

III

{ تِلْكَ مُدْرُودٌ اللّٰهُ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ

{ مُدْرُودَ اللّٰهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْظَالِمُونَ }

صدق الله العلي العظيم

سورة البقرة / آية "٢٢٩"

الإهداء

أهدي هذا الجهد المتواضع الى:

أمي ... التي علمتني الحياة

بتضحياتها

زوجي ... سندي في الدنيا بعد الله.

إبني ... قرة عيني ونور دنياي.

قراء هذا البحث

شكر و عرفان

أعبر عن وافر الشكر والإمتنان للأستاذة القاضي الدكتورة نرمين أبوبكر محمد التي تكبدت عناء الإشراف على هذا البحث وعن الجهد والوقت التي بذلته معي في سبيل إنهاءها، فلها مني الشكر الجزيل والعرفان وخالص التقدير والاحترام، وجزاها الله خيرا عن كل ما قدمته لي.

كما لا يفوتني أن أشكر زملائي و زميلاتي الذين ساعدوني بالوسائل الممكنة في إعداد البحث فلهم مني الشكر الجزيل و أقول لهم.....جزاكم الله خيرا.

بسم الله الرحمن الرحيم
أشهد بأن إعداد هذه الرسالة الموسومة بـ ((تجاوز أسباب
الإباحة في القانون العراقي) المعد من قبل القاضي سوزان عبدالله
صالح قد جرى تحت إشرافي، وأشهد بأن الباحثة قد بذلت جهداً في
إعدادها و بدورنا ساهمنا بمنحها المعلومات الضرورية حول إعداد
البحث شكلاً ومضموناً وهو جزء من متطلبات الترقية من الصنف
الثالث الى الصنف الثاني من صنوف القضاة وبناء على التوصية
أعلاه أرشح هذه الرسالة للمناقشة... مع التقدير

التوقيع :
الاسم : الدكتورة القاضي نهرمين أبوبكر محمد
قاضي أول محكمة بداءة السليمانية
لتاريخ / ٣ / ٧ / ٢٠٢٤

المحتويات

الصفحة

الموضوع

المقدمة

٢-١

المبحث الأول / مفهوم التجاوز في أسباب الإباحة وآثاره على المسؤولية الجزائية ٣-١٨
المطلب الأول / مفهوم الإباحة و شروطها و طبيعتها القانونية وآثارها ٣-١٠
الفرع الاول / معنى الإباحة

٣

الفرع الثاني / شروط الإباحة

٥

الفرع الثالث / الطبيعة القانونية للإباحة وآثارها ٦

المطلب الثاني / مفهوم التجاوز في اسباب الإباحة ١٠-١

١٣

الفرع الاول / معنى التجاوز في الإباحة ١١

الفرع الثاني /شروط تجاوز أسباب الإباحة ١٢

المطلب الثالث / صور التجاوز في أسباب الإباحة والتكيف القانوني لها ١٦-١٣

الفرع الاول / صور التجاوز في أسباب الإباحة ١٣

الفرع الثاني / تكيف التجاوز في أسباب الإباحة ١٤

المطلب الرابع / أثر تجاوز أسباب الإباحة على المسؤولية الجزائية ١٦-١٩

الفرع الاول / المسؤولية الجزائية في التجاوز العمدي ١٦

الفرع الثاني / المسؤولية الجزائية في التجاوز الغير العمدي ١٧

الفرع الثالث / المسؤولية الجزائية في التجاوز بناء على إعتقاد خاطيء ١٨

المبحث الثاني/ تطبيقات التجاوز في أسباب الإباحة وآثاره على العقوبة ١٩-٤٣

المطلب الأول / التجاوز في حالة أداء الواجب ١٩-٢٧

الفرع الاول / حالات الإباحة في أداء الواجب ١٩

الفرع الثاني / شروط الإباحة في أداء الواجب ٢٠

الفرع الثالث / شروط التجاوز في أداء الواجب و معياره ٢٤

الفرع الرابع / صور التجاوز في أداء الواجب ٢٤

المطلب الثاني / التجاوز في حالة إستعمال الحق ٢٧-٣٣

٢٧	الفرع الاول / تطبيقات الإباحة في استعمال الحق
٢٩	الفرع الثاني / شروط الإباحة في استعمال الحق
٣٠	الفرع الثالث / معيار التجاوز في استعمال الحق
٣١	الفرع الرابع صور التجاوز في استعمال الحق
٤٢- ٣٣	المطلب الثالث / التجاوز في حالة الدفاع الشرعي
٣٣	الفرع الاول / شروط الإباحة في حالة الدفاع الشرعي
٣٦	الفرع الثاني / حالات إباحة القتل في الدفاع الشرعي
٣٩	الفرع الثالث / معيار التجاوز في حالة الدفاع الشرعي
٤٠	الفرع الرابع / صور التجاوز في حالة الدفاع الشرعي
٤٣-٤٢	المطلب الرابع / آثار تجاوز أسباب الإباحة على العقوبة
٤٤	الخاتمة

المقدمة

تعتبر أسباب الإباحة من المسائل المهمة الواردة في قانون العقوبات العراقي وقد تناولها ضمن الفصل الرابع من الباب الثالث في الكتاب الاول في المواد من ٣٩ لغاية ٤٦ منه، وهي قيود ترد على نص التجريم فتحول دون تطبيقه عند توفرها، وهي أسباب تعرض للفعل ذاته فنزيل عنه صفة عدم المشروعية، وقد وردت على سبيل الحصر في القانون العراقي وهي ثلاث حالات (أداء الواجب و إستعمال الحق و الدفاع الشرعي)، ومن الملاحظ أنه في الكثير من الأحيان نرى توفر تجاوز في إحدى هذه الاسباب فيعيد الصفة الجرمية للفعل المرتكب ويؤدي الى مسؤولية الفاعل ويؤثر على العقوبة المقررة للجريمة على الرغم من جواز تخفيف العقوبة عليه ، وسوف نبحت هذه المسائل من خلال بحثنا مع الإشارة الى النواقص التشريعية والإشكالات العملية التي تواجه القضاء عند التطبيق، راجيين التوفيق بإذن الله.

أهمية موضوع البحث

بما أن حالات أسباب الإباحة يعد إستثناءات واردة على مبدأ التجريم ويؤدي الى خلع الصفة الجرمية على السلوك المرتكب فينبغي على المحاكم ان تتوخى الدقة من حيث توفر سبب من أسباب الإباحة من عدمه بالإضافة الى الدقة عند الحكم بتوفر تجاوز هذه الأسباب من عدمه، لأن هاتين المسألتين لهما الأثر المباشر على الحكم بمسؤولية المتهم من عدمه ،وعلى مقدار العقوبة التي يفرضها محكمة الموضوع من جهة أخرى عند الحكم بتجاوز هذه الأسباب، لذا لا يخفى أهمية هذه المسألة عند التطبيق، لذا وقع إختيارنا على هذا الموضوع من مواضيع القسم العام من قانون العقوبات.

إشكالية البحث

يتجلى إشكالية موضوع البحث في ثلاث نقاط، الاولى هي عدم الإشارة بنصوص صريحة في قانون العقوبات العراقي الى مسألة التجاوز في حالتها أداء الواجب وإستعمال الحق رغم الإشارة إلى تجاوز حالة الدفاع الشرعي، فهل يمكن القياس عليها عند عرضها على القضاء في الواقع العملي ام تطبق عليهما القواعد العامة؟ وهل نواجه خرق للمبدأ القائل بأنه لايجوز التوسع في الإستثناء في هذه الحالة؟ لأن أسباب الإباحة تعتبر إستثناء على مبدأ التجريم، الإشكالية الثانية هي التي تواجهها القضاء عند الحكم بتوفر سبب من اسباب الإباحة وعند الحكم بتوفر تجاوز هذه الأسباب من عدمه، حيث لم يحدد القانون معيار واضح ومحدد تسير عليها المحاكم في حالتها أداء الواجب وإستعمال الحق على الرغم من تحديد الفقهاء لمعيار التجاوز في حالة الدفاع الشرعي، فينبغي ان تتوخى المحاكم الدقة والحذر عند عرض هذه الوقائع عليها لأن النتيجة التي توول إليها يؤثر بشكل مباشر على مسؤولية المتهم

والعقوبة المقررة للجريمة، الإشكالية الثالثة تتجلى في التكييف القانوني لتجاوز اسباب الإباحة فهل تعتبر أعمار قانونية ام ظروف قضائية ام ان لها طبيعتها واحكامها الخاصة، هذا ما نحاول بحثها وإيجاد حلول قانونية لها.

منهجية البحث

إعتمدنا في دراستنا على منهج الوصفي التحليلي بحيث يتم تسليط الضوء على النصوص القانونية ذات العلاقة بموضوع البحث ومدى تطبيقها وإنسجامها مع الواقع العملي، وقد حاولنا تحليل تلك النصوص، مع تسليط الضوء على الإشكاليات العملية التي تحدث عند تطبيق وتعرض على القضاء، مع الإسترشاد بالأحكام القضائية الصادرة من محاكم الإقليم والمحكمة الإتحادية بغية الوقوف على مدى تطبيق هذه النصوص عمليا، أو مدى ملائمتها مع الواقع الحالي وإقتراح بدائل عملية. وقد التزمنا في دراستنا سبيل التوفيق بين الاسلوبين الوصفي التحليلي لما في الوصف من تمهيد لتحليل الاحكام والمسائل، و بالتالي استخلاص النتائج التحليلية .

المبحث الأول / مفهوم التجاوز في أسباب الإباحة وآثاره على المسؤولية الجزائية

إبتداء و في سبيل الوصول الى مفهوم قانوني واضح للتجاوز في أسباب الإباحة ينبغي التطرق أولا الى مسألة الإباحة ومعرفة مفهومها و شروطها و طبيعتها القانونية، ومن ثم يجب شرح وتوضيح معنى التجاوز في الإباحة وبيان شروطها، ومن ثم نبين صور التجاوز والتكييف القانوني لتجاوز أسباب الإباحة وأثرها القانوني على المسؤولية الجزائية، ونحاول في هذا المبحث التطرق الى هذه المسائل من خلال أربعة مطالب، نتطرق في المطلب الأول الى مفهوم الإباحة وشرح معناها وطبيعتها القانونية، وفي الثانية نتناول مسألة التجاوز في الإباحة وبيان شروطها، من ثم نشرح في المطلب الثالث صورها والتكييف القانوني لها وفي المطلب الرابع والأخير نتطرق الى أثرها على المسؤولية الجزائية.

المطلب الأول / مفهوم الإباحة و شروطها وطبيعتها القانونية وآثارها

أن السلوك الإجرامي يكتسب صفة غير مشروعة بسبب خضوعها لنص تجريم ينهى عنه ويحدد له عقوبة، إلا أن إكتسابها لهذه الصفة ليست مستقرة بل قابلة للزوال إذا ارتكبت في ظروف أو لأسباب يجيزها القانون^١، وهذه الأسباب حصرتها قانون العقوبات العراقي بأسباب ثلاثة وهي (أداء واجب وإستعمال الحق والدفاع الشرعي) والتي إذا توفرت في واقعة إجرامية تخرجه من نطاق النص التجريمي و يعيدها الى أصلها المشروع وتسمى بأسباب الإباحة والبعض يسميها بأسباب التبرير، إذا هي ((قيود ترد على نص التجريم فتخلع عن الفعل صفته غير المشروعة وتجعله مشروعاً وبذلك ينتفي الركن الشرعي للجريمة))^٢، وفي هذا المجال قضت محكمة التمييز بعدم مسؤولية المتهم من تهمة قتل المجنى عليه وفق المادة ٤٠٥ من قانون العقوبات لأنه كان في حالة دفاع شرعي عن ماله ونفسه^٣، ولغرض التعرف على مفهوم الإباحة وأسبابها ينبغي أولاً ان نبين معنى الإباحة و شروطها و طبيعتها القانونية ، هذا ما نحاول ان نبينه في هذا المطلب من خلال ثلاثة فروع .

الفرع الاول / معنى الإباحة

الإباحة لغة / رفع الحظر عن الشيء وإطلاقه، وهو المعنى الذي يتصل بالمصطلح الشرعي العام للكلمة، وتأتي الإباحة أيضاً بمعنى الإظهار فيقال: أباح سره أي أظهره، والإباحة في الاصطلاح عند الأصوليين هي الحكم الشرعي الذي يفيد تخيير المكلف التام بين الأخذ بالشيء وتركه^٤.

الإباحة شرعاً: هو ما خير الشارع بين فعله وتركه من غير ترجيح وقد رسمه البيضاوي بأنه ما لا يتعلق بفعله ولا تركه مدح أو ذم^٥.

الإباحة اصطلاحاً / عبارة عن ظروف ترفع الصفة غير المشروعة عن الأفعال الإرادية التي تخالف أحكام القانون وبتجرد تلك الأفعال من هذه الظروف تكون جرائم، بيد انها بوجود هذه الظروف تظهر وكأنها ممارسة لحق أو أداء لواجب أو دفاع شرعي^٦. وإستناداً لقاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص فقد حدد المشرع لكل جريمة نموذج قانوني يجب ان يتطابق الفعل مع هذا النموذج فإن إنتفت المطابقة إنتفت الجريمة، بمعنى آخر أن كل فعل لا يشكل مخالفة لقاعدة قانونية مقترنة بجزاء جنائي يعتبر مباحاً، إلا أنه أحياناً يقع الفعل الجرمي مقترناً بظروف لايجوز معها إعمال نص التجريم فيصبح مباحاً أيضاً.

ونستنتج من ذلك ان الفعل يكون مشروعاً في حالتين الأولى عندما يكون الفعل مباحاً ابتداءً وهو الاصل، والثانية عندما يتطابق مع نموذج إجرامي معين لكن القانون يبيحه تطبيقاً لقاعدة قانونية مبيحة^٧، و لو تعننا في أساس الإباحة لوجدنا أنها تعود الى إنتفاء علة التجريم عند توفر إحدى أسباب الإباحة لو ارتكب الفعل في ظروفها، بمعنى آخر أن علة التجريم و علة الإباحة مرتبطتين و متلازمتين، فمن المعروف أن علة التجريم هي حماية حق أو مصلحة جديرة بالحماية، و علة الإباحة هي إنتفاء علة التجريم ويتحقق ذلك إذا كان الفعل المرتكب لا يشكل

١ - د. علي حسين خلف و د. سلطان عبدالقادر الشاوي المبادئ العامة في قانون العقوبات / العاتك لصناعة الكتاب / ص ٢٣٩
٢ - المحامي محسن ناجي / الاحكام العامة في قانون العقوبات / الطبعة الاولى / ١٩٧٤ / مطبعة العاني / ص ١٩٠
٣ - القرار المرقم ١٧٣٨/جنايات / ١٩٧١ / المؤرخ ٢٨/٨/١٩٧١ / المحامي محسن ناجي / الاحكام العامة في قانون العقوبات / ص ٢٥٣
٤ - مقتبس من مقالة منشورة من قبل المؤلف عمر السعودي في موقع <http://ae.linkedin.com> بتاريخ ٦ مايو ٢٠٢٣
٥ - د. حمد عبيد الكبيسي اصول الاحكام وطرق الإستنباط في التشريع الإسلامي / دار السلام / بيروت / الطبعة الأولى ٢٠١٦ / ص ٢٢٣
٦ - الدكتور حميد السعدي / شرح قانون العقوبات الجديد / الجزء الاول / مطبعة المعارف بغداد / ١٩٧٠ / ص ٣١٨
٧ - د. فخري عبدالرزاق صليبي الحديثي / شرح قانون العقوبات / القسم العام / العاتك / القاهرة ، الطبعة الثانية ٢٠٠٧ / ص ١٠٣

إعتداء على حق او مصلحة^٨) فقصت محكمة تمييز العراق بأن فعل المتهم لا يعتبر جريمة إذا قام بحسن النية وبأمر رئيسه بكشط أرض الشارع العام فأدى ذلك الى قطع اسلاك القابلو^٩.

وبذا يمكن ان نرجع أساس الإباحة الى أمرين الأولى هي إنتفاء الحق، وفي هذه الحالة أن نص التجريم لا يحقق المصلحة المتوخاة في الظروف التي وقع فيها الفعل، أو رجحان الحق و في هذه الحالة أن السلوك الإجرامي لا يزال يشكل إعتداء إلا أنه يصون حقا آخر أجدر بالحماية، إي ان عدم تطبيق نص التجريم يحقق مصلحة تعد من وجهة نظر المشرع أولى بالإعتبار من مصلحة أخرى هي مصلحة المعتدي^{١٠}، وبذلك قضت محكمة التمييز في إحدى قراراتها (لامتسولية على صاحب الدار إذا قتل اللص أثناء وجوده داخل داره لغرض السرقة)^{١١}، مما يعني أن هناك صورتين لإنتفاء علة التجريم الأولى عند زوال صفة العدائية للفعل كالجرح الذي يحدثه الطبيب لغرض العمليات الجراحية و العلاج ، والصورة الثانية تظهر عند بقاء صفة العدائية للفعل إلا أنها ترتكب لغرض حماية مصلحة أجدر بالحماية من المصلحة التي يهددها^{١٢}.

الفرع الثاني / شروط الإباحة

يقول الفقهاء أنه يجب توفر شرطين أساسيين للقول بوجود سبب من أسباب الإباحة في الفعل الجرمي، وهي أن يقع بنية سليمة وان يقع عملا بحق مقرر بمقتضى القانون^{١٣}، و يقول آخر أن الإباحة لكي تنتج أثره يجب أن تتوفر فيها جميع الشروط التي يحددها القانون دون ان يحدد الشروط العامة^{١٤}.

ونرى أن قانون العقوبات العراقي لم يحدد بصورة واضحة الشروط العامة الواجب توفرها في أسباب الإباحة وإنما أشار الى حالاتها فقط، وقد سبق القول أن المشرع أقر حالات أسباب الإباحة لوجود مصلحة أولى بالرعاية من مصلحة المعتدى عليها، لذا يمكن القول أن هناك شرطين أساسيين للقول بوجود الإباحة في الفعل الجرمي، وهي اولا وجود الحق والذي يعرف بأنه (مصلحة محمية بالقانون)، فينبغي وجود قاعدة قانونية تحمي هذا الحق أيا كان مصدر حماية هذا الحق، أما الشرط الثاني فينبغي إلتزام الفاعل بحدود الحق المقرر له قانونا.

ولغرض تحديد حدود أي حق ينبغي الرجوع الى القاعدة القانونية التي تحميه لأنها هي التي تبين شروط ممارسته والإلتزام بحدوده^{١٥}، فالإعفاء الذي يتمتع به الطبيب عند مزاوله مهنته يستند الى القوانين و الأنظمة التي تنظم مهنة الطب فأباحته لهم إجراء جميع الأعمال التي تؤدي الى شفاء المريض، فالتبرير الحقيقي لعمل الطبيب يرجع الى إذن القانون كما أن السبب القانوني لإباحة تأديب الآباء للأبناء والأزواج للزوجات يرجع الى الحقوق المقررة بمقتضى الشريعة الإسلامية شرط ارتكابها بنية سليمة لغرض التأديب وان لا يصيب الوجه مطلقا^{١٦}، وإباحة الألعاب الرياضية وإستخدام العنف فيها مباح في حدود معينة يستند الى نص صريح في القانون والانظمة التي تنظم تلك الألعاب فتلك الألعاب مصرح بها من السلطات العامة شرط ممارسة تلك الألعاب بإخلاص وإستقامة بين

٨ - د. جمال إبراهيم الحيدري /الروافي في شرح أحكام القسم العام من قانون العقوبات /الطبعة الأولى /بيروت / ٢٠١٢ / ص ٥٥٩

٩ - القرار المرقم ١٩٧٢/١٢٥٧ المؤرخ ١٩٧٤/١٢/١٠ /النشرة القضائية /العدد الرابع السنة الخامسة .

١٠ - د. جمال إبراهيم الحيدري /الروافي في شرح أحكام القسم العام من قانون العقوبات / ص ٧٦٠

١١ -القرار المرقم ٣٥١٦/٣٠١٦/١٩٧٣ المؤرخ ١٩٧٣/٧/٥ / فؤاد زكي عبدالكريم /اهم مباديء وقرارات محكمة تمييز العراق / ص ٣٢

١٢ - د. حميد السعدي / شرح قانون العقوبات الجديد // ص ٣١٩

١٣ - جندي عبدالملك / الموسوعة الجنائية / الجزء الأول / مكتبة العلم للجميع / بيروت / ٢٠٠٤-٢٠٠٥ / ص ٥٠٤

١٤ - الدكتور علي حسين خلف و د. سلطان الشاوي / المباديء العامة في قانون العقوبات / العاتك لصناعة الكتاب / القاهرة ص ٢٤٨

١٥ - / الدكتور محمد صبحي نجم / قانون العقوبات/ النظرية العامة للجريمة /الطبعة الثالثة / عمان ١٩٩٦ ص ١٣٧

١٦ - القرار المرقم ٤٥٢ المؤرخ ١٩٧٦/٥/٩ محكمة تمييز العراق (أن إعتداء الزوج على زوجته بضربها على وجهها وجر شعرها في الشارع العام أمام الماربيين يخرج عن حدود التأديب المسموح به للزوج على زوجته ويشكل جريمة طبقا لاحكام المادة ٤١٥ من قانون العقوبات) فؤاد زكي عبدالكريم / اهم مباديء محكمة التمييز / ص ٢٩

اللاعبيين^{١٧}، ويمكن ان نستنتج من أحكام المواد التي عالجت أسباب الإباحة أن لكل حالة شروطها الخاصة نشير إليها فيما بعد عند البحث في كل حالة من هذه الحالات .

الفرع الثالث / الطبيعة القانونية للإباحة وآثارها

سوف نحاول ان نبين الطبيعة القانونية لأسباب الإباحة و الآثار المترتبة عليها من خلال مقصدين

المقصد الأول / من حيث طبيعتها القانونية

لدى التمعن في آراء الفقهاء و شروحاتهم المتعلقة بالطبيعة القانونية لأسباب الإباحة نرى أنهم يرون أن أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية نظرا لإتصالها بالركن الشرعي للجريمة، فمن المعلوم أن الركن الشرعي للجريمة ذات طبيعة موضوعية وبالتالي تكون أسباب الإباحة أيضا ذات طبيعة موضوعية، وقد سبق القول أن أسباب الإباحة تلحق الركن الشرعي للجريمة ويؤدي توفر إحدى هذه الأسباب الى إنتفاءها، مما يعني أن أسباب الإباحة متعلقة بالظروف موضوعية للجريمة ولا علاقة لها بشخص الفاعل وينصب أثرها على الفعل والإمتناع وتعطل نصوص التجريم، أي أنها ذات طبيعة عينية تنصب على الفعل ذاته ولا تتعلق بشخص الفاعل^{١٨}، وقضت بذلك محكمة تمييز العراق في إحدى قراراتها^{١٩}.

من جانب آخر فإن أسباب الإباحة لا تخضع لمبدأ لاجرمية و لاعقوبة إلا بنص لأنها لا تؤدي الى خلق جرائم او عقوبات وهذا يؤدي الى ان يكون القياس فيها مقبولا^{٢٠}، إلا أن الأساتذة كل من د. علي حسين خلف و سلطان الشاوي يقولان ((رغم ان أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية لأنه مجرد تكليف قانوني ينصب على الفعل ولا يتطلب البحث في نفسية الجاني إلا أن بعض أسباب الإباحة تعتمد على عناصر شخصية كحق التأديب الذي يتطلب ان تكون النية متجهة الى التهذيب وحق الأعمال الطبية يتطلب ان تكون النية متجهة نحو شفاء المريض)^{٢١}.

كما أن أسباب الإباحة ترجع الى ظروف مادية متعلقة بالجريمة وقت ارتكابها فتجعلها مباحة لأي شخص وجد في تلك الظروف وقت الجريمة حيث قضت محكمة تمييز العراق نقض قرار محكمة جنابات البصرة القاضي بإدانة المتهم الشريك مع المتهم الاصيل لان الدفاع الشرعي يجعل الفعل غير معاقب عليه من أساسه فيشترك فيه الاصيل و الشريك^{٢٢}، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة فبعض أسباب الإباحة يستند الى عناصر شخصية متعلقة بوجود الحق القانوني للشخص وحسن نيته في إستعمال هذا الحق وعدم تجاوز حدودها^{٢٣}، وتطبيقا لذلك قضت محكمة

١٧- مقتبس من كتاب د. المحامي فائق الجوهري /المسؤولية الطبية في قانون العقوبات/ دار الجوهري للطباعة / مصر ١٩٥١ ص ١١٣

١٨ - المحامي محسن ناجي/ الأحكام العامة في قانون العقوبات / مطبعة العاني / الطبعة الأولى / ١٩٧٤ ص ١٩١

١٩ - القرار المرقم ٤٨ /٦٩٢ (ان قرار التجريم والحكم الصادرين بحق المتهم (ن) غير صحيح إذا كان شريك للمدافع عن نفسه (ق)، لأن الدفاع الشرعي يجعل الفعل غير معاقب عليه من اساسه فيشترك فيه الاصيل و الشريك ،لذا قرر الإمتناع عن تصديق قراري الجريمة والحكم الصادرين بحقه و إطلاق سراحه حالا إن لم يكن موقوفا او مسجوننا لسبب آخر) سلمان البيات / القضاء الجنائي العراقي / ص ٧٥

٢٠ - د. حميد السعدي / شرح قانون العقوبات الجديد / الجزء الأول / مطبعة المعارف / بغداد ١٩٧٠ / ص ٣١٩

٢١ - د. علي حسين خلف و د سلطان الشاوي المباديء العامة في قانون العقوبات / العاتك لصناعة الكتاب / القاهرة / ص ٢٤٥

٢٢ - القرار المرقم ١٩٤٨ /٦٩٢ البصرة / سلمان البيات / الجزء الثالث ١٩٤٩ ص ٧٥

٢٣ - د. فخرى عبدالرزاق صليبي الحديثي / شرح قانون العقوبات /القسم العام / العاتك ،قاهرة ، الطبعة الثانية ٢٠٠٧ ص ١٠٥

تميز العراق بـ ((عدم صحة قرار المحكمة الكبرى القاضي بعدم مسؤولية المتهم بموجب المادة ٤٥ من قانون العقوبات البغدادي لأن المتهم مجرد حارس في قرية وليس موظف عمومي^{٢٤})).

وبقدر تعلق الأمر بكون الإباحة ذات طبيعية موضوعية يثار مسألتين هما الجهل بالإباحة والغلط فيه، فالجهل في الإباحة يعني قيام سبب من أسباب الإباحة بجميع شروطه القانونية إلا أن الفاعل يعتقد انه يقترب جريمة ففي قرار لمحكمة تمييز العراق اشارت الى ان عدم علم المتهم بالإباحة لا يمنع تطبيقه على الواقعة^{٢٥}، بمعنى آخر أن الفاعل او الشريك يجهل وجود سبب من أسباب الإباحة ويعتقد أن فعله غير مشروع ويسميه البعض بالجريمة التصورية^{٢٦}.

اما الغلط في الإباحة فالأمر مختلف، فالفرض في هذه الحالة ان الفاعل يعتقد أن سببا من أسباب الإباحة قد توافر بفعله في حين أن مثل هذا السبب غير موجود لعدم توفر شروطه القانونية كلا او جزء، فالفاعل يعتقد ان فعله المرتكب مشروع على الرغم من عدم مشروعيته، وأن إعتقاده هذا بمشروعية فعله لا يؤدي الى إنعدام الركن الشرعي إن كان لإعتقاده اسباب معقولة بل تبقى قائمة بعنصريه (نص التجريم وعدم وجود سبب للإباحة) لأن سبب الإباحة لم تتوفر له جميع شروطه القانونية عند وقوع الفاعل في غلط إلا أن إعتقاد الفاعل مشروعية فعله هو الذي يؤدي الى ان ينتج سبب الإباحة أثره وليس توفره حقيقة، كضابط الشرطة الذي ينفذ امر غير صحيح بتفتيش كان قد صدر اليه من رئيس تجب عليه طاعته معتقدا انه ينفذ امرا صحيحا يكون قد وقع في غلط بالإباحة^{٢٧}، وتبنت محكمة تمييز العراق هذا المبدأ في قرار لها (بأنه إذا إعتقد المتهم خطأ أنه في حالة دفاع شرعي وهو لم يكن كذلك فيعتبر متجاوزا حدود الدفاع الشرعي)^{٢٨}.

المقصد الثاني / آثارها

هناك عدة آثار تترتب على كون اسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية، وأولى هذه الآثار متعلقة بمدى إستفادة الفاعل و الشريك منها، فعلى الرغم من إتفاق الفقهاء على أن توفر سبب من أسباب الإباحة يؤدي الى نفي الجريمة أصلا مما حدى بالمشرع الى إستخدام تعبير لاجريمة في النصوص التي تعالج أحكام أسباب الإباحة، إلا أن هناك آراء فيما يتعلق بإستفادة الفاعل الأصلي والمساهمين معه من أحكامها، حيث يقول المحامي محسن ناجي (أن إعتبار أسباب الإباحة عينية تتصل بالفعل ويستفيد منها كل من يساهم في الجريمة يقتصر على أسباب الإباحة العامة أما الأسباب الخاصة التي تتطلب توفر صفة خاصة في الفاعل فهي شخصية تتصل بشخص الفاعل ويقتصر أثرها عليه وحده دون غيره ممن يساهم معه في الجريمة)^{٢٩} أما الدكتور حميد السعدي يشير بشكل مطلق الى إستفادة الفاعل والمساهمين معه من أحكام أسباب الإباحة^{٣٠}، ويقول آخر (إذا توفر سبب الإباحة صار

٢٤ - القرار المرقم ٦٩٠/ج/٣٩/بغداد (ان المحكمة الكبرى إعتبرت المتهم غير مسؤول بموجب المادة ٤٥ من قانون العقوبات البغدادي بينما هذه المادة تشمل الموظفين العموميين فقط ولم يكن المتهم موظفا وإنما حارس في قرية ليس إلا ،وعليه فان القرار بعدم مسؤوليته إستنادا الى هذه المادة غير صحيح وكان يجب الحكم عليه عن شروعه في القتل وتخفيف عقابه وفق المادة ٥٢ قانون العقوبات البغدادي) سلمان البيات / القضاء الجنائي العراقي / ص ٧٩

٢٥ - القرار المرقم ٦٣٤/ج/١٩٣٩/كر كوك / (لدى عطف النظر على قضية إزالة بكاراة المجنى عليها ظهر ان المتهم يفيد بانه كان غير عالما بسبق زواجها ،لذا فإنه عقد عليها وعندئذ أزال بكارتها الامر الذي كان يجب معه التحقيق عن هذه الجهة والبت فيها إستنادا الى الادلة التي تتوفر، فإن ظهر بأنه كان يعلم بسبق زواجها تصبح التطبيقات القانونية صحيحة (تجربته وفق المادة ٢٣٥ قانون العقوبات البغدادي) وإلا تطبق بحقه أحكام المادة ٤٤ من ق.ع. بغدادي (سلمان البيات / القضاء الجنائي العراقي / ص ٧٦

٢٦ - د. فخري عبدالرزاق صليبي الحديثي/ شرح قانون العقوبات /القسم العام / ص ١٠٧

٢٧ - المحامي محسن ناجي/ الاحكام العامة في قانون العقوبات / الطبعة الاولى/ مطبعة العاني / ١٩٧٤ ص ١٩٥

٢٨ - القرار ٢٠٨٤/جنائيات/١٩٧١/المؤرخ ٢٧/١٠/١٩٧١، فواد زكي عبدالكريم / المصدر السابق / ص ٣٣

٢٩ - المحامي محسن ناجي / الأحكام العامة في قانون العقوبات / ١٩٧٤ / ص ١٩٢

٣٠ - د. حميد السعدي / شرح قانون العقوبات الجديد / الجزء الأول / مطبعة المعارف / بغداد ١٩٧٠ / ص ٣١٩

الفعل مشروعاً استفاد من ذلك كل من ساهم فيها لا فرق بين فاعل وشريك فمن يدافع عن نفسه او ماله يستفيد من الإباحة، وكذلك من يدافع عن غيره لأن الفعل المشروع لا يصلح محلاً للمساهمة الجنائية^{٣١}.

ونرى أن القول بكون أسباب الإباحة متصلة بالركن الشرعي بصورة مطلقة وأنها أسباب موضوعية بحتة يؤدي الى إشكالات قانونية عند التطبيق لأن بعض من أسباب الإباحة تتطلب صفة خاصة وشخصية في الفاعل، فالأب الذي يستفيد من استعمال حق التأديب لا يمكن أن يستفيد من ذلك غير الأب، وكذلك الموظف الذي يستفيد من سبب أداء الواجب لا يمكن ان يستفيد منها مساهم معه لا يتوفر فيه صفة الموظف، لذا فإن بعض الفقهاء^{٣٢}، يقسمون أسباب الإباحة الى أسباب عامة وأسباب خاصة أو أسباب نسبية وأسباب مطلقة، ويرون أن أسباب الإباحة المطلقة يستفيد منها الفاعل و الشريك، أما الأسباب النسبية يستفيد منها أشخاص تتوفر فيهم صفة خاصة.

وفيما يتعلق بأثر الجهل بالإباحة والغلط فيه على الفعل الجرمي فقد إتفق الفقهاء أن جهل الفاعل بوجود سبب من أسباب الإباحة لا يمنع من ترتيب آثارها ويستفيد منها الفاعل والشريك^{٣٣}، وهذا ما أقرته نص المادة ٥١ من قانون العقوبات العراقي (أن من يساهم في جريمة فاعلاً أصلياً كان ام شريكاً يضار ويستفيد من الظروف الشددة او المخففة علم بها ام لم يعلم) وهي نتيجة للطبيعة الموضوعية لأسباب الإباحة التي تمس الفعل الجرمي ويجعله مباحاً بغض النظر عن الحالة النفسية للفاعل.

ويقول بعض الفقهاء^{٣٤}، ((أن أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية وأن توفرها لا يتوقف على عناصر شخصية إلا أن هناك بعض أسباب للإباحة تدخل فيها عناصر شخصية كالعلم فيتعين عندها توفر هذا العنصر كي تعد الإباحة متوفرة كحالة استعمال الحق يشترط فيه توافر حسن النية، مما يترتب عليه ان الأصل في الجهل بالإباحة انه لا يحول دون توفرها إلا انه يحول دون ذلك إذا جعل القانون العلم من شروطها) وبدورنا لا نؤيد هذا الرأي لأنه مادام توفر سبب من أسباب الإباحة يؤدي الى نفي الجريمة أصلاً فإن العلم بها من عدمه لا يؤثر على تلك النتيجة، لان سبب الإباحة لا يعتبر عنصراً من عناصر الجريمة أصلاً وإنما هي أمر عارض تمس الركن الشرعي منها ويجعلها مباحاً.

ولدى التمعن في النصوص القانونية التي تعالج حالات أسباب الإباحة نرى أنها لا تتطرق الى مسألة العلم بوجود الإباحة من عدمه، وأن مسألة سلامة النية و الإعتقاد المبحوث في تلك المواد والتي نشير إليها لاحقاً لا علاقة لها بمسألة العلم بوجود الإباحة ذاتها في الواقعة وإنما متعلقة بالشروط القانونية الواجب توفرها للقول بتوفر الإباحة في تلك الواقعة من عدمه، ويفسر الفقهاء^{٣٥} ذلك بأنه لو أننا إعتبرنا أن الجهل بالإباحة يعدها يعني انها مسألة شخصية وليست عينية من جهة، ومن جهة أخرى نعاقب شخصاً على عمل مباح دون مسوغ قانوني لأن توفرها أدت الى إنعدام الجريمة أصلاً لإنعدام ركنها الشرعي.

وفيما يتعلق بأثر وجود الغلط في الإباحة على الفعل الجرمي يثير إشكالية، فكيف يمكن التوافق بين القول بوجود الجريمة لعدم توفر سبب من أسباب الإباحة مع القول بعدم وجود الجريمة لإعتقاد الفاعل مشروعاً فعله؟ وللإجابة

٣١ - المحقق القضائي / قيس لطيف كجان التميمي شرح قانون العقوبات العراقي / الطبعة الجديدة ٢٠١٩ / ص ١٣٢.
٣٢ - د. فخري عبدالرزاق صليبي الحديثي / شرح قانون العقوبات / القسم العام / العاتك، القاهرة، الطبعة الثانية ٢٠٠٧ ص ١٠٦ و. د. قيس لطيف كجان / شرح قانون العقوبات العراقي / ص ١٣٠
٣٣ - منهم (د. فخري عبدالرزاق الحديثي / شرح قانون العقوبات / القسم العام ص ١٠٧ و قيس لطيف كجان / شرح قانون العقوبات العراقي / ص ١٣٢ و د. جمال إبراهيم الحيدري / الوافي في شرح القسم العام من قانون العقوبات / ص ٧٧١
٣٤ - د. علي حسين خلف و د سلطان الشاوي / المبادئ العامة في قانون العقوبات / العاتك لصناعة الكتاب / القاهرة / ص ٢٤٧ و د. فخري عبدالرزاق / شرح قانون العقوبات / القسم العام / ص ١٠٥
٣٥ - المحامي محسن ناجي / الاحكام العامة في قانون العقوبات / مطبعة العاني / الطبعة الأولى / ١٩٧٤ ص ١٩٣ و د. علي حسين خلف و سلطان الشاوي ص ٢٤٧ و د. محمد صبحي نجم / قانون العقوبات / القسم العام / النظرية العامة للجريمة / ص ١٣٤

على هذا التساؤل نقول أن أسباب الإباحة لا ينتج أثره إلا إذا توفرت فيه جميع شروطه، لذا فإن الغلط أو التوهم بوجود سبب من أسباب الإباحة على الرغم من عدم وجودها لا يؤدي إلى نفي الجريمة والفعل المرتكب يضل غير مشروعاً، إلا أنها تؤثر على القصد الجنائي بشكل واضح ويؤدي إلى نفي المسؤولية الجنائية العمدية ويحولها إلى المسؤولية عن الخطأ الغير العمدي إن كان القانون يعاقب عليها بهذا الوصف^{٣٦}، حيث قضت محكمة التمييز بأنه في هذه الحالة يكون المتهم متجاوزاً حدود الدفاع الشرعي وصدقت قرار الإدانة الصادر ضد المتهم،^{٣٧}

ونصل بذلك إلى نتيجة مفادها أن الوقوع في غلط في الإباحة يؤدي إلى هدم القصد الجنائي لدى المتهم ولا يؤدي إلى هدم الركن الشرعي ويتعلق بالركن المعنوي وليس الركن الشرعي لأن من يعتقد مشروعية فعله وكان إعتقاده مبنياً على أسباب معقولة ينعدم لديه القصد الجنائي، ونرى أن القانون العراقي لم يورد قاعدة عامة بشأن الغلط في الإباحة إلا أنه أورد بعض التطبيقات لها وذلك في المواد ٤٠ و ٤٢ من قانون العقوبات التي سوف نبث أحكامها في المبحث الثاني من هذا البحث .

المطلب الثاني / مفهوم التجاوز في أسباب الإباحة

أن القاعدة القانونية التي تحدد السلوك الإجرامي هي التي تبين شروطها وأحكامها، وبموجبها يتم تحديد العناصر الضرورية لها، وأن مخالفة تلك القاعدة يؤدي إلى تشكيل الجريمة بمفهومها القانوني، كما أن توفر سبب من أسباب الإباحة مرهون بتوفر شروطها القانونية المبينة في القاعدة القانونية المبيحة وتحقق تلك الشروط يؤدي إلى إزالة الصفة الغير المشروعة عن السلوك الإجرامي وتجعلها مبيحة، مما يعني أن مخالفة الحدود المرسومة في القاعدة المبيحة يؤدي إلى تحقق تجاوز في أسباب الإباحة، وللتعرف على مفهوم التجاوز في الإباحة ينبغي التطرق أولاً إلى معنى التجاوز في الإباحة ومن ثم بيان شروطها وهذا ما نحاول بحثه في هذا المطلب في الفرعين التاليين :-

الفرع الأول / معنى التجاوز في الإباحة

التجاوز لغة/ الاجتياز في اللغة السلوك، يقول جرت الموضوع جوازا أي سلكته وسرت فيه، وتجاوز بهم الطريق وجاوزه جوازا^{٣٨}، وقوله نفذت الطعنة أي جاوزت الجانب الآخر.

التجاوز شرعاً لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد مفهوم مصطلح التجاوز، فتارة يريدون به تعدي حدود الشيء أو الخروج عليه، وتارة يريدون به العفو والتسامح عن الذنوب والخطايا^{٣٩}.

التجاوز اصطلاحاً / معناه خروج الفاعل من دائرة المباح بعد دخولها، أو هو تجاوز الحد المادي للظرف المبيح أو تخطي الحدود المقررة للإباحة قانوناً^{٣٨}، أو هو استعمال قوة أكثر من اللازم أو الخروج على حد التناسب كما يعرف بأنه الخروج بالحق عن حدوده سواء عمداً أو عفواً، كما في قوله تعالى (وجاوزنا ببني إسرائيل البحر)^{٣٩}.

٣٦ - د. علي حسين خلف و د سلطان الشاوي / المبادئ العامة في قانون العقوبات // العاتك لصناعة الكتاب / القاهرة /ص ٢٤٧

٣٧- القرار المرقم ٢٠٨٤ / جنائيات / ١٩٧١ (إذا اعتقد المتهم خطأ أنه في حالة الدفاع الشرعي وهو لم يكن كذلك فإنه يعتبر متجاوزاً حدود حق الدفاع الشرعي ويكون حكم الإدانة الصادر ضده صحيحاً و موافقاً للقانون) فؤاد زكي عبدالكريم / اهم مبادئ محكمة التمييز /ص ٣٣

٣٨ - مقتبس من بحث بعنوان / التجاوز في الإباحة / للطالبة سامية عبدالرزاق / لنيل درجة الماجستير في القانون الجنائي / جامعة بغداد سنة ٢٠٠٥

٣٩- سورة الأعراف / الآية "١٣٨"

ولدى البحث والتمعن في الكتب الفقهية المتعلقة بموضوع بحثنا لغرض تحديد مفهوم دقيق لمعنى التجاوز في أسباب الإباحة لم نتوصل الى إجابة بشأنها، حيث أن التشريعات العقابية ومنها القانون العراقي وأكثرية الفقهاء^{٤٠} تطرقوا الى مسألة التجاوز في الدفاع الشرعي فقط ولم يتناولوا البحث في تحديد مفهوم لتجاوز الحالتين الأخريتين من أسباب الإباحة وهي أداء الواجب وإستعمال الحق، وأكدوا في تجاوز الدفاع الشرعي أن هناك فرق بين وجود الدفاع الشرعي بذاتها وبين تجاوزها، وقرروا أن عدم توفر شرط التناسب بين فعل الدفاع وفعل الإعتداء فقط يشكل تجاوزا في الدفاع الشرعي إلا أن عدم توفر الشروط الأخرى في الدفاع الشرعي يؤدي الى عدم وجود الدفاع الشرعي بذاتها ويؤدي الى مسؤولية المتهم عن الفعل المرتكب بشكل تام^{٤١}.

ولو حاولنا قياس هذه الأحكام على حالتها أداء الواجب وإستعمال الحق نتوصل الى ضرورة توفر جميع الشروط القانونية في كلتا الحالتين أولا للقول بوجودهما كحالتين من حالات أسباب الإباحة من ثم نبحت في مدى قيام المتهم في الحالتين بفعل يتناسب مع الغرض من تقرير هاذين الحالتين كسبب من أسباب الإباحة، كما يمكن القول أن تجاوز سبب الإحالة يبدأ عند إنتهاء الإباحة ذاتها وينبغي وضع خط فاصل بين إنتهاء الإباحة وبداية التجاوز.

ونتوصل من خلال الشرح السابق الى أن تجاوز أسباب الإباحة يعني الخروج على حدود الإباحة المرسومة قانونا^{٤٢} وذلك باستخدام قوة لا تتناسب مع حدود الحق فقضت محكمة تمييز العراق في قرار لها بتصديق قرار تجريم المتهم صادر من محكمة البغداد الكبرى وفق م ٢١٢ من قانون العقوبات البغدادي بدلالة م ٥٢ منه والحكم عليه بالأشغال الشاقة لمدة ثلاث سنوات معتقدة ان المتهم تجاوز حد الدفاع الشرعي إذ كان بوسعه القبض على المجنى عليه بعد أن أصيب بالطلقة النارية بدون الحاجة الى طعنه بالخنجر^{٤٣} وكل حالة من حالات أسباب الإباحة لها ضوابط ينبغي على الفاعل او صاحب الحق مراعاتها عند إستعمال حقه والتي يمكن إستخلاصها من النصوص القانونية التي اقرتها وان الخروج عن هذه الضوابط يدخل الفاعل في حالة تجاوز في إستعمال حقه وتكون أمام تجاوز في أسباب الإباحة، ونستخلص من كل ذلك انه لا توجد معيار دقيق عام يمكن تطبيقه في جميع حالات أسباب الإباحة للقول بوجود تجاوز من عدمه وإنما يوجد معيار خاص لكل من تلك الحالات والتي سوف نتطرق اليها عند بحث كل منها على حدة بالرجوع الى شروط كل منها.

الفرع الثاني /شروط تجاوز أسباب الإباحة

قبل التطرق الى تحديد شروط التجاوز في أسباب الإباحة من الضروري ان نشير الى الشروط المنشئة لسبب الإباحة التي تؤدي توفرها الى دخول الفعل الغير المشروع في نطاق الإفعال المباحة، ففي الدفاع الشرعي مثلا أن تخلف شرط من شروط فعل الإعتداء او فعل الدفاع المستوجبة لقيام حالة الدفاع الشرعي يؤدي الى عدم قيام سبب الإباحة وينفي وجود حق الدفاع الشرعي قانونا، وهذه الشروط يفترض توافرها جميعا لثبوت الحق الدفاع الشرعي قانونا وفي قرار للمحكمة الكبرى في كركوك تقرر تجريم المتهم وفق م ٢٤٨ من ق.ع. البغدادي لقيامه بتهديد أفراد الشرطة بإطلاقه عيارات نارية عليهم بقصد تخليص نفسه من القبض عليه وحكمت عليه بالحبس الشديد لمدة ستة أشهر فصدق تمييزا^{٤٣}، أما شرط التناسب فهو الإطار الذي يجب أن يباشر الدفاع في نطاقه، فإن تخلف التناسب بين جسامة الخطر والدفاع كنا في نطاق التجاوز.

^{٤٠} - د. محمد صبحي نجم / قانون العقوبات / القسم العام / ص ١٧٤ و د. حميد السعدي / شرح قانون العقوبات الجديد ود. فخري عبدالرزاق الحديثي / المصدر السابق ص ١٧٣

^{٤١} - المحامي محسن ناجي / الاحكام العامة في قانون العقوبات / ص ٢٦١ و شرح قانون العقوبات العراقي / قيس لطيف تميمي ٢٠١٩ ص ١٦٠ و جمال إبراهيم الجديري / الوافي في شرح أحكام القسم العام من قانون العقوبات ص ٨٧٠

^{٤٢} - القرار ٣٠١ / ج / ٣٠ / بغداد / سلمان البيات / القضاء الجنائي العراقي / الجزء الثالث ص ١٠١

^{٤٣} - القرار المرقم ٤٢/ج/٥٠٣ كركوك / سلمان البيات / القضاء الجنائي العراقي / الجزء الثالث ص ٨٥

وتبنت محكمة تمييز العراق المبدأ القائل بأن المتهم يكون في حالة تجاوز حق الدفاع الشرعي إذا حصل القتل خارج الدار بعد هروب المجنى عليه منها^{٤٤}، نفس الأمر في حالتي أداء الواجب وإستعمال الحق فهناك شروط يجب توفرها لثبوت وجودهما، كما ان هناك شروط ينبغي توفرها لغرض إستعمالهما في الحدود المرسومة لهما ، بمعنى آخر أن هناك تفرقة بين الشروط المنشئة لسبب الإباحة وشروط عدم تجاوز حدودها والتي تسمى بشروط الإلتزام بحدود الحق، وطبقا لهذه الفرضية فإنه لا توجد تجاوز للإباحة مالم يوجد الإباحة بذاتها، بمعنى آخر أن أهم شروط التجاوز في أسباب الإباحة هي وجود الإباحة ذاتها، ويقول الأستاذ جمال إبراهيم انه لايمكن التحدث عن قيام حالة التجاوز لإنسان معين مالم يكن في حالة التبرير^{٤٥}.

وكل حالة من حالات الإباحة المقررة قانونا لها شروطها الخاصة المتعلقة بعدم تجاوز حدودها والتي يمكن إستخلاصها من النصوص التي أقرتها، فالفعل يظل مباحا طالما ان فاعله لم يتخطى الحدودة المقررة للإباحة قانونا فإن تجاوزها لإستعاد الفعل الصفة الجرمية^{٤٦}، فالقانون إذ يعترف بحقوق الناس ويحميها، فإن ذلك إنما يصدر عن حكمة وغاية، وهذه الحكمة هي الإطار الذي ينبغي أن يتحرك في داخله كل حق ولا يستطيع تجاوزه دون أن يقع في دائرة المسؤولية، وفي مقابل ذلك فإن القانون إذا قرر حقا أباح الأفعال اللازمة لاستعماله بهدف الحصول على المزايا التي يتضمنها أو لمباشرة السلطات التي يخولها، إذ ليس من المعقول أن يقر القانون حقا ثم يحظر إتيان الأفعال اللازمة والتي يقتضيها استعمال هذا الحق، ما لم توجد ضرورة عامة تستدعي الحظر ضمن حدود معلومة، وإلا تنافرت قواعد القانون وتجرد الحق من قيمته^{٤٧}.

وقد إتفق الفقهاء على أن مصدر هذا الحق قد يكون تشريع عادي او العرف او الشريعة الإسلامية فالأهم وجود قاعدة قانونية تحثيه^{٤٨}، ورغم عدم تطرق أغلبية التشريعات والكتب الفقهية الى مسألة التجاوز في أسباب الإباحة بصورة عامة وشروطها إلا أنها أشارت الى مسألة شروط التجاوز في الدفاع الشرعي، ووضحوا انه عند إختلال شرط التناسب بين فعل الدفاع وفعل الإعتداء فقط يوجد تجاوز في الدفاع الشرعي، بالإضافة الى شروط خاصة بعدم تجاوزها والمحددة في النصوص القانونية التي أقرتها.

فالحقوق على الرغم من حمايتها بقانون إلا أنها ليست مطلقة وترد عليها قيود لذا ينبغي عند عرض الوقائع على القضاء أن تتحقق أولا من وجود الحق بتوفر جميع شروطه ومن ثم عدم إساءة إستعماله والبحث في مدى إستعماله في الإطار المحدد له في القانون، فحق تأديب الزوجة مقرر للزوج فقط إن قام بها غير الزوج حتى لو كان ذي رحم فلا تقبل منه ولاوجود للإباحة في هذه الحالة، ولكن إذا قام به الزوج نقول أن فعله مباح مالم يتجاوز الحد المقرر له شرعا وقانونا والذي لايتعدى الضرب الخفيف ولكن إذا تعدى ذلك وأدى ضربها الى إيذاء شديدا نقول أنه تجاوز حدود إستعمال حقه، وفإن الضرب الذي يقع من الزوج على زوجته إذا جاوز حدود التأديب بأن أحدث أذى جسيم بجسم زوجته كان معاقبا عليه قانونا^{٤٩}، وإعتبرت محكمة تمييز العراق عض الزوجة وكيها

٤٤ - القرار المرقم ٢٥٩ و ٢٦٠ / تمييزية / ١٩٧٨ / المؤرخ ١٩٧٨/٣/١٥ (إذا نهض المتهم من نومه ليلا فشهد المجنى عليه داخل داره عاريا من الملابس و قتله يكون في حال الدفاع الشرعي إلا انه يعتبر متجاوزا حق الدفاع إذا حصل القتل خارج الدار بعد هروب المجنى عليه منها) فؤاد زكي عبدالكريم / أهم مبادئ محكمة التمييز / ص ٣٣

٤٥ - د. جمال إبراهيم الحيدري / الوافي في شرح أحكام القسم العام من قانون العقوبات / ص ٧٧٣

٤٦ - د. فخري عبدالرزاق صليبي الحديثي / شرح قانون العقوبات القسم العام / ٢٠٠٧ ص ١٠٩

٤٨ - مقتبس من ملخص بحث بعنوان تجريم التعسف في استعمال الحق بوصفه سببا من أسباب الإباحة أطروحة دكتوراه للطالب عمر فخري عبدالرزاق الحديثي / جامعة بغداد ٢٠٠٥ ص ١

٤٨ - د. محمد صبحي نجم / قانون العقوبات القسم العام / النظرية العامة للجريمة / ص ١٣٧

٤٩ - جندي عبدالملك / الموسوعة الجنائية / ص ٥٠٥

بالسيكارة من الأفعال الخارجة عن حدود الإباحة المقررة للزوج^{٥٠}، وفي الدفاع الشرعي يجب ان تكون افعال الدفاع متناسبة مع نوع التعدي في جسامته ولا يجوز ان تتخطى الحدود الضرورية للوصول الى الغرض المقصود^{٥١}، وسوف نتطرق بالتفصيل الى هذه الشروط عند دراسة كل حالة على حدى في المبحث الثاني .

المطلب الثالث / صور التجاوز في أسباب الإباحة والتكليف القانوني لها

سوف نتطرق في هذا المطلب الى صور التجاوز في اسباب الإباحة والتكليف القانوني لها من خلال الفرعين التاليين

الفرع الاول / صور التجاوز في أسباب الإباحة

سبق القول أن التشريعات العقابية والفقهاء في شروحاتهم لم يحددوا معيارا لتحقيق التجاوز في حالتي أداء الواجب وإستعمال الحق إلا أنه في حالة الدفاع الشرعي أشاروا الى أن عدم التناسب بين فعل الدفاع وفعل الإعتداء يشكل تجاوزا في الدفاع الشرعي، وأن فعل الدفاع الغير متناسب مع فعل الإعتداء قد يصدر من الفاعل بسوء نية او بحسن نية سواء كان عمديا او في صورة الخطأ و الإهمال، ويمكن تحديد صور التجاوز في أسباب الإباحة بشكل عام بالإعتماد على صور التجاوز في الدفاع الشرعي لأن القياس جانز في المسائل المتعلقة بأسباب الإباحة كما أسلفنا.

ومن خلال آراء الفقهاء وشروحاتهم فيما يتعلق بصور التجاوز في الدفاع الشرعي يتبين لنا أن هناك إتجاهين، الأول يرى أن التجاوز إما يكون بسوء نية او بحسن نية وان شرط حسن النية وإن لم يرد ذكره صراحة في القانون إلا أنه يستخلص من طبيعة الفعل لأن حالة تجاوز حق الدفاع لا تفهم على وجهها الصحيح بغير شرط حسن النية^{٥٢} وهذا الإتجاه يعتبر جميع حالات التجاوز العمدي مقترنا بسوء النية ويعتبر حالات التجاوز الغير العمدي مرتكبا بحسن نية، والإتجاه الثاني يرى ان التجاوز أما ان يكون بنية سليمة أو بنية سيئة، ويرون ان التجاوز ما دام بنية سليمة فهي تأتي في صورتين، الأولى صورة العمد، والثانية صورة الخطأ غير العمدي، ويرون ان حالة التجاوز بسوء نية تعد ضمن حالات التعسف في استعمال الحق ومن ثم فهي تنفي الإباحة تماما، أي يكون الفعل جريمة عادية غير مشمولة بالتخفيف نظرا لأن الفاعل يستغل حالة الإباحة فيمضي في تحقيق غرض غير الغرض الذي أباحه له القانون^{٥٣}، وبدورنا نؤيد هذا الراي، لأن توفر سوء النية يؤدي الى عدم تحقق الإباحة مطلقا حيث أن حسن النية تعتبر شرط من شروط نشوء الإباحة، ونشرح صور التجاوز بالتفصيل في المبحث الثاني عند التطرق الى كل حالة من حالات أسباب الإباحة.

ويرى جانب من الشراح العراقيين ان التجاوز الذي نصت عليه (م ٤٥) من قانون العقوبات العراقي بعبارة (و إذا تجاوز المدافع عمدا" أو اهمالا" حدود هذا الحق او اعتقد خطأ انه في حالة دفاع شرعي فإنه يكون مسؤولا" عن الجريمة التي ارتكبتها) يأتي في ثلاثة صور، الأولى، صورة التجاوز العمدي ، والثانية، صورة الخطأ غير العمدي، أما الصورة الثالثة، صورة اعتقاد المدافع انه في حالة دفاع شرعي، ومن جانبنا نعتقد ان ما ذكرته م

٥٠ - القرار ١٠٤٢ / تمييزية / ١٩٧٣ / المؤرخ ١٩٧٣ / ٨ / ٢١ / (إذا ضرب الزوج زوجته و عضها و كيهها بالسيكارة يخرج عن حدود الإباحة المقررة له ويعتبر إيذاء منطبقا عليها المادة ٤١٣ عقوبات / فؤاد زكي عبدالكريم / أهم مبادئ محكمة التمييز ص ٢٩

٥١ - جندي عبدالملك / الموسوعة الجنائية / ص ٥٢٩

٥٢ - د. محمد صبحي نجم / قانون العقوبات القسم العام / ص ١٧٥

٥٣ - مقتبس من بحث بعنوان (التجاوز في الإباحة) مقدمة من قبل الطالبة سامية عدالرزاق خلف لنيل شهادة الماجستير في القانون الجنائي جامعة بغداد / ٢٠٠٥ / ص ٢٦.

٤٥ من قانون العقوبات العراقي بشأن اعتقاد الفاعل خطأ انه في حالة دفاع شرعي، لا يمكن عده صورة مستقلة للتجاوز إنما هو يمكن أن يمثل صورة من صور التجاوز بحسن نية.

الفرع الثاني / تكيف التجاوز في أسباب الإباحة

تبين لنا فيما سبق بأن النصوص التي تناولت حالات أسباب الإباحة في القانون العراقي جاءت بصيغة لا جريمة بمعنى أنها تؤثر في الركن الشرعي للجريمة ويخرجها من نطاق التجريم وبتوفرها يصبح الفعل الجرمي مباحا وتتعدم المسؤولية الجزائية، كما بيننا فيما سبق بانه في حالة تجاوز سبب من أسباب الإباحة يؤدي الى إعادة الصفة الجرمية للفعل المرتكب ويسال عنها الفاعل مسؤولية كاملة سواء كانت عمدية او غير عمدية وحسب ظروف وملابسات الواقعة، وهناك جدل فقهي فيما يتعلق بالتكيف القانوني لتجاوز أسباب الإباحة هل هو عذر قانوني مخفف ام ظرف قضائي مخفف للعقوبة، فرغم عدم تطرق الفقهاء الى التكيف القانوني لتجاوز حالتي أداء الواجب وإستعمال الحق إلا انهم تناولوا مسألة تكيف تجاوز الدفاع الشرعي، فيرى قسم منهم أنه عذر قانوني مخفف للعقوبة^{٥٥} ويستندون في ذلك الى أنه لا يعاقب الفاعل في الحالتين ويتوفر كل منهما عند تحقق شروطهما المحددة قانونا، رغم إختلافهما من حيث تزامن سبب الإباحة مع الفعل الجرمي لحظة وقوعها إلا أن الأعدار القانونية قد تكون سابقة لفعل الجرمي او لاحقة عليها^{٥٦}.

ويرى قسم آخر ان تجاوز الدفاع الشرعي يعتبر ظرف قضائي مخفف لانه يمنح القاضي سلطة تقديرية في جواز التخفيف من عدمه عند وقوع تجاوز في الدفاع الشرعي، فيرى الدكتور حميد السعدي بأن تجاوز الدفاع الشرعي سواء كان عمديا او غير عمدي او على أساس خطر وهمي يعتبر ظرفا قضائيا وليس عذرا قانونيا والفرق بينهما واضح حيث ان الأعدار القانونية عند توفر شروطها يلزم المحكمة بتخفيف عقوبة الجاني إلا أن الظروف القضائية تعتبر جوازية ويعطي سلطة تقديرية للقاضي بتخفيف العقوبة من عدمه^{٥٦}.

ونرى أن تجاوز الدفاع الشرعي يعتبر ذو طبيعة مختلطة ما بين الأعدار القانونية والظروف القضائية، لانها مقررة بنص قانوني فيعتبر عذرا قانونيا مخففا للعقوبة إلا انها تعطي سلطة تقديرية للقاضي في التخفيف من عدمه فيعتبر ظرفا قضائيا مخففا^{٥٧} والتشريع العراقي رغم عدم تحديدها التكيف القانوني لحالتي التجاوز في أداء الواجب وإستعمال الحق إلا أن المادة ٤٥ نصت على جواز تخفيف العقوبة عند تحقق تجاوز في الدفاع الشرعي وإعتبرها عذرا مخففا للعقوبة^{٥٨} وأعطى للقاضي سلطة تقديرية في تخفيف العقوبة من عدمه، حيث أن لتجاوز أسباب الإباحة طبيعة خاصة وذلك لإختلافها عن الأعدار القانونية والظروف القضائية المخففة من عدة وجوه حيث أنها مقررة بنص قانوني فلا يمكن تشبيهها بالظروف القضائية من هذه الجهة، كما أنها منحت القاضي سلطة تقديرية للحكم بتخفيف العقوبة من عدمه فلا يمكن القول بأنها أعدار قانونية لأن توفر الأخيرة يلزم القاضي بالحكم بتخفيف العقوبة طبقا لما هو منصوص عليه في القانون، إلا أنه من الضروري ان نشير الى أن توفر أسباب الإباحة يؤدي الى زوال الصفة الجرمية للفعل إلا أنه عند تجاوزها يعيد الصفة الجرمية للفعل ويقتصر أثرها على تخفيف عقوبة الجناية الى الجنحة وتخفيف عقوبة الجنحة الى المخالفة.

وبقدر تعلق الأمر بالتكيف القانوني لحالات تجاوز أسباب الإباحة ينبغي الإشارة الى الإشكالية المتعلقة بعدم تطرق أغلبية التشريعات ومنها التشريع العراقي وكذلك الكتب الفقهية الى مسألة التجاوز في حالتي أداء الواجب

٥٤ - جندي عبدالملك / الموسوعة الجنائية/ص ٥٣٤

٥٥ - فخري عبدالرزاق صليبي الحديثي / شرح قانون العقوبات / القسم العام ص ١١١

٥٦ - حميد السعدي / شرح قانون العقوبات الجديد / الجزء الأول ص ٣٤٤

٥٧ - المحامي محسن ناجي / الاحكام العامة في قانون العقوبات / ص ٢٦٤

٥٨ - د. جمال إبراهيم الحيدري الوافي في شرح أحكام القسم العام من قانون العقوبات / ص ٨٧٣

وإستعمال الحق رغم تطرقهم بالتفصيل الى حالة تجاوز الدفاع الشرعي، فهل يمكن اللجوء الى القياس عند عرض تلك الوقائع على القضاء في الواقع العملي؟

فمن المعلوم أن القياس يراد به إيجاد حل لواقعة لم يرد بها نص عن طريق قواعد قانونية عالجت وقائع أخرى فيها نوع من التماثل مع الواقعة التي لم يرد بشأنها نص، أو أنها إعطاء حكم حالة غير منصوص عليها في القانون حكم حالة منصوص عليها فيه لإتفاق الحالتين في العلة، وعلى الرغم من أن القياس يتعارض مع مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات لأنها تؤدي الى خلق جرائم وعقوبات غير منصوص عليها في القانون، إلا أن شراح القانون اجازوا القياس في النصوص المتعلقة بالقانون الأصلح للمتهم وهي التي تلغي جريمة او تقرر سبب للإباحة او مانعا من المسؤولية^{٥٩}، ولأن القياس في هذه الحالات يخرج المتهم من دائرة العقاب ويوسع من نطاق حرته^{٦٠}.

وبذا نصل الى نتيجة جواز قياس احكام تجاوز الدفاع الشرعي على حالتي التجاوز في أداء الواجب وإستعمال الحق لانها تؤدي الى تخفيف العقوبة عن المتهم ويعتبر أصلح له، والقول بعكس ذلك يؤدي الى توقيع العقوبة على المتهم رغم مشروعية الفعل الجرمي الذي قام به نتيجة أداء واجبه او إستعمال حقه إلا أنه تجاوز حدوده المسموح له قانونا،

المطلب الرابع / أثر تجاوز أسباب الإباحة على المسؤولية الجزائية

سبق إن بيننا بان توفر سبب من اسباب الإباحة يؤدي الى إنتفاء الصفة الجرمية عن الفعل الجرمي ويؤدي الى إنتفاء المسؤولية الجزائية، إلا أن مخالفة الحدود المرسومة في القاعدة المبيحة يؤدي الى تحقق تجاوز في أسباب الإباحة، فقد يقوم الفاعل بتجاوز الحدود المرسومة له قانونا ، فإن توفر في واقعة جرمية سبب من أسباب الإباحة وقام الفاعل بتجاوز تلك الحدود فان ذلك التجاوز حسب التشريع العراقي قد يكون بصورة عمدية او بصورة خطأ غير عمدي او في صورة إعتقاد خاطيء (وهمي) والتي تختلف من سبب الى آخر ومن واقعة الى أخرى، ويؤثر ذلك على المسؤولية الجزائية فما هي تلك الآثار؟ نحاول الإجابة على هذا السؤال من خلال ثلاثة فروع

الفرع الاول / المسؤولية الجزائية في التجاوز العمدي

ان أسباب الإباحة حصرها القانون العراقي بثلاث أسباب وهي اداء الواجب وإستعمال الحق و الدفاع الشرعي ، وأن التجاوز في هذه الحالات في صورتها العمدية يتصور وقوعها في الواقع العملي فيؤثر على المسؤولية الجزائية فيها بعد أن كانت منتفية قانونا، فاذا تحقق التجاوز العمدي في حدود احد هذه الاسباب نشأت مسؤولية الفاعل عن جريمة تجاوز عمدية، ففي إستعمال الحق يعتبر صاحب الحق متجاوزا إذا خرج عن حدود غرض المشرع من منحه ذلك الحق، كمن يضرب ابنه ضربا مبرحا" متجاوزا" حدود حقه في التأديب، فيؤدي ذلك إلى وفاة الابن حيث يسأل الاب هنا عن جريمة قتل عمدا^{٦١}، وان يتجاوز الزوج حقه الشرعي في تأديب زوجته وضربها ضربا" احدث اثرا، فإنه يكون مسؤولا مسؤولية جزائية ومدنية بحسب النتيجة، وفي قرار لمحكمة تمييز العراق إعتبرت المحكمة (فعل اللواط المرتكب من قبل الزوج ضد زوجته دون رضاها جريمة مخلة بالأخلاق ولم تعتبر فعله إستعمالا لحق^{٦٢})، وفي صور أداء الواجب يشترط سلامة النية فإن إنتفى هذا الشرط تنتفي الإباحة ويسأل الموظف عن الفعل الذي إرتكبه، وكذا لو تجاوز المدافع حدود حق الدفاع الشرعي، فيقتل المتعدي في

^{٥٩} - د. جمال إبراهيم الحيدري / لوافي في شرح أحكام القسم العام من قانون العقوبات / ص ١٥٦

^{٦٠} - د. علي حسين خلف و د. سلطان الشاوي / المبادئ العامة في قانون العقوبات / ص ٤٥

^{٦١} - د. فخري عبدالرزاق الحديثي / شرح قانون العقوبات / القسم العام ص ١١٠

^{٦٢} - القرار ١٤٢٩/جنبايات/١٩٧٥ المؤرخ ١/١٢ / ١٩٧٦ / فواد زكي عبدالكريم / المصدر السابق ص ٢٩

حالات لا يجوز فيها القتل، حيث أنه تعدد الإصابات ولم يقصد التجاوز يعتبر حسن النية في مسألة التجاوز، فيؤدي ذلك إلى تخفيف المسؤولية فقط.

ومن الضروري هنا التفرقة بين تعدد الفعل دون ارادة التجاوز، حيث يتوفر حسن النية^{٦٣}، وبين تعدد القيام بالفعل بقصد التجاوز حيث يتوفر سوء النية في جريمة تجاوز عمدية، وبانتفاء حسن النية يصبح الشخص معتدبا، كان يستعمل عضو الضبط القضائي العنف مع المتهم الذي لم يحاول الهرب فيسأل عن جريمة الضرب، فهنا ينتفي حق المطالبة بعذر التخفيف ايضا، وتطبيقا لذلك قضت محكمة تمييز الاتحادية بالمسؤولية الكاملة للمتهم لأن أقوال المتهم بكونه في حالة دفاع شرعي لم يؤيد بالأدلة المتوفرة في القضية وان وقائع القضية تنفي كون المتهم في حالة دفاع شرعي^{٦٤}.

وحيث ان لكل قانون هدف معين، واحترامه يكون في التقيد بذلك الهدف، فان كان الشخص قد اراد استغلال القانون في تحقيق غرض آخر بعيد عن غرض الشارع فانه لاينتفع باسباب الاباحة، وعلى العموم و بموجب قانون العقوبات العراقي فان من يتجاوز حدود الاباحة لا تطبق عليه المسؤولية الجزائية العادية دائما، وانما له حكم خاص وتخفف مسؤولية المتجاوز، سواء كان التجاوز عمديا او غير عمدي، او اعتقد انه في حالة دفاع شرعي، وهذا ما نصت عليه (المادة ٤٥)،

الفرع الثاني / المسؤولية الجزائية في التجاوز الغير العمدي

أن الجرائم الغير العمدية هي التي ترتكب نتيجة الإهمال او خطأ او عدم الإحتياط، حيث ان الفاعل تتوفر فيه ارادة الفعل دون ارادة النتيجة، بعبارة أخرى ترتكب نتيجة خطأ غير مقصود، وفي نطاق أسباب الإباحة قديتجاوز الفاعل حدود حقه ويرتكب بها جريمة غير عمدية، كالتبيب الذي يجري عملية جراحية لمرضى ونتيجة الإهمال يترك اداة من ادوات الجراحة في جسم المريض، فاذا مات هذا الاخير سأل الطبيب عن قتل خطأ، أو يخطيء الملاكم الهدف ويضرب زميله في موضع لا يجوز الضرب فيه ففي هذه الحالات يسأل الفاعل مسؤولية غير عمدية، ورغم عدم الإشارة الى حكم هذه الحالات في أداء الواجب واستعمال الحق في القانون العراقي إلا أنه وقياسا على الدفاع الشرعي يكون الفاعل مسؤولا مسؤولية غير عمدية، ونرى انه يمكن ان نواجه إشكالات في بعض حالات اسباب الإباحة التي لايمكن تصور وقوع الفاعل في خطأ غير عمدي فيها، كما في أداء الواجب في صورته القانونية، حيث ان من شروط تحقق الإباحة فيه هو حسن النية وهو ان يستهدف الفاعل تحقيق الغرض الذي هدف إليه القانون دون مجاوزة ذلك وإلا يعتبر سيء النية، فكيف بموظف ان يتحجج بحسن النية عند قيامه بتجاوز حدود واجباته رغم إمامه بكافة صلاحياته وسلطته الداخلة ضمن إختصاصاته فلا يكون للإباحة وجود في هذه الحالة فكيف القول بتجاوزها؟ كضابط الشرطة الذي يمارس العنف ضد المتهم بعد القبض عليه وعدم محاولته الهرب او يقتل المتهم المراد القبض عليه في غير الحالات التي يجيز فيها القانون ذلك، وبرأينا انه يسأل الفاعل في هذه الحالة مسؤولية كاملة عن الجريمة التي ارتكبها دون الأخذ بنظر الإعتبار الإباحة والتجاوز فيها، وإعتبرت محكمة

٦٣ - القرار المرقم ١٨/ج/٣٨ البصرة / ان المحكمة الكبرى قررت اجراء التعقيبات القانونية ضد الحراس لأجل التحقيق فيما إذا ارتكبوا فعل إطلاق الرصاص بسلامة النية ، وان سلامة النية ثابتة بالتحقيقات الجارية، واعتراف المتهم بالسرقة وإطلاق ناره على الحراس ، فلايجوز إجراء التعقيبات القانونية ضد الحراس) / سلمان البيات / القضاء الجنائي العراقي / الجزء الثالث/ ص ٧٧

٦٤ - (وجد أن ما أورده المتهم بأنه واجه خطر حال على حياته و حياة أفراد عائلته بسبب قيام المجنى عليهم بإطلاق النار نحوهم وانه كان في حالة دفاع شرعي إدعاء غير صحيح وتتناقض مع أقوال المدعين بالحق الشخصي ومحاضر الكشوف و التقارير التشريحية حيث لم يثبت قيام المجنى عليهم بإطلاق النار نحو المتهم لعدم وجود آثار إطلاقا في داره كما لم يتم ضبط اي سلاح بحوزة المجنى عليهم، كما تأيد إصابة المجنى عليه (ع) في ظهره وهذا يدل على قيام المتهم بإطلاق النار عليه من الخلف، لذا فإن جميع قرارات محكمة جنبايات واسط صحيحة و موافقة للقانون وأن عقوبة الإعدام شنقا حتى الموت هو خير جزاء له... / قيس لطيف كجان التميمي / شرح قانون العقوبات / ص ١٦٥

التمييز المتهم متجاوزا حدود الدفاع الشرعي إذا قتل المجني عليه وهو يلوذ بالفرار^{٦٥}، فعلى المحاكم ان تترئث في هكذا حالات للقول بوجود الإباحة او التجاوز فيها من عدمه

الفرع الثالث / المسؤولية في التجاوز بناء على إعتقاد خاطيء (وهم)

سبق وإن أوضحنا ضمن شرح صور التجاوز في أسباب الإباحة أن هذه الصورة برأينا تدخل ضمن نطاق التجاوز الغير العمدي إلا أن القانون العراقي اوردها كصورة مستقلة من صور التجاوز في الدفاع الشرعي وهي التي ترتكب بناء على إعتقاد المدافع بأنه في حالة دفاع شرعي في حين انه لم يكن كذلك، كان يعتقد المدافع خطأ أن خطرا يهدده بالقتل فيسارع الى قتل من كان مصدرا للخطر ويثبت فيما بعد أن إعتقاده بوجود الخطر لم يكن مبنيا على أسباب معقولة ففي هذه الحالة يسأل المدافع عن الجريمة التي ارتكبها، إلا أنه إذا ثبت ان إعتقاده هذا كان له أسباب معقولة تنتفي عنه المسؤولية الجنائية^{٦٦}، حيث قضت محكمة تمييز العراق بـ(أن المحكمة الكبرى إعتبرت المتهم متجاوزا حدود الدفاع الشرعي، إذ أن إعتقاد المتهم من أنه كان في حالة الدفاع الشرعي عندما أطلق الطلقة على المجنى عليه كان توها منه وقد إترف بأن الكلاب كانت قد ضيقت على المجنى عليه وحكمت عليه لمدة سنتين بالحبس الشديد) ، إلا أن محكمة التمييز نقضت القرار وإعتبرت المتهم غير مسؤول، لأن الظروف المحيطة بالمتهم تبيح له إطلاق النار على الشبح القادم نحوه ولان المجنى عليه كان يقترب من المتهم ولا يجيب على نداءاته له)^{٦٧} .

المبحث الثاني / تطبيقات التجاوز في أسباب الإباحة وآثاره على العقوبة

بيننا فيما سبق وفي المبحث الاول مفهوم الإباحة عامة وشروطها وطبيعتها القانونية كما اوضحنا معنى التجاوز في الإباحة وشروطها و التكيف القانوني لها وصورها، وسوف نأتي في هذا المبحث الى شرح كل حالة من حالات اسباب الإباحة المحددة حصرا في قانون العقوبات العراقي والمبينة احكامها ضمن المواد ٣٩ الى ٤٦ منه بشكل موجز، ومن ثم نبين حكم وشروط ومعيار التجاوز في كل حالة من تلك الحالات مع توضيح تأثير التجاوز فيها على العقوبة المقررة لها وذلك خلال أربعة مطالب.

المطلب الأول / التجاوز في حالة أداء الواجب

بما أن الدولة تمارس إختصاصاتها لتحقيق المصلحة العامة بواسطة موظفيها، وأن هؤلاء الموظفين قد تقع منهم أخطاء بحسن نية تمس مصالح الأفراد وقد يشكل تلك الأخطاء جريمة طبقا لقانون العقوبات او اي قانون عقابي آخر، فمن الحكمة إعتبار تلك الجرائم أفعالا مبيحة، وهو ما يسمى ضمن نطاق أسباب الإباحة بأداء الواجب، ونشرح حالاتها و أحكامها وشروطها وصورها بإيجاز في أربع فروع :-

^{٦٥} - القرار ٢٢٨٣ / جنايات/ ٧٣ في ١٦/١٢/١٩٧٣/د/ جمال إبراهيم الحيدري / الوافي في شرح أحكام القسم العام من قانون العقوبات/ ص ٨٧١

^{٦٦} - المحامي محسن ناجي / الأحكام العامة في قانون العقوبات / ص ٢٦٢

^{٦٧} - القرار ٣٧/ج/٢٥١ الحلة / سلمان البيات / القضاء الجنائي العراقي / ص ٩٢

الفرع الاول / حالات الإباحة في أداء الواجب

لو لاحظنا المادتين ٣٩ و ٤٠ من أحكام قانون العقوبات العراقي لوجدنا انها تتناول حالتين يمكن اعتبارهما من حالات أداء الواجب كسببين للإباحة :

الحالة الأولى / طبقا لأحكام المادة ٣٩ من قانون العقوبات فأى فعل يقع تنفيذا لواجب يفرضه القانون يعد مشروعاً ومباحاً، مما يعني ان أي عمل قانوني لا يعتبر جريمة إذا ارتكبه فرد من أفراد المجتمع، فهي لا تنقيد بجريمة معينة او شخص محدد^{٦٨}، لذا فهي تعتبر سبباً عاماً مطلقاً للإباحة، لأنه يستفيد منه كافة الأشخاص دون إستثناء كما انه يبيح ارتكاب اي فعل جرمي عند توفر شروطه، فالقانون يخول لكل شخص ان يقبض على متهم بارتكاب جنائية او جنحة مشهودة، فإذا قاوم من يراد القبض عليه يمكن إستعمال العنف ضده حتى لو إضطر الفرد الى إيذائه، وإن لم يخول الافراد سلطة إستعمال العنف ضده يمكن ان يؤدي الى فرار المتهم و الإضرار بمصلحة المجتمع^{٦٩} وقضت محكمة نقض المصرية بأنه (لإجناح على الخفير الذي يطلق النار أثناء تأدية وظيفته على سارق فار فيصيبه لأن اول واجبات رجال الحفظ القبض على الجاني المتلبس بالجنائية بل أنه فرض على كل شخص بدون الإحتياج الى أمر بضبط الجاني، إن كان ما وقع منه يستوجب القبض^{٧٠}.

الحالة الثانية تناولتها المادة ٤٠ من قانون العقوبات وهذه الحالة يعتبر سبباً نسبياً لانه يستفيد منها طائفة الموظفين فقط كما يعتبر سبباً عاماً لأنها تبيح ارتكاب أي فعل جرمي، وتتضمن الأفعال الجرمية التي ترتكب من قبل الموظفين والمكلفين بخدمة عامة، ويشمل واقعتين/ الأولى عالجتها الفقرة الأولى من المادة ٤٠ و هي ما إذا وقع الفعل تنفيذاً لما أمرت به القوانين او إعتقد الموظف أن تنفيذه من إختصاصه، فهي تتضمن صورتين الصورة الأولى يسمى عمل قانوني إذا كان الموظف ملزماً بقانون بتنفيذ أمر قانوني كما في حالة الواجب الملقة على أعضاء الضبط القضائي في القبض على متهم بجنائية او جنحة، والصورة الثانية تسمى عمل غير قانوني عندما يكون العمل الذي اجراه الموظف يخرج عن حدود إختصاصه، كضابط الشرطة الذي يلقي القبض على شخص غير الشخص المعين في أمر القبض.

أما الواقعة الثانية تناولتها الفقرة الثانية من نفس المادة وهي ما إذا وقع الفعل تنفيذاً لأمر صادر من رئيس وجب على الموظف إطاعته او إعتقد أن إطاعته واجبة عليه، وهي ايضاً تشمل صورتين، الاولى عندما يقع الفعل من الموظف او المكلف بخدمة عامة تنفيذاً لأمر رئيس تجب عليه طاعته (عمل قانوني) كما ينفذ أمر قاضي التحقيق بتفتيش مكان معين، والصورة الثانية هي حالة العمل غير القانوني عندما يكون الفعل الذي اجراه الموظف قد وقع تنفيذاً لأمر رئيس إعتقد ان طاعته واجبة عليه كما لو أصدر قاضي التحقيق امراً بالقبض على شخص معين نكايته فنفذه المرؤوس بحسن نية ويكون الفعل مباحاً في جميع الصور المذكورة أعلاه^{٧١}، حيث قضت محكمة تمييز الإقليم بـ (أن المتهم كان في حالة أداء واجبه الرسمي ومكلفاً من رئيسه بإبصال المجنى عليه المقبوض عليه الى الجهات القضائية، وانه إتخذ جميع الوسائل اللازمة في سبيل منع المجنى عليه من الهرب دون جدوى، فقام بإطلاق النار عليه بغية إرجاعه للقبض وأدت إحدى الإطلاقات الى وفاته)^{٧٢}.

الفرع الثاني / شروط الإباحة في أداء الواجب

٦٨ - فخري عبدالرزاق الحديثي / شرح قانون العقوبات / القسم العام / ص ١١٦

٦٩ - د. جمال إبراهيم الحيدري / الوافي في شرح أحكام القسم العام من قانون العقوبات/ ص ٧٧٨

٧٠ - جندي عبدالملك / الموسوعة الجنائية / الجزء الاول / / ص ٥١٠

٧١- المحامي محسن ناجي / الاحكام العامة في قانون العقوبات / ص ٢٠٩

٧٢ -القرار المرقم ١٢٣ المؤرخ ٢٠٠١/٧/٢٣ / شرح قانون العقوبات /القسم العام / أ.د محمد رشيد حسن / ص ٢٣٢

- شروط المادة ٣٩ / يشترط لتطبيق النص ان يرتكب الفعل لغرض تنفيذ الواجب الملقاة على عاتق الفاعل من دون الخروج عن الحدود المرسومة لأداء الواجب^{٧٣}، وان يرتكب بحسن نية وهو إنترام الغرض الذي إستهدفه القانون من الواجب الذي فرضه على الناس دون المجاوزة فيه الى غرض آخر لم يستهدفه فإن تعدى حدود ذلك الغرض يعتبر الفاعل متجاوزا، وتختلف أي من هذين الشرطين يجعل الفعل غير مشروعاً وتتحقق مسؤوليته كاملة^{٧٤}، و أخذت محكمة جنابات المنصورة في مصر بهذا المبدأ على قضية تهمة ضابط بوليس النقطة وسبعة عساكر قاموا بحبس بعض الأهالي داخل النقطة وعذبوهم بغير حق لعدة أيام ودفعوا بأن ما وقع منهم كان تنفيذاً لأمر ضابط النقطة فرفضت المحكمة هذا الدفع^{٧٥}.

فالقانون يلزم الأفراد بالقبض على من يرتكب جناية او جنحة مشهودة ولو كان بإستعمال العنف وقد جاء في قرار لمحكمة تمييز الإقليم (بنقض قرار إدانة المتهم بموجب المادة ٤١١ من قانون العقوبات لان المحكمة أخطأت في التكييف القانوني للواقعة حيث ثبت ان المتهم كان في حالة أداء واجبه الرسمي أثناء محاولة المجنى عليه الهرب منه وقد حاول إرجاعه عن طريق المناداة عليه دون جدوى فقام بإستعمال العنف عن طريق إطلاق الرصاص عليه اصابته في مقتل^{٧٦})، والغرض من ذلك يتجلى في تأمين عدم فرار الجاني وحماية المجتمع من خطورته، فإن كان القبض في الظروف التي وقع فيها لا يستلزم إستعمال العنف او أن القبض قد تم إلا أن الفاعل قتله او أذاه بصورة من الصور فلا يكون غرضه عندها عدم الفرار وإنما جاوز الغرض وإستهدف قتله او إيذائه وليس مجرد القبض عليه فيكون متجاوزا حدود الإباحة.

- شروط المادة ٤٠ / ان هذه الحالة يشمل أعمال الموظفين والمكلفين بخدمة عامة، وبصورة عامة لا يستفيد منه من لم يكتسب صفة الموظف وقت ارتكاب الفعل^{٧٧}، ونرى ان المادة اوردت صورتين من صور اعمال الموظفين الذي يكتسب صفة مشروعية إن توفر شروطها وهي (صورة عمل قانوني و عمل غير قانوني)

أ- صورة العمل القانوني / ويشمل حالتين

- حالة ارتكاب الموظف او المكلف بخدمة عامة الفعل تنفيذاً لما امرت به القوانين ففي هذه الحالة أن الموظف يباشر الفعل تنفيذاً للقوانين ويستمد سلطته من القانون مباشرة ،كقيام قاضي التحقيق بإصدار أمر توقيف المتهم

- حالة قيام الموظف بفعل تنفيذاً لأمر رئيس تجب عليه طاعته،في هذه الحالة فإن الموظف يستمد سلطته من الأمر القانوني الصادر إليه من رئيسه،كضابط الشرطة الذي يقوم بتنفيذ امر القبض الصادر من قاضي التحقيق، ويشترط في هذه الحالة أن يكون الرئيس و المرؤوس مختصين في مجال الفعل المرتكب، وبعبكسه لا مجال للقول

٧٣ - أ. م. د. محمد رشيد حسن الجاف / شرح قانون العقوبات / القسم العام / ص ٢٢٧

٧٤ - المحامي محسن ناجي / الأحكام العامة في قانون العقوبات / ص ٢٠٠ و ٢٠١

٧٥ - القرار المرقم ١٣٢٦ المؤرخ ١٩٣٠/٤/١٥ جندي عبدالملك / الموسوعة الجنائية / الجزء الأول / ص ٥١٣ .

٧٦ - القرار المرقم ١٢٣ المؤرخ ٢٠٠١/٧/٢٣ (ان المحكمة أخطأت في التكييف القانوني للواقعة وفق المادة ٤١١ من قانون العقوبات لأن الثابت أن المتهم كان في حالة أداء واجبه الرسمي كونه عضواً في قوة عسكرية قانونية مكلفة بإيصال المتهم المقبوض عليه الى الجهات القضائية في زاخو إلا ان (ح) تمكن من الهرب منه أمام مبنى أسايش وان المتهم قد إتخذ جميع الوسائل اللازمة بالنداء عليه وإبلاغه بعدم الهروب و بعد جميع النداءات وإيماناً منه بان القانون فرض عليه أداء الواجب فقام بحسن النية بإطلاق النار على (ح) بغية إسترجاعه للقبض إلا أن إحدى الإطلاقات أصابته في مقتل فقرر نقض قرار الإدانة/ أ.د محمد رشيد حسن/شرح قانون العقوبات/القسم العام ص ٢٣٢

٧٧ - عرفت المادة ٢/١٩ من قانون العقوبات العراقي المكلف بخدمة عامة ((كل موظف او مستخدم او عامل أنيطت به مهمة عامة في خدمة الحكومة ودوائرها الرسمية وشبه الرسمية والمصالح التابعة لها او الموضوعه تحت رقابتها ويشمل ذلك رئيس الوزراء و نوابه و الوزراء و أعضاء المجالس النيابية والغدارية و البلدية كما يشمل المحكميين والخبراء و الوكلاء الدائنين و المصفين و الحراس القضائيين وأعضاء مجالس إدارة و مديري ومستخدمي المؤسسات و الشركات و الجمعيات و المنظمات والمنشآت التي تساهم الحكومة او إحدى دوائرها الرسمية او شبه الرسمية في مالها بنصيب ما بأية صفة كانت و على العموم كل من يقوم بخدمة عامة بأجر او بدون أجر ولا يحول دون تطبيق أحكام القانون بحق الكلف بخدمة عامة إنتهاء وظيفته او خدمته او عمله متى وقع الفعل الجرمي أثناء توفر صفة من الصفات المبينة في هذه الفقرة فيه .

بوجود الإباحة^{٧٨}، وقضت محكمة تمييز الإقليم في قرار لها بأن (لرجال الشرطة استعمال السلاح إذا اريد به القبض على متهم بجريمة عقوبتها الإعدام^{٧٩}، ويشترط في الصورتين أعلاه مطابقة العمل للشروط القانونية وان يرتكب بحسن نية، فأعمال الموظفين متنوعة كما أن شروط كل منها تتنوع حسب نوع العمل، فينبغي ان يكون الفعل الذي أتاه الموظف مطابقا لإطارها القانوني، اما حسن النية فيتجلى في(تحقيق الغرض الذي إستهدفه المشرع من الواجب الذي فرضه على الموظف دون المجاوزة الى غرض آخر لم يستهدفه المشرع)^{٨٠}

ب - صورة العمل الغير القانوني، ويشمل واقعتين أيضا

- الواقعة الاولى تتجلى في إعتقاد الموظف أن إجراء الفعل من إختصاصه بخلاف الواقع، أي ان الموظف يباشر الفعل الإجرامي إعتقادا منه انه مخول به قانونا، كضابط الشرطة الذي يقبض على شخص في غير الأحوال المنصوص عليها قانونا معتقدا أنها ضمن الحالات المصرح بها.

- الواقعة الثانية هي حالة تنفيذ الموظف أمر غير قانوني صادر من رئيسه معتقدا أن طاعته واجبة، في هذه الحالة يقوم الموظف بتنفيذ امر غير قانوني من رئيس تجب عليه طاعته ،او إعتقد خطأ أن طاعته واجبة، والأصل في كلا الحالتين من صورة العمل الغير القانوني ان يتم محاسبة الموظف لانه قام بفعل دون سندقانوني، إلا أنه يعتبر مباحا عند توفر شروط معينة، وهي اولا ان ترتكب بحسن نية أي أن الموظف إعتقد أنه ينفذ أمرا قانونيا او إعتقد خطأ أنه يقوم بعمل قانوني وبعكسه يعتبر مسؤولا مسؤولية كاملة وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن (إطاعة أمر الرؤوساء يجب ان لا يمتد الى إطاعة أوامر تشكل جرائم)^{٨١}.

أما الشرط الثاني يتمثل في ان يكون إعتقاد الفاعل بمشروعية فعله مبني على اسباب معقولة، مما يعني ان عليه أن يثبت أن الإعتقاد الخاطيء الصادر منه كان له أسباب معقولة ، والشرط الأخير هو ان يكون الفاعل قد إتخذ الحيطة اللازمة عند مباشرة عمله، وهذا يعني انه لم يهمل التأكد من سلامة التصرف الذي قام به^{٨٢}. فعند توفر شروط إحدى الصور المذكورة أعلاه يؤدي الى إباحة الفعل الجرمي المرتكب من قبل الفاعل، وبعكسه يعتبر مسؤولا إما بصورة تجاوز او مسؤولية كاملة، وعلى الرغم من البحث فقد لاحظنا قلة التطبيقات القضائية في مجال التجاوز في أداء الواجب إلا اننا نعرض عدة قرارات تعتبر تطبيقا لإباحة او عدم إباحة الأفعال الجرمية المرتكبة أثناء أداء الواجب

١- قضت محكمة تمييز الإقليم في قرار لها ((بتحقيق المسؤولية الكاملة للمتهمين العسكريين بموجب المادة ٤٠٥ عقوبات بدلالة المواد ٤٧ و ٤٨ و ٤٩ الذين اطلقوا النار على المجنى عليه الذي إمتنع عن الوقوف في السيطرة لأن وقائع الدعوى تتناقض مع أقوال المتهمين بأن المجنى عليه قام بإطلاق الرصاص عليهم وأنهم إضطروا الى الرد على مصدر الإطلاقات ،حيث ان الثابت ان مسافة الإطلاقات على المجنى عليه قريبة جدا فتعتبر فعلهم غير مشمولة بأداء الواجب)^{٨٣}

٧٨ - أ.م.د / محمد رشيد حسن الجاف / شرح قانون العقوبات القسم العام / ص ٢٢٩

٧٩ - محكمة تمييز الإقليم هيئة الاحداث / ١٩٩٣/١١/٩ / أ.د. محمد رشيد حسن الجاف / شرح قانون العقوبات القسم العام / ص ٢٣٣

٨٠ - المحامي محسن ناجي / الأحكام العامة في قانون العقوبات / ص ٢٢٠

٨١ - القضية المرقمة ٤١٢ المؤرخ ٣١ /يناير / ١٩٢٩ / جندي عبدالملك / الموسوعة الجنائية / الجزء الاول / ص ٥١٣ و ٥١٤

٨٢ -الدكتور حميد السعدي / شرح قانون العقوبات الجديد /الجزء الاول / ص ٣٢٢ و ٣٢٣

٨٣ -القرار المرقم ١٦٥٨ المؤرخ ٢٧/١٠/٢٠١٥ (أن إدعاء المتهم وهو عسكري سيطرة عسكرية بإحدى الشوارع من أنه شاهد المجنى عليه و صديقه يقومان بإطلاق النار على إحدى الدور لسكنية وان السيارة مرت امام السيطرة ولم يمتثل لأمر الوقوف ومر مسرعا وقام الشخص الجالس بجانب السائق بإطلاق الرصاص على مفرزة الشرطة وإضطروا حسب قولهم الى الرد على مصدر الإطلاقات وقتل المجنى عليه السائق والملاحظ ان اقوالهم تتناقض مع إستمارة التشريح الذي ورد فيه وجود مخلفات بارودية لذا فان مسافة الإطلاقات كانت قريبة جدا من جسم المجنى عليه لا تتجاوز الياحدة الواحدة ،لذا فان فعلهم غير مشمولة بأداء الواجب ،لذا تقرر نقض القرار وإعادة الإضبارة

- ٢- في قرار آخر لمحكمة تمييز العراق (جاء في اوراق الدعوى ان شخصا عندما كان يقود سيارته لم يكن على استعداد للوقوف في نقطة التفتيش وعليه قام باتخاذ الطريق الترابي ورغم التحذيرات التي اطلقها الضباط و افراد الشرطة القانمين في النقطة إلا أنه لم يلتزم وتجاوزهم ونتيجة ذلك أقدم هؤلاء بإطلاق النار عليه وأردوه قتيلا وعلى ضوء ذلك فأن مطلق النار لا يكونوا مسؤوليين لان فعلهم كان أداء لواجب في إطار حسن النية) ^{٨٤}.
- ٣- وقضت محكمة التمييز في العراق في قرار آخر (ثبت ان المتهمين اطلقوا الرصاص على المجنى عليه ورفيقه بحسن نية أو بأعتقاد ان ذلك من واجبات وظيفتهم ومن اختصاصهم وعليه فليسوا مسؤولين عن فعلهم) ^{٨٥}.
- ٤- وبهذا الصدد قررت محكمة التمييز في العراق ادانة المتهم ضابط استخبارات مكافحة اجرام اليرموك بالسجن لمدة خمسة عشر سنة وفق المادة ١٠٤ من قانون العقوبات العراقي لقيامه بتعذيب المجنى عليه كما حكمت على بقية المتهمين من افراد مفرزة المكافحة بموجب المادة ٣٣٢ بدلالة (المواد ٤٧/٤٨/٤٩) من قانون العقوبات العراقي لثبوت استعمالهم القوة مع المجنى عليه بضربه بأعقاب البنادق والمسدسات التي يحملونها معهم) ^{٨٦}.
- ٥- وقررت محكمة تمييز العراق نقض قرار المحكمة الكبرى الداعي الى تبرئة الشرطي الذي اطلق النار على المجنى عليه رغم منعه من قبل أمره مأمور المركز ولم يكف عن اطلاق النار الا عندما اعتقد موته قائلا (الأمر الذي اصبح معه اعتباره يخل بنظام الشرطة وانضباطها ويبحث الفوضى في صفوفها ويؤدي الى ازهاق الارواح والاخلال بالأمن العام) ^{٨٧}.

الفرع الثالث / شروط التجاوز في أداء الواجب و معياره /

سبق وإن شرحنا الشروط العامة المنشئة لأسباب الإباحة، فعند وصول قناعة لدى المحكمة بتوفر تلك الشروط بالإضافة الى الشروط الخاصة بإحدى صور أداء الواجب المشروحة أعلاه في الحالة المعروضة عليها ينبغي التحقق من وجود التجاوز فيها من عدمه، وقد سبق القول أن تجاوز أداء الواجب يعني الخروج على حدود الاباحة المرسومة قانوناً وذلك باستخدام قوة لا تتناسب مع حدود الحق، وفيما يتعلق بشروط التجاوز عند أداء الواجب و المعيار الذي يجب ان يعتمد عليه في ذلك فقد سبق القول بان التجاوز معناه خروج الفاعل من دائرة المباح بعد دخولها، وإستنادا لذلك ينبغي تحديد نقطة إنتهاء الإباحة وبداية التجاوز، وعلى الرغم من عدم وجود معيار واضح تعتمد عليها القضاء في ذلك إلا أنه من خلال التمعن في نص المادتين ٣٩ و ٤٠ من قانون العقوبات والإطلاع الى آراء الفقهاء والسوابق القضائية تبين لنا بأن الحد الفاصل بين إنتهاء الإباحة وبداية التجاوز تكمن في شرط حسن النية، فمن المعلوم أن الحكمة من إباحة الأفعال الجرمية المرتكبة بسبب أداء الواجب يتجلى في الغرض الذي إستهدفه المشرع من تقرير الحالة، وقياسا على حالة الدفاع الشرعي فعند إتجاه نية الفاعل الى تحقيق غرض غير الغرض المحدد من قبل المشرع يكون الفاعل متجاوزا أداء الواجب، ونلاحظ ان الفقهاء إتفقوا بأن

الى محكمتها بغية إدانة المتهمين بموجب المادة ٤٠٥ من قانون العقوبات بدلالة المواد ٤٧ و ٤٨ و ٤٩ منه // محمد رشيد حسن جاف / المصدر السابق ص ٢٣٣

^{٨٤} - القرار المرقم ١٠٤ المؤرخ ١٩٨٥/٩/٩ محكمة تمييز العراق / أ.د محمد رشيد حسن الجاف / شرح قانون العقوبات / القسم العام / ص ٢٣٣

^{٨٥} - القرار المرقم ٢٤ / ج/٣٧ ديالى / سلمان البيات / القضاء الجنائي العراقي / ص ٧٩

^{٨٦} - القرار المرقم ١٤٣٧ / ٤٣٨/١٩٩٨/١٩٩٨/٥/٣٠ / مقتبس من بحث الطالبة سامية عبدالرزاق / ص ٤٤ هامش رقم ٤

^{٨٧} - القرار المرقم ١٠/ج/١٩٤٣ / مقتبس من بحث الطالبة سامية عبدالرزاق / ص ٤٨ الهامش رقم ٤

حسن النية في حالة أداء الواجب هو إلترزم الغرض الذي إستهدفه القانون من الواجب الذي فرضه على الناس دون المجاوزة فيه الى غرض آخر لم يستهدفه وعند ثبوت تجاوز ذلك الغرض أعتبر سيء النية ولا يمكنه التمسك بإباحة القانون لفعله))^{٨٨}، ففي القبض على المتهم لا يصح ان يؤدي الفعل الجرمي الى فعل يحدث الموت او جروح بليغة إذا كان من الممكن ان يتم القبض بقليل من العنف وإلا يصبح الموظف متجاوزا حدود الإباحة

الفرع الرابع / صور التجاوز في أداء الواجب (عمدي و غير عمدي)

قد يقوم الموظف بواجبه على نحو يؤدي به الى المساس بحق او مصلحة إجتماعية ويترتب عليه وقوع جريمة منصوص عليها في قانون العقوبات او أي قانون عقابي آخر، فيكون فعله مباحا ولا يسأل عنها مالم يتجاوز السلطة الممنوحة له، وبما أن الحد الفاصل بين أداء الموظف لواجبه إستنادا الى السلطة الممنوحة له من قبل الدولة والافعال المحظورة عليه القيام بها غير واضح، وان التشريع العراقي لم يعالج تلك المسألة بنص صريح فمن الصعب تحديد حد فاصل بين الإباحة في أداء الواجب و التجاوز فيه، ويؤدي ذلك الى صعوبة تحديد صور التجاوز في اداء الواجب، وسبق وإن أوضحنا آراء الفقهاء بقدر تعلق الأمر بهذه المسألة ونركز هنا على موقف التشريع العراقي فيما يتعلق بصور التجاوز في حالة أداء الواجب بالإعتماد على صور التجاوز في الدفاع الشرعي لعدم وجود نص صريح يعالج ذلك، فقد بيننا ان هناك ثلاث صور للتجاوز في حالة الدفاع الشرعي مشار إليها في المادة ٤٥ من قانون العقوبات العراقي، وهي التجاوز العمدي و التجاوز الغير العمدي و التجاوز بناء على إعتقاد خاطيء او وهمي، فسوف نوضح كيفية التجاوز عند أداء الواجب في هذه الصور الثلاث بالنقاط التالية

١- التجاوز العمدي/

بالرجوع الى المادة ٤٠ التي عالجت أداء الواجب نجد أنها إشتطرت سلامة النية لإستفادة الفاعل من الإباحة، ويعبر عنه بأنه الحالة المعنوية للموظف عند إجراء الفعل، وإنتفاء هذا الشرط يؤدي الى إخراج فعل الموظف من نطاق الإباحة ويصبح فعله غير مشروع^{٨٩}، مما يعني أنه يجب عند التطبيق ان نتحقق من سلامة نية الفاعل، ويرى الفقهاء انه لغرض تحديد حسن او سوء نية الفاعل في أداء الواجب ينبغي الرجوع الى غاية تقرير اداء الواجب كسبب للإباحة، فيلزم على الموظف ان يهدف بفعله تحقيق الغاية التي من أجلها خوله القانون سلطة مباشرة الفعل، فإن إستهدف غرضا آخر غير هذا الغرض كانت نيته سيئة ولا يستفيد من الإباحة^{٩٠}.

ففي صورة العمل القانوني ينبغي توفر جميع الشروط القانونية المطلوبة في الواقعة لإعتبارها سبب للإباحة بأن يكون مستند الى قانون وصادر من رئيس مخول قانونا بإصدار الأمر إليه ومن ضمن إختصاصاته، الى جانب ذلك ينبغي ان يؤدي الفاعل واجبه بحسن النية وان يستهدف بفعله تحقيق الغرض من مباشرته وإلا يكون متجاوزا عمديا، وفي هذا المجال (قضت محكمة التمييز بتصديق قرار التجريم الصادر ضد الجندي المكلف بحراسة جندي هارب من الحراسة عندما أطلق النار عليه عند هروبه فقتله و قتل شخصين آخرين مبررا قرارها بأنه لم يكن من حقه إطلاق النار عليه)^{٩١}، أما في صورة العمل الغير القانوني، فالغرض هنا ان الموظف حين يؤدي واجبه يكون

^{٨٨} - المحامي محسن ناجي/ الاحكام العامة في قانون العقوبات/ ص ٢٠١ و د. فخري عبدالزاق الحديثي شرح قانون العقوبات القسم العام/ص ١٢٠ / د. جمال إبراهيم الحيدري /الوافي في شرح أحكام القسم العام من قانون العقوبات ص ٧٩٢

^{٨٩} - فخري عبدالزاق / شرح قانون العقوبات / القسم العام / ص ١٢٠

^{٩٠} - د. جمال إبراهيم الحيدري / الوافي في شرح أحكام القسم العام من قانون العقوبات ص ٧٨٥، و المحامي محسن ناجي /الأحكام العامة في قانون العقوبات / ص ٢٠٠

^{٩١} - القرار ٤١ /ج/ ١٩٧٠ في ٢٣/٤/١٩٧٠ قضت بتصديق قرار التجريم الصادر ضد الجندي المكلف بحراسة احد الجنود الهاربين من الجندية عند هروبه من الحراسة وذلك باطلاق النار عليه من رشيشته التي كان يحملها فقتله وقتل شخصين آخرين ولم تلتفت المحكمة الى دفاعه بأنه كان يعتقد مشروعية فعله إذ ليس من حقه ان يطلق النار عليه/ محسن ناجي/ الاحكام العامة في قانون العقوبات/ص ٢٠٨

معتقدا انه عمله قانوني و داخل حدود إختصاصه او إختصاص رئيسه رغم خروجه عن ذلك الإختصاص وعدم قانونيته، ففي هذه الحالة ان حسن النية معناه ان الفاعل يتجاوز بفعله حدود إختصاصه عن علم و إدراك، فحسن النية هنا لا يكون متحققا إذا كان الفاعل مغتصبا سلطة غيره فضايط الشرطة الذي يصدر امر بالقبض على متهم ويأمر مأموريه بالتنفيذ لا يمكنه الإحتجاج بحسن النية لانه تجاوز حدود إختصاصاته عن عمد^{٩٢}.

والجدير بالذكر ان عبء إثبات سلامة النية يقع على عاتق الفاعل فعليه ان يثبت أن إعتقاده الخاطيء كان مبنيا على أسباب معقولة وأنه لم يباشر الفعل إلا بعد إتخاذة الحيطة المناسبة إلا في حالة ما إذا كان القانون لا يسمح للفاعل بمناقشة الأمر الصادر إليه وهذا ما يفهم من الفقرة الاخيرة من المادة ٤٠ من قانون العقوبات^{٩٣}.

٢- التجاوز غير العمدي (خطأ او الإهمال)/

رغم البحث والتمعن في آراء الشراح وفقهاء القانون لم نجد رأيا محددًا فيما يتعلق بكيفية وقوع التجاوز الغير العمدي عند أداء الواجب، إلا انه من خلال الشطر الأخير من الفقرة الثانية من المادة ٤٠ من قانون العقوبات وبرأينا المتواضع نرى أن عدم توفر شرط (إعتقاد الفاعل بمشروعية فعله بناء على أسباب معقولة) يحقق صورة الخطأ في تجاوز أداء الواجب، فقد يقوم الموظف بحسن نية بواجب قانوني وضمن إختصاصاته او ينفذ أمر رئيسه وتتوفر كافة شروط أداء الواجب كسبب للإباحة إلا أن الموظف يستند الى (أسباب غير معقولة في إعتقاده بمشروعية فعله)، عندها يكون قد أخطأ في تقديره لتلك الأسباب.

ونرى أنه قد تتحقق تجاوز غير عمدي في صورة الإهمال ايضا حيث نلاحظ ان الشطر الأخير من المادة ٤٠ يشير الى ضرورة إتخاذ الحيطة المناسبة قبل القيام بأداء الواجب وهي صورة من صور جرائم الخطأ الغير العمدي، فإن لم يتخذ الحيطة المناسبة رغم توفر كافة شروط أداء الواجب كسبب للإباحة يكون الموظف قد أدى واجبه بإهمال ويمكن إعتباره حالة من حالات التجاوز في أداء الواجب، ويقول بعض الفقهاء ان شرطي معقولية الأسباب والحيطة المناسبة شرطان متداخلان ومعناهما واحد بل يقولون ان حسن النية يندمج فيهما ايضا، لأن إعتقاد الفاعل مشروعية فعله لا يتأتى إلا إذا ثبت قيام الموظف بإجراء التحري اللازم للتحقق من مشروعية فعله، فإن لم يقم بذلك كانت الأسباب التي حملته على إتيان الفعل غير معقولة عندها يصبح سيء النية.

بقي أن نشير هنا الى مسألة التجاوز في حالة ما إذا كان القانون لا يسمح للموظف بمناقشة الأمر الصادر إليه خصوصا إذا ما كان الموظف متعمدا وسيء النية في أدائه لذلك الواجب، فهل يسأل في هذه الحالة ام يعتبر فعله مباحا؟ فالقانون وبنص صريح منع القضاء من معاقبة الموظف في هذه الحالة، لذا وإستنادا لقاعدة لا إجتهد في مورد النص لا يمكن للمحاكم الخوض في مسألة حسن او سوء نية الفاعل، ونعتبرها نقضا تشريعيًا إذ يؤدي الى إفلات بعض المجرمين من العقاب رغم سوء نيتهم.

المطلب الثاني / التجاوز في حالة إستعمال الحق

^{٩٢} -المحامي محسن ناجي / الاحكام العامة في قانون العقوبات / ص ٢٠٧
^{٩٣} -د. فخري عبدالرزاق الحديثي / شرح قانون العقوبات / القسم العام / ص ١٢٥

من المعروف أن كل حق يعتبر مصلحة محمية بالقانون، فعندما منح القانون الأفراد في المجتمع حقوقاً فمن الطبيعي أن يمنحهم الوسائل اللازمة لاستعمالها في سبيل الحصول على مزاياها، وقد نص المشرع العراقي على استعمال الحق كسبب عام للإباحة في جميع الجرائم بموجب المادة ٤١ من قانون العقوبات حيث نص على (لاجرمية إذا وقع الفعل إستعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون، ويتوفر شروط هذه المادة يصبح الفعل المرتكب إستعمالاً لحق قانوني من قبل صاحب الحق وفي حدوده مباحاً ويخرج من نطاق التجريم، ونشرح في هذا المطلب حالاته و شروطه والتجاوز فيه وصور تجاوزه في أربع نقاط.

الفرع الاول / تطبيقات الإباحة في إستعمال الحق

ذكر المشرع العراقي تطبيقات إستعمال الحق، وهو حق التأديب وعمليات الجراحة وأعمال العنف، ويفهم من تعبير (ويعتبر إستعمالاً لحق ...) الوارد في نص المادة ٤١ منه أنها وردت على سبيل المثال وليس الحصر وقد ذكر النص هذه الأمثلة لكثرة شيوعها، ويعتبر سبباً عاماً للإباحة لأنه لم يقيد بجريمة معينة حيث يشمل جميع الأفعال التي تعتبر إستعمالاً لحق قانوني ونشير بإيجاز الى تلك الأمثلة و هي:-

١- حق التأديب، وبموجب النص يشمل تأديب الآباء والمعلمين ومن في حكمهم للأولاد و تأديب الزوج للزوجة في حدود ما هو مقرر شرعاً او قانوناً او عرفاً، فمن المعروف أن الزوج له حق تأديب زوجته عند ارتكابها معصية لم يرد بشأنها حد، ومصدر هذا الحق هو الشريعة الإسلامية، والغاية منها هو التأديب فقط عند ارتكابها معصية إن لم تنفع معها وسائل أخرى وضعتها الشريعة الغراء، والحد المسموح به هو الضرب الخفيف الذي لا يحدث كسر او جرح ولا يترك أثراً^{٩٤}، أما حق الآباء والمعلمين ومن في حكمهم للأولاد القصر، يشمل الآباء والأولياء والاصبياء ومعلمي المدارس والحرف و المهن، أما الحد المسموح به هو الضرب الخفيف باليد في مواضع ليست خطيرة لغرض تهذيبهم و توجيههم فقط، والقاصر هو من لم يبلغ سن الرشد ولم يتحرر من الولاية على النفس^{٩٥}، ويجدر الإشارة الى أنه تم تعليق العمل بهذه الحالة في إقليم كردستان بموجب المادة الثانية / اولا من قانون المرقم ٧ لسنة ٢٠١١ الذي يحظر على أي شخص ان يرتكب عنفاً أسرياً في إطار الأسرة، وهذا السلوك من قبل الزوج او الأب يشكل جريمة بموجب المادة ٧ من قانون مناهضة العنف الأسري في إقليم كردستان، كما ان حق المعلمين في تربية أبناءهم ايضاً لم يعد حقا قانونياً بموجب نظام المدارس الأساسية و الإعدادية لسنة ٢٠٠٩ البند ٥ و ٥٢ ثانياً منه الذي يحظر اي نوع من انواع القمع الجسدي والفيزيواوى والنفسي وبعكسه تكون المدرسة مسؤولة عن إجتهائه، رغم بقاء النص كما هو دون تعديل في قانون العقوبات العراقي .

٢- العمليات الجراحية/ أن الطبيب عند قيامه بالعمليات الجراحية بقصد شفاء المريض لا يعتبر مرتكباً لجريمة مهما ترتب على فعله نتائج، وأساس إنقضاء المسؤولية عنه لا يعود الى رضاه المريض او عدم توفر القصد الجنائي لديه، وإنما يعود الى تمتعه بحق مقرر بمقتضى القانون بشروط معينة إن روعي فيها الأصول الفنية في الجراحة والعلاج إذا كان برضا المريض او ممثله الشرعي او دون رضاهما في الحالات المستعجلة الضرورية، فالمشرع خلع عن هذه الأعمال الصفة الغير المشروعة وجعلها مباحة لغرض إنساني هو حماية صحة أفراد

^{٩٤} - جاء في القرار ٢١٦/٢١٦ هيئة عامة ثانية /١٩٧٦ في ٢٤/١٢/١٩٧٦ لمحكمة تمييز العراق (لدى التدقيق تبين ان المحكمة طبقت القانون تطبيقاً سليماً حيث تبين ان المشتكية سجلت شكوى على زوجها بالإعتداء عليها وسط الشارع وإسقاطها ارضا وتأيد ذلك بشهادة شاهدين والتقرير الطبي المرفق وان الحادثة وقعت خارج الدار الزوجية امام المارة والثابت شرعاً ان حق التأديب للزوج على زوجته يشترط فيه ان يكون خالياً من الإذلال والتحقير والإرغام ومصحوباً بالعاطفة وهاذا لإصلاح الزوجة لضمان عدم خروجها عن الطاعة وان يكون داخل الدار وبعكسه يعتبر الزوج سيء النية ويقصد الإنتقام ويستحق العقاب ... لذا قرر تصديق قرار الإدانة و الحكم) فؤاد زكي عبدالكريم / أهم مباديء محكمة التمييز ص ٢٨

^{٩٥} -د. علي حسين و د. سلطان الشاوي / المباديء العامة في قانون العقوبات / ص ٢٦٢

المجتمع، فمن الطبيعي ان يمنح الأطباء هذه الحماية لكي يمارسوا مهنتهم بحرية دون تعرضهم للمسؤولية الجنائية^{٩٦}.

٢- أعمال العنف التي ترتكب أثناء الالعاب الرياضية

أن بعض صور من النشاطات الرياضية تتطلب إستعمال نوع من العنف والتي تؤدي الى إصابات كالملاكمة و المصارعة، فإعتبر القانون تلك الالعاب مباحة بالرغم من إصابة الغير بجروح، وأساس إنتفاء المسؤولية هنا تستند الى القانون الذي يبيح تلك الالعاب، فيتخلص من يمارس تلك النشاطات من المسؤولية عما يسببه من ضرر بالغير بإعتبار انه يستعمل حق مقرر بالقانون إن توفر فيه الشروط القانونية المطلوبة^{٩٧}، وتطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز بأنه (لا يعد العنف الناجم عن الالعاب الرياضية جريمة ويعد نمط من أنماط إستعمال الحق)^{٩٨} والغرض من ذلك هو المصلحة المتوخاة من ممارسة هذه النشاطات التي تؤدي الى رفع الصحة العامة.

٣- إستعمال العنف في القبض على المجرمين

نص المشرع العراقي في قانون اصول المحاكمات الجزائية على حالات جوازية وأخرى وجوبية للقبض على المتهمين وفق ضوابط معينة^{٩٩}، وقد يستعمل الأشخاص او الجهات المخولة بالقبض وسائل العنف في سبيل القبض على المجرم لتجنب فراره، وقد تؤدي تلك الأعمال الى إصابات بليغة بالمقبوض عليه، فإعتبرها القانون سببا من أسباب الإباحة في نطاق إستعمال الحق ونفي المسؤولية الجزائية عن الفاعل لتحقيق المصلحة التي هدف إليها المشرع في حماية المجتمع من خطر المقبوض عليه، حيث قضت محكمة التمييز في قرار لها بان ((لايسال المتهم عن وفاة المجنى عليه إذا كان الأخير قد حاول دخول دار المتهم فطارده المتهم مع والده للقبض عليه بإعتباره سارقا، فرماه المتهم بحجر اصابته في رقبته أدت الى وفاته لانه يعتبر من قبيل العنف المسموح به إستنادا للفقرة ٤ من المادة ٤١ من قانون العقوبات لأن إرادته لم تنصرف الى أكثر من القبض))^{١٠٠} إلا أنه يحظر إستعمال عنف يؤدي الى موت المقبوض عليه مالم يكن متهما بجريمة معاقب عليها بالإعدام^{١٠١}،

الفرع الثاني / شروط الإباحة في إستعمال الحق

بين الفقهاء في شروحاتهم بأن شروط تطبيق هذه المادة بصورة عامة هي (اولا/ وجود حق مقرر بمقتضى القانون، ويعرف الحق بأنه المصلحة المحمية بالقانون، ويقصد بالقانون القاعدة القانونية التي تصدر عن السلطة التشريعية، والحقوق متنوعة وغير محصورة لذا فان هذه المادة يشمل كل شخص يستعمل حق مقرر بمقتضى

٩٦ - المحامي محسن ناجي / الأحكام العامة في قانون العقوبات / ص ٢٢٨

٩٧ - د. حميد السعدي / شرح قانون العقوبات الجديد / ص ٣٣٢

٩٨ - القرار المرقم ٨٧/هيئة جزائية/ ٢٠٠٧ محكمة تمييز الإقليم (لدى التدقيق إتضحت للمحكمة ان المشتكى المصاب كما جاء في إفادته بانه كان يمارس لعبة كرة القدم مع زميله المتهم وأثناء المباراة سقط على الارض و تعرض للكسر من جراء الإحتكاك ولما كانت المادة ٤١ من قانون العقوبات لايعد العنف الناجم عن الالعاب الرياضية جريمة و يعده نمط من أنماط إستعمال الحق فان فعل المتهم لا يعد جريمة (

أ.د محمد رشيد حسن الجاف / شرح قانون العقوبات القسم العام / ص ٢٤٤

٩٩ - المواد ١٠٢ و ١٠٣ من قانون اصول المحاكمات الجزائية

١٠٠ - القرار التمييزي المرقم ٣٢٦ المؤرخ ١٩٨٢/٦/١٩ محكمة تمييز العراق ((إذا كان المتهم شاهد والده وهو يركض خلف المجنى عليه صانحا حرامي وإشترك مع والده في مطاردة المجنى عليه للقبض عليه بإعتباره سارقا وقد ارتكب جريمة مشهودة وهي دخول دار المتهم ليلا فإن رمي المتهم المجنى عليه بحجر اصابته في رقبته وسبب وفاته يعتبر من قبيل العنف المسموح حسب الفقرة ٤ من المادة ٤١ من قانون العقوبات ولا يسأل المتهم في هذه الحالة عن الوفاة طالما أن إرادة المتهم لم تنصرف الى أكثر من القبض) د.

جمال إبراهيم الجبيري /الوافي في شرح القسم العام من قانون العقوبات / ص ٨٢٤

١٠١ - المادة ١٠٨ من قانون اصول المحاكمات الجزائية

القانون أيا كان مصدر الحق، والشرط الثاني هو وقوع الفعل إستعمالا لحق، ويتضمن هذا الشرط مسألتين الأولى ان يكون الفعل ضروريا لإستعمال الحق، فالزوجة إن لم ترتكب معصية فلا يوجد مبرر لضربها من قبل الزوج، والمسألة الثانية هي إستعمال الحق بحسن نية رغم عدم النص عليها في القانون إلا انه لزام على كل شخص ان يستعمل الحق المقرر له بحسن نية، ومقتضاه ان يستعمل الشخص الحق المقرر له في حدود الغاية التي يستند إليها هذا الحق^{١٠٢}، والشرط الثالث هو أن يلتزم الفاعل بحدود الحق^{١٠٣}، فلكل حق حدود معينة والخروج عليها يشكل إساءة إستعمال الحق بالإضافة الى هذه الشروط ينبغي ان تتوفر شروط كل حالة من حالات إستعمال الحق والمبينة في الفقرات التي عالجتها ضمن المادة ٤١ من قانون العقوبات والتي تم الإشارة إليها في موضعها.

الفرع الثالث / معيار التجاوز في إستعمال الحق

كما أسلفنا فإن القانون لم يحدد بنص صريح معيار فاصل بين إستعمال الحق كسبب للإباحة وبين التجاوز فيه رغم الإشارة الى هذه المسألة في تجاوز الدفاع الشرعي، ويرى بعض الفقهاء^{١٠٤} ان من شروط إستعمال الحق كسبب للإباحة هو (مشروعية وسيلة الإستعمال) فيعتبرون وسيلة الإستعمال مشروعة إذا ارتكب بحسن نية وفي الحدود المعقولة لإستعماله ويعتبرون إستعمال الحق بحسن النية هو الفاصل بين صفة العدوان في الفعل وتجرده من هذه الصفة، وهذه المسألة يتعلق بالوقائع في كل حالة على إنفراد والبت فيه من إختصاص محكمة الموضوع^{١٠٥}.

وأن حسن النية في إستعمال الحق مفترض فيمن يمارس حقه وهو ان يكون المتهم قد مارس حقه القانوني في حدود الغاية التي يستند إليها هذا الحق^{١٠٦}، ويرى البعض الآخر^{١٠٧} أن إستعمال الحق قد تم بحسن النية إذا التزم صاحب الحق بالحدود التي رسمها القانون لحقه.

أما الأستاذ محسن ناجي يرى أنه لا وجود لتجاوز إستعمال الحق كما هو الحال في الدفاع الشرعي، ويبرر رأيه بأنه لا وجود للإباحة إلا بتوفر شرطي (وجود الحق وحسن النية في إستعماله) ويرى أن تخلف إحدى هذين الشرطين يبقى الفعل غير مشروع ويجب معاقبة الفاعل كما لو ان الإباحة غير موجودة ابتداء^{١٠٨}، وبدورنا نرى ان إستعمال الحق في حدوده المعقولة ولغرض تحقيق غاية المشرع لهما صلة مباشرة بالنية الحسنة، فان إتجهت نية الفاعل الى تحقيق غرض مختلف عن غرض الشارع يكون الفاعل تعدد التجاوز في إستعمال حقه، أما إن كان إستعمال حقه في حدود غير معقولة قد يكون وقع في خطأ او الإهمال او يكون متعمدا في إستعمال تلك الوسيلة ونصل الى ذلك من خلال ظروف و الوقائع الثابتة في كل قضية. فيجب التحقق من مدى دخول الحق في نطاقه المحدد له قانونا والذي يتعلق إما بشخص صاحب الحق او بجسامة الفعل، فحق تأديب الزوجة لا يجوز إستعماله إلا من قبل الزوج وفي الحدود المرسومة له شرعا وقانونا.

وسبق وإن أوضحنا في مواضع أخرى من هذا البحث الى ان المشرع قرر حماية الحقوق لتحقيق حكمة وغاية، ونرى ان هذه الحكمة هو الإطار الذي ينبغي أن يتحرك صاحب الحق داخله ولا يستطيع تجاوزه دون أن يقع في دائرة المسؤولية، وبالرجوع الى أحكام المادة ٤١ من قانون يتبين أن لكل حالة من حالات إستعمال الحق الواردة

١٠٢ - د فخري عبدالرزاق الحديثي /شرح قانون العقوبات / القسم العام / ص ١٣٠

١٠٣ - د فخري عبدالرزاق الحديثي /شرح قانون العقوبات / القسم العام / ص ١٢٦

١٠٤ -د. علي حسين وسلطان الشاوي / ص ٢٥٩ و المحامي محسن ناجي/ المصدر الاحكام العامة في قانون العقوبات /ص ٢٢٠

١٠٥ -د.جمال إبراهيم الحيدري / الوافي في شرح أحكام القسم العام من قانون العقوبات / ص ٨٠٢

١٠٦ - د فخري عبدالرزاق الحديثي /شرح قانون العقوبات / القسم العام / ص ١٣٠

١٠٧ -منهم د. محمد صبحي نجم /قانون العقوبات / القسم العام ص ١٣٩ و الأستاذ المحامي محسن ناجي / الاحكام العامة في قانون العقوبات / ص ٢٢٠

١٠٨ - المحامي محسن ناجي / الاحكام العامة في قانون العقوبات / ص ٢٢١

على سبيل المثال شروط وقيود مختلفة عن غيرها، مما يعني انه لا توجد قاعدة عامة شاملة للقول بوجود تجاوز في استعمال الحق من عدمه، لذا يجب البحث في هذا المجال عن غرض المشرع من منح هذا الحق، فإذا استعمل حقه لتحقيق ذلك الغرض يكون حسن النية وإن استهدف تحقيق غرض آخر أو استعمل وسيلة غير مشروعة وخارجة عن حدود حقه فإنه يعد سيء النية و تنهض مسؤوليته الجزائية حسب ما إذا كان عمدا وإهمالا^{١٠٩}.

كما ان الفقهاء ركزوا في كثير من شروحاتهم على حسن النية في استعمال الحق وتحقيق غاية المشرع، فينبغي ان يستعمل الفاعل حقه بحسن النية ويتحقق حسن النية عندما يهدف الفاعل الى تحقيق غاية المشرع من إسباغ الحماية على هذا الحق باعتباره سببا للإباحة^{١١٠}، لو دققنا في تطبيقات استعمال الحق الواردة في المادة ٤١ من قانون العقوبات نجد فيما يتعلق بحق التأديب ان الغرض منها التأديب والتهذيب فقط بالضرب البسيط، فإن قام صاحب الحق سواء كان الزوج أو الاب أو المعلم بضرب من يراد تأديبه ضربا شديدا أدى الى كسر أو جرح فيكون متجاوزا حدود حقه ويسأل جزائيا حسب ما كان فعله عمديا أو مخطأ أو مهملا، وهكذا بالنسبة لجميع الحالات الأخرى .

الفرع الرابع / صور التجاوز في استعمال الحق

كما سبق بيانه ان صور التجاوز في أسباب الإباحة إستنادا الى التشريع العراقي قياسا على تجاوز الدفاع الشرعي يتحقق في ثلاث صور وهي التجاوز العمدي، والتجاوز الغير العمدي (خطأ)، والتجاوز بسبب إعتقاد خاطيء، أما في حالة استعمال الحق لا إشكال في تطبيق الصورة العمدية إلا أننا نواجه صعوبة تطبيق صورة الخطأ و الوقوع في وهم، لأن الحقوق متعددة وتختلف قيود وشروط كل منها عن غيرها من جهة من جهة أخرى فينبغي التحقق من غرض الفاعل من استعمال حقه فيما إذا كان حسن أو سيء النية، كما أن الكثير من الفقهاء لم يتطرقوا الى هذه المسألة بالتفصيل في شروحاتهم، وسوف نشير الى تلك الصور

١-التجاوز العمدي/ ان هذه الصورة وثيق الصلة بالقصد الجنائي، فينبغي فيه الرجوع الى قصد الفاعل في استعمال حقه، فإن كان يقصد تحقيق الغرض المقصود من قبل المشرع من إعتباره سببا للإباحة، يكون قد استعمل حقه في الحدود المسموحة به، وإن تجاوز غرضه الى غرض آخر بعيد كل البعد عن غرض الشارع نقول انه تجاوز سبب الإباحة عمدا وتنهض مسؤوليته كاملة^{١١١}، فالزوج الذي يضرب زوجته ضربا شديدا متجاوزا حدود التأديب ويترك أثرا بجسد الزوجة يسأل عن جريمة الإيذاء العمدي^{١١٢}، والملاكم يجب ان يكون غرضه هو الفوز على منافسه فقط، فإن استهدف غرض آخر غير ذلك تنهض مسؤوليته العمدية عن الإيذاء أو القتل إن أدى فعله الى موت المنافس^{١١٣}.

وسبق وإن بيننا ان بعض الفقهاء وبصورة عامة يستندون الى حسن النية للقول بوجود التجاوز من عدمه ويحددون حسن النية بكل من (تحقيق غرض المشرع وإستعمال الحق في حدوده بوسائل مشروعة) وبدورنا نؤيد هذا الراي لأنه في بعض الوقائع وعلى الرغم من توفر كافة الشروط المنشئة للإباحة قد يستعمل الفاعل حقه بوسيلة غير مشروعة أو يخرج عن حدود حقه عمدا، إلا أنه في هذه الحالة يجب التحقق من ظروف وملابسات

١٠٩ - د.جمال إبراهيم الحيدري /الوافي في شرح احكام القسم العام من قانون العقوبات / ص ٨٠٣

١١٠ -قيس لطيف كجان التميمي / شرح قانون العقوبات العراقي /ص ١٤١

١١١ -د. جمال إبراهيم الحيدري/ الوافي في شرح احكام القسم العام قانون العقوبات ص ٧٧٥ و د. حميد السعدي / شرح قانون العقوبات الجديد/ص ٣٢٧

١١٢ - في إقليم كردستان يحقق جريمة وفق المادة ٧ من قانون مناهضة العنف الأسري في كل الأحوال نظرا لتعليق هذه الحالة في الإقليم في سنة ٢٠١١ بالقانون المرقم ٧ .

١١٣ - محمد حسين خلف و سلطان الشاوي / المبادئ العامة في قانون العقوبات / ص ٢٥٩

كل قضية على حدى لان لكل حق حدود معينة تختلف عن غيرها من جهة ومن جهة أخرى أن الفاعل قد يكون إستعمل وسيلة غير مشروعة او خرج عن حدوده القانونية نتيجة خطأ او إهمال صادر منه.

٢- الخطأ غير العمدي / ان التجاوز الغير العمدي في حالات إستعمال الحق كسبب للإباحة يتصور في صورة الخطأ الغير العمدي (الإهمال وعدم الإحتياط) وهو ما يعرف بإرادة الفعل دون إرادة النتيجة وعدم القيام بما يلزم لعدم حدوث تلك النتيجة، وسبق وإن اوضحنا ان شروط وقيود الحقوق مختلفة نظرا لتعدد الحقوق لذا من الطبيعي ان يختلف صور التجاوز الغير العمدي فيها، ويجب ان يستخلص من النصوص التي عالجتها كيفية وقوع التجاوز الغير العمدي فيها ومعياره، فالطبيب الذي يقوم بعملية جراحية وينسى إحدى أدوات الجراحة داخل جسم المريض ويؤدي الى مضاعفات أخرى او الموت، يكون متجاوزا في صورة غير عمدية عن طريق الإهمال وعدم إتخاذ الحيطة والحذر في إستعمال حقه ولو كان يهدف الى شفاء المريض، وان اللاعب الذي يرمي الرمح قبل خلو الميدان امامه من الناس وقبل ان يأذن له الحكم في بدأ اللعب فيصيب شخصا "برمحه يكون متجاوزا عن طريق الخطأ في تقدير الوقائع، كل هذه الحالات يندرج تحت صورة الخطأ الغير العمدي ويسأل عنها الفاعل مسؤولية غير عمدية

٣-التجاوز بناء على وهم / هذه الصورة برأينا لا يمكن تصوره في حالات إستعمال الحق، ولم نجد في الكتب الفقهية ما يشير الى التجاوز في هذه الصورة عند إستعمال الحق، كما ان فحوى المادة ٤١ من قانون العقوبات لم تعالج هذه المسألة بصورة صريحة او ضمنية، ولدى التمعن في آراء الفقهاء نرى أنهم يحددون شروط مختلفة لإعتبار الفعل المرتكب بناء على إستعمال الحق مباحا، منها شرط إنترام حدود الحق^{١١٤}، ومشروعية الوسيلة المستعملة في إستعمال الحق وحسن النية، ويرون ان شرط مشروعية الوسيلة تارة يتعلق بصاحب الحق وتارة أخرى تتعلق بجسامة الفعل وتارة ثالثة متعلقة بإجراءات إستعمال الحق، كما يرون ان على صاحب الحق أن يهدف عند إستعمال حقه الى تحقيق الغاية الإجتماعية منه^{١١٥}.

كما ان بعض الفقهاء يضيفون شرط آخر وهو ان يكون الفعل لازما لإستعمال الحق^{١١٦}، ونرى ان اي شرط من هذه الشروط غير متعلق بصورة التجاوز الوهمي بحيث لو تخلف يمكن ان نقول ان صاحب الحق قد وقع في وهم، لذا نصل الى نتيجة مفاده انه لا توجد تجاوز وهمي في حالات إستعمال الحق الواردة على سبيل المثال بموجب المادة ٤١ من قانون العقوبات ولم نعثر على اي قرار قضائي متعلق بهذه المسألة، إلا انه قد تواجه القضاء مستقبلا حالات يتصور فيها هذه الحالة.

المطلب الثالث / التجاوز في حالة الدفاع الشرعي

يعرف الدفاع الشرعي بأنه تولى الشخص بنفسه صد الإعتداء الواقع عليه بالقوة اللازمة لتعذر إستعانتة بالسلطة لحياته من ذلك الإعتداء فيبيح القانون لكل شخص ان يرتكب أفعال محرمة إذا واجهه خطر حال لحياته من الإعتداء الواقع عليه رغم عدم مشروعية تلك الأفعال^{١١٧}، وعالج قانون العقوبات العراقي احكامها كسبب للإباحة

١١٤ - د. فخري عبدالرزاق / شرح قانون العقوبات / القسم العام / ص ١٢٦ و

١١٥ - د. حميد السعدي / شرح قانون العقوبات الجديد / الجزء الاول / ص ٣٢٦ و ٣٢٧

١١٦ - د. محمد رشيد حسن الجاف / شرح قانون العقوبات / القسم العام / ص ٢٣٥

١١٧ - د. حميد السعدي / شرح قانون العقوبات الجديد / ص ٣٣٤

ضمن المادة ٤٢ منه مبينا حالاتها و شروطها ، كما اوضح صور ومعيار واحكام التجاوز فيها ، وسوف نتطرق إليها في هذا المطلب بأربع نقاط :-

الفرع الاول / شروط الإباحة في حالة الدفاع الشرعي

أن الدفاع الشرعي مقررة لغرض لدفع إعتداء جرمي واقع على المدافع للحيلولة دون وقوعه او إستمراره، فيفترض وجود خطر يهدد نفس او مال المدافع او نفس ومال غيره، فيقوم المدافع بارتكاب فعل الدفاع لدرء ذلك الخطر، مما يعني ان شروط الدفاع الشرعي نوعين، منها ما هو متعلق بالخطر الواقع ومنها ما هو متعلق بفعل الدفاع^{١١٨}.

١-شروط الخطر/ يعرف الخطر بأنه ضرر محتمل او هو إعتداء محتمل قد تتحقق وقد لا تتحقق، ويفهم من نص الفقرة الثالثة من نص المادة ٤٢ بأنه يستوي ان يكون هذا الخطر موجها ضد نفس المدافع او امواله او نفس و اموال غيره دون ان تربطه بصاحب الحق المعتدى عليه اية صلة، كما ان الدفاع جائز سواء كان الخطر جسيم او غير جسيم^{١١٩}، ويمكن إستخلاص ثلاثة شروط للخطر من نص المادة اعلاه وهي

أ- ان يكون الخطر حالا، فالخطر يكون حالا في فرضين الاولى هو الخطر (الوشيك الوقوع) بمعنى ان الجاني قام بأفعال يجعل إبتداء وقوع الإعتداء قريبا كإشهار المعتدي سلاحه لغرض إطلاق النار على المدافع، والفرضية الثانية هو ان المعتدي قد بدأ فعلا بتوجيه الخطر إلا انه لم ينتهي كإطلاق الرصاص على المدافع من قبل المعتدي دون ان يصيبه ويستعد لإطلاق الرصاص الثانية^{١٢٠}، وتطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز بأنه ((إذا بادر المجنى عليه بإطلاق النار على المتهم من الخلف واصابه من ثم قام المتهم بإمساكه وأصيب المجنى عليه بإطلاقتين أدت الى وفاته يكون المتهم في حالة الدفاع الشرعي) ^{١٢١}.

والمراد بالخطر الحال هو الخطر الذي لا يمكن صده إلا بفعل الإعتداء بحيث لا يكون في وسع المدافع ان يلتجأ الى السلطة ل حمايته من ذلك الإعتداء حيث قضت محكمة تمييز إقليم كردستان في إحدى قراراتها بان المتهم

^{١١٨} - د. جمال إبراهيم الحيدري / الوافي في شرح أحكام القسم العام من قانون العقوبات / ص ٨٣٢

^{١١٩} - د. فخري عبدالرزاق / شرح قانون العقوبات / القسم العام / ص ١٤٧

^{١٢٠} - الأستاذ المحامي محسن ناجي / الاحكام العامة في قانون العقوبات / ص ٢٤٦

^{١٢١} - القرار المرقم ٢٣٤/هـ . ج / ثانية / ٢٠١٦ / المؤرخ ٢٠١٦/٤/٢٠ ((... أن هذه الوقائع تؤكد ان المتهم كان في حالة دفاع شرعي نفسه وماله الذي هو سيارته التي كان يقودها اثناء الحادث حيث ان المتهم واجه خطر حال والذي يتمثل في العدوان الصادر من المجنى عليه بإطلاقه النار عليه من الخلف وإصابته بها وهذا الخطر يشكل إعتداء على النفس ولما حاول المجنى عليه مواصلة الإعتداء تدخل المتهم لرد من خلال مسكه ليد المجنى عليه الممسكة بالمسدس وحصل تماسك بينهما على المسدس وأثناء إستعمال القوة اللازمة من لدن المتهم وتمكنه من رد فوهة المسدس بإتجاه المجنى عليه نفسه واثناء المماسكة القوية بينهما ثارت من المسدس إطلاقتان أصابتا المجنى عليه وأن ما قام به المتهم يعتبر إستعمال القوة اللازمة لرد الخطر الحال الذي كان المجنى عليه مستمرا في مواصلته للإعتداء وان المتهم لم يكن بإستطاعته اللجوء الى السلطات ل حمايته... الخ) / قيسات من أحكام القضاء / القاضي /د. محمد عبدالرحمن السليفاني / ٢٠١٧ ص ٤٨٧

كان في حالة دفاع شرعي لأنه كان يواجه خطرا حالاً من المعتدي وتبين ان دفاعه عن نفسه كان مبنياً على اسباب معقولة^{١٢٢}، كما قضت محكمة التمييز في قرار لها بأن الخطر غير الحال لا يبرر الدفاع الشرعي^{١٢٣}.

أما الخطر الوهمي يكون مبرراً للدفاع الشرعي إذا كانت الظروف والملابسات تلقي في ذهن المدافع انه يواجه خطراً جدياً، وهذا ما أشارت إليه الفقرة ١ من المادة ٤٢ إلا أن الخطر المستقبلي لا ينشأ به حق الدفاع الشرعي لانه يكون في وسع المدافع ان يلتجأ الى السلطة العامة، كما انه لا يمكن الإحتجاج بالدفاع الشرعي بعد زوال الخطر، حيث قضت محكمة التمييز بذلك في إحدى قراراتها^{١٢٤} والجدير بالذكر أن البت في مسألة ما إذا كان الخطر حالاً ام لا مسألة موضوعية لا ينظر في توفرها الى ما توقع المدافع وإنما ينظر الى المجرى العادي للامور^{١٢٥}،

ب- ان يكون الخطر غير مشروع/ أي ان الإعتداء الموجه ضد المدافع لا يستند الى حق او قانون ويكون الخطر غير مشروعاً إذا كان يهدد بالحاق ضرر بحق يحميه القانون، اي يهدد بوقوع جريمة يقع تحت طائلة النصوص العقابية، سواء كان جريمة عمدية او غير عمدية وایا كان نوع الجريمة جنحة او جناية او مخالفة، ولا عبرة بشخص المعتدي حتى لو كان غير مسؤول جزائياً، فالعبرة أن يكون الخطر الموجه ضد المدافع غير مشروع.

ويجدر الإشارة الى أن الخطر المهدد بوقوع جريمة قد يكون بفعل إيجابي او بفعل سلبي كإمتناع الام عن إرضاع طفلها بقصد قتله فيمكن إرغامها على الإرضاع بالقوة متى كان لازماً لدرء ذلك الخطر الواقع على الرضيع^{١٢٦}، كما ان الدفاع الشرعي تكون متوفرة ولو كان المعتدي يستفيد من عذر الإستفزاز، فقديرتك شخص جريمة بناء على إستفزاز خطير من المجنى عليه بغير حق ففي هذه الحالة لا يفقد من سبب الإثارة حقه في الدفاع الشرعي ضد من تعرض للإثارة^{١٢٧}، والجدير بالذكر ان بعض الفقهاء يضيفون شرط آخر لشروط الخطر وهي ان يكون موجهاً ضد نفس او مال المدافع او نفس و اموال غيره إلا أننا نبحت في هذه المسائل بالتفصيل ضمن حالات الإباحة في الدفاع الشرعي^{١٢٨}

٢- شروط فعل الدفاع / أن المشرع العراقي لم يحدد الدفاع الشرعي بارتكاب أفعال معينة فقد يرتكب المدافع جريمة القتل او الضرب او الجرح، ويبيح القانون ارتكاب أي فعل يصلح لصد الإعتداء الواقع على المدافع، شرط ان لا ترتكب قبل وجود الخطر، كما يشترط ان يكون الضرر الذي يصيب المعتدي متناسباً مع فعل الإعتداء، بمعنى أنه

١٢٢ - القرار المرقم ١١٦٢ /هيئة جزائية / ٢٠١٨ المؤرخ ٢٠١٩/٢/٥ غير منشور (أن المشتكي عندما جاء الى دار المتهم كان مدججاً بالسلاح من نوع كلاشنكوف ومسدس و أعددة كثيرة مما يدل على نيته تتجه بالإعتداء على المتهم في داره مما يتأكد بان المتهم واجه خطراً حالاً من جريمة واقعة على النفس وتبين دفاعه عن نفسه كان مبنياً على أسباب معقولة ولا يعذر عليه بسبب عدم الإلتجاء الى السلطات لدرء ذلك الخطر ولم يكن أمامه إلا اللجوء الى تخويف المشتكي لدرء الخطر والدليل على ذلك ان المتهم لم يطلق الرصاص على موضع جسد المشتكي من مقتل بل أصابه في فخذه كما جاء في التقرير الطبي العدلي الإبتدائي عليه وكان المتهم غير متجاوز في حق الدفاع الشرعي وكان في حالة الدفاع عن النفس)

١٢٣ - القرار المرقم ٢٣٣٣ / جنایات / ١٩٧٠ / المؤرخ ١٩٧١/١/١٩ وقد تضمن (أن مشاهدة المتهم لأشباح بعيدة عن أغنامه بثمانين خطوة لا يجعله في حالة دفاع شرعي عن ماله لأن الخطر غير حال وكان بإستطاعة المتهم ان يطلق الرصاص في الهواء لدرئه عنه) / المحامي محسن ناجي / الأحكام العامة في قانون العقوبات / ص ٢٤٥

١٢٤ - (تنتهي حالة الدفاع الشرعي بانتراع المسدس من يد المعتدي و إطلاق النار عليه بعد ذلك من المسدس المذكور على المعتدي يعتبر قتلاً عمداً ينطبق عليها أحكام المادة ٤٠٥ من قانون العقوبات/ قيس لطيف كجان / شرح قانون العقوبات العراقي / ص ١٥١

١٢٥ - قيس لطيف كجان التميمي / شرح قانون العقوبات العراقي / ص ١٥٠ و ١٥١

١٢٦ - د. جمال إبراهيم الحيدري / الوافي في شرح أحكام القسم العام من قانون العقوبات / ص ٨٣٣

١٢٧ - مقتبس من الدكتور / جمال إبراهيم الحيدري / الوافي في شرح أحكام القسم العام من قانون العقوبات ص ٨٤٠

١٢٨ - المحامي محسن ناجي/ الاحكام العامة في قانون العقوبات ص ٢٤١ ود. فخري عبدالرزاق الحديثي/شرح قانون العقوبات/ ص ١٥٨

يجب توفر شرطان في فعل الدفاع لإعتبره سببا للإباحة، وهما ان يكون لازما وأن يكون متناسبا مع فعل الإعتداء^{١٢٩}.

أ- ان يكون لازما/ ومقتضى هذا الشرط هو ان فعل الدفاع كان ضروريا وكانت الوسيلة الوحيدة لرد الإعتداء، وهذا يعني أن المدافع لا يستفيد من الدفاع الشرعي إذا ثبت أنه كان بإمكانه صد الإعتداء بوسيلة أخرى غير ارتكاب تلك الجريمة، ويرى الفقهاء انه إذا كان بإمكان المجنى عليه حماية نفسه بغير الإعتداء عن طريق إنتزاع السلاح مثلا من يد المعتدي فلا مبرر لإرتكاب فعل جرمي^{١٣٠}، وقضت بذلك محكمة التمييز في قراراتها، كما ان المدافع لا يستفيد من عذر الدفاع الشرعي إذا كان بإمكانه الإلتجاء الى السلطة العامة لحمايته من الإعتداء والخطر الموجه ضده وهذا ما اشار إليه صراحة المادة ٤٢ في الفقرة الثالثة منه.

وهناك جدل فقهي بخصوص إمكانية هرب المدافع بدل ارتكاب جريمة فهل يستفيد من عذر الدفاع الشرعي في هذه الحالة؟، أن أكثرية الفقهاء أيدوا المبدأ القائل بأن الهرب مشين والدفاع حق، لذا بإمكان المدافع الإستفادة من الدفاع الشرعي إن قام بصد الإعتداء عن طريق ارتكاب جريمة حتى لو كان بإمكانه الهرب ويستثنى من ذلك بعض الحالات منها هروب الإبن من إعتداء الوالد، او هروب الشخص من الإعتداء الواقع عليه من قبل مجنون او صغير السن^{١٣١}، ويرأينا لا نؤيد هذا لرأي فلا يمكن إباحة ارتكاب أية جريمة تحت ذريعة ان الهرب مشين، كما ان المدافع لا يستفيد من عذر الدفاع الشرعي إذا وجه فعله الى شخص او شيء آخر غير مصدر الخطر، فيجب ان يوجه فعل الدفاع الى شخص المعتدي الذي هو مصدر الخطر^{١٣٢}.

ب- ان يكون فعل الدفاع متناسبا مع فعل الإعتداء/ أن القانون إنما أباح إستعمال القوة للدفاع عن النفس بالقدر الضروري لدرء خطر حال، فيقتضي ان يكون فعل الدفاع الموجه ضد المعتدي متناسبا مع جسامة الخطر الموجه الى المدافع، وتطبيقا لذلك قضت محكمة تمييز العراق بأنه لايجوز للمدافع ان يرد الإعتداء بفعل يؤدي الى الموت إذا كان بإمكانه ردها بفعل لا تؤدي الى الموت^{١٣٣}، كما أن فعل المدافع يجب ان لا يحدث ضرر أشد من الضرر المحتمل من الخطر الواقع، وقضت بذلك محكمة تمييز الإتحادية في قراراتها^{١٣٤}، وهي مسألة موضوعية تتعلق بالوقائع ويفصل فيها قاضي الموضوع مع الأخذ بنظر الإعتبار ظروف الواقعة خصوصا شخصية المدافع وسنه وجنسه والملابس التي احاطت به وقت الإعتداء، ويقول الفقهاء انه يمكن تحديد القدر الضروري من خلال الوسيلة المستعملة والضرر الذي يلحقه المدافع بالمعتدي، وهو أمر نسبي يختلف من واقعة الى أخرى، حيث ان تناسب الوسيلة معناه أن تلك الوسيلة كانت أنسب الوسائل والوسيلة الوحيدة بالنسبة للمدافع ويعتمد في ذلك على

١٢٩ - د. فخري عبدالرزاق الحديثي/ شرح قانون العقوبات القسم العام/ ص ١٦١ والمحقق القضائي/ قيس لطيف كجان/ شرح قانون العقوبات العراقي / ص ١٥٣ و أ.د محمد رشيد حسن الجاف / شرح قانون العقوبات القسم العام / ص ٢٥٦
١٣٠ - قضت محكمة التمييز بأنه تنتهي الدفاع الشرعي إذا أقر المتهم بأنه إلتقط مسدس المعتدي المجنى عليه عند سقوطه وأصبح المجنى عليه عاجزا عن الإعتداء عليه المحقق القضائي . قيس لطيف كجان / شرح قانون العقوبات العراقي / ص ١٥١
١٣١ - منهم: د. جمال إبراهيم / الوافي في شرح أحكام القسم العام من قانون العقوبات / ص ٨٥٥ و د. محمد رشيد حسن / شرح قانون العقوبات القسم العام ص ٢٥٧ و د. حميد السعدي / شرح قانون العقوبات الجديد / الجزء الأول / ص ٣٣٩
١٣٢ - المحامي / محسن ناجي / الأحكام العامة في قانون العقوبات/ ص ٢٥١ / قيس لطيف كجان/ شرح قانون العقوبات العراقي/ ص ١٥٢
١٣٣ - القرار ٢٠٤ في ١٩٧٥/٨/١٤ / محكمة تمييز العراق (أن المدافع اخذ بشروط الدفاع طالما رد الإعتداء بفعل أدى الى موت المعتدي في وقت كان بإمكانه رد الإعتداء بفعل غير مؤدي الى الموت، والقرار ٩٤٩ في ١٩٧٤/٤/١٥ أن المتهم يعتبر متجاوزا حدود الدفاع الشرعي إذا إعتدى المهاجم بالعصا ورد عليه المتهم بالسكين (أ.د محمد رشيد حسن شرح قانون العقوبات القسم العام ص ٢٥٩
١٣٤ - القرار المرقم ٩٦٥٩ في ٢٠١٠/١٠/٢٧ / محكمة تمييز الإتحادية (أن تجاوز الدفاع الشرعي يتحقق إذا أحدث المتهم ضررا يزيد عما يتطلبه حق الدفاع، حيث ان المتهم أطلق النار على المجنى عليه عندما كان يحاول الهرب وأن إصابة المجنى عليه كان من الخلف وبذلك يكون المتهم في حالة تجاوز الدفاع الشرعي) أ.د محمد رشيد حسن / شرح قانون العقوبات القسم العام ص ٢٥٩

معيار الشخص العادي وفق المجرى العادي للأمر والظروف الذي أحاطت به^{١٣٥}، والجدير بالذكر ان فعل الدفاع لا يبيح القتل إلا في حالات معينة نشير إليها في مواضع أخرى من هذا البحث^{١٣٦}.

الفرع الثاني / حالات إباحة القتل في الدفاع الشرعي

أن القانون العراقي بين في المادة ٤٣ و ٤٤ منه حالات القتل العمد التي تعتبر سببا للإباحة، وقد وردت على سبيل الحصر وهي خاصة بحالة ما إذا أدى فعل الدفاع الى موت المعتدي رغم عدم مشروعية فعل القتل بحد ذاته، والأساس القانوني الذي يقوم عليه إباحة القتل في هذه الحالات هو الموازنة بين المصالح المتعارضة، لأن المعتدي بفعله قد هدم حقه في الحياة عند قيامه بالإعتداء على مصالح المدافع لذا ان مصلحة المدافع أولى بالإعتبار من مصلحة المعتدي^{١٣٧}.

وقد اعتبر أكثرية الفقهاء هذه الحالات قيود مقرررة على الدفاع الشرعي نظرا لجسامة فعل القتل وتقسيم الى قسمين، القسم الأول هو الإعتداءات الواقعة على نفس المدافع او غيره، والثانية هي الإعتداءات الواقعة على أموال المدافع او غيره، مما يعني ان القانون لا يفرق بين ما إذا كان الإعتداء واقع على نفس او مال المدافع او على نفس او اموال غيره، ونشرح كلا الحالتين على التوالي

١- الإعتداء الواقع على نفس المدافع او غيره

عالج القانون العراقي هذه الحالة ضمن المادة ٤٣ من قانون العقوبات العراقي^{١٣٨}، وبين الحالات التي يبيح فيها للمدافع ان يقتل المعتدي إذا واجهه خطر على نفسه او نفس الغير، مما يعني ان المدافع يمكنه مواجهة خطر المعتدي في هذه الحالات بإستعمال القوة اللازمة حتى لو أدى ذلك الى قتل المعتدي، وحصرها بثلاث حالات وهي أ/ إذا كان الخطر او فعل المعتدي يخشى منه حدوث جريمة قتل او جراح بالغة، ويقصد من جراح بالغة الوردة في النص هو جراح جسيمة التي لا يخشى منها الموت، ويشترط في هذه الحالة ان يكون لتخوف المدافع من حدوث الموت او جراح بالغة اسباب معقولة ويرجع تقدير ذلك الى محكمة الموضوع حسب ظروف وملابسات الواقعة وتطبيقا لهذه الحاة قضت محكمة تمييز الإقليم بنقض القرار الصادر بإدانة المتهم والحكم بعدم مسؤوليته لأن المتهم واجه خطرا حالا مفاجئا وكان يعتقد ان هذا الخطر يؤدي الى موته^{١٣٩}.

ب/ إذا كان إعتداء المعتدي يشكل جريمة موقعة امرأة او اللواطة بها او بذكرها، فهي من الجرائم التي يباح فيها قتل المعتدي لدفع خطر الإعتداء على عرض المدافع او شرفه او عرض و شرف غيره و إتجهت محكمة التمييز الى الحكم بعدم مسؤولية المتهم عن قتل المجنى عليه الذي كان يروم الإعتداء على شقيقته^{١٤٠}.

١٣٥ - د. فخري عبدالرزاق الحديثي / شرح قانون العقوبات/القسم العام / ص ١٦٤

١٣٦ - د. حميد السعدي / الاحكام العامة في قانون العقوبات / ص ٣٣٩

١٣٧ - د. محمد رشيد حسن الجاف / شرح قانون العقوبات / القسم العام ص ٢٤٨

١٣٨ - المادة ٤٣ من قانون العقوبات العراقي (حق الدفاع الشرعي عن النفس لا يبيح القتل قصدا إلا إذا أريد به دفع احد الامور الآتية)

- فعل يتخوف ان يحدث منه الموت او جراح بالغة إذا كان لهذا التخوف اسباب معقولة

- موقعة امرأة او اللواطة بها او بذكر كرها

- خطف إنسان

١٣٩ - القرار المرقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٢ في ٢٠٠٣/١/١٥ (أن المتهم واجه خطرا حالا ومفاجئا بفعل كان يعتقد انها قد تؤدي الى موته وكان في ظروف لم يسمح له بالجوء الى افراد السلطة العامة لهذا فأن فعله يدخل ضمن نطاق الدفاع الشرعي وقررت نقض الحكم الصادر ضده بالإدانة و الحكم بعدم مسؤوليته)) / أ.د. محمد رشيد حسن / شرح قانون العقوبات القسم العام ص ٢٦٣

١٤٠ - القرار ٧٥٨/جنايات/ ١٩٧٠ في ١٩٧٠/٧/٢٢ صدقت محكمة التمييز القرار الصادر من محكمة أحداث بغداد التي كانت قد قررت براءة المتهم لثبوت كونه في حالة دفاع شرعي عن نفسه وعن عرض شقيقته حيث كان المجنى عليه مختبأ في غرفة شقيقته فإستندت بإدانة المتهم عندما شاهدته وأشار قرار محكمة التمييز الى انه كان على محكمة الأحداث ان تحكم بعدم مسؤولية المتهم لا البراءة لأن اسباب الإباحة تعدم الجريمة فتم التصديق من حيث النتيجة فقط / المحامي محسن ناجي الاحكام العامة في قانون العقوبات ص ٢٥٣

ج/إذا كان المعتدي يروم ارتكاب جريمة خطف إنسان حيث قضت محكمة تمييز العراق بعدم مسؤولية المتهم عن قتل المجنى عليه الذي كان قد خطف ابنة المتهم^{١٤١}، وقد إباح المشرع للمدافع ان يقتل المعتدي في هذه الحالات نظرا لخطورة وجسامة هذه الجرائم^{١٤٢}.

٢-الإعتداء الواقع على مال المدافع او غيره

نصت المادة ٤٤ من قانون العقوبات العراقي على الحالات التي يبيح فيها للمدافع ان يقتل المعتدي وحصرها بأربع حالات^{١٤٣} وهي

أ-الحريق العمد/ إذا كان المعتدي يروم ارتكاب جريمة الحرق العمدي إستنادا للمادة ٣٤٢ من قانون العقوبات فيمكن للمدافع ان يستعمل القوة اللازمة لمنع من ذلك حتى لو أدى ذلك الى قتل المعتدي .

ب/ جنایات السرقة / وهي السرقات التي تقترب بظرف مشدد وتتجاوز عقوبتها خمس سنوات^{١٤٤}.

ج/ الدخول ليلا في منزل مسكون او في أحد ملحقاته ،ويشترط فيه ان يكون المحل مسكونا او معد للسكن وان يكون الدخول ليلا وان يجهل المدافع نية المعتدي من الدخول وتطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز في قرار لها بأن المتهم كان في حالة دفاع شرعي عملا بأحكام الفقرة ٣ من المادة ٤٤ من قانون العقوبات العراقي التي تبيح القتل دفاعا عن المال في حالة دخول المجنى عليه ليلا الى منزل متهم المسكون او احد ملحقاته^{١٤٥}.

د/ فعل يتخوف منه ان يحدث عنه موت او جراح بالغة وهي ذات الحالة المنصوص عليها في المادة ٤٣ ، ويجدر بنا الإشارة هنا الى ان هناك قيد متعلق بحالة الدفاع الشرعي وردت ضمن نص المادة ٤٦ من قانون العقوبات العراقي^{١٤٦}.

وبمقتضى هذه المادة ان حق الدفاع الشرعي لايجيز مقاومة احد أفراد السلطة العامة أثناء قيامه بواجبات وظيفته ولو تخطى حدود وظيفته إن كان حسن النية إلا إذا خيف ان ينشأ عن فعله موت او جراح بالغة وكان لهذا التخوف أسباب معقولة، مما يعني أنه لا يجوز الإحتجاج بالدفاع الشرعي في الافعال الجرمية التي ترتكب ضد أفراد السلطة العامة أثناء قيامه بواجبات وظيفته لأن ما يقوم به هؤلاء تعتبر افعالا مشروعة حتى لو تجاوز

^{١٤١} - القرار ٧٩٧ في ١٩٨٧/٣/٢٩ محكمة تمييز العراق (تتلخص وقائع القضية في أن المجنى عليه قام بأخذ ابنته المتهم عنوة ثم عصب عينها وسحبها الى منطقة خالية بعيدة وأخبرها أنه ينولي الزواج بها وأن المتهم (والدة المتهم) أخذ بندقيته وبدأ يبحث عن المعتدي و ابنته ،وفي محل الحادث وجد شخصا مع طفلة فظن به وأخذ يتبادل إطلاق النار معه فأصابه وأسقطه على الأرض قتيلا وعند إقترايه وجد ان تلك الطفلة هي ابنته المخطوفة فيكون هذا المتهم في حالة دفاع شرعي وفق الفقرة ٣ من المادة ٤٣ من قانون العقوبات فقررت المحكمة الحكم بعدم مسؤوليته عن جريمة قتل المختطف (أ.د. محمد رشيد حسن / شرح قانون العقوبات القسم العام ص ٢٦٤

^{١٤٢} - د. فخري عبدالرزاق / المصدر السابق / ص ١٦٧

^{١٤٣} - المادة ٤٤ من قانون العقوبات العراقي ((حق الدفاع الشرعي عن المال لا يبيح القتل عمدا إلا إذا اريد به دفع احد الامور التالية

- الحريق عمدا

-جنایات السرقة

- الدخول ليلا في منزل مسكون او في احد ملحقاته

- فعل يتخوف ان يحدث عنه الموت او جراح بالغة اذا كان لهذا التخوف اسباب معقولة

^{١٤٤} - قيس لطيف كجان / المصدر السابق / ص ١٥٦

^{١٤٥} - القرار لمحكمة تمييز العراق ٢٧٦ في ١٩٨٦/١٠/١٨ جاء فيه ان المتهم اعترف بأنه هو الذي قتل المجنى عليه لأنه إعتقد بأنه لص حيث شاهد ملثما يحمل بندقية في ساعة متأخرة من الليل داخل داره وان محضر الكشف على جثة القتيل أظهر بأنه كان ملثما وقتل داخل دار المتهم ولم يتوفر اي دليل يكذب ما دفع به المتهم ،لذا فان المتهم كان في دفاع شرعي عملا بأحكام الفقرة ٣ من المادة ٤٤ من قانون العقوبات العراقي التي تبيح القتل دفاعا عن المال في حالة الدخول ليلا الى منزل مسكون او احد ملحقاته (

أ.د. محمد رشيد حسن/ شرح قانون العقوبات القسم العام ص ٢٥٣

^{١٤٦} - لا يبيح حق الدفاع الشرعي مقاومة احد افراد السلطة العامة اثناء قيامه بعمل تنفيذا لواجبات وظيفته ولو تخطى حدود وظيفته ان كان حسن النية إلا إذا خيف ان ينشأ عن فعله موت او جراح بالغة وكان لهذا التخوف اسباب معقولة

حدود وظيفته، شرط ان يكون حسن النية وان لا يخشى من فعله موت او جراح بالغة، وإلا يجوز استعمال حق الدفاع الشرعي ضده^{١٤٧}.

الفرع الثالث / معيار التجاوز في حالة الدفاع الشرعي

أن المدافع إذا خرج عن حدود حقه في الدفاع الشرعي يعد في حالة تجاوز الدفاع الشرعي، والمقصود بالتجاوز في نطاق الدفاع الشرعي هو عدم توفر شرط التناسب بين جسامة فعل الدفاع والخطر الذي يهدد المدافع، ويعد هذا التناسب منتفياً إذا زاد فعل الدفاع عن القدر اللازم لدفع الإعتداء وكانت القوة التي إستعملها تزيد عن الحد الضروري لرد الإعتداء، مما يعني انه في حالة تجاوز الدفاع الشرعي فإن جميع شروط حق الدفاع الشرعي متوفرة ما عدا شرط التناسب المذكور أعلاه^{١٤٨}.

وكما سبق القول انه يشترط للقول بوجود التجاوز في الدفاع الشرعي ان يكون حق الدفاع قائماً بتوفر شروطه بالإضافة الى توفر شرط حسن نية لدى الفاعل بأن لا يقصد المدافع إحداث ضرر أشد مما يستلزمه الدفاع^{١٤٩}، ويفهم ذلك من تعبير نص المادة ٤٥ من قانون العقوبات العراقي^{١٥٠}، مما يعني انه إذا احدث المدافع ضرر اشد لا يتناسب مع الخطر الذي يهدده فيعد متجاوزاً حدود الدفاع، ولو تمعنا في نص المادة التي تعالج أحكام تجاوز الدفاع الشرعي نرى ان هدف المشرع من إعتبار فعل المدافع مباحاً هو ان يقوم بفعل الدفاع في سبيل درء الخطر عن نفسه او ماله او نفس ومال الغير وان لا يتعدى ذلك، وبعبارة أخرى يعتبر متجاوزاً بإحدى صور التجاوز التي سبق وإن تطرقنا إليها في المبحث الاول، وأن تقدير مدى قوة وسيلة الدفاع وجسامة الخطر وإمكانية درءها بوسيلة أخرى أقل عنفاً من عدمه من المسائل الموضوعية التي يرجع في تقديرها الى محكمة الموضوع وتعتمد في ذلك على معيار موضوعي قوامه الشخص العادي إذا تواجد في نفس ظروف المدافع مع الأخذ بنظر الإعتبار الظروف التي أحاطت بالمدافع.

الفرع الرابع / صور التجاوز في حالة الدفاع الشرعي (العمدي و غير عمدي)

من خلال فحوى نص المادة ٤٥ من قانون العقوبات العراقي والإطلاع الى آراء الفقهاء نرى ان لتجاوز حق الدفاع الشرعي ثلاث صور، وهي الصورة العمدية وصورة الخطأ الغير العمدي، وفي الصورة الثالثة يكون الخطر وهمياً في ذهن المدافع^{١٥١}، رغم ان بعض من الفقهاء يفرقون بين التجاوز في صورة الخطأ و التجاوز في صورة الإهمال ولا يتطرقون الى حالة (الخطر الوهمي)^{١٥٢}، وسوف نتطرق الى هذه الصور

١- التجاوز العمدي / يتحقق التجاوز العمدي عند إدراك المدافع مدى الخطر الذي يواجهه وجسامة وسيلة الدفاع الذي يستخدمه لدرء الخطر وبإمكانه استخدام وسيلة أخرى أقل جسامة إلا أنه يعتمد استخدام قوة يفوق جسامة ذلك الخطر، ففي هذه الحالة يسأل المدافع مسؤولية عمدية عن الجريمة التي يرتكبها ضد المعتدي^{١٥٣}، كما لو كان

١٤٧ - د. جمال إبراهيم الحيدري / الوافي في شرح احكام القسم العام من قانون العقوبات / ص ٨٦٥

١٤٨ - المحامي محسن ناجي / الاحكام العامة في قانون العقوبات / ص ٢٦١

١٤٩ - د. جمال إبراهيم الحيدري / الوافي في شرح احكام القسم العام من قانون العقوبات / ص ٨٧٠

١٥٠ - نص المادة (لا يبيح حق الدفاع الشرعي إحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع وإذا تجاوز المدافع عمداً أو إهمالاً حدود هذا الحق أو إعتقد خطأً أنه في حالة دفاع شرعي فإنه يكون مسؤولاً عن الجريمة التي ارتكبها وإنما يجوز للمحكمة في هذه الحالة ان تحكم بعقوبة الجنحة بدل الجنائية وان تحكم بعقوبة المخالفة بدل عقوبة الجنحة)

١٥١ - د. فخري عبدالرزاق الحديثي / المصدر السابق / ص ١٧٣ و د. حميد السعدي / المصدر السابق ص ٣٤٣

و قيس لطيف كجان / المصدر السابق ص ١٦٠

١٥٢ - المحامي محسن ناجي / الاحكام العامة في قانون العقوبات / ص ٢٦٢

١٥٣ - الوافي في شرح القسم العام من قانون العقوبات / د. جمال إبراهيم الحيدري / ص ٨٧٠ و المحامي محسن ناجي / الاحكام العامة في قانون العقوبات / ص ٢٦٢

الإعتداء واقعا بعضى لا يحدث الموت او جراح بالغة فعمد المدافع على صد الإعتداء بمسدس، وتطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز (بأنه يقتضي تخفيف عقوبة المتهم الى ٥ سنوات لكون المتهم كان في حالة تجاوز الدفاع الشرعي بموجب ظروف وملابسات الواقعة^{١٥٤}).

وتحديد فيما إذا كان التجاوز عمديا من عدمه يستنتج من وجود إدراك وعلم من الفاعل بأنه يستخدم وسيلة أعنف مما هو ضروري لدرء خطر الإعتداء مع علمه بإمكانيته درء الخطر بوسيلة أقل عنفا^{١٥٥}، وقضت محكمة تمييز الإقليم في إحدى قراراتها بنقض القرار الصادر من محكمة الاحداث القاضي بعدم مسؤولية المتهم إذا كان بإمكانه الخلاص بنفسه دون اللجوء الى ارتكاب جريمة القتل، مما يعني انه أحدث ضررا أشد فيما يستلزمه حق الدفاع عن شرفه وانه تجاوز عمدا او إهمالا حدود هذا الحق أو اعتقد خطأ انه في حالة دفاع شرعي فإنه يكون مسؤولا عن الجريمة التي ارتكبتها، لذا تقرر نقض قرار محكمة احداث السليمانية وإعادة الدعوى الى محكمتها بغية إعادة المحاكمة مجددا وإدانته وفق المادة ٤٠٥ من قانون العقوبات و فرض التدبير المناسب عليه إستدلالا بالمادة ٤٥ من قانون العقوبات^{١٥٦}

٢- التجاوز الغير العمدي (خطأ او إهمال)

في هذه الحالة فإن تجاوز المدافع يكون نتيجة خطأ غير عمدي فيخطيء في تقدير جسامة الخطر المحقق به او يخطيء في تقدير فعل دفاعه بحسن نية كما ان ما يلحقه من أذى او ضرر بالمعتدي يفوق القدر الملائم لدرء الخطر، بمعنى آخر يقدر جسامة الخطر وفعل الدفاع بصورة غير صحيحة نتيجة خطأ او إهمال برغم إمكانيته القيام بالتقدير الصحيح^{١٥٧}، ويقول الأستاذ محسن ناجي بأن الخطأ في التجاوز يقع عندما يعتقد المدافع انه في حالة الدفاع الشرعي رغم انه لم يكن كذلك^{١٥٨}، ولا نؤيد هذا الرأي بشكل مطلق لأنه إذا كان إعتقاد المدافع مبني على أسباب غير معقولة فلا يمكن التسليم بوجود الإباحة حينها وبالتالي لا وجود لتجاوز الإباحة ويسأل الفاعل مسؤولية كاملة، على الرغم من صحة هذا الرأي إن كان إعتقاد المدافع مبني على أسباب معقولة.

٣-التجاوز بسبب الإعتقاد الخاطيء (الخطر الوهمي)

في هذه الحالة فإن المدافع وبحسن نية يعتقد انه يواجه خطرا حالا من جريمة على الرغم من عدم وجود ذلك الخطر، وفي سبيل ان يأخذ ذلك الخطر الوهمي حكم الخطر الحقيقي يشترط أن يكون وقوع المدافع في تلك الحالة من الوهم مبني على أسباب معقولة، وأن ظروف وملابسات الواقعة أدت الى ان يتوهم انه في حالة خطر حقيقي وهذا ما أشارت إليه المادة ٤٢ من قانون العقوبات العراقي^{١٥٩}، كما لو كان المدافع جالسا في مكان ويرى شخص

^{١٥٤} - (وجد أن المحكمة أصدرت قرارها بإدانة المتهم وفق احكام المادة ٤٠٥ من قانون العقوبات والحكم عليه بالسجن لمدة ١٥ سنة مع ان الشجار كان قد حصل بين المتهم من جهة و بين المجنى عليه و نوبه من جهة أخرى وتأييد بالتقرير الطبي إصابة المتهم بسحجات و جروح في مواضع من جسمه كما ثبت ان المجنى عليه هو الذي بادر الى ضرب المتهم بعضا كان يحملها بعد ذلك قام المتهم بطعنه بسكين طعنة واحدة ثم هرب محتما بدار شخص ثالث خشية الإعتداء عليه من ذوي المجنى عليه الذين كانوا في محل الحادث لذا تكون الإدانة وفق المادة ٤٠٥ صحيحة وافق للقانون وحيث ان المجنى عليه هو الذي بدأ الإعتداء متخذاً من أفراد أسرته حماية له فيكون للمتهم الحق في دفع الإعتداء عليه إلا أنه تجاوز هذا الحق عمدا ،لذا تقرر تخفيف عقوبته الى السجن ٥ سنوات و شهر واحد) / قيس لطيف كجان / المصدر السابق ص ١٦١

^{١٥٥} -قضت محكمة التمييز في القرار المرقم ٣٠٨٩١٩٧١ المؤرخ ١٩٧٢/٢/٩ (بأنه يكون المتهم في حالة تجاوز الدفاع الشرعي عن النفس إذا أطلق النار وقتل المجنى عليه الذي إستفزه بعضا غليظة) /د. جمال إبراهيم الحيدري / المصدر السابق / ص ٨٧١

^{١٥٦} - قيس لطيف كجان / شرح قانون العقوبات العراقي ص ١٦٣

^{١٥٧} - د. جمال إبراهيم الحيدري/ الوافي في شرح أحكام القسم العام من قانون العقوبات / ص ٨٧٢

و قيس لطيف كجان/ شرح قانون العقوبات العراقي ص ١٦٠

^{١٥٨} - المحامي محسن ناجي الاحكام العامة في قانون العقوبات / ص ٢٦٣

^{١٥٩} - أ. م. د. محمد رشيد حسن الجاف/ شرح قانون العقوبات / القسم العام / ص ٢٦٨

قريب منه يخرج سكيناً فينوههم بأنه يريد به شراً، فيقوم بضرب الشخص رغم عدم صحة ذلك الإعتقاد وأنه يريد استخدام السكين لغرض شخصي.^{١٦٠}، حيث تبنت محكمة تمييز العراق المبدأ القائل بضرورة تخفيف عقوبة المتهم عملاً بأحكام المادة ٤٥ من قانون العقوبات عند وقوع المتهم في حالة وهم بوجود خطر على حياته^{١٦١} (إذا اعتقد المتهم خطأ بقيام حالة الدفاع الشرعي بسبب مطاردة المتهمين له ينبغي تخفيف عقوبته، كما قضت محكمة تمييز الاتحادية بتصديق قرار محكمة جنايات صلاح الدين المرقم ٢٦٤/ ٢٠٠٩/ المؤرخ ٢٢/١١/٢٠٠٩ القاضي بإدانة المتهم والحكم عليه بالحبس البسيط لمدة ستة أشهر وفق المادة ٤٠٦ / ١ / ز عقوبات بدلالة م ٤٥ منه لأنه بموجب الوقائع الثابتة في القضية تبين ان المتهم كان في اعتقاد انه في حالة دفاع شرعي عن المال وأن اعتقاده كان مبنياً على اسباب معقولة^{١٦٢}

المطلب الرابع / أثر التجاوز في أسباب الإباحة على العقوبة

سبق وإن بيننا بأن تجاوز الدفاع الشرعي تترتب عليه مسؤولية الفاعل مسؤولية كاملة ويسأل عنها بحسب صورة الجريمة المرتكبة فيما إذا كانت عمدية او غير عمدية ، إلا أن القانون قد وسع من حرية المحكمة عند تقدير العقوبة وتعتبر التجاوز في أسباب الإباحة ظروف قضائية مخففة يجوز للمحكمة ان تحكم بعقوبة الجنحة بدل الجناية وان تحكم بعقوبة المخالفة بدل الجنحة^{١٦٣}، حيث قررت محكمة التمييز في إحدى قراراتها جواز الحكم بعقوبة الجنحة إذا كانت الجريمة جناية عندما يتجاوز المتهم حدود الدفاع الشرعي^{١٦٤}. والجدير بالذكر أن توفر إحدى هذه الصور في أية واقعة لا يغير من وصف الجريمة، فالجناية تبقى جناية والجنحة تبقى جنحة، كما يجوز للمحكمة ان تحكم بالعقوبة الأصلية إذا كان التجاوز كبيراً لا يغتفر^{١٦٥}، إلا أن محكمة التمييز تميل للتخفيف الى الباعث الشريف في حالة التجاوز في أداء الواجب بإعتبار أن الموظف الذي يؤدي واجبا فيتجاوز بحسن نية حدود واجبه بناء على مقتضيات المصلحة العامة وخوفه من المسؤولية بالإستناد الى م ٢٨ من قانون العقوبات مرة وفي المرة الثانية تستند الى م ١٣٠ منه^{١٦٦}، فقررت في إحدى قراراتها ((ان الفاعل الشرطي لم يكن في حالة يتمكن معها تقدير دقة الموقف إذ كان يخاف مما كان يتخذ بحقه في حالة هروب المقبوض عليه والظاهر انه كان يعتقد ان إطلاق إطلاق النار من واجبه ولم يقدر نتاج ما أقدم عليه وكل ذلك يعتبر عذراً مخففاً يستوجب تطبيق المادة ١٣٠ من قانون العقوبات^{١٦٧}، وفيما يتعلق بإستنتاج وجود الإباحة من عدمه او تحقق التجاوز فيه من عدمه فإن هذه المسائل تتعلق بالوقائع وتدخل ضمن السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع شرط ان تبين

١٦٠ - د. حميد السعدي / شرح قانون العقوبات الجديد / ص ٣٤٤

١٦١ - (إذا اعتقد المتهم خطأ بقيام حالة الدفاع الشرعي بسبب مطاردة المتهمين له وهم يحملون أسلحتهم فذلك يقتضي تخفيف عقوبته عملاً

بأحكام المادة ٤٥ من قانون العقوبات. أ. د. محمد رشيد حسن / شرح قانون العقوبات / القسم العام / ص ٢٦٩

١٦٢ - وقائع القضية تلخصت في انه في ليلة الحادث كان هناك قوة عراقية وأمريكية مشتركة تقوم بالتفتيش للقبض على متهمين ، وأثناء ذلك تعرضت القوة الى هجوم بالقاء رمانة عليهم اسفرت عن وفاة احد الجنود و إصابة آخر وقد تأيد بموجب الوقائع و شهادات المصابين وإفادة المتهم الذي أفاد بان أحد أقربائه أخيره بوجود اشخاص قرب محله يرومون سرقة فقام بإخراج بنديته وذهب الى سطح داره فوجد اشخاص قرب محله لم يتمكن من تشخيصهم فأطلق عليهم النار وتعرض الى إطلاق نار كثيف عليه من قبلهم وتعرز اقواله بالكشف على محل الحادث، كما ثبت بأنه تزامن فعل المتهم مع قذف القوة الأمريكية برمانة بدوية كما تبين انه كان يعتقد انه في حالة دفاع شرعي عن ماله وان اعتقاده هذا كان مبنياً على أسباب معقولة ،حيث كان الوقت ليلاً و التيار الكهربائي منقطع وان المجنى عليهم كانوا واقفين امام محل المتهم الذي كان قد تعرض للسرقة مرات سابقة كل هذه الوقائع تؤكد انه كان في حالة دفاع شرعي إلا أنه تجاوز هذا الحق ،/ قيس لطيف كجان / شرح قانون العقوبات العراقي / ص ١٦٤

١٦٣ - د. فخرى عبدالرزاق الحدبثي شرح قانون العقوبات/ص ١٧٣.د.محمد رشيد حسن/شرح قانون العقوبات /القسم العام/ص ٢٦٩ و

د.علي حسين خلف/د. سلطان الشاوي /المبادئ العامة في قانون العقوبات/ص ٢٨٣ ، والمحامي محسن ناجي /ص ٢٦٢ .

١٦٤ - القرار المرقم ٨٥٤ /جنايات / ٩٧٠ / المؤرخ ٢٥/٦/ ١٩٧٠ ، المحامي محسن ناجي / الاحكام العامة في قانون العقوبات ص ٢٦٣

١٦٥ - قيس لطيف كجان / شرح قانون العقوبات العراقي / الطبعة الجديدة ٢٠١٩ / ص ١٦٠

١٦٦ - د. جمال إبراهيم / مكتبة السنهوري / الطبعة الاولى / بيروت ٢٠١٢ ص ٧٧٣

١٦٧ - القرار المرقم ١٤١ / ١٩٧٠ / النشرة القضائية نيسان ١٩٧١ ص ٢٦٥

المحكمة في حكمها الظروف والوقائع التي استنتجت منها وجوده ليتسنى لمحكمة التمييز ان تراقب ما إذا كانت تلك الشروط والأركان متوفرة ام لا، حيث لها حق الرقابة عليها من خلال الوقائع الثابتة في الحكم فإن كانت متناقضة مع الوقائع تعين نقض الحكم^{١٦٨}. فقضت محكمة تمييز الإقليم بأنه (يجب التأكد من توفر شروط الدفاع الشرعي في فعل المتهم وفق أحكام المادة ٤٥ من قانون العقوبات)^{١٦٩}، ونرى ان الفقهاء بينوا بأن على صاحب الحق ان يستعمله لتحقيق غاية المشرع، فإن خرج بوسيلته عن هذا الغرض وإستهدف غرضاً آخر يكون سيء النية وتنهض مسؤوليته الجزائية على حسب ما إذا كان عمداً او إهمالاً^{١٧٠}، وأن تقدير ما إذا كان خروج الفاعل عن الهدف عمدياً ام بناء على خطأ في تقدير الوقائع من عدمه او نتيجة الإهمال من المسائل الموضوعية التي يعود تقديرها الى محكمة الموضوع، وتختلف من حالة الى أخرى حسب نوعية الحق و شروطه، لذا لا يمكن تحديد صورة التجاوز الغير العمدي بشكل دقيق. وتبقى لمحكمة التمييز حق الرقابة القانونية على تقديرات المحكمة للتناسب الموجود بين فعل الدفاع والإعتداء^{١٧١}. وحسب إتجاه محكمة التمييز فانه لمحكمة الموضوع ان تطبق أحكام م ١٣٠ من ق.ع في حالة تجاوز الدفاع الشرعي بدلا من المادة ٤٥، وفي هذا السياق قضت محكمة التمييز بضرورة تخفيف عقوبة المتهم إذا اعتقد خطأ بقيام حالة الدفاع الشرعي بسبب مطاردة المتهمين له وهم يحملون أسلحتهم، كما قضت بأن (عقوبة الحبس الشديد لمدة سنة واحدة مع إيقاف التنفيذ عقوبة خفيفة لا تتناسب مع جريمة قتل عمدي ارتكب تجاوزاً لحق الدفاع الشرعي)^{١٧٢}

الخاتمة

في ختام بحثنا وبعد أن تعرفنا على موقف القانون العراقي من مسألة التجاوز في أسباب الإباحة وبعد عرض الآراء الفقهية والتطبيقات القضائية المتعلقة بهذه المسائل يتعين علينا ان نعرض نتائج بحثنا بخصوصها عن طريق عرض الإستنتاجات اولا من ثم تقديم الحلول و التوصيات الضرورية بشأنها

اولا / الإستنتاجات /

١- تبين لنا ان قانون العقوبات العراقي وأكثرية الفقهاء لم يطرُقوا الى الأحكام الخاصة بتجاوز حالتها الواجب وإستعمال الحق، لذا وإستنادا لقاعدة الأصلح للمتهم يمكن تطبيق أحكام تجاوز الدفاع الشرعي على حالات تجاوز

١٦٨ - د. جمال إبراهيم الحيدري / الوافي في شرح أحكام القسم العام من قانون العقوبات / ص ٨٧٤
 ١٦٩ - القرار ٤٦٦ / هـ.ج. ٢ / ٢٠١٥ / ١١ / ٢٠١٥ أن المحكمة أدانت المتهم عن تهمتين كل منها وفق المادة ٤٠٥ / ٣١ من قانون العقوبات عن الشروع في قتل كل من () والحكم عليه عن كل تهمة بدلالة المادة ٤٥ من قانون العقوبات، و ان تلك القرارات قد بنيت على خطأ في تطبيق القانون لان المحكمة إعتبرت المتهم عند قيامه بالإعتداء على المشتكبين في حالة دفاع شرعي وعند فرض العقوبة إعتبرته متجاوزا من خلال الإستدلال بالمادة ٤٥ من قانون العقوبات دون بيان الأسانيد الواقعية لقيام حالة الدفاع الشرعي من خلال التحقيق عن شروطه إبتداء و إنتهاء بالتجاوز الذي يحصل من خلال عدم التوازن بين فعل المدافع و الخطر الذي يواجهه وان المحكمة لم تتطرق الى الوقائع المتحصلة وهل انها مطابقة لمتطلبات و شروط المادة ٤٥ لأن الثابت من وقائع الدعوى والأدلة المتحصلة فيها ان المتهم لم يكن في حالة دفاع شرعي، لذا تقرر نقض كافة القرارات الصادرة القاضي د. محمد عبدالرحمن السليفاني قيسات من أحكام القضاء/ ص ٤٨٥
 ١٧٠ - د. جمال إبراهيم الحيدري / الوافي في شرح أحكام القسم العام من قانون العقوبات ص ٨٠٥
 ١٧١ - د محمد رشيد حسن الجاف / شرح قانون العقوبات القسم العام/ ص ٢٦٨
 ١٧٢ - القرار ١١٢٥ / جنابات / ٩٧٣ المؤرخ ١٣ / ٨ / ١٩٧٣ / و القرار ٢٧٦٤ / جنابات / ٧٢ المؤرخ ١٥ / ١١ / ١٩٧٢ د . جمال إبراهيم الحيدري / الوافي فر شرح أحكام القسم العام من قانون العقوبات / ص ٨٧٣

أداء الواجب وإستعمال الحق ، وفي هذه الحالة ان القياس المذكور لا يشكل خرقاً لمبدأ قانونية الجرائم والعقوبات لانها لا تؤدي الى خلق جرائم او عقوبات لم يرد بشأنها نص .

٢- ينبغي توفر الشروط المنشئة للإباحة او لا من ثم ينشأ ما يسمى تجاوز سبب الإباحة بعد توفر شروطها فلا يمكن تصور وجود تجاوز في أسباب الإباحة مالم يوجد الإباحة ذاتها، لذا على المحاكم عند التطبيق ان تراعي هذه المسألة

٣- على الرغم من ان أكثرية الفقهاء خلصوا الى ان تجاوز أسباب الإباحة تعتبر ظروف قضائية مخففة، إلا اننا نعتبرها وبكافة صورته ذو طبيعة خاصة مختلفة عن الأعدار القانونية والظروف القضائية المخففة، لأنها من جهة غير منصوص عليها قانوناً ومن جهة أخرى لا تلزم القضاء بتخفيف العقوبة في كل الاحوال وإنما تعطي سلطة تقديرية للقاضي في التخفيف من عدمه وقد يحكم بالعقوبة الاصلية في بعض الحالات دون التخفيف.

٤- تبين لنا من خلال البحث بأن لكل سبب من اسباب الإباحة حدود يقف عندها الإباحة ويبدأ خارج تلك الحدود مايسمى بالتجاوز، وينفرد كل سبب بحدوده الخاصة ويختلف عن غيره، ولا يوجد معيار عام شامل يمكن تطبيقه على كافة أسباب الإباحة، لذا يجب وضع معيار محدد تبعاً لكل سبب من اسباب الإباحة، مع الأخذ بنظر الإعتبار الظروف الشخصية والموضوعية لكل حالة و الملابس المحيطة بكل واقعة على حدة.

٥- ان تجاوز اسباب الإباحة إما يكون بحسن نية او بسوء نية، الحالة الاولى لها صورتين، عمدية وغير العمدية في صورة الخطأ او الإهمال، اما الحالة الثانية تعتبر خارجة عن نطاق الإباحة ولا مجال للقول بوجود تجاوز في الإباحة فيها ويعتبر تعسفاً في إستعمال الحق .

٦- على المحاكم ان تدقق تفاصيل الواقعة بدقة للقول بوجود سبب للإباحة من عدمه وكذلك عند وقوع التجاوز فيها، وعليها ان تتحقق من مسالة حسن او سوء النية بجدية، فالحالة الثانية لا تدخل ضمن نطاق الإباحة او التجاوز فيها.

٧- ان دور محكمة التمييز في مجال اسباب الإباحة والتجاوز فيها دور رقابي على السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع التي لها ان تستنتج من ظروف ووقائع القضية وجود إباحة او التجاوز فيه من عدمه ، كما ان لها دور رقابي في صحة تطبيق القانون من قبل محكمة الموضوع .

٨- تبين لنا من خلال البحث قلة التطبيقات القضائية المتعلقة بتجاوز الموظفين لواجباتهم وان أكثرية القرارات المتعلقة بإباحة أفعالهم، كما تبين لنا صعوبة تطبيق التجاوز الغير العمدي على حالة أداء الواجب كسبب للإباحة، ونظراً لضيق الوقت لم نتمكن من الخوض في هذه المسألة بدقة .

ثانياً / التوصيات

١- بما ان التشريع العراقي لم تنطرق الى احكام مسألة التجاوز في أداء الواجب وإستعمال الحق، نقترح وضع نصوص عامة شاملة تعالج هذه المسألة في قانون العقوبات بشكل عام بحيث تطبق على جميع حالات التجاوز في أسباب الإباحة.

٢- نقترح معالجة التعويض والمسؤولية المدنية في نطاق اسباب الإباحة، فإنتفاء الصفة الجرمية للفعل لتوفر سبب من أسباب الإباحة يؤدي الى ضياع الكثير من الحقوق رغم تحقق عناصر التعويض من خطأ و ضرر وعلاقة سببية، خصوصاً عند وقوع التجاوز في هذه الحالات وبالأخص في صورته العمدية.

٣- ينبغي على محكمة التمييز ان تجتهد لوضع مبادئ متعلقة بمسألة التجاوز في أسباب الإباحة لوضع معيار شامل تسترشد بها المحاكم لضمان إستقرار القضاء في تلك المسائل لعدم معالجتها ضمن قانون العقوبات .

٤- برأينا المتواضع أن عدم الإشارة في نص المادة ٤٠ من قانون العقوبات الى صورة تجاوز الموظف العمدي في الأفعال التي ترتكب من قبله إذا كان القانون لا يسمح له بمناقشة الأمر الصادر إليه يعتبر نقصا تشريعيًا ينبغي معالجته، لأنه قد تعرض على القضاء هكذا حالات التي قد تؤدي تطبيق النص الى إفلات مجرمين من العقاب وضياع حقوق الافراد .

وبذا وصلنا الى ختام بحثنا راجيين ان نكون قد أضفنا ولو القليل من المعلومات الى المسائل المتعلقة بتجاوز أسباب الإباحة ومن الله التوفيق

_____ انتهى _____

قائمة المصادر

أولا / الكتب

- ١- أ.م.د. محمد رشيد حسن الجاف/شرح قانون العقوبات/ القسم العام/ مطبعة يادكار/ الطبعة الأولى/ ٢٠١٧
- ٢- د. جندي عبدالملك/ الموسوعة الجنائية / الجزء الأول/ مكتبة العلم للجميع ٢٠٠٤-٢٠٠٥
- ٣- د. حسين بني عيسى و د. خلدون قندح و الأستاذ على طوالبه/ شرح قانون العقوبات/ القسم العام / الإشتراك الجرمي والنظرية العامة للجزاء/ دار وائل للنشر/ الطبعة الاولى / ٢٠٠٢
- ٤- د. حميد السعدي / شرح قانون العقوبات الجديد / الجزء الاول / مطبعة المعارف / ١٩٧٠ .
- ٥- د. عبدالواحد كرم / معجم المصطلحات القانونية / دار الكتب القانونية / الطبعة الأولى / ١٩٩٥
- ٦- د.علي حسين الخلف و د. سلطان عبدالقادر / المبادئ العامة في قانون العقوبات/العاتك لصناعة الكتاب/ بغداد
- ٧- د. فخري عبدالرزاق الحديثي / شرح قانون العقوبات/ القسم العام/ المكتبة القانونية / الطبعة الثانية ٢٠٠٧
- ٨- د. قيس لطيف كجان التميمي /شرح قانون العقوبات الجديد بقسميه العام والخاص/ الطبعة الجديدة/ ٢٠١٩
- ٩- د. محمد صبحي نجم/قانون العقوبات/القسم العام/ النظرية العامة للجريمة/ دار الثقافة للنشر والتوزيع/ الطبعة الثالثة/ عمان / ١٩٩٦
- ١٠- د.جمال إبراهيم الحيدري/ الوافي في شرح أحكام القسم العام من قانون العقوبات/ الطبعة الأولى / ٢٠١٢
- ١١- د.محمد أحمد المشهداني/ شرح قانون العقوبات/ القسم الخاص في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية/ الطبعة الأولى / عمان / ٢٠٠١

- ١٢- المحامي أسامة إسماعيل عجروش/ قانون العقوبات/ منشورات زين الحقوقية/ بيروت / الطبعة الثالثة ٢٠١١
- ١٣- المحامي محسن ناجي/ الاحكام العامة في قانون العقوبات /مطبعة العاني / الطبعة الاولى ١٩٧٤ .
- ١٤- د.فائق الجوهري / المسؤولية الطبية في قانون العقوبات / دار الجوهري للطباعة / مصر ١٩٥١
- ١٥- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩

ثانيا/ المراجع القضائية

- ١- سلمان البيات / القضاء الجنائي العراقي / الجزء الثالث / قانون العقوبات البغدادي / ١٩٤٩
- ٢- فؤاد زكي عبدالكريم مجموعة أهم المبادئ والقرارات لمحكمة تمييز العراق/مبوية حسب قانون العقوبات/ ١٩٨٢
- ٣- القاضي الدكتور محمد عبدالرحمن السليفاني /قبسات من أحكام القضاء / الطبعة الاولى ٢٠١٧
- ٤- القاضي محمد مصطفى محمود/ الجديد في قضاء محكمة تمييز إقليم كردستان القسم الجزائي/ الطبعة الأولى ٢٠٢٠

ثالثا/ بحوث ومقالات

- ١- بحث بعنوان التجاوز في الإباحة للطالبة سامية عبدالرزاق لنيل درجة الماجستير في القانون الجنائي جامعة بغداد ٢٠٠٥
- ٢- بحث بعنوان تجري التعسف في إستعمال الحق / أطروحة دكتوراه للطالب عمر فخري عبدالرزاق الحديثي /جامعة بغداد / ٢٠٠٥
- ٣- مقالة للمؤلف عمر السعودي منشور في <http://ae.linkedin.com> بتاريخ ٦ مايو ٢٠٢٣