادة 48 من قانون العقوبات ليصبح كالتالي : " لا جريمة إذا دفع إلى ارتكابها قوة لا قبل للفاعل بدفعها " .

" إن الإكراه سبب من أسباب عدم المسؤولية طبقاً لأحكام المادة 48 من قانون

العقوبات . لذلك فإنه ليس من اللازم أن يكون محل سؤال مستقل و مميز . طالما أنه

مدرج ضمناً في السؤال الرئيسي المتعلق بالإرادة تحت كلم ة مذنب " <sup>1</sup> .

و بذلك فإن من وقع عليه إكراه أدّى به إلى ارتكاب الجريمة فلا عقاب

عليه بناء على غياب مسؤولية الجزائية <sup>2</sup> وغياب هذه الأخيرة يغيب الركن المعنوي أو

إرادة ارتكاب الفعل .

## المطلب الثاني

### شروط الدفع بالإكراه

كغيره من الدفوع الموضوعية ، فإن الدفع بالإكراه يشترط فيه مجموعة من

الشروط العامة التي تلزم لتحقيقه و يكون منتجا ، كوجوب التمسك به و أن يثار قبل

إقفال باب المرافعة و وجوب إثارته بشكل واضح ، فهذا الدفع تشترط فيه كذلك

---

<sup>1</sup> جيلالي بغدادي ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص:96 .

<sup>2</sup> فالوضع القانوني بالنسبة للعذر المعفي أن الجريمة ثابتة بكافة أركانها وشروطها ولا يدفع إلا بامتناع العقاب عليها ؛ للتفصيل أكثر ، عماد فتحي السباعي ، النظرية العامة للأعداء المعفية في القانون الجنائي ، رسالة دكتوراه ، إشراف الأستاذ محمود نجيب حسني ، جامعة القاهرة ، 1986 ، ص 749 .



مجموعة من الشروط الخاصة به حتى ينتج أثره المرجو منه في انتفاء المسؤولية الجزائية ، تتولى توضيح هذه الشروط فيما يلي :

#### الفرع الأول : أن تكون القوة مما لا يمكن مقاومتها

يظهر هذا الشرط و يتجلى بصورة واضحة و جلية في حالة الإكراه

المادي ، ذلك أن القوة في الإكراه المعنوي لا يمكن تصور مقاومتها لتأث يرها على نفس

الفاعل ، بينما القوة المادية الموقعة على الفاعل فيلزم لصحة الدفع بالإكراه أن لا

تكون القوة مما يمكن مقاومتها ، فإذا احتفظ بشيء من حرية الإرادة خرج الأمر على

أن يكون حالة إكراه<sup>1</sup> ، ويستوي الأمر إن استطاع الفاعل مقاومتها ، فلا يجوز له

الدفع بالإكراه لعدم توافر هذا الشرط المهم .

#### الفرع الثاني : أن تكون القوة غير متوقعة

قضت محكمة النقض الفرنسية على أن البحار المتهم بالتخلف عن

الإلتحاق بسفينته ليس له أن يدفع التهمة بالقوة القاهرة و المتمثلة في القبض عليه

<sup>1</sup> جميل عبد الباقي الصغير ، قانون العقوبات القسم العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص 120 .

لضبطه في حالة سكر في طريق عام و ظل محجوزا في مركز الشرطة حتى فوات وقت إبحار السفينة<sup>1</sup> .

في نظر المحكمة الفرنسية فإن بحار السفينة كان عليه أن يتوقع تأخره

عن السفينة عندما شرب في طريق عام فتوبع بالسكر العلني ، و بالتالي فإن حجزه من طرف رجال الشرطة هو أمر متوقع أو م مكن الحدوث و بالتالي لا يجوز له الاحتجاج بوجود إكراه .

و من ذلك فإن الدفع بالإكراه لا يحدث أثره إذا كان المكروه متوقعا لحدوث

هذا الإكراه<sup>2</sup> و مع ذلك لم يتخذ السبل و الطرق لتجنب ذلك .

الفرع الثالث: : أن يمس فعل التهديد شخص الفاعل أو عزيز على نفسه

ينطبق هذا الشرط في حالة الإكراه المعنوي لأن الإكراه المادي يوقع

مباشرة على جسم الفاعل، بينما الإكراه المعنوي فيقع في نفس المكروه مما يؤثر في

إرادته<sup>3</sup> و يضطره بذلك إلى ارتكاب الجريمة نتيجة التهديد الذي قد يحصل عليه أو

---

<sup>1</sup> إبراهيم زكي أخنوخ ، المرجع السابق ، ص : 82 .

<sup>2</sup> كمن يعلم بتعرضه لنوبات صرع مفاجئة ويقود السيارة فيصاب بالنوبة فيؤدي إلى حادث يعرض الركاب للخطر ، أو كمن يعلم بأن جواده من النوع الجامح الذي ينزعج عند سماع السيارات فيمتطيه في الطريق فيصيب شخصا فيقتله ، فلا يجوز له التحجج بالقوة القاهرة ؛ جميل عبد الباقي الصغير ، المرجع السابق ، ص 121 .

<sup>3</sup> محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص 563 .

على شخص عزيز عليه كالتهديد بقتل الإبن أو حجز الأب ، فإن كان التهديد واقعا على شخص لا يمت بأي صلة مباشرة للفاعل فلا يجوز له الاحتجاج بوجود إكراه .

### المطلب الثالث

#### تعلق الدفع بالإكراه بالنظام العام

من المهم جدا مناقشة مدى تعلق الدفع بالإكراه بالنظام العام نظرا للأثر الذي يترتب عليه هذا الأخير من إعدام المسؤولية الجزائية بالنسبة لمن توفرت فيع شروط الدفع .

و من خلال ما سبق دراسته نجد أن هناك نوعين من الدفع يمكن إثارتها في حالة وجود إكراه على الجاني ، الأول بوجود إكراه مادي و الثاني متمثل في الدفع بوجود إكراه معنوي ، وإن إثبات وجود هذا الإكراه يتطلب فيمن أثارهما مناقشة توافر شروط كل منهما و إلا لما أنتج الدفع أثره .

فهذه المناقشة تتطلب خوضا في مجريات الدعوى و بحثا في واقعها مما يجعل الدفع بالإكراه من الدفوع الموضوعية التي يجب أن تثار أمام قاضي الموضوع ، و لا يمكن إثارتها لأول مرة أمام المحكمة العليا إلا ما تطلب إثارته في عدم تطرق قاضي الموضوع له في حالة الدفع به سواء قبولا أو رفضا ، أو نقص أو قصور في تسييب الحكم أو القرار القاضي بعدم قبوله .

وبذلك فإن الدفع بالإكراه المادي أو المعنوي لا يتعلق أي منهم بالنظام و إنما يتعلقان بمصلحة الخصوم فقط ، و على من أثاره أن يتمسك به حتى يمكن إثارته أمام المحكمة العليا .

فوجد القضاء الجزائري في القرار المبين سابقا رقم 18781 عن طريق تعريف

الدفع بالإكراه لم يشترط وجوب طرح سؤال خاص بوجود حالة الإكراه ، بل يكتفى فهم عدم وجود الإكراه من خلال الإجابة الإيجابية على السؤال المتعلق بالإدانة ، فإن استجاب القاضي له بالقبول فإن الحكم سيكون البراءة لانعدام المسؤولية الجزائرية .

## المبحث الثاني الدفع بحالة الضرورة

اختلفت آراء الفقهاء حول اعتبار حالة الضرورة من موانع المسؤولية أو سبب من أسباب الإباحة ، و مرّد ذلك لعدم النص على هذه الحالة في قانون العقوبات .

لكن موضوع استنباط الدفع الموضوعية يفرض عليّنا دراسة الدفع الهامة المستخرجة من الركن المعنوي ، و بما أن وجود الضرورة في واقع الحال لا مفر منه فإنّ ال دفع بتوافرها من باب أولى .

فبالرغم من عدم وجود نص صريح في قانون العقوبات ينظم حالة

الضرورة إلا أنه يعتبر من الدفع الها مة و التي تختلف اختلافا كلياً عن حالة الإكراه .

فحاول في هذا ال مبحث إيجاد تعريف دقيق لهذا الدفع مع توضيح ميزاته

و شروط إثارته .

## المطلب الأول

### تعريف الدفع بحالة الضرورة

تعتبر الضرورة كمانع من موانع المسؤولية من النظريات القديمة , كأن يقال بعدم

اعتباره سارقاً من سرق في حالة مجاعة رغيفا من الخبز لأنه يفقد حرية الإختيار فلا

يخضع إلا لغريزة حب البقاء التي توجّهه نحو ارتكاب الجريمة <sup>1</sup> .

وقد نصت الشريعة الإسلامية على إباحة بعض الأفعال التي هي في حقيقتها

محظورة شرعاً ، إستهتادا إلى اضطرار الشخص لها ، و يمكن حصر هذه الأفعال في

حالات خمسة و هي <sup>2</sup> :

1 - الإضطرار إلى تناول المحظور من مطعم أو مشروب .

2 - الاضطرار إلى مباشرة المحظور من الأدوية وغيرها من أمور العلاج .

3 - الاضطرار إلى إتلاف نفس أو فعل فاحشة .

<sup>1</sup> رؤوف عبيد ، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي ، مرجع سابق ، ص 520 .

<sup>2</sup> خلود سامي عزارة آل معجون ، المرجع السابق ، ص: 402 .

4 - الاضطرار إلى أخذ المال أو إتلافه .

5 - الاضطرار إلى قول الباطل .

و نجد أن ما يتوافق مع ما جاءت به التشريعات الوضعية من عقاب هما

الحالتان الثالثة و الرابعة أما باقي الحالات فهي محظورة شرعا و الجزاء فيها أخروي .

و هناك آيات قرآنية دلّت بشكل واضح على ح الة الضرورة و من ذلك

قوله تعالى : ﴿ إنما حرم عليكم الميتة و الدم و لحم الخنزير و ما أهل به لغير الله

فمن اضطر غير باغ و لا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم ﴾<sup>1</sup> ، و قوله تعالى:

﴿ حرمت عليكم الميتة و الدم ولحم الخنزير و م ا أهل لغير الله به و المنخنقة و

الموقوذة و المتردية و النطيحة و مل أكل السبع إلا ما ذكيتم و ما ذبح على النصب

و أن تستمرقموا بالأزلام ذلكم فسق اليوم يئس الذين كفروا من دينكم فلا تخشوهم و

اخشون ، اليوم أكملت لكم دينكم و أتممت عليكم نعمتي و رضيت لكم الإسلام ديناً ،

فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم ﴾<sup>2</sup> .

<sup>1</sup> سورة البقرة . الآية : 173 .

<sup>2</sup> سورة المائدة . الآية : 03 .

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلا نجد له أي نص على حالة الضرورة و  
لا يعني ذلك أن هذه الحالة لا تتوفر في المجتمع بل هي موجودة و ينبغي تحديدها و  
البحث فيها من خلال آراء الفقهاء في ذلك .

و تقاديا للنق ص الذي هو عليه قانون العقوبات اقترح الأستاذ " عبد الله  
سليمان " تعديل نص المادة 48 من قانون العقوبات و إضافة فقرة أخرى تنص على  
حالة الضرورة فيصبح نص المادة كالتالي : " لا عقوبة على من اضطرته إلى ارتكاب  
الجريمة قوة لا قبل له بدف ع ، و لا عقوبة على من ألبأته إلى ارتكاب الجريمة  
ضرورة و قاية نفسه أو غيره أو ماله أو مال غيره من خطر جسيم يوشك أن يقع إذا لم  
يكن له دخل في حلوله و ليس بقدرته منعه" <sup>1</sup> ، و بذلك يكون نص المادة كاملا أسوة  
بالمشرع الفرنسي .

و بالمقابل نجد أن المشرع المصري نص صراحة على حالة الضرورة من خلال  
المادة 61 من قانون العقوبات : " لا عقاب على من ارتكب جر يمة ألبأته إلى  
ارتكابها ضرورة و قاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به  
أو بغيره و لم يكن لإرا دته دخل في حلوله و لا في قدر ته منعه."

---

<sup>1</sup> عبد الله سليمان ، المرجع السابق ، ص : 326 .



و هناك من عرف حالة الضرورة بأنها الحالة التي يكون فيها الإنسان

مضطرا إلى ارتكاب الجريمة لدرء خطر أو ضرر جسيم على وشك الوقوع<sup>1</sup>.

أو هي حالة تعرض الشخص لضرر جسيم لا سبيل لدفعه إلا بارتكابه

لفعل محظور أو فعل مجرم قانونا.<sup>2</sup>

فحالة الضرورة هي الحالة التي يكون فيها الشخص مضطرا لارتكاب

الجريمة لدرء خطر على نفسه أو ماله أو على نفس الغير أو مال الغير، مع صدور

الخطر من عمل الطبيعة لا بفعل الإنسان، و بذلك نميز الضرورة عن حالة الدفاع

الشرعي و عن الإكراه المعنوي الذي يكون صادر من إنسان.

و مما سبق نجد أن الدفع بوجود حالة الضرورة من الدفع الهامة، التي

من شأنها نفي المسؤولية عن مرتكب الفعل و بالتالي عدم توقيع العقاب عليه، و

يتضح أن البحث في توافرها لا يكون إلا في البحث عن موضوع الدعوى<sup>3</sup>، و إسقاط

شروط الضرورة على الوقائع المتابع بها، فهو من الدفع الموضوعية الهامة المؤثرة

في تكوين الركن المعنوي يجب إثارته إجرائيا أمام قاضي الموضوع في المرافعة و لا

يكون على شكل دفع شكلي لتعلقه بالموضوع و تطلب وجود البحث و التمهيد من

قبل قاضي الموضوع.

<sup>1</sup> عبد الحكيم فودة، البراءة و عدم العقاب في الدعوى القضائية، منشأة المعارف، 2000، ص: 314.

<sup>2</sup> ممدوح عزمي، المرجع السابق، ص: 51.

<sup>3</sup> والدفع بحالة الضرورة كغيره من الدفع الموضوعية لا يتعلق بالنظام العام ويجب عرض على محكمة الموضوع قبل التمسك به أمام محكمة النقض لأنه لا يجوز ذلك أمامها لأول مرة؛ إيهاب عبد المطلب، المرجع السابق، ص 643.

## المطلب الثاني

### شروط الدفع بحالة الضرورة

من الطبيعي أن إثارة الدفع المنتج في الدعوى لا يكون له أثر فيها و

تحقيق غايته منها إلا بعد توافر شروطه القانونية التي لا تدع مجالاً للقاضي سوى

إجابته و القضاء بما طلب منه ، فلحالة الضرورة شروط يجب توافرها و التأكد منها

قبل إثارتها كدفع أمام قاضي الموضوع و هي :

الفرع الأول: الخطر

لا يمكن اعتبار أي خطر موجب للدفع بوجود حالة الضرورة بل ينبغي

أن يكون هذا الخطر جسماً بدرجة معينة تؤدي بصحة الشخص أو حياته للخطر .

فالإحساس العارض بالجوع لا يبرر سرقة الطعام ، إلا إذا هدد هذا الجوع

الحياة ، م ث ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في تبرئته المرأة "MENARD" من تهمة

سرقة رغيف الخبز ، لأن خطر الموت جوعاً كان يهددها و يهدد ابنها <sup>1</sup> .

كما أن الخطر الجسيم يجب أن يمس النفس دون المال فلا يمكن الدفع

بوجود الضرورة لدفع تهمة سرقة الملابس للمتهم الذي أراد أن يستر عرضه بسبب

استيلاء عصابة من اللصوص على جميع ملابسه و هو انتقاد وجهه هشرّاح القانون

في حصر الضرورة في مساسها بالسلامة الجسدية دون المال أو سلامة العرض

كمثالنا السابق .

و من الأمثلة على رفض حالة الضرورة و التي ارتأينا تقديمها لكثرتها

في وقتنا الحالي هي قيادة السيارة في حالة سكر ، فقد ذهبت أحد المحاكم الأمريكية

إلى أن استيقاظ احد المسافرين بسيارته ليجد السائق قد غادر السيارة و هي تسير

بدون سائق ، فبالرغم من أنه كان مخموراً إلا أنه نجح في قيادة السيارة لمسافة ثلاث

---

<sup>1</sup> ابراهيم زكي أخنوخ ، المرجع السابق ، ص: 169 .

مئة ياردة حتى أوصلها إلى حافة إحدى المراعي ، ف أدانتها المحكمة بتهمة قيادة السيارة في حالة سكر<sup>1</sup> .

فبالرغم من وجود خطر يهدد نفس الجاني في هذا المثال إلا أن جريمة قيادة السيارة في حالة سكر تبقى قائمة وكان على الجاني حسب هذا الحكم لأن يترك السيارة حتى تتوقف لوحدها و هو على الأرجح ما كان ليذهب إليه المشرع الجزائري مادام لا يوجد هناك نص يقر حالة الضرورة ، و تبقى الظروف المحيطة بواقعة قيادة السيارة دون رخصة ما هي إلا ظروف تخفيف.

#### الفرع الثاني : التناسب

التناسب هو الموازنة الصحيحة بين الأضرار<sup>2</sup> ، فإذا قتل الطبيب الأم إثر ولادة عسرة فإن فعله لا يتناسب مع إنقاذ الصغير ، كذلك الأمر بالنسبة لمن تحرف به السيارة فيوجهها إلى مجموعة من الأشخاص تقدياً لصدمة شخص وحيد ، فبالرغم من توافر الخطر الذي يهدد نفسه و هناك ضرورة القيام بالفعل إلا أن فعله لا يتناسب بين الضررين ، الضرر الذي يريد تفاديه و الضرر الذي تسبب بإحداثه .

---

<sup>1</sup> ابراهيم زكي أخنوخ ، المرجع السابق ، ص: 170 .

<sup>2</sup> ابراهيم زكي أخنوخ ، المرجع السابق ، ص: 229.

فلا يثار الدفع بوجود الضرورة إذا لم يتوفر فيه موازنة بين الأضرار

و هذه الموازنة موكولة إلى قاضي الموضوع ، ففي بعض الحالات قد تتقارب الأضرار

كثيرا مما يقع على القاضي أعمال سلطته التقديرية في تغليب الضرر الذي تسبب به

و بالتالي الأخذ بالضرورة أم العكس .

### الفرع الثالث : الفعل الضروري

بالإضافة إلى وجود شرط الخطر و التناسب لمن يدفع بالضرورة فهناك

شرط الفعل على أن يكون الفعل المجرم هو الوسيلة الوحيدة لدفع هذا الخطر الحال

الذي تتعرض له نفسه أو نفس غيره.

فبالضرورة التي تسقط المسؤولية عن الشخص وتدفعه إلى ارتكاب الجريمة

هي وقاية نفسه أو غيره فقط دون المال من خطر جسيم يتهدهده و لم يكن لإرادته

دخول في حدوثه<sup>1</sup> .

بمعنى أنه لا دخل للفاعل في إحداث الخطر الجسيم، و في ذلك تتوافق حالة

الضرورة مع الدفاع الشرعي في مسألة الفعل الضروري و لا تعتبر الضرورة

المنصوص عليها في قانون العقوبات بنص المادة 39 منه " الضرورة الحالة للدفاع

المشروع " هي نفسها حالة الضرورة و التي تختلف عنها في أن الخطر في الدفاع

<sup>1</sup> محمد شتا أبو سعد ، الدفوع الجنائية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، بدون سنة نشر ، ص: 258 .

يمس النفس أو المال أ ما خطر الضرورة فيمس النفس فقط و يكون صادرا من الطبيعة  
لا من إنسان كما هو عليه الدفاع الشرعي فهما يتوافقان فقط في لزوم الفعل لد  
الخطر.

### المطلب الثالث

#### أثر الدفع بحالة الضرورة

يرتب الدفع بوجود حالة الضرورة آثار إجرائية بالنسبة لسير الدعوى  
و أخرى موضوعية متعلقة بأثره ا على الجريمة .

الفرع الأول: الآثار الإجرا

- يعد إخلالا بحقوق الدفاع<sup>1</sup> عدم التطرق لهذا الدفع قبولا أو رفضا إذا

ثبت التمسك به بشكل جازم و ثابت أمام قاضي الموضوع الذي يكون مطالباً بالرد

على هذا الدفع بما يفند الدليل المثبت له عند تأسيس الحكم و إلا كان معي . بل .

فإن المساس بحقوق الدفاع يعد وجها من أوجه النقض كما ذهب لذلك المحكمة

العليا في قرار صادر لها في 03/04/1984 رقم : 33186 و مما جاء فيه : " إذا

كان مؤدّي نص المادة 306 من قانون الإجراءات الجزائية أنه لا يجوز لمحكمة

الجنايات أن تستخلص ظرفا م شديدا غير مذكور في قرار الإحالة إلا بعد سماع طلبات

النيابة و شرح أوجه الدفاع بشأنه ، فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يترتب عليه

الإخلال بحقوق الدفاع و الخطأ في تطبيق القانون ، و أن محضر المرافعات لا يشير

إلى أن الدفاع قد أعطيت له الكلمة في ذلك ، و لم يتمكن من الكلمة لتدارك التهمة

الجديدة الموجهة له مما أدى إلى المساس بحقوق الدفاع و هو ما لا يجوز قانونا . و

مّتى كان الأمر كذلك ف إن النعي بهذا الوجه يكون شديد ا و في محله و موجبا

للنقض." <sup>2</sup>

- هو من الدفوع الموضوعية التي لا تتعلق بالنظام العام<sup>3</sup> فيخضع لتقدير

محكمة الموضوع التي يجب عرضه عليها قبل إثارته أمام المحكمة العليا و التي لها

<sup>1</sup> إيهاب عبد المطلب ، المرجع السابق ، ص 642 .

<sup>2</sup> المجلة القضائية للمحكمة العليا ، العدد الأول ، سنة 1982 ، العدد الأول ، سنة: 1989 .

<sup>3</sup> إيهاب عبد المطلب ، المرجع السابق ، ص 643 .

مراقبة تسبب الحكم أو القرار المطعون فيه من ناحية رده على الدفع ، فيرتب نقض القرار أو الحكم الذي لم يكن مسببا للتسبب الكافي .

1 - يعتبر من الدفوع الجوهرية التي يمكن للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه خاصة عند البحث في توافر أركان الجريمة فإذا وجد أن انعدام مسؤولية المتهم لوجود الضرورة قضى بلفنتفاء الركن المعنوي و بالتالي بالبراءة و لو لم يثر الدفاع أو الخصوم ذلك .

#### الفرع الثاني: أثر الدفع على الجريمة

- الدفع بوجود حالة الضرورة من الدفوع المانعة للمسؤولية لوجود أسباب ذاتية متعلقة بمن توافرت فيه هذه الأسباب ، و بالتالي لا يؤثر الدفع بوجودها بالمساهمين في الجريمة و هذا لا يمنع استفادة أحد المساهمين من الضرورة دون الفاعل الأصلي و العكس .

---

<sup>1</sup> نفس المرجع , ص 644 .



- فعل الضرورة من الأفعال غير المشروعة بالنسبة لمن وقع عليه ، و

بالتالي لا تمنع حالة الضرورة إمكانية مقاومة الفعل فلا يمكن إجبار الأفراد على

انتهاج موقف سلبي أمام الأفعال غير المشروعة<sup>1</sup> .

- بثير مسألة التعويض جدلاً ك بيوا بالنسبة لقيام حالة الضرورة التي هي

في أصلها نافية للم سرؤولية الجزائية و بالتالي فهي نافية للجريمة ، و عند القول لا

جريمة فلا خطأ على من ارتكب الفعل المجرم تحت إكراه الضرورة فلا مسؤولية مدنية

وفقاً لذلك ، إلا أن هناك جانب من الفقه يلزم التعويض في حالة الضرورة و ذلك في

إطار مذهب المسؤولية الموضوعية أو المادية الذي لا يقوم على وجود الخطأ لقيام

التعويض<sup>2</sup> .

---

<sup>1</sup> ابراهيم زكي أحنوخ ، المرجع السابق ، ص : 292 .

<sup>2</sup> نفس المرجع ، ص : 293 .

## الخاتمة

كانت دراسة الدفوع الموضوعية أمام المحاكم الجزائرية من المواضيع

الهامة التي لم تحط بالبحث المعمق في مؤلفات الفقه القانوني الجزائري و نخص بهذا

النقص المكتبة الجزائرية بالرغم من أهميته وكونه من المواضيع العملية البحتة التي

تحتاج إلى حصر البحث فيما تضمنه القانون الجزائري و ما جاء به المشرع و

القاضي و الفقيه من أحكام ، لذلك لا نجد المنهج المقارن كثيرا عند الإطلاع على

الموضوع لأن ذلك قد يجعل من الدراسة واسع ة أكثر من اللازم ، خاصة و أن فكرة

الدفع لا تزال لحد الساعة تتكون في ظل المحاكم الجزائرية منذ الاستقلال إلى يومنا

هذا .

فلا نجد في قانون الإجراءات الجزائرية بالرغم من اعتباره الحامي الأساسي

للحريات الفردية إلى درجة إطلاق الفقهاء عليه مصطلح قانون الأبرياء لسعيه الدائم

إلى الحفاظ على الحقوق و الحريات الفردية ، لا نجد في ه ذا الأخير نصوص صريحة

تعالج الدفوع إلا مادة واحدة أو اثنتين أشارتا إلى الفرق بين الدفع الموضوعي و الدفع

الشكلي من ناحية وقت إيداء كل منهما دون وجود أي توضيحات أخرى ، و هذه

المقارنة ناتجة عن القانون الجديد للإجراءات المدنية و الإدارية و الذي نجد فيه

نصوصا صريحة و واضحة تتكلم عن الدفوع و هذا أمر محمود بالنسبة لما جاء به

المشرع في هذا المجال .

ويعتبر هذا الموضوع من المواضيع التي لازالت تحتاج إلى البحث بل إلى سن قوانين خاصة بها ، فالملاحظ أن جميع ما استُدلّ به في هذه الدراسة و بشكل أساسي هو قرارات المحكمة العليا ، لأن هذه الأخيرة هي الحامي الأساسي و الوحيد إلى ما يسمى " دفعا موضوعيا " بحيث ترتب هذه الأخيرة بعد عناء كبير ووقت أكثر نقض القرار الذي لم يحترم حقوق الدفاع التي يدخل ضمنها حق إثارة ما يشاء من دفع موضوعية.

و من خلال هذه الدراسة التي تحاول إزالة بعض الغموض و إعطاء الخطوط العريضة و الأسس التي يمكن اعتمادها لفهم الدفع الموضوعي و ذلك بصورة مبسطة ، وضحت في أولها معنى الدفع بصورة عامة أزلت بموجبه الغموض الذي يحوم حول هذا المصطلح ثم أعطيت معنى الدفع الموضوعي بصورة خاصة و ما يميزه عن بقية الدفوع الأخرى ، و ذلك بإعطاء مميزاته و شروطه الصحيحة حتى يكون منتجا و مؤثرا في الدعوى الجزائية.

و كانت دراسة الدفوع الموضوعية مبسطة لأنها عالجت الدفع من ناحية أثره على أركان الجريمة الثلاث و امتداد الأثر إلى الجريمة فيهدم بنيانها ، و هو ما يصبوا إليه الدفع الموضوعي .

فلم تكن الدراسة عبارة على شرح لأركان الجريمة كالشروح المختلفة لقانون العقوبات و إنما حاولت الكشف من خلالها عن المبادئ الأساسية التي يجري

العمل بها حفاظا على ضمانات المحاكم العادلة ، إلا أنها لم تسن و توضح في نصوص قانونية خاصة .

فيمكن إرجاع ظهور الدفوع إلى فكرة الأصل في الإنسان أنه بريء و بالتالي

نعطيه الحق في الدفاع عن نفسه عن طريق إبداء ما يراه مناسباً من دفوع ، تطور

هذا الحق مع تطور الأنظمة الإجرائية الجزائية حتى أصبح أمر مكفول لجميع أطراف

الدعوى الجزائية وليس حكراً على المتهم وحده فبإمكان الضحية إثبات ضرر هبسبب

الجريمة عن طريق إبداء دفوع موضوعية ، وبإمكان النيابة كذلك إبداء أدلتها المختلفة

على شكل دفوع، بالإضافة إلى المتهم باعتباره المعني الأساسي بها.

و لقد تم التركيز و بشكل أساسي في إعطاء مسار محدد لها يعبرو دفعا

موضوعيا منتجا في الدعوى على ما جاءت به محكمة النقض أو المحكمة العليا من

قرارات واجتهادات لما يتطلبه موضوع الدراسة من جهة و لطبيعة الموضوع من جهة

أخرى ، فالدراسات الفقهية و إن تع مقيت في هذا الموضوع لا تستطيع أن تجزم بوجود

أي دفع و تأثيره في الدعوى دون أن تجزم بذلك المحكمة العليا بنقض القرار المعيب

أو توضيح الجانب القانوني دون نقض أو إحالة .

و لقد أدى ربط ما جاء به فقها ء القانون في شرحهم لقانون العقوبات و ما

جاءت به المحكمة العليا من قرارات إلى استخلاص مجموعة من ال نتائج هي كالاتي

:

أولاً: بالرغم من أن الدراسة الحالية خاصة بالدفع الموضوعي إلا أن هذا الأخير

يحمل طبيعة إجرائية بحتة بحيث لا يثار موضوع وقائع الجريمة إلا أن طريق ممارسة

إجراء إبداء الدفع ، فيعتبر الوسيلة الوحيد التي يستطيع من خلالها أطراف الخصومة

الجزائية و بالخصوص المتهم أن يعطى وجهة نظر هدى في الدعوى .

ثانياً : لا يلجأ أطراف الدعوى إلى استخدام حقهم في إبداء الدفع الموضوعي

حتى يستوفوا حقهم من الدفع الشكلي لأن إبداء الأول يمنع من الرجوع إلى الدفع

الشكلي ، إلا ما تعلق منه بالنظام العام فبإمكان المحكمة إثارته من تلقاء نفسها .

ثالثاً : الدفع الموضوعي من أقوى وسائل الدفاع و أهمها من بين أنواع الدفع

، فإذا رتب الدفع الشكلي بطلان الإجراء مؤقتاً فإن تصحيحه سيحرك الدعوى من

جديد ، بينما الدفع الموضوعي المقدم بشكل صحيح يؤثر في حالة ثبوته على الدعوى

و يرتب بطلانها أو تبرئة المتهم أو نقض الحكم أو القرار الذي لم يتطرق إليه قبلاً أو

رفضاً .

رابعاً : بالرغم من حداثة ظهور لمصطلح الدفع الموضوعي في ظل القانون

الجزائري إلا أن ظهوره عرف منذ ظهور الإسلام كما ورد توضيحه عند تفسير

مصطلح الدفع في القرآن و السنة و الفقه الإسلامي .

خامساً : لا ينتج الدفع الموضوعي أثره المرجو منه إلا إذا توفرت فيه شروطه ،

سواء كانت شروطاً شكلية عامة أم شروطاً خاصة بكل دفع ، كما سبق توضيحه ،

يجب احترام هذه الشروط و إلا أفسد عدم احترامها الهدف من الدفع الموضوعي و قد تتسبب في بطلانه و عدم جديته .

**سادسا :** إن ما جئنا به من تقسيمات للدفع بصورة عامة و تقسيمات بصورة

خاصة ، ما هو إلا اجتهاد خاص و يمكن إيجاد تقسيمات أخرى إلا أننا ارتأينا أن التقسيم المتبع يسهل على الدارس و الباحث إيجاد مختلف الدفع خاصة و أن الدفع إن لم يكن شكليا فهو موضوعي و يمس و يرتبط بأحد أركان الجريمة .

**سابعا :** بالرغم من تمتع المتهم بأصل البراءة إلا أنه مسؤول عن إثبات دفعه

الموضوعي و بالمقابل للنيابة أيضا أو الأطراف الأخرى للدعوى إثبات دفعهم

الموضوعية ، و بالتالي فإن الالتزام بالسكوت لا يخدم الدفع ، بال رغم من أن السكوت لا يفسر ضده .

**ثامنا :** كما أن الدفع الموضوعي وسيلة من وسائل الدفاع فهو بالمقابل قد يفسر

ضد مُبديه إذا لم يثبت بالشكل الصحيح كما أن يكون غير واقعي أو منافيا للحقيقة المفترضة أو يتناقض مع وقائ ع أو دفع أخرى .

**تاسعا :** لا يمكن بأي حال من الأحوال حصر كل الدفع الموضوعية لأنها و

بكل بساطة تتعلق بوقائع و بموضوع الدعوى الجزائية ، إلا أننا حاولنا حصر أهم

الدفع الموضوعية و التي تثار بشكل واسع أمام المحاكم و هي الدفع المتعلقة

بأركان الجريمة .

**عاشرا :** إن الدفوع الموضوعية و بشكل عام لا تتعلق بالنظام العام ، أي يجب

على مبدئها توضيحها و تبينها أي إثارها ، إلا أن هناك القليل من الدفوع

الموضوعية تتعلق بالنظام العام و المشرع حمى الدفع الموضوعي بصورة غير

مباشرة عندما نص على مسألة تسبب الحكم ، فألزم القاضي بإبرار أركان الجريمة و

إلا تعرض حكمه أو قراره للنقض و هو بذلك يحتم عليه إثباتها أو إثبات عكس ما

أثير من دفوع موضوعية .

**حادي عشر :** إن إيجاد الدفع بصورة مباشرة و ما رتبته من آثار لا يكون

بالإطلاع على القوانين و إنما بالذهاب إلى الأحكام و ما جاءت به المحكمة العليا من

قرارات .

**الثاني عشر :** ليست هناك منظومة قانونية خاصة تعالج موضوع الدفوع

بصورة عامة أو الدفوع الموضوعية بصورة خاصة ، فلا نجد هذه الأخيرة إلا من خلال

قرارات المحكمة العليا التي قد يؤخذ بها عندما يستدل بها و قد لا تؤخذ بعين الاعتبار

، فالقاضي ملزم بإتباع القوانين و ليس إتباع ما لديه من أحكام و قرارات سابقة ،

فيمكن أن يرتب هذا الأمر وجود أحكام متناقضة فاصلة في الدفع الموضوعي و هو

ما يحصل عمليا في مختلف المحاكم الجزائية .

و أمام هذه النتائج يمكن الخروج بمجموعة من التوصيات التي نرى أنها

ضرورية لاكتمال المنظومة الجزائية و تحقيق محاكمة تميل إلى العدل و منها :

أولاً : إن أهم ما يوصي به الباحث في هذا المجال هو إيجاد منظومة قانونية

خاصة تعالج مسألة الدفع و تتولى تنظيمها و ذلك بإعادة تعديل قانون الإجراءات الجزائية و جعل له بندا خاصا ينظم الدفع و يبين لها أحكامه و شروطها ، و هذا ليس بالأمر الصعب خاصة أمام التطور السريع لقانون الإجراءات الجزائية ، و أبسط مثال على ذلك ما جاء به قانون الإجراءات المدنية و الإدارية عندما جاء بتنظيم الدفع و نص عليها صراحة في نصوصه القانونية .

ثانيا : الإعتماد في استنباط أحكام الدفع الموضوعية على ما جاءت به المحكمة العليا من قرارات لقطعها شوط كبير في حماية هذا النوع من الدفع عند رقابتها على احترام حقوق الدفاع .

ثالثا : عدم إجابة المحكمة للدفع الموضوعي المرفوع وفقا للشروط الشكلية الصحيحة لا يعني عدم صحة الدفع و إنما يجب التمسك به أمام كافة درجات التقاضي ، فقد نكون أمام محكمة جناح أو محكمة جنبايات و يختلف الإقتناع الشخصي من قاض إلى آخر فقد يلاقي الدفع قبولا من محكمة أو رفضا من محكمة أخرى لأنها مسألة موضوعية ، لذلك نؤكد على ضرورة ضبط الدفع و الموضوعية .

رابعا : إن ندرة الدراسة الفقهية لموضوع الدفع و إن لم نقل منعدمة تجعل منه موضوعا مفتوحا لكل فقيه و باحث قانوني .



**خامسا:** إن كل دفع من الدفوع المذكورة في هذه الدراسة أو التي لم تذكر يعتبر

موضوعا غنيا و مبهما يحتاج إلى أن توض ع له أحكام و ضوابط حتى يسهل على

الدارس أو الباحث أو المدافع ال لجوء إليه عند إرادة تقوية وسائل دفاعه .

ويمكن ذكر بعض الدفوع الهامة والمؤثرة في الدعوى الجزائية وتحتاج إلى بحث

نذكر منها على سبيل المثال :

-الدفع بارتكاب شخص آخر غير المتهم للجريمة .

-الدفع بانتفاء الصفة .

-الدفع بعدم قبول الدعوى المدنية .

-الدفع بتعذر الرؤية .

-الدفع بتلفيق التهمة .

-الدفع بانقضاء الدعوى بالوفاة .

-الدفع بانقضاء الدعوى بالتنازل عن الشكوى .

-الدفع بانقضاء الدعوى بالصلح .

-الدفع بالسكرو كيف تعامل القضاء مع هذا الدفع .

-الدفع بعدم دستورية القانون .

-الدفع باستحالة الرؤية .

-الدفع بتناقض الدليلين القولي والفني .

و في الأخير فقد حاولت من خلال هذه الدراسة توضيح بعض الأحكام

الموضوعية الخاصة بالدفع الموضوعية و التي تم تدرستها بشكل مبسط لتكون ذات

فائدة آمل في أن تساهم في وضع نظرية شاملة لهذا الموضوع الذي نهدف من خلاله

إلى تطوير المنظومة الجزائية عموماً ، و قانون الإجراءات الجزائية خصوصاً بما

يتماشى مع التطور القضائي العالمي في المناداة بالمحاكمة العادلة .

مقدمة.....أ-ر

85-11 ..... **فصل تمهيدي**

13 ..... **المبحث الأول** : تعريف الدفوع وبيان أقسامها وشروطها

13 ..... **المطلب الأول** : تعريف الدفوع

16 ..... **الفرع الأول** : تعريف الدفوع

17 ..... **الفرع الثاني** : الدفع في الشريعة الإسلامية

20 ..... **الفرع الثالث** : التعريف القانوني للدفع

22 ..... **المطلب الثاني** : تقسيمات الدفوع

23 ..... **الفرع الأول** : تقسيم الدفوع بحسب طبيعتها

28 ..... **الفرع الثاني** : تقسيم الدفوع من حيث أهميتها

33 ..... **الفرع الثالث** : تقسيم الدفوع حسب القانون الذي يحكمها

40 ..... **الفرع الرابع** : تقسيم الدفوع من حيث الهدف منها

43 ..... **المطلب الثالث** : الشروط العامة لإبداء الدفوع

43 ..... **الفرع الأول** : أن يكون الدفع مطابقا للقانون شكلا

45 ..... **الفرع الثاني** : أن يقدم الدفع بشكل واضح وجازم

46 ..... **الفرع الثالث** : أن يكون الدفع منتجا في الدعوى

47 ..... **المبحث الثاني** : تعريف الدفوع الموضوعية وبيان شروطها وخصائصها

47 ..... **المطلب الأول** : تعريف الدفوع الموضوعية

48 ..... **الفرع الأول** : تعريف الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي

49 ..... **الفرع الثاني** : التعريف القانوني للدفع الموضوعي

52 ..... **المطلب الثاني** : الشروط الواجب توافرها في الدفوع الموضوعية

52 ..... **الفرع الأول** : أن يكون الدفع قد أثير على وجه ثابت في أوراق الدعوى

54 ..... **الفرع الثاني** : أن يكون الدفع جوهريا

56 ..... **الفرع الثالث** : أن يكون الدفع صريحا و جازما

|        |  |
|--------|--|
| 57     | الفرع الرابع : أن يقدم الدفع قبل إقفال باب المرافعة.....                   |
| 59     | الفرع الخامس : عدم التنازل عن الدفع الموضوعي صراحة أو ضمناً.....           |
| 60     | المطلب الثالث : خصائص الدفوع الموضوعية.....                                |
| 61     | الفرع الأول عدم إمكانية حصر الدفوع الموضوعية.....                          |
|        | الفرع الثاني : يمكن التمسك بالدفوع الموضوعية في أي مرحلة من مراحل          |
| 61     | الدعوى.....  |
| 62     | الفرع الثالث : الحكم الصادر في الدفع الموضوعي منهي للخصومة.....            |
| 63     | الفرع الرابع : عدم تقادم الدفوع الموضوعية.....                             |
| 65     | <b>المبحث الثالث</b> : عبء إثبات الدفوع الموضوعية.....                     |
| 67     | المطلب الأول : على المتهم إثبات الدفوع الموضوعية.....                      |
| 70     | الفرع الأول : نفي الإتهام بالصمت و عدم الكلام.....                         |
| 77     | الفرع الثاني : نفي الإتهام بالكلام.....                                    |
| 80     | المطلب الثاني : على النيابة العامة إثبات عدم وجود سبب للبراءة.....         |
| 82     | الفرع الأول : موقف القانون.....  |
| 83     | الفرع الثاني : موقف القضاء.....  |
| 138-86 | <b>الباب الأول</b> : الدفوع التي تهدف إلى انتفاء الركن الشرعي للجريمة..... |
| 89     | <b>الفصل الأول</b> : الدفع بتوافر سبب من أسباب الإباحة.....                |
| 93     | <b>المبحث الأول</b> : الدفع بتوافر الدفاع الشرعي.....                      |
| 95     | المطلب الأول : تعريف الدفع بتوافر الدفاع الشرعي.....                       |
| 97     | المطلب الثاني : توافر شروط الدفاع الشرعي القانونية.....                    |
| 98     | الفرع الأول : شروط العدوان.....  |
| 100    | الفرع الثاني : شروط فعل الدفاع.....  |
| 103    | المطلب الثالث : تعلق الدفع بتوافر الدفاع الشرعي بالنظام العام.....         |
| 104    | المطلب الرابع : رقابة المحكمة العليا على الدفع بتوافر الدفاع الشرعي.....   |
| 105    | الفرع الأول : رقابة المحكمة العليا على موضوع الدفاع الشرعي.....            |
| 106    | الفرع الثاني : رقابة المحكمة العليا على الجانب القانوني للدفاع الشرعي..... |

|         |       |   |
|---------|-------|---|
| 108     | ..... | <b>المبحث الثاني</b> : الدفع بتنفيذ أمر القانون                 |
| 109     | ..... | المطلب الأول : تعريف الدفع بتنفيذ أمر القانون                   |
| 112     | ..... | المطلب الثاني : شروط الدفع بتنفيذ أمر القانون                   |
| 112     | ..... | الفرع الأول : أن يثار الدفع على وجه ثابت في أوراق الدعوى        |
| 113     | ..... | الفرع الثاني : أن يثار الدفع بشكل صريح وجازم                    |
| 113     | ..... | الفرع الثالث : أن يقدم الدفع قبل إقفال باب المرافعات            |
| 114     | ..... | الفرع الرابع : يجب أن لا يتنازل عن الدفع صراحة أو ضمنا          |
| 115     | ..... | المطلب الثالث : تعلق الدفع بتنفيذ أمر القانون بالنظام العام     |
| 116     | ..... | <b>المبحث الثالث</b> : الدفع بوجود إذن القانون                  |
| 118     | ..... | المطلب الأول : تعريف الدفع بوجود إذن القانون                    |
| 123     | ..... | المطلب الثاني : تعلق الدفع بإذن القانون بالنظام العام           |
| 124     | ..... | المطلب الثالث : شروط إثارة الدفع أمام المحكمة العليا            |
| 125     | ..... | الفرع الأول : أن يثار الدفع في أوراق الدعوى                     |
| 126     | ..... | الفرع الثاني : أن يكون الدفع صريحا وجازما                       |
| 126     | ..... | الفرع الثالث : أن يقدم قبل إقفال باب المرافعة                   |
| 126     | ..... | الفرع الرابع : أن لا يتنازل عن الدفع بعد إثارته                 |
| 128     | ..... | <b>الفصل الثاني</b> : الدفع بالقانون الأصلح                     |
| 129     | ..... | المبحث الأول : مفهوم الدفع بالقانون الأصلح                      |
| 133     | ..... | المبحث الثاني : شروط التمسك بالدفع بالقانون الأصلح              |
| 133     | ..... | المطلب الأول : سريان القانون الجديد قبل صدور حكم نهائي          |
| 135     | ..... | المطلب الثاني : التحقق من أن القانون الجديد أصلح للمتهم         |
| 138     | ..... | المبحث الثالث : تعلق الدفع بالقانون الأصلح بالنظام العام        |
| 173-139 | ..... | <b>الباب الثاني</b> : دفع تهادف إلى انتفاء الركن المادي للجريمة |
| 142     | ..... | <b>الفصل الأول</b> : الدفع بانتفاء رابطة السببية                |
| 143     | ..... | المبحث الأول : مفهوم الدفع بانتفاء رابطة السببية                |
| 143     | ..... | المطلب الأول : تعريف الدفع بانتفاء رابطة السببية                |

|         |  |
|---------|--|
| 150     | المطلب الثاني : طبيعة الدفع بانتفاء الرابطة السببية.....                         |
| 152     | <b>المبحث الثاني</b> : رقابة المحكمة العليا على الدفع بانتفاء رابطة السببية..... |
| 153     | المطلب الأول : الرقابة على بيان السببية في حكم الإدانة.....                      |
| 154     | المطلب الثاني : الرقابة على ضرورة الرد على الدفع بانتفاء رابطة السببية.....      |
| 156     | <b>المبحث الثالث</b> : شروط إبداء الدفع بانتفاء الرابطة السببية.....             |
| 158     | <b>الفصل الثاني</b> : الدفع بوجود مسألة فرعية.....                               |
| 159     | <b>المبحث الأول</b> : مفهوم الدفع بوجود مسألة فرعية.....                         |
| 160     | المطلب الأول : تعريف الدفع بوجود مسألة فرعية.....                                |
| 164     | المطلب الثاني : الفرق بين الدفع بوجود مسألة فرعية وباقي الدفع الأخرى.....        |
| 166     | <b>المبحث الثاني</b> : شروط الدفع بوجود مسألة فرعية وأثره.....                   |
| 167     | المطلب الأول : شروط إثارة الدفع بوجود مسألة فرعية.....                           |
| 167     | الفرع الأول : أن يثار الدفع من طرف المتهم.....                                   |
| 168     | الفرع الثاني : أن يثار الدفع قبل إقفال باب المرافعة.....                         |
| 169     | الفرع الثالث : أن يزيل الدفع بالمسألة الفرعية وصف الجريمة.....                   |
| 170     | الفرع الرابع : أن يكون الدفع جديا.....   |
| 171     | المطلب الثاني : أثر الدفع بوجود مسألة فرعية.....                                 |
| 227-174 | <b>الباب الثالث</b> : دفع تهادف إلى انتفاء الركن المعنوي للجريمة.....            |
| 179     | <b>الفصل الأول</b> : الدفع بالجنون و صغر السن.....                               |
| 181     | <b>المبحث الأول</b> : الدفع بالجنون.....   |
| 181     | المطلب الأول : تعريف الدفع بالجنون.....  |
| 184     | المطلب الثاني : شروط الدفع بالجنون.....  |
| 185     | الفرع الأول : التمسك بالدفع من المدافع.....                                      |
| 187     | الفرع الثاني : أن يثبت من التحقيقات أو محاضر المرافعات الإصابة بالجنون.....      |
| 188     | الفرع الثالث : أن يعاصر الجنون وقت ارتكاب الجريمة.....                           |
| 190     | المطلب الثالث : أثر الدفع بالجنون.....   |
| 192     | <b>المبحث الثاني</b> : الدفع بصغر السن.....                                      |

|     |   |
|-----|---|
| 193 | .....المطلب الأول : تعريف الدفع بصغر السن.....                            |
| 197 | .....المطلب الثاني : أهم الدفع الناتجة عن صغر السن.....                   |
| 197 | .....الفرع الأول : الدفع احتساب سن 13 سنة على أساس وقت ارتكاب الجريمة.... |
| 199 | .....الفرع الثاني : الدفع بعدم القضاء إلا بتدابير الحماية أو التربية..... |
| 201 | .....الفرع الثالث : الدفع بعدم توقيع الإكراه البدني.....                  |
| 203 | .....المطلب الثالث : رقابة المحكمة العليا على الدفع بصغر السن.....        |
| 205 | ..... <b>الفصل الثاني</b> : الدفع بالإكراه وحالة الضرورة.....             |
| 207 | .....المبحث الأول : الدفع بالإكراه.....                                   |
| 208 | .....المطلب الأول : تعريف الدفع بالإكراه.....                             |
| 211 | .....المطلب الثاني : شروط الدفع بالإكراه.....                             |
| 212 | .....الفرع الأول : أن تكون القوة مما لا يمكن مقاومتها.....                |
| 212 | .....الفرع الثاني : أن تكون القوة غير متوقعة.....                         |
| 213 | .....الفرع الثالث : أن يمس فعل التهديد شخص الفاعل أو عزيز على نفسه.....   |
| 214 | .....المطلب الثالث : تعلق الدفع بالإكراه بالنظام العام.....               |
| 216 | .....المبحث الثاني : الدفع بحالة الضرورة.....                             |
| 217 | .....المطلب الأول : تعريف الدفع بحالة الضرورة.....                        |
| 221 | .....المطلب الثاني : شروط الدفع بحالة الضرورة.....                        |
| 221 | .....الفرع الأول : الخطر.....   |
| 223 | .....الفرع الثاني : التناسب.....  |
| 223 | .....الفرع الثالث : الفعل الضروري.....                                    |
| 225 | .....المطلب الثالث : أثر الدفع بحالة الضرورة.....                         |
| 225 | .....الفرع الأول : الآثار الإجرائية.....                                  |
| 227 | .....الفرع الثاني : أثر الدفع على الجريمة.....                            |
| 228 | ..... <b>الخاتمة</b> .....  |
| 237 | ..... <b>قائمة المراجع</b> .....  |
| 246 | ..... <b>الفهرس</b> .....   |

