



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة بابل
كلية القانون

مبدأ حسن النية وأثره في العقاب
دراسة مقارنة

رسالة تقدمت بها
الطالبة دلال لطيف مطشر الزبيدي
إلى مجلس كلية القانون جامعة بابل
وهي جزء من متطلبات درجة الماجستير في القانون العام

بإشراف
الدكتور محمد علي سالم
أستاذ القانون الجنائي المساعد

2009م

1430 هـ

Ministry of High Education
& Scientific Research
Babil University
College of Law

Principle of Good Will & Its Effect on Penalty

A Comparative Study

A Thesis Submitted
to the Council of College of Law/ Babil University as a
partial fulfillment for M.A. Degree in Public Law,

By

Dalal Lateef M. Al-Zubaidy

Supervisor

Dr. Mohammed Ali Salim
Assist- Prof of Criminal Law.

2009 A.D.

1430 A.H.

إقرار المشرف

أشهد بأن الرسالة الموسومة بـ (مبدأ حسن النية وأثره في العقاب – دراسة مقارنة) والمقدمة من الطالبة (دلال لطيف مطشّر الزبيدي) قد جرت تحت إشرافي في كلية القانون في جامعة بابل، وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون العام.

التوقيع:

الإسم: أ.م.د. محمد علي سالم

بناء على التوصيات المقدمة أرشح هذه الرسالة للمناقشة.

التوقيع:

الإسم: أ.م.د. هادي حسين الكعبي

معاون العميد للدراسات العليا والشؤون العلمية

التاريخ 2009 / /

قرار لجنة المناقشة

نحن أعضاء لجنة المناقشة نشهد بأننا قد اطلعنا على رسالة الماجستير الموسومة بـ (مبدأ حسن النية وأثره في العقاب – دراسة مقارنة) المقدمة من قبل الطالبة (دلال لطيف مطر الزبيدي) وقد ناقشنا الطالبة في محتوياتها وكل ما له علاقة بها، ونقر بأنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون العام.

التوقيع:
الإسم: أ.م.د. إسراء محمد علي سالم
عضواً

التوقيع:
الإسم: أ.م.د. حسون عبيد هجيج
عضواً

التوقيع:
الإسم: أ.م.د. كاظم عبد الله الشمري
رئيساً

التوقيع:
الإسم: أ.م.د. محمد علي سالم جاسم
عضواً ومشرفاً

صدّقت من قبل مجلس كلية القانون بجامعة بابل.

التوقيع:
الإسم: د. منصور حاتم محسن
عميد كلية القانون / جامعة بابل

الإهداء

إلى من قال عنهم تبارك وتعالى في كتابه العزيز:

﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا
وَحَمَلُهُ وَفَصَالَهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾

الأحقاف (15)

وإلى

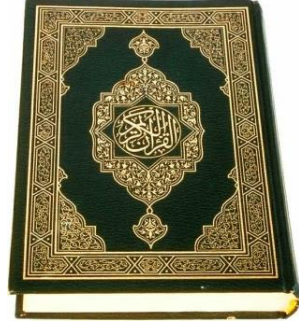
﴿الصَّابِرِينَ وَالصَّادِقِينَ وَالْقَاتِلِينَ الْمُتَّقِينَ وَالْمُسْتَغْفِرِينَ بِالْأَسْحَارِ﴾

آل عمران (17)

أهدي هذا الجهد المتواضع

الباحثة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



قُلْ إِنْ تَخْضَعُوا فِي صُدُورِكُمْ أَوْ تُبْذَرُوهُ يُعَلِّمُهُ اللَّهُ وَيَعْلَمُ مَا فِي

السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَاللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ❁

يَوْمَ تَجِدُ كُلُّ نَفْسٍ مَا عَمِلَتْ مِنْ خَيْرٍ مُحْضَرًا وَمَا عَمِلَتْ مِنْ سُوءٍ تَوَدُّ لَوْ

أَنَّ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ أَمَدًا بَعِيدًا وَيُحَذِّرُكُمْ اللَّهُ نَفْسَهُ وَاللَّهُ مَرُءٌ وَفٍ بِالْعِبَادِ

صَدَقَ اللَّهُ الْعَلِيِّ الْعَظِيمُ

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على اشرف الخلق أجمعين محمد ﷺ وعلى اله الطيبين الطاهرين... أما بعد فإن المتدبر لإحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها في الأعمال يجد أن مبدأ حسن النية من المبادئ المهمة التي يتوقف عليها مشروعية العمل لذلك فإن جل الأعمال المعتمدة في نظر الشرع لا بد أن تكون وراءها نية حسنة فوجود النية وحسنها شيء أساسي لوجود العمل وصحته لأنها معيار لقياس عمل الإنسان بل إنها قد تصل إلى مقام الأفضلية من العمل لقول رسول الله ﷺ: (نية المؤمن خير من عمله) لأن العمل رياء المخلوقين والنية خالصة لرب العالمين فيعطي عز وجل على النية ما لا يعطيه على العمل قال رسول الله ﷺ: (يبلغ المرء بنيته ما لم يبلغه بعمله).

ومع هذا فإن النية في العمل لا بد من اقترانها بمعيار آخر وهو المعيار الموضوعي والذي يمثل التصرف الظاهري للعمل لكي يكمل المعياران بعضهما بعضاً من خلال اتحاد الباطن مع الظاهر، السر مع العلن ليصبح حينئذ مبدأ حسن النية صالحاً لأداء وظائفه والقيام بمهامه والمتمثلة في حماية الشخص حسن النية.

أما على صعيد القانون الوضعي فإن مبدأ حسن النية يعد أيضاً من المبادئ المهمة لأنه مبدأ فسيح المدى واسع النطاق يتسع ليشمل جميع فروع القانون لاختلاف الدور الذي يؤديه فيها لأن موضوعه أعظم من أن يقف عند مجال معين وأرحب من أن يرد قاصراً مبتسراً. ومن هنا فإن دور الباحث يتجلى في إظهار ماهية هذا المبدأ وشروطه والأثر المترتب عليه في حالة تحققه أو انتفائه من خلال نظرية عامة تجمع شتاتته وتلم جزئياته المتناثرة تحت مبدأ شامل في القانون الجنائي الموضوعي.

أولاً: أهمية البحث:

الأصل في الإنسان حسن النية لذا يتوقع المشرع في ضوء ذلك أن تستخدم الحقوق في ظل غاياتها المحددة شرعاً وقانوناً، فالقانون عندما يعترف للأفراد بالحقوق ويحميها في ذات الوقت إنما يفعل ذلك لحكمة وغاية وهذه الحكمة هي الإطار الذي ينبغي أن تتحرك داخل كل حق وإلا تعرض الفرد للمسؤولية الجزائية إذا سعى لتحقيق غايات أخرى غير مشروعة تحت ستار الغاية الحقيقية للحق، ومن هنا فقد يواجه القضاء صعوبة إدراك النوايا أياً كانت حسنة أم سيئة لأنها حالة ذهنية ذاتية مضمرة في أعماق النفس لا يعرفها أحد سوى صاحبها فضلاً عن أن العلامات الخارجية وإن توافرت فإنها قد لا تكفي لإثبات ما تنطوي عليه النفس باعتبارها الحقيقة المطلقة علاوة على ذلك فقد يسبب الأخذ بالنوايا المجردة الظلم والتعسف اتجاه ذويها ما دامت في حالتها المعنوية حبيسة الصدر لم تظهر إلى الحيز الخارجي ومثال على ذلك نية السرقة فإنها مهما كانت واضحة لا تغني عن ضرورة فعل السرقة أو على الأقل الشروع فيها لأنها ربما تكون مجرد وسوسة أو أفكار غير مستقرة أوحث بها ثورة الانفعال، وإزاء كل ذلك يتعين على القضاء البحث عن النوايا الحقيقية التي كانت وراء وقوع الجريمة لمعرفة فيما إذا كانت مقصودة أو وقعت نتيجة خطأ وفي ذلك مهمة تحيط بها الصعاب لأن إدراك سرائر النفس ليس أمراً سهلاً.

ثانياً: إشكالية البحث:

ذكر المشرع العراقي مبدأ حسن النية في عدة مواضع من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل، الأغلب منها متقارب ومع ذلك جاءت مختلفة من حيث مدى وضوحها وصراحتها، فضلاً عن قصورها لأن المشرع العراقي لم يحدد فيها تعريف المبدأ أو شروطه أو معايير تحققه أو طبيعته القانونية على الرغم من أهمية ذلك في تحديد الأثر المترتب عليه من الناحية الجزائية لأنه ربما يكون سبباً يدعو القضاء إلى الإعفاء من العقوبة كما في حماية حقوق غير حسن النية من عقوبة المصادرة أو تخفيفها كما في جريمة ترويج العملة المزيفة بحسن نية أو تطبيقها وفقاً للقواعد العامة إذا ثبت للقضاء انتفاء حسن النية كما لو استخدم الشخص حقه بسوء نية.

ولكل هذه الأسباب وجدت أن الكتابة في هذا الموضوع ستلبي رغبة وحاجة علمية تتجسد في وضع الحلول المناسبة لسد الثغرات القانونية لضمان التطبيق الأمثل لمبدأ حسن النية وفي ذلك تحقيق للعدالة والإصلاح، لذا ارتأيت خوض غمار هذا الموضوع الذي يكتنفه عدم الوضوح من خلال نظرية عامة تجمع شتاته وتلم جزيئاته المتناثرة تحت مبدأ شامل.

ثالثاً: منهجية البحث:

على الرغم من قلة الكتابات في مجال مبدأ حسن النية وندرة القرارات القضائية المتعلقة به فقد بذلنا ما وفقنا الله تعالى إليه وذلك من خلال بسط ما جاء في القانون والقضاء والفقه بطريقة منهجية مقارنة فضلاً عن التوفيق بين الأسلوبين الوصفي والتحليلي لما في الوصف من تمهيد لتحليل الأحكام والمسائل وبالتالي استخلاص النتائج.

رابعاً: خطة البحث

نظمت الدراسة على وفق خطة تتكون من مبحث تمهيدي يتضمن التأصيل التاريخي لمبدأ حسن النية وثلاثة فصول تضمن الفصل الأول ماهية مبدأ حسن النية وفيه عرضت الدراسة بصورة نظرية تحليلية للمبدأ من خلال زاوية قانونية مجردة وذلك في ثلاثة مباحث تناولت في المبحث الأول التعريف بمبدأ حسن النية، وفي المبحث الثاني مبدأ حسن النية في الجرائم العمدية، أما المبحث الثالث فتضمن مبدأ حسن النية في الجرائم غير العمدية.

وكرست الفصل الثاني لدراسة الجانب التطبيقي لمبدأ حسن النية في أسباب الإباحة وجريمة التعامل بالعملة المزيفة وذلك ضمن نصوص قانونية جنائية محددة في ظل أحكام جنائية متغيرة ومتجددة ضمن أربعة مباحث تناولت في المبحث الأول حسن النية في أداء الواجب وفي المبحث الثاني حسن النية في صور استعمال الحق أما المبحث الثالث فتضمن حسن النية في حق الدفاع الشرعي، وفي المبحث الرابع حسن النية في جريمة التعامل بالعملة المزيفة.

فيما خصصت الفصل الثالث لدراسة اثر حسن النية في العقاب وذلك من خلال ثلاثة مباحث تناولت في المبحث الأول ماهية العقوبة وخصصت المبحث الثاني لمبدأ حسن النية وسلطة القاضي الجزائي التقديرية أما المبحث الثالث فقد أوضحت فيه دور حسن النية في الإعفاء والتخفيف من العقوبة وتطبيق المبادئ العامة، وأخيراً أنهى البحث - إن شاء الله - بخاتمة أوجزت فيها ما توصلت إليه من نتائج ومقترحات.

ومن الله التوفيق

المخلص:

يرتبط مبدأ حسن النية في نطاق قانون العقوبات بالركن المعنوي للجريمة وتحديدًا في مجال القصد الجرمي الذي يتكون من عنصري العلم والإرادة، حيث تعد الإرادة من العوامل المؤثرة في مبدأ حسن النية في التصرفات القانونية لارتباط المبدأ بالإرادة ارتباطاً وثيقاً، فعندما يكون دور الإرادة في التصرفات القانونية منعداً أو ضعيفاً فإنه كذلك يكون دور مبدأ حسن النية وبالعكس ذلك عندما يبرز دور الإرادة في التصرفات القانونية يبرز كذلك دور مبدأ حسن النية ومن ذلك يتضح مدى صلة العلاقة بين القصد الجرمي ومبدأ حسن النية لأنه يدور معه وجوداً وعدماً وبمعنى آخر من حسنت نيته انعدم القصد الجرمي لديه ومن بَيَّت نية الإضرار بالغير متعمداً إيقاع النتيجة الجرمية المترتبة على فعله توافر بحقه القصد الجرمي واستحق لذلك تطبيق العقوبة بحقه وفقاً للقواعد العامة.

هذا ويقترن مبدأ حسن النية بمبدأ حديث أقرته القوانين العقابية والذي يعرف بمبدأ تفريد العقاب والغاية منه إيقاع الجزاء المناسب على مرتكب الجريمة لأن وقوعها ربما يكون نتيجة خطأ مما يدعو إلى الرأفة بالجاني أو ربما تكون الجريمة مقصودة مقترنة بسبق الإصرار مما يتطلب مؤاخذه الجاني بأشد العقاب وفي ذلك تحقيق للعدالة والإصلاح من خلال التناسب بين جسامة العقاب كماً وكيفاً وبين طبيعة النية الجرمية التي كانت الدافع وراء ارتكاب الفعل الجرمي.

وأخيراً فإن استظهار حسن النية أو سوءها هي مسألة وقائع تكون خاضعة لتقدير قاضي الموضوع وان كان ليس من اليسير عليه استنباطها إلا أنه يستطيع ذلك من سياق التحقيق واطراد الحوادث والملابسات والقرائن التي صاحبت الواقعة المادية أو من خلال المظهر الخارجي الذي أفضت إليه الواقعة الجرمية.

ولأجل معالجة موضوع البحث بأفضل الصيغ والحلول القانونية فقد اقتضى تقسيمه على ثلاثة فصول يتقدمها مبحث تمهيدي يتضمن التأصيل التاريخي لمبدأ حسن النية ثم الفصل الأول والذي أتناول فيه ماهية مبدأ حسن النية، فيما كرست الفصل الثاني لدراسة تطبيقات مبدأ حسن النية في أسباب الإباحة وجريمة التعامل بالعملة المزيفة، أما الفصل الثالث فخصصته لدراسة اثر حسن النية في العقاب، وأخيراً أنهى بحث الموضوع بخاتمة أوجزت فيها ما توصلت إليه من نتائج ومقترحات.

المحتويات

الصفحة	الموضوع
3-1	المقدمة
1	أولاً: أهمية البحث
2	ثانياً: إشكالية البحث
2	ثالثاً: منهجية البحث
2	رابعاً: خطة البحث
12-4	المبحث التمهيدي: التأصيل التاريخي لمبدأ حسن النية
4	المطلب الأول: مبدأ حسن النية في الشرائع القديمة
4	الفرع الأول: مبدأ حسن النية في شريعة بلاد وادي الرافدين
7	الفرع الثاني: مبدأ حسن النية في شريعة بلاد وادي النيل.
8	الفرع الثالث: مبدأ حسن النية في الشريعة الرومانية
8	المطلب الثاني: مبدأ حسن النية في الشرائع السماوية
8	الفرع الأول: مبدأ حسن النية في الشريعة اليهودية
9	الفرع الثاني: مبدأ حسن النية في الشريعة المسيحية
10	الفرع الثالث: مبدأ حسن النية في الشريعة الإسلامية
11	المطلب الثالث: مبدأ حسن النية في القوانين الجزائية العراقية الملغاة
12	الفرع الأول: قانون الجزاء العثماني
12	الفرع الثاني: قانون العقوبات البغدادي
62-13	الفصل الأول: ماهية مبدأ حسن النية
14	المبحث الأول: التعريف بمبدأ حسن النية
14	المطلب الأول: مفهوم مبدأ حسن النية
14	الفرع الأول: مبدأ حسن النية لغة واصطلاحاً
16	الفرع الثاني: شروط تحقق مبدأ حسن النية
19	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لمبدأ حسن النية ومعاييرها
19	الفرع الأول: مبدأ حسن النية عذر قانوني
23	الفرع الثاني: مبدأ حسن النية ظرف مخفف
25	الفرع الثالث: معايير مبدأ حسن النية
28	المطلب الثالث: العلاقة بين النية ومرادفاتها
28	الفرع الأول: النية والإرادة
29	الفرع الثاني: النية والباعث
30	الفرع الثالث: النية والغرض
30	الفرع الرابع: النية والغاية

الصفحة	الموضوع
32	المبحث الثاني: مبدأ حسن النية في الجرائم العمدية
32	المطلب الأول: المدلول القانوني للقصد الجرمي
33	الفرع الأول: نظرية العلم
35	الفرع الثاني: نظرية الإرادة
38	المطلب الثاني: عناصر القصد الجرمي
38	الفرع الأول: العلم
43	الفرع الثاني: الإرادة
48	المطلب الثالث : موضع مبدأ حسن النية في القصد الجرمي
48	الفرع الأول: موضع مبدأ حسن النية في القصد العام
50	الفرع الثاني: موضع مبدأ حسن النية في القصد الخاص
52	المبحث الثالث : مبدأ حسن النية في الجرائم غير العمدية
53	المطلب الأول: تعريف الخطأ وصوره
53	الفرع الأول: الإهمال
54	الفرع الثاني: الرعونة
55	الفرع الثالث: عدم الانتباه
56	الفرع الرابع : عدم الاحتياط
56	الفرع الخامس: عدم مراعاة القوانين والأنظمة والأوامر
57	المطلب الثاني: خصائص الخطأ غير العمدية
57	الفرع الأول: انعدام القصد الجرمي
58	الفرع الثاني: شخصية الخطأ
58	الفرع الثالث: الاكتفاء بالقدر اليسير من الخطأ
59	المطلب الثالث: دور الإرادة في المسؤولية عن الجريمة غير العمدية
60	الفرع الأول: العلاقة بين الإرادة والسلوك الخاطئ
60	الفرع الثاني: إخلال الإرادة بواجب الحيطة والحذر
61	الفرع الثالث: العلاقة النفسية بين الإرادة والنتيجة الجرمية
125-63	الفصل الثاني: تطبيقات مبدأ حسن النية في أسباب الإباحة وجريمة التعامل بالعملة المزيفة
64	المبحث الأول: حسن النية في أداء الواجب
64	المطلب الأول: حسن النية في العمل المشروع
64	الفرع الأول: تنفيذ أمر القانون
71	الفرع الثاني: تنفيذ أمر الرئيس
74	المطلب الثاني: حسن النية في العمل غير المشروع

الصفحة	الموضوع
75	الفرع الأول: اعتقاد الموظف أو المكلف بخدمة عامة اختصاصه بتنفيذ أمر القانون
78	الفرع الثاني: تنفيذ الموظف أو المكلف بخدمة عامة أمر الرئيس معتقداً أن طاعته واجبة
79	المبحث الثاني: حسن النية في صور استعمال الحق
79	المطلب الأول: حسن النية في استعمال حق التأديب
80	الفرع الأول: مفهوم حق تأديب الزوجة
85	الفرع الثاني: مفهوم حق تأديب الأولاد القصر

89	المطلب الثاني: حسن النية في استعمال حق مباشرة عمليات الجراحة والعلاج
89	الفرع الأول: مفهوم حق مباشرة عمليات الجراحة والعلاج
92	الفرع الثاني: أساس إباحة مشروعية العمل الطبي
94	الفرع الثالث: شروط عدم مسؤولية الطبيب
98	المطلب الثالث: حسن النية في استعمال الحق في أعمال العنف
99	الفرع الأول: مفهوم أعمال العنف وأساس مشروعيته
101	الفرع الثاني: شروط أعمال العنف في الألعاب الرياضية
104	الفرع الثالث: شروط أعمال العنف بقصد ضبط مرتكبي الجناية أو الجناة المشهود
109	المبحث الثالث: حسن النية في حق الدفاع الشرعي
110	المطلب الأول: أساس حسن النية في استعمال حق الدفاع الشرعي
110	الفرع الأول: التعريف بحق الدفاع الشرعي وأساس مشروعيته
113	الفرع الثاني: استعمال حق الدفاع الشرعي كوسيلة لتحقيق غرض آخر
114	الفرع الثالث: حسن النية في حالة الخطر الوهمي
115	الفرع الرابع: حالة الغلط وإصابة غير الهدف
115	المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على قيد حق الدفاع الشرعي ضد أفراد السلطة العامة
116	الفرع الأول: تخطي رجل السلطة العامة حدوده الوظيفية بسوء نية
117	الفرع الثاني: نشوء موت أو جراح بالغة عن فعل رجل السلطة العامة
117	المطلب الثالث: تجاوز حدود حق الدفاع الشرعي
118	الفرع الأول: مفهوم تجاوز حدود حق الدفاع الشرعي
118	الفرع الثاني: شروط تجاوز حدود حق الدفاع الشرعي
120	المبحث الرابع: حسن النية في جريمة ترويج العملة المزيفة
120	المطلب الأول: ماهية العملة
120	الفرع الأول: تعريف العملة
121	الفرع الثاني: مفهوم تداول العملة
122	الفرع الثالث: مبررات حماية العملة
123	المطلب الثاني: جريمة ترويج العملة المزيفة بحسن نية

الصفحة	الموضوع
123	الفرع الأول: مفهوم الترويج
124	الفرع الثاني: وسائل الترويج
125	الفرع الثالث: القصد الجرمي
172-126	الفصل الثالث: أثر حسن النية في العقاب
127	المبحث الأول: ماهية العقوبة
127	المطلب الأول: تعريف العقوبة وخصائصها وأهدافها
128	الفرع الأول: تعريف العقوبة
130	الفرع الثاني: خصائص العقوبة
134	الفرع الثالث: أهداف العقوبة
137	المطلب الثاني: مبدأ حسن النية وتحقيق العدالة والإصلاح

137	الفرع الأول: مبدأ حسن النية وتحقيق العدالة
139	الفرع الثاني: مبدأ حسن النية والإصلاح
141	المبحث الثاني: مبدأ حسن النية وسلطة القاضي الجزائي التقديرية
141	المطلب الأول: ماهية سلطة القاضي الجزائي التقديرية
142	الفرع الأول: السلطة التقديرية من الناحية الموضوعية
144	الفرع الثاني: السلطة التقديرية من الناحية الشخصية
145	المطلب الثاني: نطاق سلطة القاضي الجزائي في تقدير العقوبة
145	الفرع الأول: الاختيار النوعي للعقوبة
150	الفرع الثاني: التقدير الكمي للعقوبة
151	المطلب الثالث: ضوابط إستخلاص حسن النية
151	الفرع الأول: الضوابط المتعلقة بالجاني
154	الفرع الثاني: الضوابط المتعلقة بالركن المعنوي للجريمة
158	المبحث الثالث: دور حسن النية في الإعفاء والتخفيف من العقوبة وتطبيق المبادئ العامة
158	المطلب الأول: حسن النية والإعفاء من العقوبة أو تخفيفها
159	الفرع الأول: بعض صور الإعفاء من العقوبة
164	الفرع الثاني: بعض صور التخفيف من العقوبة
166	المطلب الثاني: حسن النية وتطبيق المبادئ العامة
167	الفرع الأول: سوء النية في أداء الواجب
168	الفرع الثاني: سوء النية في استعمال الحق
170	الفرع الثالث: سوء النية في تجاوز حدود حق الدفاع الشرعي
178-173	الخاتمة
200-179	المصادر والمراجع

مبحث تمهيلي

التأصيل التاريخي لمبدأ حسن النية

سوف أتناول في هذا المبحث التأصيل التاريخي لمبدأ حسن النية وذلك في ثلاثة مطالب أخصص المطلب الأول لمبدأ حسن النية في الشرائع القديمة (العراقية، المصرية، الرومانية) أما المطلب الثاني فسأكرسه للشرائع السماوية (اليهودية، المسيحية، الإسلامية)، كما سأتناول في المطلب الثالث مبدأ حسن النية في القوانين الجزائية العراقية الملغاة (قانون الجزاء العثماني، قانون العقوبات البغدادي).

المطلب الأول

مبدأ حسن النية في الشرائع القديمة

يتضمن هذا المطلب دراسة مبدأ حسن النية في الشرائع القديمة وكالاتي:

الفرع الأول

مبدأ حسن النية في شريعة بلاد وادي الرافدين

تقع بلاد وادي الرافدين بين نهري دجلة والفرات حيث تعرف اليوم بإسم العراق وهي ذات حضارة قديمة تمتد جذورها التاريخية إلى العصر الحجري⁽¹⁾ والذي يثير الفخر والإعجاب عند دراسة قوانين هذه الحضارة إننا نجد بين صفحات هذه القوانين إشارة إلى النية ومدى أثرها على العقوبة وهذا دليل على تقدم هذه الحضارة في المضمار الفكري والقانوني منذ فجر التاريخ وحتى مجيء الإسلام⁽²⁾، فالعالم اليوم مدين للملوك العراقيين القدماء لما وضعوه من بصمة في مجال الثقافة القانونية والتي لم يقتصر أثرها على أرض السواد وإنما امتد ليشمل المناطق المحيطة أيضاً ومن ابرز هذه القوانين قانون اورنمو، قانون لبت عشتار، قانون مملكة اشنونا، قانون حمورابي⁽³⁾ وهذا ما سنوضحه وكالاتي:

أولاً: قانون اورنمو:

يمثل هذا القانون القوانين السومرية ويعد من أهم القوانين المكتشفة لدى الإنسان فقد أسس على يد الملك اورنمو⁽⁴⁾، وقد عُثر عليه عام 1947 في مدينة نمر على لوح من طين، ويتكون من ثلاثين مادة فضلاً عن مقدمة وخاتمة إلا أن أغلب مواده غير كاملة لأن بعض أجزاء الحبر مفقودة⁽⁵⁾، ومع هذا يتضح أن هنالك تنظيماً لمختلف شؤون الحياة ومنها القضائية والتي كانت تعتمد في حسم النزاع على مدى توافر الأدلة والشهود فضلاً عن دور النية الحسنة وذلك من خلال اللجوء إلى النهر لأنه بمثابة الإله المقدس في حالة انعدام الأدلة فمن يغلب النهر فهذا دليل على براءته وبالعكس ذلك يكون مذنباً أي سيء النية، هذا ويؤكد قانون اورنمو على مدى أهمية الالتزام بحسن النية والصدق عند المثل أمام القضاء⁽⁶⁾، حيث جاء في (م²⁵) (إذا طلب رجل كشاهد في دعوى قانونية ونوى الكذب في شهادته وجب عليه دفع غرامة بمقدار خمسة عشر شيقلاً من الفضة)⁽⁷⁾.

(1) أنور أبو بندوره، حمورابي مشرع ومدون، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.diwanalarab.com، 2008، ص1.

(2) د.صبيح مسكوني، تاريخ القانون العراق القديم، مطبعة شفيق، ط1، بغداد، 1971، ص91-92.

(3) د.عباس العبودي، تاريخ القانون، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، ط1، الموصل، 1988، ص93.

(4) مؤسس سلالة أور الثالثة (2111-2003 ق.م) وتعد شريعته من أقدم الشرائع المكتشفة لدى الإنسان لكن توجد شرائع أقدم إلا أنها لم تكتشف لهذا الوقت: ينظر ناصر كريمش خضر: نظرية التوبة في القانون الجنائي/ أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بابل، 2007، ص5.

(5) خالد موسى عبد الحسيني، القانون وإدارة الدولة في وادي الرافدين، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الآداب بجامعة بغداد، 2002، ص52.

(6) د. فوزي رشيد، الشرائع العراقية القديمة، دار الشؤون الثقافية العامة، ط3، بغداد، 1987، ص25.

(7) المصدر نفسه، ص33.

ثانياً: قانون لبت عشتار:

أشارت نصوص هذا القانون إلى ضرورة التحلي بالصدق والأمانة وحسن النوايا عند التعامل مع الآخرين لأنه إذا ثبت للقضاء خلاف ذلك فأن الشخص سوف يتحمل المسؤولية الجزائية أو المدنية⁽¹⁾، فمثلاً من يتهم آخر بتهمة ولم يتمكن من إثباتها عدها الشخص غير حسن النية لإساءته إلى هذا الشخص فضلاً عن إضاعة وقت القضاء في دعاوي كيدية مما يترتب عليه في الغالب دفع غرامة إلى الطرف الآخر، حيث جاء في (م¹⁷) (إذا اتهم رجل في دعوى رجلاً آخر وكان الأخير لا يعرف عن الأمر شيئاً ولم يتمكن المدعي من إثبات ذلك فعليه أن يتحمل أي جزء يترتب على القضية لانتفاء حسن نيته).

وفي (م³³) (إذا ادعى شخص بأن ابنة رجل حر غير متزوجة قد ضاجعت رجلاً ما وثبت بعد ذلك براءتها وجب على الطرف الآخر دفع غرامة بمقدار عشرة شقيقات من الفضة لانتفاء حسن نيته)⁽²⁾.

(1) يتميز قانون لبت عشتار بعدم قسوة أحكامه إذ إن أغلبها عبارة عن دفع غرامات مالية إلى الطرف الآخر الذي لحقه الضرر مقارنة مع قانون حمورابي الذي تميزت عقوباته بالقسوة ويبدو إن السبب في ذلك يعزى إلى رغبة حمورابي في بسط نفوذه في أرجاء البلاد ينظر د.فاضل عبد الواحد علي، من ألواح سومر إلى التوراة، ط1، مطبعة دار الثقافة للشؤون العامة، بغداد، 1989، ص116، د.فوزي رشيد، المصدر السابق، ص53-54.

(2) د.عامر سليمان، القانون في العراق القديم، دار الثقافة للشؤون العامة، ط2، بغداد، 1987، ص203-204.

ثالثاً: قانون اشنونا:

أنشئ هذا القانون على يد الملك بلالاما حاكم مملكة اشنونا⁽¹⁾، حيث دون باللغة الأكديّة تضمن مقدّمة وخاتمة ونصوص قانونية تزيد عن خمسين مادة تناولت تنظيم لمختلف شؤون الحياة⁽²⁾، هذا وليس بالغريب أن تتضمن قوانين بلاد وادي الرافدين ومنها قانون اشنونا معالجة مبدأ حسن النية حيث جاء في (م³⁸) (إذا انتّم رجل ماله عند رجل آخر لكن بيت هذا الرجل قد تهدم وسقط بحيث تلف المال المودع عنده مع ماله فما على الرجل الذي انتّم عنده المال إلا أن يقسم اليمين ويقول هلك مالي مع مالك من دون قصد أو خيانة) وبذلك فإنّ هذا القسم يثبت براءته وحسن نواياه وصدقه ومن ثم لا يكون عليه أي حق، وجاء في (م³⁴) (إذا تحاللت خادمة تعمل في القصر ووهبت ابنها إلى زوجة رجل حر فمن حق سيدها استرجاعه إذا عثر عليه)⁽³⁾، وهذا يعني إن قانون اشنونا قد عالج عملية التحاليل على القانون أيضاً.

رابعاً: قانون حمورابي:

يعود قانون حمورابي إلى أصل بابلي ويعد أهم اكتشاف في حضارة بلاد وادي الرافدين لكونه القانون الأول في التاريخ الذي يعتبر متكاملًا وشاملاً لكل نواحي الحياة وذلك لوصوله إلى أيدي الباحثين بصورة كاملة بدون حذف أو تعديل.⁽⁴⁾

أسس حمورابي القواعد القانونية وأوجب احترامها وعدم انتهاكها وإلا تعرض الفرد إلى المسائلة القانونية فضلاً عن اهتمامه بدراسة وتحليل سلوك الفرد الأخلاقي للوقوف على نيته لما لها من أثر كبير في تحديد العقوبة⁽⁵⁾ فمثلاً الشخص الذي يتهم شخصاً آخر بتهمة كاذبة ولم يتمكن من إثباتها يعد غير حسن النية ويستحق أشد العقاب بحسب ما جاء في (م²) (إذا قذف إنسان إنساناً آخر ولم يكن على حق فالذي قذف يذهب إلى النهر المقدس ويغطس فيه فإذا ابتلعه النهر يأخذ بيته أما إذا رفعه النهر فيعد بريئاً ويقتل القاذف) وكذلك (م³) (إذا شهد إنسان في دعوى كاذبة ولم يثبت ذلك أمام المحكمة وكانت القضية تتعلق بالحياة يعدم الكاذب) من المادتين أعلاه يتضح أنه من أراد لغيره السوء عوقب بنفس ما أراده لغيره⁽⁶⁾، وفي مواد أخرى نجد إن قانون حمورابي قد عالج العديد من الجرائم ومنها جريمة الضرب المفضي إلى الموت حيث ميز في نوع العقوبة بحسب قصد الجاني وهذا ما جاء في (م²⁰⁶) (إذا ضرب إنسان إنساناً آخر أثناء المجادلة أو المنازعة وجرحه يحلف يميناً بأنه لم يضربه عن سوء قصد ويدفع إلى الطبيب نفقات مداواته وإذا مات الرجل أثر الضربة يجب عليه أن يحلف اليمين نفسها ويدفع غرامة قدرها 349.28 غرام من الفضة).⁽⁷⁾

(1) تاريخ هذا القانون غير معروف بشكل مؤكد ويعتقد أنه قد سبق قانون حمورابي بحوالي نصف قرن، ينظر د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص 99.

(2) لجنة من الباحثين العراقيين، حضارة العراق، ج 2، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1985، ص 75.

(3) د. فوزي رشيد، مصدر سابق، ص 92، د. عامر سليمان، مصدر سابق، ص 214.

(4) د. ديلا بورث ترجمة محرم كمال، بلاد ما بين النهرين الحضارتان البابلية والآشورية، دار الثقافة العامة، مصر، بدون سنة طبع، ص 109، سهيل قاشا، شريعة حمورابي، مقالة نشرت على شبكة الانترنت على المواقع www.ar.wikipedia.org، 2008، ص 1.

(5) أقدم ثلاثة رجال على قتل كاهن كبير وعندما علمت زوجة الكاهن بذلك لم تبلغ الجهة القضائية، وسرعان ما انكشف أمر هؤلاء القتلة وأمر الملك بتشكيل محكمة للنظر في القضية تتألف من إحدى عشر عضواً وبعد الإلمام بالقضية طلب تسعة من الأعضاء إعدام الرجال الثلاثة والزوجة لأنها كتمت الأمر واعتبرت شريكة فيه إلا إن الاثنين الآخران اعترضا على معاقبة الزوجة لأنها لم تقم بأي دور في الجريمة وإن هنالك أسباب قد دفعتها إلى الصمت كالخوف من هؤلاء الرجال لذا قررت المحكمة إعفاء الزوجة من العقاب لثبوت حسن نيتها وإعدام الرجال الثلاثة، يُنظر: المسؤولية الجزائية في الآداب الآشورية والبابلية، ترجمة سليم الصويص، المكتبة الوطنية، بغداد، 1981، ص 347-349.

(6) خالد موسى عبد الحسيني، عقوبة الموت في قانون حمورابي، تصدرها مجلة السدير كلية الآداب بجامعة الكوفة، العدد (5)، 2004، ص 108، د. عبد الرحمن الكيالي، شريعة حمورابي، مطبعة الضاد، بغداد، 1958، ص 55-56.

(7) د. عبد الرحمن الكيالي، المصدر نفسه، ص 82.

الفرع الثاني

مبدأ حسن النية في شريعة بلاد وادي النيل

تبوأ حضارة وادي النيل مركزها بين الحضارات الأخرى لأنها لم تنشأ بين يوم وليلة بل تكونت على مر السنين فضلاً عن اعتمادها أسس عقابية منظمة تقوم على مفهوم العدالة أي أنها لم تحكم بقانون الغابة، فالقضاة لا يحكمون وفق معايير شكلية وإنما بمعايير جوهرية تقوم على دراسة مضمون القضية لمعرفة الظروف والملابسات التي أحاطت بها لبلوغ الحقيقة وحماية البريء لذا كان أفراد المجتمع الفرعوني يحاسبون على نيتهم وقصدهم لا على أساس أموالهم⁽¹⁾، لأنهم ميزوا بين فكرتي القصد الجرمي والخطأ غير العمدى⁽²⁾.

الفرع الثالث

مبدأ حسن النية في الشريعة الرومانية

يحظى القانون الروماني بأهمية كبيرة نتيجة تأثيره في العديد من الشرائع الحديثة⁽³⁾، وقد عرف هذا القانون فكرة الالتزام وأهم مصادرها الالتزامات الجنائية والتي تنشأ عن جريمة عمدية مثل السرقة والاعتداء والغش⁽⁴⁾، أو جريمة غير عمدية كما في الأفعال الضارة الناشئة عن الإهمال أو خطأ بدون نية الأضرار كسقوط حجر على بعض المارة في الطريق العام وجريمة مسؤولية مالك الفندق أو السفينة عن جرائم تابعيه حيث يتم تحديد التعويض بموجب دعوى تسمى الدعوى التقديرية يراعى فيها حالة كل من الجاني والمجني عليه وفق مقتضيات العدالة وحسن النية وإذا ثبت للقضاء أن الدعوى قامت لأغراض كيدية حكم على المدعي بعشرة أضعاف الغرامة كجزاء على سوء نيته⁽⁵⁾، أما المصدر الآخر للالتزام في القانون الروماني والذي يعد أكثر حوادث من الأول فيسمى بالالتزامات التعاقدية⁽⁶⁾.

المطلب الثاني

مبدأ حسن النية في الشرائع السماوية

سوف أتناول في هذا المطلب بيان مبدأ حسن النية في الشرائع السماوية وكالاتي:

الفرع الأول

مبدأ حسن النية في الشريعة اليهودية

(1) د. نبيلة محمد عبد الحليم، معالم التاريخ المصري والحضاري في مصر الفرعونية، مطبعة منشأة المعارف، الاسكندرية، 1977، ص259، ميز المصريون القدماء بين فكرتي القصد الجرمي والخطأ غير العمدى لأهميتها في تحديد مقدار العقوبة سواء من ناحية التخفيف أو التشديد فالجرائم المرتكبة بقصد سيء تكون العقوبة فيها شديدة كالإعدام في جريمة قتل الأبناء لأبائهم لأنهم قد سلبوا الحياة ممن وهبها لهم وجريمة اليمين الكاذب لأنها مستتة الآلهة، أما جرائم الخطأ غير العمدى فتكون العقوبة فيها أخف إذا أثبت الجاني حسن نيته كما في جريمة قتل الحيوان خطأ، حيث يلزم الجاني بدفع مبلغ مَعْن من الغرامة إلى مالكه، ينظر د. عبد الرحيم صديق، القانون الجنائي عند الفراعنة، مطبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1986، ص36، 53.

(2) المصدر نفسه، ص36.

(3) د. صوفي حسن أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص3.

(4) ميز القانون الروماني بين نوعين من الغش الأول يدعى بالغش المباح والذي يتمثل باستعمال طرق احتيالية ضد الأجانب أو العدو وكان مباح لأن القانون خلال تلك الفترة لم يعترف بأي نوع من الحقوق للأعداء أو الأجانب، أما النوع الآخر فيدعى بالغش غير المباح ويتمثل باستعمال طرق احتيالية لغرض إيهام الشخص بأمر غير حقيقي ولكون هذا العمل يتناقض مع مبدأ حسن النية قرر البريتور معاقبة فاعله وحماية المجني عليه، ينظر: د. عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، دار المعارف، ط4، مصر، 1961، ص449-450.

(5) اعتبر الرومان الجريمة مصدر للالتزام لكون التعويض يدفع إلى الجاني، ينظر، د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الروماني، الدار الجامعية، القاهرة، 1988، ص203.

(6) د. ادم وهيب، د. هاشم حافظ، تاريخ القانون، المكتبة الوطنية، بغداد، 1989، ص196-202.

اليهودية هي دين النبي موسى عليه السلام حيث حمل لليهود كتابهم السماوي التوراة⁽¹⁾ لإنقاذهم من ظلم فرعون قال تعالى في كتابه العزيز ﴿وَقَالَ مُوسَى يَا فِرْعَوْنُ إِنِّي رَسُولٌ مِنْ رَبِّ الْعَالَمِينَ ﴿١﴾ حَقِيقٌ عَلَى أَنْ لَا أَقُولَ عَلَى اللَّهِ إِلَّا الْحَقَّ قَدْ جِئْتُكُمْ بِبَيِّنَةٍ مِنْ رَبِّكُمْ فَأَرْسِلْ مَعِيَ بَنِي إِسْرَائِيلَ﴾⁽²⁾، وكتاب التوراة مقسم إلى ثلاثة أقسام القسم الأول يتكون من خمسة أسفار⁽³⁾، والقسم الثاني يسمى النبييم أي الأنبياء لأنه يبحث في تاريخهم والثالث يسمى الكتوبيم ويعني النصوص، هذا وقد أكدت الشريعة الموسوية وتحديدًا في سفر اللاويين على وجوب الالتزام بتعاليم الرب، إذ جاء فيه ((أنا الرب إلهكم فتحفظون فرائضي وأحكامي التي إذا فعلها الإنسان يحيا بها أنا الرب))⁽⁴⁾، وأيضاً تؤكد في ذات السفر على ضرورة التحلي بالأخلاق الفاضلة والأهداف النبيلة عند التعامل مع الآخرين، لأدّها الأساس في تقم أي مجتمع وتحقق سموه، نذكر منها التزام الصدق والوفاء إتجاه الآخرين ((لا تسرقوا ولا تكذبوا ولا تغدروا أحدكم بصاحبه ولا تحلفوا بإسمي الكذب فتدنس إسم إلهك))، وأيضاً التزام العدل والمساواة ((لا تتركبوا جوراً في القضاء))، وكذلك دعا كتابهم إلى الحب والتسامح، وحذرهم من البغضاء والحقد وحب الانتقام، إذ جاء فيه ((لا تبغض أخاك في قلبك))⁽⁵⁾. من هذه التعاليم السماوية التي تضمنتها الشريعة اليهودية يتجلى دعوتها إلى التحلي بالإحسان والنوايا الحسنة إتجاه الآخرين، لأنها تجعل من الجماعة الإنسانية متألّفة لا تتسرب إليها الخصومات والعداوات، فمثلاً إذا استنشر الإنسان السوء من أخ له فينبغي أن لا يسيء إليه لكي لا يزيد من بغضائه له وإنما ينبغي أن يحسن إليه في قوله وتصرفه، وعندئذ هو الذي ينال المغفرة من الله لأنّ الله وحده العالم بحقيقة سرائر النفوس⁽⁶⁾.

الفرع الثاني

مبدأ حسن النية في الشريعة المسيحية

الإيمان بالله وبالكتب المنزلة ونشر المحبة والسلام والتمسك بكمال الأخلاق والفضيلة ونبذ الحقد والكراهة هي أهداف مشتركة بين كافة الشرائع السماوية ومنها الشريعة المسيحية⁽⁷⁾، قال تعالى في كتابه العزيز ﴿قُولُوا آمَنَّا بِاللَّهِ وَمَا أُنْزِلَ إِلَيْنَا وَمَا أُنْزِلَ إِلَى إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ وَالْأَسْبَاطِ وَمَا أُوتِيَ مُوسَى وَعِيسَى وَمَا أُوتِيَ النَّبِيُّونَ مِنْ رَبِّهِمْ لَا تَفْرِقَ بَيْنَ أَحَدٍ مِنْهُمْ وَخُنْ لَهُ مُسْلِمُونَ﴾⁽⁸⁾، فالشريعة المسيحية المنزلة على السيد المسيح تميزت بكونها ديانة تخاطب النفس والضمير من خلال دعوتها إلى التمسك بمبادئ نبيلة تأكدت في كتابهم السماوي (الإنجيل) نذكر منها ضرورة تبني النية الحسنة في القلب إتجاه كل قول وعمل يصدر من الفرد، إذ جاء في الإنجيل ((إن أحسنتم إلى الذين يحسنون إليكم فأني فضل لكم فإنّ الخطاة أيضاً يحبون من يحبهم))، وأيضاً ((من فيض القلب يتكلم الفم))⁽⁹⁾، وكذلك أكد الإنجيل على ضرورة التبشير بالمحبة والتسامح والرحمة لأجل

(1) إن كتاب التوراة قد حرف باستثناء الوصايا العشرة نذكر منها على سبيل المثال (لا تقتل، لا تزني، لا تسرق)، ينظر: د. سعدون محمود، د. رشيد عليان، تاريخ الديانتين اليهودية والمسيحية، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، 1988، ص 24.

(2) سورة الأعراف، الآية (104) و(105).

(3) القسم الأول سفر التكوين يبحث في بدع الخليقة والقسم الثاني سفر الخروج يروي قصة خروج موسى مع اليهود من مصر إلى سيناء والقسم الثالث سفر اللاويين ويتناول عبادة الديانة اليهودية والقسم الرابع سفر العدد ويبحث في فروع اليهود والقسم الخامس سفر التثنية ويبحث في الشريعة الموسوية، ينظر: د. جعفر الخليلي، الملخص لكتاب العرب واليهود في التاريخ، دار الحرية للطباعة، بغداد، ط 3، 1979، ص 67.

(4) الكتاب المقدس: سفر اللاويين، جزء (18): الآية (5).

(5) الكتاب المقدس: سفر اللاويين، جزء (19): الآية (13) (15) (18).

(6) د. عفيف عبد الفتاح طبارة، اليهود في القرآن، مطبعة الأمير، ط 1، إيران، بدون سنة طبع، ص 65.

(7) د. جورج شحاتة، المسيحية والحضارة العربية، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، 1984، ص 21، د. عفيف عبد الفتاح طبارة، اليهود في القرآن، مصدر سابق، ص 10.

(8) سورة البقرة، آية (136).

(9) الإنجيل للقيس لوقا: الفصل السادس: الآية (33)، الآية (45).

بلوغ سبل الكمال، إذ جاء فيه ((أحبوا أعداءكم أحسنوا إلى مبغضيكم باركوا لأعينكم وصلّوا لأجل الذين يسيئون إليكم)) ((فكونوا أنتم رحماء كما أن أباكم أيضاً رحيم))⁽¹⁾. أما علاقات أفراد المجتمع فقد نظمت بقواعد عامة تاركة التفاصيل لأهل الأرض ولعل السبب يعود إلى الظروف التي ظهرت فيها هذه الشريعة فضلاً عن تأثرها بالشرائع السابقة لأنها لم تكن مستقلة عنها، وهذا ما أكدّه السيد المسيح في الإنجيل (لا تظنوا إني جئت لانقض الناموس أو الأنبياء ما جئت لانقض بل لأكمل فاني الحق أقول لكم إلى أن تزول السماء والأرض لا يزول حرف واحد أو نقطة واحدة من الناموس حتى يكون الكل)⁽²⁾، أما عن طوائف المسيح فهي طائفة واحدة ثم انقسمت إلى ثلاثة مذاهب⁽³⁾.

الفرع الثالث

مبدأ حسن النية في الشريعة الإسلامية

الإنسان أعظم المخلوقات على الأرض وأتمها كملاً غير أن هذا الكمال لا يتم إلا من خلال التحلي بالقيم الإنسانية ومنها حسن النية في العمل والأخلاق الفاضلة والتي هي عبارة عما يستقر في النفس من معاني وصفات على أساسها يحسن الفعل أو يسوء في نظر الإنسان فهي انعكاس لما يدور في نفسه من نوايا وظنون⁽⁴⁾، قال تعالى في كتابه العزيز ﴿وَإِنْ تُبْذَرُوا مَا فِي أَنْفُسِكُمْ أَوْ تُخَفُّوهُ يَحَاسِبْكُمْ بِهِ اللَّهُ﴾⁽⁵⁾، فهذه الآية دليل على علم الله بنوايا وأسرار وأفكار البشر حيث تتحدد قيمة عمل الإنسان بمدى سلامة نوايا قلبه قال تعالى في كتابه العزيز ﴿يَوْمَ لَا يَنْفَعُ مَالٌ وَلَا بَنُونَ ﴿١﴾ إِلَّا مَنْ آتَى اللَّهَ بِقَلْبٍ سَلِيمٍ﴾⁽⁶⁾، وعلى صعيد السنة النبوية الشريفة فقد جاءت أحاديث الرسول محمد ﷺ لتؤكد على ذات الأمر من حيث التعامل مع الآخرين بنوايا حسنة وهذا ما أكدّه رسول الله محمد ﷺ لمعاذ بن جبل (أوصيك بصدق الحديث وأداء الأمانة)⁽⁷⁾، وفي حديث آخر (إليكم والظن فإن الظن أكذب الحديث)⁽⁸⁾، حيث يقسم الظن إلى أربعة أقسام، الأول حسن الظن بالله عن الإمام الرضا عليه أفضل الصلاة والسلام (أحسن الظن بالله فإن الله عز وجل يقول أنا عند حسن ظن عبدي المؤمن بي إن خيراً فخير وإن شراً فشر)، والثاني حسن الظن بالتكوين وما خلق الله، والثالث حسن الظن بالنفس لأنّ تقدم المجتمع ورقية لا يتم إلا بها، والرابع حسن الظن بالآخرين حيث يشكل محور اهتمام فقهاء الشريعة الإسلامية حيث تماسك المجتمع أمام كل الأزمات والصعاب التي يمر بها قال الإمام علي (كرّم الله وجهه) (ضع أمر أخيك على أحسنه حتى يأتيك منه ما يغلبك ولا تظن بكلمة خرجت من أخيك سوءاً وأنت تجد لها في الخير مخزجاً)⁽⁹⁾، ومن ذلك يتضح أن حسن النية كالفلك الذي تدور أعمالنا حوله ومنها يبدأ حسابنا أمام الله بخلاف القضاء

(1) الإنجيل للقيس لوقا: الفصل السادس: الآية (28)، الآية (36).

(2) د. توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، مطبعة الدار الجامعية، بيروت، 1980، ص 48-49.

(3) المذهب الأول يسمى الأرثوذكسي ويلقب أصحابه بالرأي المستقيم وانتشر في الشرق والثاني الكاثوليكي ويتبع أفراده الرئاسة في روما وانتشر في الغرب والثالث البروتستانتي ويلقبون بالجماعة المعارضة للبابا ورجاله لأنهم يرون إن الله من يملك الغفران، ينظر: د. جمعة سعدون الربيعي، أحكام الأحوال الإسلامية للطوائف غير الإسلامية، مطبعة الجاحظ، بغداد، 1995، ص 50.

(4) د. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1995، ص 50.

(5) سورة البقرة، من الآية (284).

(6) سورة الشعراء، آية (88) و(89).

(7) محمد باقر المجلسي، بحار الأنوار، ج (71)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1983، ص 5.

(8) محمد باقر المجلسي، بحار الأنوار، ج (75)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1983، ص 195.

(9) حسين الظاهري، دراسات في الأخلاق، دار التعارف للمطبوعات، بيروت، بدون سنة طبع، ص 455-456.

الوضعي الذي يأخذ بالمعيار الظاهري للعمل في الغالب لصعوبة إدراك حقيقة النوايا البشرية لأنها حبيسة النفس.⁽¹⁾

المطلب الثالث

مبدأ حسن النية في القوانين الجزائية العراقية الملغاة

سوف أتناول في هذا المطلب دراسة مبدأ حسن النية في القوانين الجزائية العراقية الملغاة في فرعين وكالاتي:

(1) سعيد الاعرجي، خطوات الشيطان، مطبعة شريعت، ط1، إيران، بدون سنة طبع، ص210، د.نزار عبد اللطيف الحديثي، محاضرات في التاريخ العربي، مطبعة جامعة بغداد، 1979، ص40.

الفرع الأول قانون الجزاء العثماني

نشر هذا القانون عام 1859 واصله يعود إلى قانون العقوبات الفرنسي مع بعض الاختلاف وقد احتوى على (265) مادة قانونية نظمت معالجات لمسائل عديدة إلا أنها لم تتضمن أية إشارة إلى مبدأ حسن النية وهذا ليس بالأمر الغريب حيث وصفت أغلب موادها بأنها غير علمية وناقصة في مواضع كثيرة فضلاً عن عدم دقة ترتيبه وقد أدرك المختصون عجز هذا القانون عن تلبية احتياجات المجتمع فألغي وصدر بدلاً عنه قانون العقوبات البغدادي.⁽¹⁾

الفرع الثاني قانون العقوبات البغدادي

صدر قانون العقوبات البغدادي في 21 نوفمبر عام 1918 وبلغت عدد موادها (330) مادة قانونية، تضمنت النصوص المعالجة لمبدأ حسن النية إشارة صريحة له في صلب هذه المواد التي جاء بعضها في الباب الرابع تحت عنوان (في المسؤولية الجنائية وأسباب الإباحة) وهذه المواد هي كل من (م⁴⁴) (لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة) (م⁴⁵) (لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف عمومي في الأحوال التالية: أولاً: إذا ارتكب الفعل تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه طاعته أو اعتقد أنها واجبة عليه، ثانياً: إذا ارتكب بسلامة نية فعلاً تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو إذا ما اعتقد إن إجراءه من اختصاصه)، (م⁴⁹) (لا يبيح حق الدفاع الشرعي مقاومة أحد مأموري الضبط أثناء قيامه بأمر بناء على واجبات وظيفته مع حسن النية ولو تخطى هذا المأمور حدود وظيفته إلا إذا خيف أن ينشأ عن أفعاله موت أو جروح بالغة وكان لهذا الخوف سبب معقول) أما الإشارة الأخرى لهذا المبدأ فقد وردت في الباب السابع عشر تحت عنوان (في التقليد والتزوير في المواد العمومية) تحديداً في (م¹⁶⁴) (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر وبالغرامة أو بإحداهما كل من قبل بحسن نية عملة مزيفة أو مقلدة أو مزورة ثم تعامل بها بعد علمه بحقيقتها)⁽²⁾، هذا وقد جاءت نصوص قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 النافذ متقاربة مع نصوص هذا القانون، وسيأتي إيضاح ذلك في الفصول المتقدمة من الرسالة.

(1) كامل السامرائي: قانون العقوبات البغدادي، مطبعة الشفيق، بغداد، 1964، ص5.

(2) د.حمودي جاسم، شرح قانون العقوبات البغدادي، مطبعة الرشاد، بغداد، 1963، ص344-347.

الفصل الأول

ماهية مبدأ حسن النية

الفصل الأول

ماهية مبدأ حسن النية

لا شك أن النية مدار العمل من حيث الثواب والعقاب ومن حيث الصحة والفساد ومن حيث الخصوص والعموم، وهذا ما أكدته كتاب الله وسنة رسوله ﷺ (1). وبالنسبة إلى ماهية مبدأ حسن النية في التصرفات القانونية فإن هذا المبدأ يركز على عامل الإرادة فهي عامل رئيس ومؤثر في التصرفات القانونية فكلما يزداد وضوح دور الإرادة يزداد معه دور مبدأ حسن النية، هذا وإن تحرك الإرادة يعزى إلى بواعث وإغراض (2) عديدة منها ما هو قريب ومباشر ومنها ما هو بعيد وغير مباشر ولكل هذا تأثير على الإرادة الباطنة وبالتالي تأثيره على مدى حسن أو سوء نية الشخص، ولأجل مراعاة جانب العدالة عند دراسة مبدأ حسن النية فإنه يتطلب التوفيق بين أمرين الأول هو اخذ الإرادة الباطنة بعين الاعتبار عند التعويل على التصرفات القانونية والبواعث المحركة لها مهما كان موقعها بالنسبة إلى الإرادة من حيث البعد والقرب والأمر الثاني التعويل على الإرادة الظاهرة أيضاً بالنسبة إلى التصرفات القانونية من دون معرفة البواعث البعيدة غير المباشرة أي الاكتفاء بما هو ظاهر من التصرفات القانونية لأنه قد يسبب الأخذ بالنوايا المجردة نوعاً من الإجحاف والتعسف اتجاه ذويها ما دامت في حالتها المعنوية حبسية المصدر لم تظهر إلى الحيز الخارجي بأي شكل من الأشكال أي أنها لم تترجم إلى أفعال ذي تأثير مادي أو معنوي اتجاه المجتمع أي أنها بقيت أمراً مكنوناً في أعماق النفس لا يعرفها إلا صاحبها وإمام كل هذا نجد أن القانون في أغلب الأحيان يكتفي بالتصرفات الظاهرة إلى الحيز المادي لصعوبة إدراك حقيقة النفس (3) واستناداً إلى ما تقدم فإن بيان ماهية مبدأ حسن النية يستلزم البحث في تعريفه من حيث المفهوم والشروط التي يقوم عليها وهذا ما سيتضمنه المبحث الأول كما يتطلب بيان مبدأ حسن النية في الجرائم العمدية والذي سأخصص له المبحث الثاني ثم أتناول مبدأ حسن النية في الجرائم غير العمدية في المبحث الثالث.

(1) شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع ص55.

(2) أصل اسم الباعث في اللغة العربية (بَعَثَ) بمعنى أرسله وحده، و(الباعثُ) إسم من أسماء الله عزَّ وجل ويراد به بعث الخلق أي يحييهم بعد الموت يوم القيامة، يُنظر: جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور: معجم لسان العرب، ج1، دار صادر للطباعة، بيروت، 1968، ص108. أمّا الغرضُ في اللغة فهو الهدف الذي ينصب فيرمى به. ينظر: جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور: معجم لسان العرب، ج11، دار صادر للطباعة، بيروت، 1968، ص37.

(3) د. محمود داود يعقوب: المسؤولية في القانون الجنائي، مكتب صفحات للدراسات والنشر، ط1، دمشق، 2001، ص43-59، د. محمد محمد مصباح: مبدأ حسن النية في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع، ص2.

المبحث الأول

التعريف بمبدأ حسن النية

إن التعريف بمبدأ حسن النية يقتضي دراسة مفهومها لغة واصطلاحاً وذلك ببيان أصل هذه الكلمة ومعناها في اللغة العربية كما يستلزم توضيح معناها في الاصطلاح الفقهي الشرعي والقانوني ولا بد أيضاً من عرض أهم الشروط التي يقوم عليها مبدأ حسن النية فضلاً عن بيان طبيعته القانونية ومعايير تحققه وأخيراً كيفية التمييز بين النية ومرادفاتهما وهذا ما سأتناوله في ثلاثة مطالب وكالاتي:

المطلب الأول

مفهوم مبدأ حسن النية

سأتناول مفهوم مبدأ حسن النية من الناحية اللغوية والاصطلاحية وكالاتي:

الفرع الأول

مبدأ حسن النية لغة واصطلاحاً

أولاً: معنى مبدأ حسن النية في اللغة
الحسن في اللغة العربية ضد القبح ونقيضه الإحسان ضد الإساءة⁽¹⁾، و(الحَسَنَة) ضد السيئة والمحاسن ضد المساوئ و(الحُسْنَى) ضد السوءى، وجمع (الحُسْن) (مَحَاسِن) على غير قياس كأنه جمع (مَحْسَن) وقد (حُسِن) الشيء بالضم (حُسْناً) ورجل (حَسَن) وإمراة (حَسَنَة) وقالوا امرأة (حَسَنَاء) ولم يقولوا رجل أحسن، ويقال (حَسَنَ) الشيء (تحسيناً) أي زينه⁽²⁾.
أما النية في اللغة: فهي القصد والعزم على الفعل، اسم من نويت نية ونواة أي قصدت وعزمت ثم خصت في غالب الاستعمال بعزم القلب وعلى أمر من الأمور⁽³⁾ والنية تعني أيضاً توجيه النفس نحو العمل ويقال فلان نيتي وقصدي⁽⁴⁾ أما معنى مبدأ حسن النية بوصفه اصطلاحاً قانونياً فهو (وضع يترجم القناعة أو الإرادة في التقيد بالقانون وينتج لصاحب العلاقة تجنب قساوة القانون)⁽⁵⁾ وقد وردت كلمة الحسن والنية واشتقاقاتها في مواضع عديدة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة لذلك ارتأيت إيراد بعضاً منها قال تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ سَبَقَتْ لَهُمْ مِنَّا الْحُسْنَىٰ أُولَٰئِكَ عَنْهَا مُبْعَدُونَ﴾⁽⁶⁾ وقال تعالى: ﴿مَنْ جَاءَ بِالْحَسَنَةِ فَلَهُ عَشْرُ أَمْثَالِهَا وَمَنْ جَاءَ بِالسَّيِّئَةِ فَلَا يُجْزَىٰ إِلَّا مِثْلُهَا وَهُمْ لَا يُظْلَمُونَ﴾⁽⁷⁾ وقال تعالى: ﴿إِنْ أَحْسَنْتُمْ أَحْسَنْتُمْ لِنَفْسِكُمْ وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا فَإِذَا جَاءَ وَعْدُ الْآخِرَةِ لِيَسُوءُوا وُجُوهَكُمْ وَلِكَدْ خُلُوا الْمَسْجِدَ كَمَا دَخَلُوهُ أَوَّلَ مَرَّةٍ وَلِيُتَبَرَّأ مَا عَمَلُوا تَبَرًّا﴾⁽⁸⁾. أما فيما يخص النية قال تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ وَاللَّهُ غَفُورٌ حَلِيمٌ﴾⁽⁹⁾

وفيما يتعلق بالسنة النبوية الشريفة فإنها جاءت بما هو مكمل لكتاب الله عز وجل قال رسول الله ﷺ لعلي عليه السلام ((يا علي ما من دار فيها فرحة إلا ويتبعها ترحة وما من هم إلا وله فرج إلا هم أهل النار فإذا عملت سيئة فاتبعها بحسنة تمحها سريعاً عليك بصنائع الخير فإنها تدفع

- (1) جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور: معجم لسان العرب، ج13، دار صادر للطباعة، بيروت، 1968، ص114.
- (2) محمد أبي بكر الرازي: مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، ط1، بيروت، 1979، ص136. د.حنا غالب: كنز اللغة العربية، ط2، مكتبة لبنان، بيروت، 2003، ص533.
- (3) فخري الدين الطريحي: مجمع البحرين، ج1، دار مكتبة الهلال، بيروت، بدون سنة طبع، ص423.
- (4) إبراهيم مصطفى وأحمد حسن الزيات وآخرون: المعجم الوسيط، ج1، المكتبة الإسلامية، تركيا بدون سنة طبع، ص965. مجد الدين الجوزي: النهاية في غريب الحديث والأثر، ج4، ط1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2001، ص1447.
- (5) جبرار كورتو: معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية، ط1، بيروت، 1998، ص683.
- (6) سورة الأنبياء الآية (101).
- (7) سورة الأنعام الآية (160).
- (8) سورة الإسراء الآية (7).
- (9) سورة البقرة الآية (225).

مصارع السوء))⁽¹⁾، وفي حديث آخر قال رسول الله ﷺ ((إِنَّ الْخَلْقَ الْحَسَنَ يَذِيبُ الْخَطِيئَةَ كَمَا تَذِيبُ الشَّمْسُ الْجَلِيدَ وَإِنَّ الْخَلْقَ السَّيِّئَ يَفْسِدُ الْعَمَلَ كَمَا يَفْسِدُ الْخَلَّ الْعَسَلَ)) وقال ﷺ أيضاً ((إِنْ الصَّبْرَ وَالصَّدْقَ وَالْحِلْمَ وَحَسَنَ الْخَلْقِ مِنْ أَخْلَاقِ الْأَنْبِيَاءِ وَمَا يَوْضَعُ فِي مِيزَانِ أَمْرِي يَوْمَ الْقِيَامَةِ شَيْءٌ أَفْضَلَ مِنْ حَسَنِ الْخَلْقِ))⁽²⁾، هذا وقد أكد الرسول عليه أفضل الصلاة والسلام على مدى أهمية النية إذ أنها مدار صحة كل عمل، إذ قال: ((لَا يَقْبَلُ قَوْلٌ إِلَّا بِعَمَلٍ وَلَا يَقْبَلُ قَوْلٌ عَمَلٌ إِلَّا بِنِيَّةٍ وَلَا يَقْبَلُ قَوْلٌ وَعَمَلٌ إِلَّا بِإِصَابَةِ السَّنَةِ)) وقال ﷺ أيضاً ((نِيَّةُ الْمُؤْمِنِ خَيْرٌ مِنْ عَمَلِهِ))⁽³⁾.

ثانياً: معنى النية في الاصطلاح :

عرفت النية في الاصطلاح الشرعي بأنها (المقاصد في الألفاظ وإنها لا تلزم أحكامها حتى يكون المتكلم بها قاصداً لها مريداً لموجباتها كما انه لا بد أن يكون قاصداً للتكلم باللفظ مريداً له فلا بد من إرادتين إرادة المتكلم باللفظ اختياراً وإرادة موجبه ومقتضاه أي إرادة المعنى وإرادة اللفظ لأنه المقصود واللفظ هو الوسيلة)⁽⁴⁾، وأيضاً قيل في تعريف النية (أنها روح العمل ولبه وقوامه وهو تابع لها يصح بصحتها ويفسد بفسادها) قال الرسول محمد ﷺ ((إنما الأعمال بالنيات ولكل أمرئ ما نوى))⁽⁵⁾، أما فقهاء القانون الوضعي فقد عرفوا مبدأ حسن النية بأنه (انتفاء القصد الجرمي وذلك لأن القصد هو إرادة متجهة إلى مخالفة القانون من خلال الاعتداء على الحقوق التي يحميها فمن انتفت لديه هذه الإرادة أي لم يكن مستهدفاً مخالفة القانون أو الاعتداء على حق فقد انتفت لديه النية السيئة وتوافرت لديه النية الحسنة)⁽⁶⁾، وعلى صعيد الاصطلاح القانوني لم نجد تعريفاً لمبدأ حسن النية فيما اطلعنا عليه من القوانين العقابية إلا أن هنالك من عرّف النية بوصفها عنصراً معنوياً في الجريمة (النية إرادة ارتكاب الجريمة على ما عرّفه القانون)⁽⁷⁾، ومن خلال ما تقدم أرى أن يكون تعريف مبدأ حسن النية في قانون العقوبات كالآتي، (قصد الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون).

الفرع الثاني

شروط تحقق مبدأ حسن النية

يعد مبدأ حسن النية من العوامل الجوهرية في النظام القانوني وكذلك العلاقات الاجتماعية التي تقوم بين أفراد المجتمع وبدون الأخذ بهذا المبدأ نكون أمام إشكالية نتيجة الاختلافات والمنازعات لذلك فقد ارتأيت أن أوضح شروط تحقق هذا المبدأ من ناحيتين، الأولى الناحية الأخلاقية لكونها الأساس في سمو أي مجتمع وتحقيق سعادته، والثانية الناحية القانونية (الجنائية) لأهميتها العظمى في تحقيق الأمن والاستقرار لأفراد المجتمع على صعيد مختلف الأنشطة.

أولاً: من الناحية الأخلاقية:

النية في جوهرها عبارة عن فكرة أخلاقية اجتماعية تتجسد في انتفاء نية الشر لأجل إدراك وبلوغ سلامة النفس ونقاء الضمير فرسالة الأخلاق التي هي صدى لكل الأديان كانت منذ نزول آدم على الأرض وحتى بلوغ خاتم الأنبياء والمرسلين محمد ﷺ هي رسالة ذات مبادئ واحدة

(1) حبيب الكاظمي: جواهر البحار، ج4، دار الحجة البيضاء، ط1، بيروت، 2000، ص148.
 (2) أبي محمد الحسن بن محمد الديلمي: إرشاد القلوب، ج1، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، 2001، ص133.
 محمد باقر المجلسي: بحار الأنوار، ج24، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2003، ص41.
 (3) محمد باقر المجلسي: بحار الأنوار، ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2003، ص261.
 بكر الهيتمي: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، ج1، ط2، دار الكتاب العربي، بيروت، 1967، ص61.
 (4) عندما يقول الرجل لامرأته أنت طالق وهو لا يدرك معناها لم تطلق المرأة لأنه لم يكن مريداً الطلاق لذلك لا يصح طلاقه وكذلك هو حكم المكره حيث لا يصح طلاقه وهناك رواية تقول أن امرأة قالت لزوجها نادني بطالق فقال لها كذلك، ثم أنت إلى أحد رجال الدين وأخبرته بأن زوجها قد طلقها وعندما استدعي الرجل روى ما حدث فأوجع الشيخ رأسه وقال خذ بيدها وأوجع رأسها فهذا هو الفقه الذي يدخل إلى القلوب بغير استئذان، وكذلك بصريح القول لمن يكفر إذا لم ينطقها بإرادته بخلاف الهزل والمستهزئ فإنه لم يلزم الكفر والطلاق لأن هزله لا يكون عذراً له قال تعالى (وَلَيْسَ سَأْلُهُمْ لِيَفْقُولُوا إِنَّمَا كُنَّا نَخُوضُ وَلَعَبٌ قُلْ أَبَاللَّهِ وَآيَاتِهِ وَرَسُولِهِ كُنْتُمْ تَسْتَهْزِئُونَ) لَا تَقُولُوا لَهُمْ دَعْوَاهُمْ يُعْذِرُ إيمانكم... (2) سورة التوبة من الآية (65) و (66). شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية: اعلام الموقعين عن رب العالمين، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع، ص55. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع، ص216.

(5) شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية: مصدر سابق، ص216.

(6) د. محمود نجيب حسني: أسباب الإباحة في التشريعات العربية، بدون مكان نشر، 1962، ص90.

(7) ينظر من قوانين العقوبات المواد: (188) اللبناني، (187) السوري.

تدعو الى نشر الطمأنينة وكف الأذى والتعامل بثقة وأمان ومحاربة سوء النية والتحلي بالأخلاق الفاضلة كالأمانة والوفاء بالعهد وصدق الحديث وتجنب التعسف في استعمال الحق من خلال الالتزام بمبادئ العدل والإحسان⁽¹⁾، وهذا ما نستقرأه بشكل صريح وواضح من نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة قال تعالى ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾⁽²⁾

ومن بين الأحاديث الشريفة التي فصلت الأحكام السابقة قول رسول الله محمد ﷺ لمعاذ بن جبل (أوصيك بتقوى الله وأداء الأمانة)⁽³⁾ وقال أيضاً (أقربكم غداً في المرفق أصدقكم للحديث وأداءكم للأمانة وأوفاكم بالعهد وأحسنكم خلقاً)⁽⁴⁾، وتأسيساً على ما تقدم أرى أن سلامة القلب وحسنه يجعل منه سلطاناً على العقل والبدن وكلما ازداد هذا السلطان اتبعه سائر الجوارح الأخرى على ذات الاتجاه وأن كان الشيطان يراه ويسمعه لأنه متسلط عليه من كل زاوية من زوايا أفكاره ومشاعره إلا أن الشيطان ليس له قدرة على عباد الله المخلصين قال تعالى في كتابه العزيز ﴿إِنَّ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ وَكَفَىٰ بِرَبِّكَ وَكِيلًا﴾⁽⁵⁾

ثانياً: من الناحية القانونية (الجزائية)

إن الشرط الواجب تحققه في القانون الجزائي لكي يقال أن الشخص حسن النية، أن ينتفي لديه القصد الجرمي أي عدم تحقق الرغبة النفسية في مخالفة أحكام القانون، ويعد القصد الجرمي أحد الأعمدة الرئيسة في الركن المعنوي للجريمة العمدية وهذا أمر متفق عليه في التشريعات العربية⁽⁶⁾.

ويقوم القصد الجرمي على عنصري العلم والإدارة ومضمون (العلم) إن الجاني عندما يرتكب جريمة يكون عالماً بأنه يخالف أحكام القانون أمّا عنصر (الإرادة) فيتحقق عندما يرتكب الجاني جريمته عن إدراك (تمييز) وحرية اختيار⁽⁷⁾، وهذا يعني أن الشخص الذي يكون فاقداً إدراكه نتيجة إصابته بمرض عقلي كالجنون أو كان في حالة سكر غير اختياري حسب ما جاء في ق.ع.ع. (م⁶⁰) لا يسأل جزائياً وذلك لعدم تحقق القصد الجرمي نتيجة انعدام القدرة على تحليل وتكوين التصور الإجرامي للفعل، ونفس الحكم لمن يرتكب جريمة نتيجة الإكراه أو في حالة الضرورة حسب ما جاء في ق.ع.ع. (م⁶²) (م⁶³) ومثال ذلك السجان الذي يخلي سبيل المسجون تحت التهديد بالسلاح، أو ركاب السفينة الغارقة إذا ما تعلقوا ببعض قطع أخشابها وابعدوا كل من يحاول أن يراحمهم فيها لأجل إنقاذ أنفسهم من الهلاك⁽⁸⁾

يتضح مما تقدم أن من شروط تحقق القصد الجرمي لدى الجاني أن يكون مدركاً ومتمتعاً بحرية الاختيار عند إقدامه على ارتكاب الفعل الجرمي فضلاً عن تحقق العلم لديه بانتهاك نصوص القانون التي تهدف الى حماية حقوق ومصالح الآخرين من أي اعتداء آثم⁽⁹⁾، وقد عرف ق.ع.ع. القصد الجرمي في (م³³) بأنه (توجيه الفاعل إرادته الى ارتكاب الفعل المكون للجريمة هادفاً الى نتيجة الجريمة التي وقعت أو أية نتيجة جرمية أخرى). أما القوانين العربية فأنها انقسمت الى اتجاهين حول تعريف القصد الجرمي⁽¹⁰⁾، هذا وإذا كان توفر حسن النية لدى الجاني

(1) أبي عبد الله محمد حسن محمد إسماعيل الشافعي: كتاب المبسوط، ج11، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص116

(2) سورة النساء آية (58)

(3) محمد باقر المجلسي: بحار الأنوار، ج75، مصدر سابق، ص195.

(4) أبي محمد حسن بن محمد الدليمي: إرشاد القلوب، مصدر سابق، ص133.

(5) سورة الإسراء: آية (65)

(6) د.صفية محمد صفوت: القصد الجنائي والمسؤولية المطلقة، مطبعة دارين زيدون، بيروت، 1986، ص81، د.محمود نجيب حسني: أسباب الإباحة في التشريعات العربية، مصدر سابق، ص90.

(7) د. أكرم نشأت إبراهيم: علم النفس الجنائي، مطبعة المعارف، ط3، بغداد، 1966، ص162.

(8) د.ضاري خليل محمود: البسيط في شرح قانون العقوبات، المكتبة الوطنية، بغداد، 2002، ص66، 68

(9) د.ضاري خليل محمود: البسيط في شرح قانون العقوبات، مصدر سابق، ص66-68.

(10) الاتجاه الأول عرف القصد الجرمي ويشمل قانون العقوبات: (188) اللبناني، (28) السوداني، (1/63) الليبي، (187) السوري. أما الاتجاه الثاني فلم يعرف القصد الجرمي وإنما أشار إليه بطريقة استنتاجية ومنها قانون العقوبات المصري. ينظر د.عوض محمد: قانون العقوبات القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1985، ص211

حين اقترافه الفعل ينفي عنه المسؤولية العمدية فإنه قد لا ينفي المسؤولية غير العمدية لأنّ توافر حسن النية لا يحول دون اقتران الفعل بخطأ غير عمدي وبالتالي نشوء المسؤولية الجزائية والتي يكون مناطها ليس اختيار الجريمة أو البحث عن البواعث غير الحسنة وإنّما لتقصير الإرادة في الحيلولة دون وقوع الجريمة وبالتالي تحقق النتيجة الضارة كالشخص الذي يوجه بندقيته باتجاه حيوان لغرض اصطياده فإذا به يصيب إنساناً فيقتله⁽¹⁾ فهذه النتيجة الضارة وإن كانت غير مقصودة من قبل الجاني إلا أنه من الممكن توقع حدوثها والمعيّار هنا هو الشخص الاعتيادي الذي يكون حريصاً في سلوكه ومتزناً في تصرفاته إذا وجد في نفس الموقف الذي كان به الجاني حين وقوع الجريمة نتيجة إهماله⁽²⁾، كالحارس الذي يقصر في مراقبة السجين بحيث يفر منه أو كالشخص الذي لا يراقب حيوانه فيهرب منه ويوقع الأذى بأحد الأشخاص، أو قد تقع الجريمة نتيجة الرعونة أو عدم الانتباه مثل الأم التي تترك طفلها الصغير حديث الولادة بجانبها ليلاً فتقلب عليه فيؤدي ذلك إلى وفاته أو يكون سبب وقوع الجريمة هو عدم الاحتياط كالشخص الذي يسلم سيارته إلى شخص لا يعرف القيادة، وفي هذه الأمثلة المتقدمة نلاحظ أن الركن المعنوي قد تحقق أيضاً في الجريمة غير العمدية لكن حسن نية الشخص (انتفاء القصد الجرمي) السبب وراء تغيير وصف الجريمة من عمدية إلى غير عمدية وبالتالي تخفيف العقوبة المفروضة أما إذا كان الشخص غير راغب في أصل الفعل والنتيجة فهنا ينهدم الركن المعنوي بكامله وتنتفي المسؤولية الجزائية أيضاً لعدم تحقق النية الإجرامية السيئة في ارتكاب الجريمة كالشخص الذي يجلس وبيده بندقية فيسقط عليه فجأة جدار فيؤدي ذلك إلى إطلاق عيار ناري وإصابة أحد الأشخاص⁽³⁾ وسوف أشير إلى دور مبدأ حسن النية في الجرائم العمدية وغير العمدية بصورة مفصلة في الموضوع المناسب من هذا الفصل.

(1) د. ضاري خليل محمود: البسيط في شرح قانون العقوبات، مصدر سابق، ص 69.
 (2) د. عباس الحسني: شرح قانون العقوبات العراقي الجديد، مطبعة الإرشاد، ط 2، بغداد، 1972، ص 102.
 (3) د. علي حسين الخلف، د. سلطان عبد القادر الشاوي: المبادئ العامة في قانون العقوبات، المكتبة الوطنية، بغداد، بدون سنة طبع، ص 350، 353.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لمبدأ حسن النية ومعاييرها

سأتناول في هذا المطلب تكييف الطبيعة القانونية لمبدأ حسن النية فيما إذا كان من الأعدار القانونية أو الظروف القضائية المخففة أو ذا طبيعة خاصة، فضلاً عن بيان معاييرها لذا ارتأيت تقسيم ذلك الى ثلاثة فروع وكالاتي:

الفرع الأول

مبدأ حسن النية عذر قانوني

الأعدار القانونية إما أن تكون معفية من العقوبة أو مخففة لها ولا عذر إلا في الأحوال التي يعينها القانون، وهي وإن كانت لا تنتج نفس الآثار إلا أنها ذات طبيعة واحدة لأنّ المشرع هو الذي أوجدها بالنص الصريح لمبررات قانونية بحته يعود أمر استقصائها إلى محكمة الموضوع وهي ملزمة بتطبيقها⁽¹⁾

أولاً: الأعدار المعفية من العقاب: هي الأسباب التي نص عليها القانون والتي من شأنها إعفاء الجاني من العقوبة المقررة للجريمة بموجب حكم المحكمة على الرغم من قيام الجريمة وتحقيق شروط المسؤولية عنها،⁽²⁾

هذا وإن العلة التشريعية للأعدار المعفية من العقاب تستند على أساس نفعي يتمثل في تقدير المشرع إن المنفعة الاجتماعية المحققة في حالة إعفاء الجاني من العقاب تفوق تلك التي تنجم عن توقيع العقاب عليه فالفرض إن منفعة المجتمع هي الأساس الذي يستند إليه الحق في العقاب ولكن قد تتحقق هذه المنفعة في حالة عدم إيقاع العقاب،⁽³⁾ والأعدار القانونية المقررة لهذا النوع قد جاءت لأسباب مختلفة فقد تكون مقابل الخدمة التي يقدمها الجاني إلى المجتمع والمتمثلة في الكشف عن الجريمة أو المساهمين فيها ممن يعرفهم الجاني أو قد تكون نتيجة تسهيل مهمة القبض عليهم من قبل السلطات المختصة وبذلك فهي خدمة مهمة بالنظر إلى خطورة هذه الجرائم،⁽⁴⁾ هذا وقد تأخذ المنفعة التي يحققها الإعفاء من العقوبة صورة تشجيع الجاني من خلال عدم المضي في مشروعه الإجرامي لأجل حماية المجتمع من ضرر كان مهدداً به،⁽⁵⁾ وربما تتخذ المنفعة صورة الحفاظ على روابط المودة بين ذوي القربى والإصهار كما هو الشأن في حالة إعفاء أصول أو فروع الشخص الهارب أو زوجته أو أخوه أو أخته من عقوبة إخفاء الهارب،⁽⁶⁾ أمّا عن الأثر المترتب على هذا النوع من الأعدار فهو رفع العقوبة عن الجاني مع بقاء شرط المسؤولية الجزائية متحققاً فيه بمعنى آخر أن الفعل الذي ارتكبه الجاني يبقى جريمة في نظر القانون فضلاً عن أن الإعفاء يستفيد منه الشخص الذي تحقق لديه العذر ولا اثر له على من ساهم معه في الجريمة.⁽⁷⁾

ثانياً: الأعدار المخففة للعقاب: هي الظروف المنصوص عليها في القانون بحيث تضعف من جسامة الجريمة، وتكشف عن مدى خطورة فاعلها خصها الشارع بالنص الصريح بحيث أوجب تخفيف العقوبة الى أقل من حدّها الأدنى المقرر قانوناً⁽⁸⁾ والأعدار المخففة في قانون العقوبات العراقي نوعان:

النوع الأول: الأعدار العامة: يتسع نطاق الأعدار العامة لتشمل جميع أنواع الجرائم أو أغلبها وهي على مقتضى (م^{1/128}) من قانون العقوبات العراقي تشمل كلا من الباعث الشريف والاستفزاز، إذ تنص (....) يعتبر عذراً مخففاً ارتكاب الجريمة لبواعث شريفة أو بناء على

(1) تنص (م^{1/128}) من ق.ع.ع. (الأعدار إما أن تكون معفية من العقوبة أو مخففة لها ولا عذر إلا في الأحوال التي يعينها القانون وفيما عدا هذه الأحوال يعتبر عذراً مخففاً ارتكاب الجريمة لبواعث شريفة أو بناء على استفزاز خطير من المجني عليه بغير حق).

(2) سيد حسن البغال، الظروف المشددة والمخففة في قانون العقوبات فقهاً وقضاءً، دار الفكر العربي، القاهرة، 1982، ص11.

(3) د. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات القسم العام، المكتبة القانونية، بغداد، 1992، ص451.

(4) ينظر قانون العقوبات المواد: (59)(187)(218)(303)(311)عراقي، (272)(335)(354)(452)(654) اللبناني، (262)(442)(461)(483)(521) السوري، (48)(107)(205) المصري.

(5) ينظر قانون العقوبات المواد: (258)عراقي، (210)(100) المصري، (310)(347)(409) اللبناني، (503) السوري، (215) الليبي.

(6) ينظر قانون العقوبات المواد: (183/ب)(199)(273)عراقي، (222)(410)(674) اللبناني.

(7) د. عباس الحسني، شرح قانون العقوبات العراقي الجديد، مصدر سابق، ص314.

(8) د. فخري عبد الرزاق، الأعدار القانونية المخففة للعقوبة، المكتبة الوطنية، بغداد، 1979، ص104.

استفزاز خطير من المجني عليه بغير حق) فضلاً عن عذر نقص الإدراك أو الإرادة الذي نصت عليه (م⁶⁰) من قانون العقوبات العراقي وعليه سوف أتناول مفهوم هذه الأعذار بإيجاز وكالاتي:

1- الباعث الشريف: لاحظ المشرع أن من يقوده الى ارتكاب الجريمة باعث شريف هو أقل خطورة ممن دفع إليها بباعث دنيء، إذ هو شخص تحدوه غاية عامة أو نبيلة وقد توجه نحوها قاصداً تحقيق الخير العام لكنه أخطأ الوسيلة فوقعت الجريمة لذا رأى المشرع أنه من الأفضل تخفيف العقوبة عنه، فالباعث الشريف في نظر الجاني يهدف إلى حماية مبادئ لها حكمها في بيئته أو لها أهميتها في قناعاته الشخصية لذلك فهو شخص غير أناني وإنما يروم تحقيق ما يراه مناسباً في ذاته وبالعكس هذا لا يتحقق وجود الباعث الشريف بالنسبة لمن يدفع باتجاه الجريمة بقصد الانتقام أو تحقيق مصالح شخصية،⁽¹⁾ وهذا ما أكدته القوانين العقابية في نصوصها⁽²⁾، ومن أحكام القضاء العراقي بهذا الشأن (يعتبر قتل المتهم (ض.ح.ر) لشقيقته (أ.ح.ر) قد وقع بباعث شريف حسب ما جاء في (م¹²⁸) من ق.ع.ع. إذا كانت المجني عليها قد هربت من دار الزوجية مع عشيقها (ح.ب.ج) مما يجلب العار لعائلتها حسب التقاليد السائدة في بيئتها)⁽³⁾، وفي قرار آخر (يعتبر قتل المتهم لابنة عمه قد وقع بباعث شريف حسب ما جاء في (م¹²⁸) من قانون العقوبات العراقي إذا كانت المجني عليها قد هربت من دار أهلها مع عشيقها ثم تزوجت دون موافقة أهلها، مما يجلب العار لأسرتها حسب التقاليد السائدة في بيئتها)⁽⁴⁾.

2- الاستفزاز: هو إثارة الغضب الكامن في النفس نتيجة فعل خطير يصدر عن المجني عليه بدون حق مما يؤدي إلى عدم سيطرة الجاني على نفسه لذا عدده المشرع من الأعذار المخففة للعقوبة،⁽⁵⁾ لكون الجاني يقع تحت تأثير ثورة الغضب التي تضعف من سيطرته على إرادته وان كانت لا تؤثر على إدراكه تأثيراً يعتد به في المجال العقلي، هذا وقد تطلب القانون مجموعة من الشروط لتحقيق الاستفزاز لدى الجاني وهي: أن يصدر عن المجني عليه فعل في إحدى صورتيه الايجابية أو السلبية من دون حق، أن يشكل الفعل جريمة، أن يكون الفعل خطيراً بحيث يؤثر على نفس الجاني تأثيراً يصبح معه عاجزاً عن كبح جماح نفسه الغاضبة وأخيراً وجود ثورة الغضب عندما يأتي الجاني فعله وبمعنى آخر لا يتوفر الاستفزاز إذا ثبت أن الجاني قد ارتكب جريمته وهو هادئ النفس متحكماً بإرادته وهذا ما نصت عليه العديد من القوانين العقابية،⁽⁶⁾ ومن تطبيقات القضاء العراقي بهذا الشأن (يعتبر قتل المتهم (ع.ي.ج) لشقيقته المجني عليها (أ.ي.ج) قد وقع بباعث شريف حسب ما جاء في (م¹²⁸) من ق.ع.ع. إذا كانت على علاقة غير شريفة مع شخص آخر وحملت منه سفاح)⁽⁷⁾.

3- نقص أو ضعف الإدراك أو الإرادة: نصت على هذا العذر (م⁶⁰) من ق.ع.ع. أما إذا لم يترتب على العاهة في العقل والمادة المسكرة أو المخدرة أو غيرها سوى نقص أو ضعف في الإدراك أو الإرادة وقت ارتكاب الجريمة عد ذلك عذراً مخففاً).

وهذا ما نصت عليه معظم القوانين العقابية الأخرى،⁽⁸⁾ ويتضح من نص المادة السابقة إن المشرع قد جعل من العاهة العقلية سبباً من أسباب تخفيف العقوبة لأنه من كان وقت ارتكاب الفعل الجرمي مصاباً بعاهة عقلية أنقصت من قوة وعيه واختياره لأفعاله استفاد من هذا العذر متى كانت إصابته سابقة على الفعل أو مقترنة به أما إذا تم الشفاء منها قبل حدوث الفعل فلا تأثير لها على العقوبة وبالتالي تقوم المسؤولية الجزائية، فضلاً عن العاهة العقلية حالة فقد الوعي أو الإرادة الجزئي للجاني والراجع الى تعاطي مواد مسكرة أو مخدرة نتيجة قوة قاهرة أو حادث طارئ لا دخل لإرادته فيه وبذلك يكون للقاضي تخفيف العقوبة وهذا ما أكدته أحكام القضاء

(1) محسن ناجي، الأحكام العامة في قانون العقوبات، بدون مكان نشر، ط1، 1974، ص453.

(2) ينظر قانون العقوبات المواد: (128) العراقي، (192) السوري، (193) اللبناني.

(3) يُنظر قرار رقم 168/ج/بتاريخ 2008/8/6، صادر من محكمة جنايات النجف المصادق بقرار محكمة التمييز رقم 4556/هيئة جزائية/بتاريخ 2008 (غير منشور).

(4) يُنظر قرار رقم 342/جنايات/بتاريخ 1979/9/18. مجموعة الأحكام العدلية، يصدرها قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل العراقية، العدد الثالث، 1979، ص79.

(5) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص787.

(6) ينظر قانون العقوبات المواد: (237) المصري، (562) اللبناني، (548) السوري، (2/324) الفرنسي.

(7) ينظر: قرار رقم 3/ج/بتاريخ 2008-1-20، صادر من محكمة جنايات النجف المصادق بقرار محكمة التمييز رقم 1554/هيئة جزائية/بتاريخ 2008/4/7 (غير منشور).

(8) ينظر قانون العقوبات المواد: (84) الليبي، (233)(234) (235) اللبناني، (232) (233) (234) السوري.

العراقي (يعتبر التخلف العقلي عذراً مخففاً لا ظرفاً مخففاً بحكم الجملة الأخيرة من (م⁶⁰) من ق.ع.ع⁽¹⁾). وفي قرار آخر (على المحكمة عرض المتهم على اللجنة الطبية العدلية النفسية في مستشفى الأمراض العقلية والعصبية لإجراء الفحص الطبي على قواه العقلية للتأكد مما إذا كان بقو طبيعة أعماله يوم ارتكاب الجريمة)⁽²⁾.

النوع الثاني: الأعذار المخففة الخاصة: هي تلك الأعذار التي يقرها المشرع في جرائم محددة بحيث لا تنتج أثرها إلا في هذه الجرائم⁽³⁾، ومن هذه الأعذار في ق.ع.ع. رجوع الشاهد عن أقوال الزور (م²⁵⁶) من ق.ع.ع، والراشي أو الوسيط الذي يقوم بإبلاغ الجهات القضائية أو الإدارية بالجريمة بعد اتصال المحكمة بالدعوى وقبل انتهاء المحاكمة فيها (م³¹¹) من ق.ع.ع، إذا لم يحدث الخاطف إذاً بالمخطوف وتركه قبل انقضاء ثمان وأربعين ساعة من وقت الخطف (م⁴²⁶) من ق.ع.ع⁽⁴⁾، عذر الخاطف إذا تزوج بالمخطوفة (م⁴²⁷) من ق.ع.ع، إخبار السلطات بعد قيامها بالتحقيق عن مرتكبي الجريمة (م⁴⁶²) من ق.ع.ع، أما عن الأثر المترتب على هذه الأعذار هو تخفيف العقوبة من دون أن يكون لهذا التخفيف أي أثر على العقوبات التبعية أو التكميلية بخلاف الأعذار المعفية التي تمنع من الحكم بأي عقوبة سواء كانت أصلية أم تبعية أم تكميلية⁽⁵⁾.

بعد بيان مفهوم كل من الأعذار المعفية والمخففة يمكن استخلاص جملة من الخصائص تنسجم مع طبيعتها وهي:

1- الشرعية: ويراد بها إن الأعذار تعد مسألة واقعية خصها المشرع بالنص الصريح مبيناً شروط كل عذر والوقائع التي يفترضها وبذلك يحضر على المحكمة التماس عذر لم يرد به نص أي أن على المحكمة احترام نصوص القانون.

2- الإلزام: تعتبر هذه الخاصية نتيجة منطقية لمبدأ الشرعية الذي يحكم الأعذار عموماً فالعذر يكون نتيجة لنص القانون الذي يحدد نطاق تطبيقه لذا لا بد من تقصيه والبحث عنه وتطبيقه في كل الظروف بمعنى آخر أن المحكمة تلتزم بتطبيق الأعذار عند توافر شروطها لأنها لا تستطيع إنكارها⁽⁶⁾.

3- الإبقاء على الجريمة: إن تحقق العذر القانوني لا يترتب عليه زوال الجريمة إذا كان معفياً ولا يغير من نوعها إذا كان مخففاً إذ تبقى الواقعة المرتكبة محتفظة بعناصرها الخاصة بالفعل وفاعله وتبقى في عاتق مرتكبها في حين تنفي أسباب الإباحة الجريمة عن مرتكبها وتقل وصف الفعل من التجريم إلى الإباحة.

4- التأثير على العقوبة: العذر المعفي يمنع من الحكم بأي عقوبة أصلية أو تبعية أو تكميلية، أما العذر المخفف فيترتب عليه إنقاص مقدار العقوبة عن الحد الأدنى المحدد في القانون ومن ثم إن الأعذار المعفية أو المخففة ذات طبيعة واحدة ولكن الفارق بينهما يكمن في أن العذر المخفف يبقى على العقوبة أما العذر المعفي فيزيلها⁽⁷⁾.

الفرع الثاني

مبدأ حسن النية ظرف مخفف

الظروف المخففة: هي الحالة الشخصية التي تلازم الجاني أو الحالة الموضوعية التي تلازم الجريمة وما يحيط بتلك الحالتين من أسباب وعوامل تستنبطها المحكمة لتساعد في فرض

(1) قرار رقم 1806/تميزية/بتاريخ 26-9-1979. مجموعة الأحكام العدلية، يصدرها قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل العراقية، العدد الثاني، 1979، ص 81.

(2) قرار رقم 691/جنايات/بتاريخ 29-7-1986، إبراهيم المشاهدي: المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، المكتبة القانونية، بغداد، 1990، ص 209.

(3) د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1986، ص 561.

(4) أصدر مدير سلطة الإنتلاف المؤقتة (المنحلة) قرار رقم 31 بتاريخ 10/9/2003 والذي نصّ على (يعلق العمل بفقرتي (م⁴²⁶) والحق تعديلاً بالنصين يقضي بأن يكون تعاون المتهم مع السلطات بعد وقوع الجريمة عاملاً مبرراً لتخفيض العقوبة وجوّز للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار عند تقرير العقوبة التي ستصدر بحق المتهم)، ينظر: الوقائع العراقية، العدد (3980) بتاريخ 31/9/2003.

(5) د. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات - القسم العام، مصدر سابق، ص 461.

(6) د. فخري عبد الرزاق الحديثي، الأعذار القانونية المخففة للعقوبة، مصدر سابق، ص 105.

(7) د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 146، د. فخري عبد الرزاق الحديثي: شرح قانون العقوبات-القسم العام، مصدر سابق، ص 450.

عقوبة عادلة ومناسبة بحق الجاني،⁽¹⁾ لذا فقد أدرك المشرع أن بعض العقوبات قد لا تتلاءم مع حالة المجرم كالإعدام أو السجن المؤبد في ضوء ظروف معينة الأمر الذي تطلب منه وضع الأعذار المخففة إلا أن هذه الأعذار مثلت الحالات التي قد توقعها المشرع عند وضع القانون، وبما أن الحياة تتغير باستمرار مما يؤدي إلى وقوع ما ليس متوقفاً لذا أدرك المشرع أن المصلحة تقتضي منه تخويل المحكمة سلطة تقديرية لأجل التنسيق والملاءمة بين نصوص القانون وظروف الحياة التي يقع في ظلها مختلف الجرائم وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها (تقدير العقوبة من اختصاص محكمة الموضوع مادامت تدخل في حدود العقوبة المقررة قانوناً)⁽²⁾، وفي ذات الوقت فإن المحكمة تقوم بمهمة سامية ونبيلة مفادها تطوير القانون والارتقاء به وفقاً للمصلحة العامة،⁽³⁾ ولذلك منح المشرع بموجب المادتين (132) (133) من ق.ع.ع. المحكمة سلطة تخفيف العقوبة إذا رأت أن ظروف المجرم والجريمة تستدعي الرأفة على أنه يتوجب على المحكمة في حالة تخفيف العقوبة أن تبين أسباب حكمها الذي اقتضى هذا التخفيف⁽⁴⁾ عملاً بحكم (م¹³⁴) من ق.ع.ع.، هذا وقد نص قانون العقوبات العراقي على بعض هذه الظروف من دون أن يلزم المحكمة بالأخذ بها عند توافرها ومنها الظروف المنصوص عليها في المواد (45) (183/ب) (187) (317) (4/417)⁽⁵⁾، على حين ترك للمحكمة أمر استخلاص البعض الآخر من ظروف ووقائع الدعوى ووفقاً لأحكام القضاء العراقي يعتبر ظرفاً مخففاً كل من (كبر السن، ارتكاب الجريمة لأول مرة، الروابط العائلية، كون الجاني ساذج وليس له سوابق، تنازل المجني عليه عن حقوقه الشخصية، طلب ذوي المجني عليه الرأفة بالجاني...) ومن تطبيقات القضاء العراقي في هذا الصدد (لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة العامة في محكمة التمييز فقد تبين من وقائع الدعوى ومجرياتهما إن المتهم في هذه القضية (ع.د.س) مع جماعة آخرين فرقت قضاياهم كانوا قد اشتركوا في ارتكاب جرائم سرقات عديدة ومن ضمنها سرقة مبلغ من المال قدره ألفا دينار مع مصوغات ذهبية من دار المشتكي (خ.ع) ليلاً وعند القبض على المتهم (ع.د.س) اعترف بارتكاب جريمة السرقة المذكورة ليلاً وقد حصل على حصته منها، وقد جاء هذا الاعتراف أمام قاضي التحقيق بصورة تفصيلية والذي جاء مطابقاً لأقوال المشتكي أمام المحقق وقاضي التحقيق إضافة لما توافر من ظروف وقرائن معززة لذلك الاعتراف وعلى الرغم من أن السرقة وقعت ليلاً وفي دار سكنية وبفعل أشخاص عدة إلا أن عقوبة الإعدام المفروضة على المتهم (ع.د.س) بدلالة (م⁴⁴³) من ق.ع.ع. استناداً إلى قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 1631 لسنة 1980، 1133 لسنة 1982 قد جاءت شديدة نظراً لخلو صفحة المتهم من ارتكاب جرائم سابقة فضلاً عن ذلك فإن دوره في ارتكاب الجريمة لم يكن دوراً رئيساً وفعالاً لذا فقد وجد من الظروف المخففة ما يستدعي الأخذ بها عند فرض العقوبة استدلالاً (م^{1/132}) من ق.ع.ع. لذا تقرر تخفيف عقوبة الإعدام الصادرة بحقه إلى السجن المؤبد وإشعار محكمة الجنايات بذلك).⁽⁶⁾

بعد بيان ماهية كل من الأعذار القانونية والظروف القضائية أرى أن نصوص المواد المتضمنة لمبدأ حسن النية في كل من المواد (1/40) (41) (45) (46) (284) ق.ع.ع. قد جاءت متباينة في طبيعتها القانونية واثراً على العقوبة مما أدى إلى اختلافها عن طبيعة كل من الأعذار القانونية والظروف القضائية ففي (م⁴⁰) (م⁴¹) من ق.ع.ع. نلاحظ أن حسن النية لم يقتصر أثره على إعفاء الجاني من العقاب وإنما إعفاؤه من المسؤولية القانونية أيضاً لأنها أخرجت الفعل من نطاق الأفعال المجرمة إلى نطاق الأفعال المشروعة، في حين جاءت (م⁴⁵) من ق.ع.ع. بصيغة الظرف المخفف على اعتبار إن استخدامه جاء جوازياً بالنسبة إلى سلطة

- (1) عبد الستار البرزكان، العذر القانوني والظرف القضائي، مجلة القضاء، تصدرها نقابة المحامين، العراق، العدد (1)، 1990، ص44.
- (2) طعن رقم 1610 بتاريخ 2-2-1976، حسن الفكهاني، عبد المنعم حسني، الموسوعة الذهبية، ج10، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، بدون سنة طبع، ص151.
- (3) لين صلاح مطر، موسوعة قانون العقوبات العام والخاص، ج3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بدون سنة طبع، ص411.
- (4) د. حميد السعدي، شرح قانون العقوبات، مطبعة المعارف، بغداد، 1976، ص391.
- (5) ينظر قانون العقوبات المواد: (834) (854) الفرنسي، (63) الصيني، (22) (23) (24) الإيراني.
- (6) قرار رقم 123/هيئة عامة/90 بتاريخ 15-5-1991 ابراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، القسم الجنائي، ج4، ص51.

المحكمة من حيث التخفيف من عدمه كما هو الشأن بالنسبة إلى مختلف الظروف القضائية وهذا يبدو واضحاً من نصها. (لا يبيح حق الدفاع الشرعي إحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع وإذا تجاوز المدافع عمداً أو إهمالاً حدود هذا الحق أو اعتقد خطأ أنه في حالة دفاع شرعي فإنه يكون مسؤولاً عن الجريمة التي ارتكبها وإثماً يجوز للمحكمة في هذه الحالة أن تحكم بعقوبة الجنحة بدلاً من عقوبة الجناية وأن تحكم بعقوبة المخالفة بدلاً من عقوبة الجنحة)، أما فيما يتعلق (م²⁸⁴) من ق.ع.ع. والمتعلقة بترويح العملة المزيفة بحسن نية فأرى أنها جاءت بصيغة العذر القانوني المخفف لأن المشرع قد جعل من حسن النية سبباً لإلزام المحكمة في تخفيف العقوبة من الجناية (م²⁸¹) (م²⁸²) ق.ع.ع. إلى الجنحة في (م²⁸⁴) ق.ع.ع. والتي تنص (يعاقب بالحبس كل من قبض بحسن نية عملة معدنية أو ورقة نقدية مقلدة أو مزيفة أو مزورة ثم تعامل بها بعد أن تبين له حقيقتها) ومما تقدم ذكره أرى أن مبدأ حسن النية ذو طبيعة خاصة لأنه قد جمع معاني كل من أسباب الإباحة من حيث محو الجريمة ورفع المسؤولية الجزائية عن الفاعل (م⁴⁰) (م⁴¹) ق.ع.ع. والأعذار القانونية من حيث تخفيف العقوبة مع بقاء الجريمة في (م²⁸⁴) ق.ع.ع. والظروف القضائية من حيث منح المحكمة السلطة التقديرية في التخفيف من عدمه (م⁴⁵) ق.ع.ع. ومن ذلك يتبين اختلاف طبيعة مبدأ حسن النية عن كل من الأعذار القانونية والظروف القضائية لاختلاف دوره بحسب موقعه من النص وهذا ما يؤكد أن هذا المبدأ ذو طبيعة خاصة.

الفرع الثالث

معايير مبدأ حسن النية

أولاً: معيار المصلحة المشروعة

لا شك في أن لكل حق حدوداً موضوعية وحدوداً شخصية وكما يتحقق الخروج عند استعمال هذا الحق بتجاوز حدوده الموضوعية فإنه يتحقق كذلك بتجاوز حدوده الشخصية ونعني بحسن النية عند استعمال الحق التقيد والالتزام بالحدود الشخصية وهذا الأمر تشترطه الغالبية العظمى من التشريعات العربية⁽¹⁾. هذا وقد حددت (م⁷) ف2(أ) و(ب) و(ج) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 الشروط التي يكون فيها استعمال الحق غير المشروع لتجاوز الشخص حدوده الشخصية (أ) (إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الإضرار بالغير) (ب) (إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر) (ج) (إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها غير مشروعة). واستناداً لما تقدم تعرّف المصلحة بأنها (موافقة المنفعة للهدف) فمثلاً من يشرب الماء ليطفئ ظمأه يعلم أن الماء يروي العطش ويحدث الارتواء وهنا تحققت المصلحة حيث أنه نظر إلى الماء من زاوية نتيجته وليس شكله الذي يمثل سائل عديم اللون والطعم والرائحة⁽²⁾.

ولا يثار الخلاف حول ما قرره القانون المدني في نطاق القانون الجنائي لأن القانون الجنائي لا يبيح أي فعل يقصد منه الإضرار بالآخرين أو أن يكون الهدف من ورائه تحقيق مصلحة غير مشروعة وإن التزم الشخص فيه حدوده الموضوعية لأن المشرع يأخذ بنظر الاعتبار عند استعمال الحق التزام حدوده الشخصية أي حسن نيته وبمعنى آخر أن يكون غرض صاحب الحق مطابقاً لغرض القانون لاسيما وأن جميع الحقوق التي يقرها القانون هي حقوق غائية وجدت لأغراض معينة ويجب استعمالها ضمن هذه الأغراض وإلا اعتبر الشخص متعسفاً في استعمال حقه فهو في ذاته سيئ النية فمثلاً الملاك الذي ينهال على خصمه بالضرب في أثناء اللعبة يجب أن يكون هدفه من ذلك هو المصلحة الرياضية والمتمثلة بتحقيق الفوز أما إذا سعى إلى غاية أخرى فإنه يكون سيئ النية ويتجرد فعله من المشروعية⁽³⁾، وكذلك ما يقضي به قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم 23 لسنة 1971 المعلن من حيث وجوب إلقاء القبض على الشخص الذي يرتكب جريمة مشهودة⁽⁴⁾ والتي عرّفها (م^{1/ب}) (تكون الجريمة مشهودة إذا شوهدت حال ارتكابها أو عقب ارتكابها ببرهة يسيرة أو إذا تبع المجني عليه مرتكبها اثر وقوعها

(1) د. علي حسن ذنون: الميسوط في المسؤولية المدنية، ج2، مطبعة العزة، بغداد، 2000، ص420.

(2) د. مجيد حميد العنكي: اثر المصلحة في التشريعات، الدار العلمية الدولية، ط1، عمان، 2002، ص20.

(3) د. علي حسين الخلف، د. سلطان عبد القادر الشاوي: المبادئ العامة في قانون العقوبات، مصدر سابق، ص259.

(4) تنص (م^{102/ب}) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم 23 لسنة 1971 (لكل شخص ولو بغير أمر من السلطات المختصة أن يقبض على أي متهم بجناية أو جنحة في إحدى الحالات الآتية: 1- إذا كانت الجريمة مشهودة. 2- إذا كان قد فر بعد القبض عليه قانوناً. 3- إذا كان قد حكم عليه غيابياً بعقوبة مقيدة للحرية). للمزيد يُنظر (م¹⁰⁵).

أو تبعه الجمهور مع الصباح أو إذا وجد مرتكبها بعد وقوعها بوقت قريب حاملاً آلات أو أسلحة أو أمتعة أو أوراقاً أو أشياء أخرى يستدل منها على أنه فاعل أو شريك فيها أو إذا وجدت به في ذلك آثار أو علامات تدل على ذلك⁽¹⁾، وهنا يتطلب القبض استخدام القوة والعنف مع المتلبس بالجرم لشل مقاومته ومنعه من الهرب ولهذا يكون استخدام القوة مشروعاً متى ما كانت المصلحة من ذلك ضبط المجرم المتلبس، أما إذا كان القصد منه الانتقام والثأر تجرد الفعل من المشروعية وسأل مرتكبه عنه⁽²⁾ هذا ويتضح أن معيار المصلحة المشروعة غير شامل بما فيه الكفاية لتحديد حسن أو سوء نية الشخص عند استعماله لحقه لأنه قد يصدر من الشخص تصرفات لا تلحق ضرراً بالغير ولا توصف بأنها غير مشروعة إلا أن صاحبها يعد غير حسن النية كالطبيب الذي يقوم بأجراء عملية جراحية للمريض لتحقيق نجاح علمي دون أن يسبب له ضرراً مع ذلك يوصف عمله بعدم المشروعية لانتفاء قصد العلاج لديه⁽³⁾.

ثانياً: معيار الغاية الاجتماعية

حاول الفقه الجنائي إيجاد معيار آخر للاستدلال على حسن النية وهو معيار الغاية الاجتماعية وذلك بسبب النقد الذي وجه إلى معيار المصلحة المشروعة ويرى القائلون به أن جميع الحقوق غائية وإن القانون قد أقرها لتحقيق غاية معينة وإن حسن أو سوء النية يقاس على مدى استهداف الشخص للغاية التي أرادها المشرع عند تقديره للإباحة، أما إذا ثبت استهداف الشخص غاية أخرى غير التي أرادها المشرع توفرت عنده حينئذ النية السيئة وذلك لكون الفعل لم يحقق وظيفته الاجتماعية التي حددها القانون⁽⁴⁾، فمثلاً نجد أن الشريعة الإسلامية قد منحت الزوج حق تأديب الزوجة تأديباً خفيفاً اتجاه كل معصية لم يرد بشأنها حد مقرر حيث حددت الشريعة الغراء الشروط الواجب إتباعها عند تأديب الزوجة فأوجب أن يكون الضرب آخر المطاف بحيث يسبقه وعظ الزوجة ثم هجرها في المضجع فإن لم ينفع كل ذلك يلجأ إلى الضرب الخفيف والذي يكون لأجل غاية اجتماعية وهي إصلاح الزوجة لأنها أساس صلاح الأسرة والتي تعد نواة المجتمع قال تعالى ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً

إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً﴾⁽⁵⁾ وفي التشريع الوضعي منح الأب والمعلم ومن في حكمهم حق تأديب الأولاد القصر على أن يكون ذلك لأجل تحقيق الغاية الاجتماعية التي رسمها المشرع والمتمثلة بالتعليم أو التهذيب أو التوجيه أما إذا كان ذلك لغرض سيء مثل الانتقام أو الإهانة تجرد الفعل من الإباحة ودخل في دائرة التجريم وكذلك الأمر بالنسبة إلى استخدام حق الدفاع الشرعي والذي يعد حقاً عاماً وليس حقاً مالياً أو شخصياً فقد أجازته القانون لأجل دواعي قانونية واجتماعية تجسدت في دفاع الشخص عن نفسه وعن ماله أو عن نفس الغير أو ماله والذي يمثل في نهاية الأمر دفاع عن مصالح المجتمع الذي يفضل مصلحة الشخص المعتدى عليه على مصلحة المعتدي الذي يخس من قيمة مصلحته باعتدائه فضلاً عن أن المعتدى عليه يمارس واجباً اجتماعياً تقتضيه متطلبات العدالة لأنه في الحقيقة من يقاوم اعتداء مخالف للقانون إنما هو بالنتيجة يدافع عن المجتمع ومبادئه السامية⁽⁶⁾، وعلى الرغم من محاولة أصحاب هذا المعيار

(1) ينظر المواد: (108) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، (30) من قانون الإجراءات الجنائية المصري، (20) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي، (28) من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري، (27) من قانون أصول الإجراءات الجنائية السوداني، (36) من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني.

(2) د. علي حسين الخلف، د. سلطان عبد القادر الشاوي: المبادئ العامة في قانون العقوبات، مصدر سابق، ص 259.

(3) د. محمود نجيب حسني: أسباب الإباحة في التشريعات العربية، مصدر سابق ص 122.

(4) عمر فخري عبد الرزاق الحديثي: تجريم التعسف في استعمال الحق بوصفه سبباً من أسباب الإباحة، أطروحة دكتوراه، مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد، 2005، ص 61.

(5) سورة النساء من الآية (34).

(6) د. رمسيس بهنام النظرية العامة للجريمة، مصدر سابق، ص 335، 356. ومن الجدير بالذكر أن هذا المعيار قد ساد أيضاً لدى الفقه والقضاء الإداري إذ أنه متى ما حدد القانون للقرار الإداري غاية معينة ولكن صاحب السلطة استهدف غاية أخرى فإن تصرفه يكون معيب بعيب الانحراف بالسلطة لاستهدافه غاية مختلفة وإن كانت متصلة بالمصلحة العامة فمثلاً للإدارة سلطة نقل موظفيها بين الوظائف والأماكن المختلفة لأجل ضمان ديمومة استمرار سير المرفق العام بانتظام وبما يحقق مصلحته لكن إذا تبين أن الغرض من إصدار القرار الإداري هو إنزال عقوبة تأديبية بحق من وجه إليه القرار فعندئذ يصبح القرار مشوب بعيب الغاية نتيجة إساءة استخدام

تفادي الانتقادات التي وجهت الى المعيار السابق إلا أن معيار الغاية الاجتماعية قد انتقد أيضاً ولأسباب عديدة منها انه معيار واسع يحتاج الى تحليل دقيق فضلاً عن عدم سهولة تحديد الغاية الاجتماعية للحق مما يجعل منه معياراً صعباً، كما أنه يمنح القاضي فرصة التحكم في النزاع المعروض أمامه لعدم وجود قواعد ثابتة ومحددة بخصوص هذا الشأن⁽¹⁾. وفي تقديرنا إن كلا المعيارين له محاسنه ومساؤه لذا يكون من الأفضل الجمع بين المعيارين إذ أن فكرة الغاية الاجتماعية فكرة واسعة تشكل الهدف الأسمى والأعلى عند استعمال الحق، أما فكرة المصلحة المشروعة فإنها تمثل مقياساً واقعياً ومؤكداً في مدى مشروعية استعمال الشخص لحقه.

المطلب الثالث

العلاقة بين النية ومرادفاتها

النية سواء كانت حسنة أم سيئة لها مرادفاتها مثل الإرادة والباعث والغرض والغاية وتعد هذه المرادفات من عناصر التجريم في الركن المعنوي وهذا يستلزم بيان مدى العلاقة بين النية وهذه المرادفات في أربعة فروع وكالاتي:

الفرع الأول

النية والإرادة

النية هي القصد أو العزم على الشيء أي ما استقرت عليه النفس من أفكار ومأرب اكتملت وانعقد عليها العزم في التنفيذ عند الاقتدار وهذا يعني أن النية لب العمل وقوامه⁽²⁾. وبالمقابل فإن الإرادة هي الموجهة للقوى العصبية أي ذلك النشاط الذي يتولد عن وعي وحرية اختيار فجوهر الإرادة هو ملكة الاختيار لإتيان أفعال تترتب عليها آثار مادية يتمكن الإنسان من خلالها إشباع حاجاته⁽³⁾، وهذا يعني أن النية تلعب دوراً كبيراً في تطويع الإرادة للقيام بالعمل المطلوب منها، بمعنى أن هنالك امتزاجاً وتوافقاً بين الاثنين من الناحية المعنوية وهذا الامتزاج لا يتحقق إلا في الجرائم العمدية التي تكون وليدة نية آثمة تعرف بالقصد الجرمي الذي تتجه فيه الإرادة الى الفعل والنتيجة معاً كحامل الوسام بدون حق حمله حيث لا يكفي مجرد حمله بل يجب أن يكون عالماً أنه لا يحق له حمل الوسام وان تتجه إرادته الى تحقيق النتيجة المتمثلة بانتهاك الحرمة التي تُشترط لأجل حمل الوسام أو شارات التقدير⁽⁴⁾.

أما بالنسبة الى الجريمة غير العمدية فإن هنالك اختلافاً جوهرياً بينها وبين الجريمة العمدية ذلك لأن النية الآثمة ليس لها مكان في هذا النوع من الجرائم لذا فإن مناط المسؤولية الجزائية يقتصر على الإرادة الآثمة وحدها لعدم اتخاذ الحيطة والحذر اللازمة من الرجل العادي مما أي بالشخص إلى سلوك طريق مليء بالمخاطر وان لم يقصده الجاني وإنما كان نتيجة خطأه وتقصيره في تقدير الأمور كحالة ترك سائق المركبة صخرة في الطريق العام ليلاً بعد أن استخدمها في إيقاف مركبته مما أدى الى اصطدام مركبة أخرى بها فأصيب راكبها بأذى⁽⁵⁾.

الفرع الثاني

النية والباعث

يطلق على الباعث تسميات مختلفة إلا أنها تدل على ذات المعنى فالباعث الحسن قد يسمى الباعث الاجتماعي أو الإنساني أو الأخلاقي أما الباعث الدنيء فإنه على عكس ذلك أي قد يسمى الباعث غير الاجتماعي أو غير الإنساني أو غير الأخلاقي⁽⁶⁾ فالباعث ما بُنيت عليه النية الآثمة حيث يكون الدافع الذي يوجه الجاني نحو ارتكاب الجريمة وأنه يختلف من شخص الى آخر بل انه يختلف في النوع الواحد من الجرائم إذ لا يمكن تحديد صورته أو إخضاعه لحصر ففي جريمة

السلطة، ينظر: دكتور إبراهيم طه الفياض: القانون الإداري، مكتبة الفلاح، ط1، 1988، ص341، د.محمد علي جواد: القضاء الإداري، مصدر سابق، ص118.

(1) عمر فخري عبد الرزاق: تجريم التعسف في استعمال الحق بوصفه سبباً من أسباب الإباحة، مصدر سابق، ص62.

(2) شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر: إعلام الموقعين عن رب العالمين، مصدر سابق، ص55، 91.

(3) د.فخري عبد الرزاق: شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص287.

(4) د.حميد السعدي: شرح قانون العقوبات، مصدر سابق، ص250، 253.

(5) د.علي حسين الخلف، د.سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مصدر سابق، ص352.

(6) د.مصطفى كامل: شرح قانون العقوبات القسم العام، مطبعة الأهالي، بغداد، بدون سنة طبع، ص309.

القتل العمد قد يكون الباعث لغسل العار أو قد يكون لغرض الانتقام أو الثأر ومع كل ذلك تكون نية الجاني في جميع هذه الصور واحدة تتمثل في إنهاء حياة المجني عليه كذلك الأمر بالنسبة الى جريمة السرقة حيث تكون نية الجاني دائماً تملك المال لكن الباعث ليس واحداً فقد يكون لأجل سلب ثروة الغير أو لأجل الضرر أو قد تكون لأجل إشباع حاجة معينة، هذا وقد يأخذ الباعث صوراً أخرى تعرف بالباعث الشريف الذي يكون وليد إحساس الجاني بحيث يدفعه عشوائياً نحو الجريمة أي أنه (عامل نفسي ذو قوة محركة للإرادة تحمل الإنسان على القيام بفعل ذي مظهر مادي)⁽¹⁾. وعلى الرغم من الفرق بين البواعث السابقة إلا أنها لا تؤثر على البنيان القانوني للجريمة إلا إذا نص القانون على ذلك⁽²⁾، أما بالنسبة الى نوع الباعث سواء كان شريفاً أم دنياً فإنه لا يؤثر على وجود القصد الجرمي إلا أنه يكون موضع اعتبار لدى القاضي عند تحديد مقدار العقوبة المطلوبة، هذا بالنسبة الى الباعث الشريف الذي يلعب دوراً في تخفيف العقوبة ضمن الحدود التي تسمح بها القوانين العقابية كما في قتل الزوج لزوجته أو إحدى محارمه حال تلبسها بالزنا حيث تنتابه ثورة نفسية لا يستطيع معها السيطرة على نفسه⁽³⁾ ومن تطبيقات القضاء العراقي بهذا الشأن (يعتبر قتل المتهم (ع.ع.أ) للمجني عليها (ف.م.ج) قد وقع بباعث شريف حسب ما جاء في (م¹²⁸) من ق.ع.ع لسوء سلوكها)⁽⁴⁾.

الفرع الثالث

النية والغرض

الغرض هو الهدف القريب الذي تتجه إليه الإرادة والتي هي عبارة عن نشاط نفسي يتجه الى تحقيق غرض معين بواسطة وسيلة معينة ويتصف هذا الغرض بعدم المشروعية لأنه تمثل بصورة نتيجة يرى المشرع انها تمثل اعتداء على حق جدير بالحماية هذا وان الغرض لا يمثل الغاية النهائية من الجريمة التي اتجهت إليها إرادة الجاني لأن إدراك الغرض قد لا يكفي لإشباع حاجة الجاني لذا فهو يمثل مرحلة من مراحل النشاط الإرادي الهادف الى إشباع الحاجة، والغرض من الجريمة يكون واحداً فهو لا يختلف باختلاف الجناة⁽⁵⁾، فمثلاً في جريمة القتل يكون الغرض منها هو إنهاء حياة المجني عليه كما في جريمة قتل الأم لطفلها حديث العهد بالولادة إذا كانت قد حملت به سفاحاً بدافع انتقاء العار، وفي جريمة السرقة والاحتيال وخيانة الأمانة يكون الغرض واحداً هو تملك المال، وبذلك فإن الغرض غير المشروع للإرادة يحقق وجود القصد الجرمي والذي لا يعتمد في وجوده على الباعث أو الغاية وهذا يعني ان الغرض جزء من القصد الجرمي، أما إذا اتجهت الإرادة الى سلوك معين ولم يكن غرضها غير مشروع انتفى القصد الجرمي وبالتالي انتفاء تحقق الجريمة العمدية كمن يستولي على سيارة بهدف التنزه وإعادتها الى صاحبها فإنه لا يعد سارقاً لأن الإرادة لم تتجه الى نية تملك السيارة، ومن يطلق عياراً نارياً في الهواء لغرض فض نزاع قائم بين المتشاجرين لكنه يتسبب بقتل احدهم فهنا لا يعد مرتكباً لجريمة القتل العمد لأن الإرادة لم تتجه الى هذه النتيجة وإنما كان غرضها فض الشجار⁽⁶⁾ ومما تقدم أرى أن الغرض هو أمر مادي محسوس يظهر الى العالم الخارجي خلال تحقق نتيجته، أما النية فالغالب أنها أمر مكنون في أعماق النفس لا يعرفها إلا صاحبها ومع ذلك يمكن الاستدلال عليها إذا اقترنت بتصرف خارجي ترتب عليه أثر قانوني.

الفرع الرابع

النية والغاية

تعد النية بمثابة الطاقة أو القوة الموجهة للإرادة والمحركة لنشاطها الفعلي وبهذا فإن الإرادة عبارة عن نشاط نفسي واعٍ يتجه نحو إدراك غرض معين ومن ثم فإن الإرادة ذات صفة غائية

(1) محمد إبراهيم الفلاحى: الاستقراز في التشريع العراقي والقضاء، للناشر صباح، ط1، بغداد، 2004، ص204

(2) ينظر قانون العقوبات المواد: (38) العراقي، (192) اللبناني، (191) السوري.

(3) ينظر قانون العقوبات المواد: (409) العراقي، (237) المصري، (562) اللبناني، (192)(249) السوداني، (548) السوري، (78) الإيراني.

(4) ينظر قرار رقم 318/ج/ بتاريخ 2008/11/30 صادر من محكمة جنايات النجف المصادق بقرار محكمة التمييز رقم 607/هيئة جزائية/بتاريخ 2009/2/15 (غير منشور).

(5) د.محمود نجيب حسني: النظرية العامة للقصد الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978، ص203.

(6) معاذ جاسم محمد العسافي: دور الإرادة في المسؤولية الجزائية، أطروحة دكتوراه، مقدمة الى كلية القانون بجامعة بغداد، 2007، ص21.

لأنه من غير المعقول أن نفترض أن هنالك سلوكاً إرادياً واعياً دون غاية نهائية له ولذلك فإنّ الإنسان يستعين بقوته الإرادية لإشباع حاجاته المتعددة والتي تكون الهدف الأخير له والذي اصطلح على تسميته بالغاية ومثال ذلك قيام الشخص بارتكاب جريمة سرقة الغاية منها الانتقام أو إشباع حاجته من طعام أو كساء وتلك هي الغاية البعيدة⁽¹⁾، أو أن يقوم شخص بسرقة مبلغ كبير من الشركة التي يعمل بها وغايته قد تكون إقامة شركة خاصة به أو لأجل إنفاق هذه الأموال على أوجه غير مشروعة، ويلاحظ أن الغرض في المثالين السابقين واحد والمتمثل بإدخال الجاني المال المسروق بحوزته⁽²⁾، واستناداً لما تقدّم فإنّ الغرض إذا كان واحداً في نوع ما من الجرائم فإنّ الغاية ليست كذلك أي أنها تختلف في الجريمة الواحدة ومن شخص إلى آخر، هذا وقد اختلف الفقه الجنائي حول أثر الغاية في التجريم فالرأي الأول يرفض أن يكون لها أي أثر في التجريم على اعتبار أن الغاية ليست لها الصفة غير المشروعة في حكم القانون، أما الرأي الثاني فيرى خلاف ذلك لتعلق الغاية بالنتيجة الجرمية التي تعد آخر مرحلة من مراحل الجريمة والتي تساهم في العدوان على المصلحة المحمية قانوناً⁽³⁾، وعندي أن الرأي الأول أقرب إلى الصواب وذلك لكون الغاية ليست من عناصر القصد الجرمي الذي يكتمل بعنصري العلم والإرادة.

(1) د. فخري عبد الرزاق الحديثي: شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص 289

(2) د. عمر شريف: درجات القصد الجرمي، دار النهضة العربية، ط 1، القاهرة، 2002، ص 414.

(3) د. محمد زكي أبو عامر، د. علي عبد القادر القهوجي: قانون العقوبات اللبناني القسم العام، الدار الجامعية، بيروت، 1984، ص 208. معاذ جاسم محمد: دور الإرادة في المسؤولية الجزائية، مصدر سابق، ص 23

المبحث الثاني

مبدأ حسن النية في الجرائم العمدية

يحظى الركن المعنوي في الجريمة بعناية بالغة نظراً لأهميته في بناء الجريمة بشكل عام هذا من جانب ومن جانب آخر لغموضه وتعلقه بالنواحي النفسية الداخلية للإنسان التي لا ينقطع البحث عن دواخلها لأجل معرفة أسرارها ووضع القواعد القانونية لها وصولاً إلى عدالة أوفر وردع حقيقي لمرتكبي الجريمة، هذا ويجد القصد الجرمي مكانه في الركن المعنوي للجريمة العمدية التي تشكل خطراً على حياة أفراد المجتمع، لذا فإن مبدأ حسن النية يتحقق بانتفاء القصد الجرمي والذي يترتب عليه تغيير وصف الجريمة إلى وصف آخر أقل جسامة وبالتالي عقوبة أخف⁽¹⁾ لذا فقد ارتأيت تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب أخصص المطلب الأول لدراسة المدلول القانوني للقصد الجرمي، والمطلب الثاني لعناصر القصد الجرمي والمطلب الثالث لبيان بعض صور القصد الجرمي

المطلب الأول

المدلول القانوني للقصد الجرمي

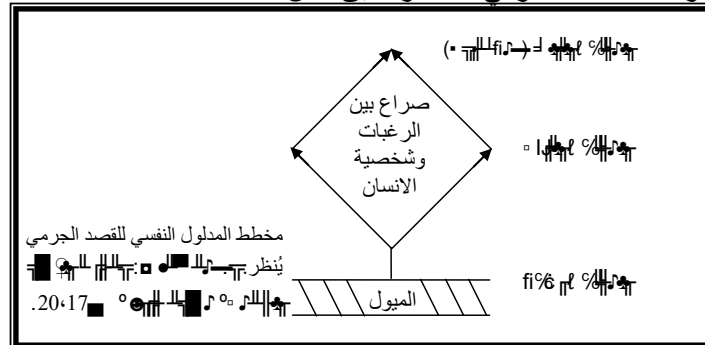
الجريمة ليست ظاهرة مادية قوامها الفعل وأثره وإنما يضاف إليها كيان نفسي موجود داخل الإنسان يقوده باتجاه الجريمة أو أنه المحرك الأساسي نحوه يطلق عليه تسمية القصد الجرمي الذي هو حالة نفسية قبل أن يكون حالة قانونية ويمكن تجسيدها بمخطط⁽²⁾، وبالنسبة إلى الناحية القانونية فقد وقع خلاف حول تحديد عناصر القصد الجرمي (العلم والإرادة) من حيث مدى أهمية هذين العنصرين في بناء القصد الجرمي، فهناك من يرى أن العلم هو أساس القصد الجرمي وهذا هو الفريق المنادي بنظرية العلم، أما الفريق الثاني فيرى أن الإرادة هي أساس القصد الجرمي وهو الفريق المنادي بنظرية الإرادة وسوف أتولى إيضاح هاتين النظريتين في فرعين مستقلين على النحو الآتي:

الفرع الأول

نظرية العلم

مفهوم القصد الجرمي بحسب نظرية العلم يقوم على مجرد تصوّر النتيجة أو العلم بها دون إرادتها وهذا يعني أن الإرادة يقتصر دورها على الفعل المادي أي إرادة الفعل دون النتيجة وهي بذلك إرادة متجهة نحو مخالفة القواعد القانونية وعصيان أوامر القانون من خلال الاعتداء على الحق الذي يحميه القانون⁽³⁾، فضلاً عن انصراف علمه لجميع العناصر اللازمة لتحقيق الجريمة

- (1) د. محمود نجيب حسني: النظرية العامة للقصد الجرمي، مصدر سابق، ص 1.
- (2) المستوى الأول يسمى الميول سواء كان من صنف الخير أو الشر ويطلق عليه أصحاب علم النفس الجنائي (باللاشعور) ويتم اكتشافه بالمستوى الثالث نتيجة إدراكه، أما المستوى الثاني والذي يسمى بالترغبات أو الغرائز الإنسانية والتي تقوم بدفع صاحبها إلى القيام بالفعل الجرمي ولو كان في ذلك ضرراً بالغير، أما المستوى الثالث والذي يطلق عليه العمل الإرادي فإنه يتولد نتيجة الصراع بين الرغبات وشخصية الجاني حيث يتكون في المرحلة النهائية منها قرار إرادي يمكن أن ينشأ جريمة وعندئذ تدعى بالجريمة العمدية ينظر د. محمد شلال حبيب: أصول علم الإجرام، المكتبة القانونية، ط 1، بغداد، 1985، ص 151.
- د. عمر شريف: درجات القصد الجرمي، مصدر سابق، ص 17، 20.



- (3) يرى أنصار نظرية العلم أن العلم يقسم إلى ثلاث درجات ولهذا التقسيم أهمية من أجل رسم الحدود الفاصلة بين القصد الجرمي والخطأ غير الواعي وهي كالآتي: النوع الأول يسمى بالعلم اليقيني وفيه يتحقق القصد الجرمي العام، والثاني يسمى العلم التوقعي وفيه يتحقق القصد غير المباشر والثالث يسمى العلم الإمكاناني

كما يتطلبها القانون سواء كانت هذه العناصر ذات طبيعة واقعية أو قانونية أو اجتماعية وسواء كانت سابقة على السلوك الجرمي أو معاصرة أو تالية، لأن تحقق العلم بهذه العناصر يعمل على توضيح الدلالة الجرمية للفعل، كما في جريمة تزوير محرر رسمي حيث يستلزم المشرع علم الجاني بالوقائع التي يتطلبها القانون من أجل تجريم هذا الفعل ومن هذه الوقائع انصراف علم الجاني الى تغيير الحقيقة في محرر بإحدى الطرق المادية أو المعنوية التي حددها القانون على سبيل الحصر فضلاً عن علمه بالضرر الذي سوف يلحق بالغير⁽¹⁾، وكذلك بالنسبة الى جريمة القتل حيث يتطلب انصراف علم الجاني الى أن محل الجريمة هو إنسان حي وإن إرادة الفعل من شأنها إحداث الوفاة وإن لم يكن يريد النتيجة⁽²⁾، ويترتب على ما تقدم أن انتفاء علم الجاني بعنصر أساسي في الجريمة يؤدي الى انتفاء القصد الجرمي كحالة الطبيب الذي يقوم بتشريح جثة إنسان يعتقد أنه فارق الحياة فإذا به حي وتوفي في أثناء عملية التشريح، ويرى أصحاب هذه النظرية أن هناك فارقاً بين العلم والنية لأن العلم لا يحل محل النية وإن لعب دوراً في بناء القصد الجرمي فالطبيب الذي يجري عملية جراحية لأحد المرضى وهو يعلم أن احتمال النجاة فيها ضئيل إلا أن أصول المهنة تجيزها فضلاً عن موافقة المريض فإذا حدث بعد ذلك الوفاة فلا يسأل الطبيب عن جريمة قتل مقصودة إلا إذا توفر لديه مع العلم نية القتل للمريض وكذلك الأمر بالنسبة الى الجندي المكلف بحراسة إحدى الشخصيات وفجأة يرى شخصاً يوجه المسدس نحو هذه الشخصية فلا يحرك ساكناً خوفاً من أن يناله أذى وهو يعلم أن من شأن هذا الامتناع إحداث الوفاة لهذه الشخصية فلا يسأل عن قتل مقصود إلا إذا توفرت لديه مع العلم نية القتل⁽³⁾.

هذا وقد حظيت هذه النظرية بقبول من قبل جانب من الفقه الذي عرف القصد الجرمي بدلالة العلم ومن هذه التعاريف نذكر:

(علم الجاني بالواقعة الاجرامية حال مباشرته لنشاطه المادي المحدث لها)، (العلم المصاحب لإرادة النشاط المادي المكون للجريمة)⁽⁴⁾، (انصراف علم الجاني بأن الأمر الذي يأتيه أو يمتنع عنه هو أمر محذور يشترطه القانون بوجه عام لا اعتبار الواقعة جرمية)⁽⁵⁾ يتضح مما تقدم أن أصحاب نظرية العلم ينكرون أي دور للإرادة في مجال إحداث النتيجة الجرمية وأنها فقط السبب المنشئ للفعل من خلال سيطرتها على أعضاء الجسم بواسطة حركات عضوية، أما بالنسبة الى الوقائع فإنهم يرون أنها سابقة في الوجود على الإرادة، هذا وإن تحقق علم الجاني بالنتيجة الجرمية التي يجرمها القانون أو مجرد تصوره لها يكفي لتحقيق القصد الجرمي ومن ثم مساءلته عن الجريمة المرتكبة بصورة عمدية.

لقد كانت آراء أصحاب نظرية العلم محل نقد من قبل أنصار نظرية الإرادة ومن أهم هذه الانتقادات:

أولاً: إن اعتماد أنصار هذه النظرية على العلم وحده كأساس لتحديد مفهوم القصد الجرمي هو أمر غير صحيح لأن العلم عبارة عن حالة نفسية ساكنة مجردة من أي صفة إجرامية وإن المشرع لا يمكن أن يجرم الواقعة على مجرد العلم بها وخاصة وإن ذلك يتناقض مع المبادئ الأساسية للتجريم في القانون الجنائي الذي يتطلب في الجريمة أن تكون ظاهرة ملموسة وليست حالة نفسية ساكنة، لذلك فإن القصد الجرمي لا يمكن أن يكون قائماً على مجرد العلم وإنما لابد من نشاط نفسي يتمثل بالإرادة⁽⁶⁾.

ثانياً: إن ما قاله أنصار نظرية العلم من حيث أن الإرادة ليس لها علاقة بالوقائع التي ترسم دلالة الفعل الاجرامية لأنها تكون سابقة في الوجود على إرادة ارتكاب الفعل الإرادي مثل كون المجني عليه حياً في جريمة القتل وكون المال مملوكاً للغير في جريمة السرقة، هو قول مردود لأن

وفيه يتحقق الخطأ الواعي وبالمعنيين الأول والثاني يتحقق وجود القصد الجرمي. ينظر: د. غالب الداوري: شرح قانون العقوبات العراقي، دار الطباعة الحديثة، ط1، 1968، ص295، د. محمد زكي أبو عامر، د. علي عبد القادر القهوجي: قانون العقوبات اللبناني القسم العام، مصدر سابق، ص183، 185.

(1) د. عوض محمد: قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص226.

(2) د. واثبة داود السعدي: قانون العقوبات القسم الخاص، المكتبة الوطنية، بغداد، 1989، ص107.

(3) د. محمد زكي أبو عامر، د. علي عبد القادر القهوجي: قانون العقوبات اللبناني القسم العام، مصدر سابق، ص180، 181.

(4) د. عبد الستار الجميلي: جرائم الدم، ج1، المكتبة الوطنية، بغداد، بدون سنة طبع، ص121.

(5) جندي عبد الملك: الموسوعة الجنائية، ج3، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، 1936، ص70.

(6) د. عوض محمد: قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص213.

هنالك ارتباطاً وثيقاً بين الفعل الإرادي وهذه الوقائع والدليل على هذا أن الفعل إذا تجرد من هذه الوقائع فلا دلالة له ولن يحقق للجاني هدفه وبالتالي فإن الإرادة لا تتجه نحوه. ثالثاً: إن ما يدعيه أنصار نظرية العلم بأن إحداث النتيجة الجرمية هو أمر خارج عن إرادة الجاني لأن النتيجة الجرمية هي ثمرة قوانين طبيعية والتي لا سيطرة لإرادة الجاني عليها هو قول غير صحيح لأنه إذا كانت الإرادة سبباً للفعل وإن الفعل سبباً للنتيجة فإنه بديهياً يترتب على هذا الأمر أن تكون الإرادة سبباً للنتيجة وبالتالي فإن القوانين الطبيعية لم تكن ستتحرك إلا نتيجة لفعل إرادي.

رابعاً: واجه أنصار نظرية الإرادة الانتقادات السابقة من خلال تأكيدهم على الإرادة ومدى أهميتها نتيجة اتصالها بالفعل والنتيجة الجرمية ولتوضيح ذلك تسائل أنصار نظرية الإرادة فيما لو كنا أمام قواعد القانون المدني هل يمكن القول أن النتيجة التي وقعت لا يمكن إرادتها وإنما يكفي العلم بها وهل نستطيع أن نقول إن العقد ليس وليد إرادتين متطابقتين وإنما وليد تصورين متطابقين وهل نستطيع أن نقول إن القانون ليس وليد إرادة الشعب وإنما وليد تصوره، إذن لا يمكن القول بأن الإرادة تنصرف إلى الأفعال العضوية المادية فقط لأن الإرادة كيان نفسي يوجه الإنسان حسب رغبته وهذا التوجه لابد أن يمتد إلى النتيجة الجرمية⁽¹⁾.

الفرع الثاني نظرية الإرادة

تحتل نظرية الإرادة في القصد الجرمي مكانة هامة إذ لاقت الكثير من القبول لدى الفقه القانوني، والمحور الذي تدور حوله نظرية الإرادة هي الإرادة ذاتها فقد جعل المنادون بهذه النظرية من الإرادة الإنسانية العنصر الأول في القصد الجرمي فهي جوهره وذاته، أما العلم فإنه مجرد دليل أو قرينة على توافر الإرادة وبالتالي فلا يمكن اعتبار العلم ركناً جوهرياً في القصد الجرمي⁽²⁾.

فالقصد الجرمي عند أصحاب نظرية الإرادة هو إرادة ارتكاب الفعل المكون للجريمة مضافاً إليه إرادة النتيجة على أن تكون هنالك علاقة سببية بين الفعل الإرادي ونتيجته التي تمثل اعتداء على الحق الذي يحميه القانون كما في جريمة القتل إذ أن إنهاء حياة المجني عليه هي النتيجة التي يسعى إليها الجاني⁽³⁾، أما إذا لم تتحقق النتيجة لأسباب خارجة عن إرادته فهنا نكون أمام شروع في القتل وليس جريمة قتل لعدم تحقق النتيجة الجرمية⁽⁴⁾، ويرى أنصار نظرية الإرادة أن الأمور عندما تكون مستحيلة فهذا يعني أن الإرادة أصبحت أيضاً مستحيلة وإن أقصى ما يمكن التفكير فيه هنا هو الرغبات والأمانى ومن ثم استحالة النتائج بسبب انعدام محل الإرادة وإذا كانت الإرادة هي جوهر القصد الجرمي عند أنصار هذه النظرية فهذا يعود إلى حجج استندوا عليها أوجزها بالآتي:

أولاً: لكي توصف الإرادة بأنها إجرامية فإن المشرع بحاجة إلى الربط بينها وبين الاعتداء الذي يقع على الحق الذي يحميه القانون، كذلك فإنه لا يمكن القول باتجاه الإرادة نحو الفعل المادي وحده دون النتيجة الإجرامية أيضاً.

ثانياً: إن تحديد فكرة القصد الجرمي بفكرة العلم يجعل من القصد الجرمي فكرة مترامية الأطراف والحدود لأنه كلما تمكنا من إثبات علم الجاني بتحقيق النتيجة الجرمية لفعله الإرادي ترتبت اتجاهه المسؤولية العمدية لمجرد العلم بالنتيجة وهذا القول لا يتفق مع المنطق لأنه يجافي العدالة وفيه كثير من الظلم اتجاه الأفراد⁽⁵⁾.

ثالثاً: إن إرادة الفعل شرط مشترك بين الجرائم العمدية والجرائم غير العمدية لذلك فإنه يشترط لتحقيق العمد أي القصد الجرمي لدى الجاني أن تتجه إرادته إلى النتيجة الجرمية لتفادي الخلط بين المسؤولية العمدية وغير العمدية لأن النتيجة الجرمية تمثل المساس بالحقوق التي لا يجيز القانون الاعتداء عليها مثل جريمة السرقة التي تكون النتيجة فيها هي

(1) د. عمر شريف: درجات القصد الجرمي، مصدر سابق، ص 65، 68.

(2) د. رؤوف عبيد: مبادئ القسم العام من التشريع العقابي المصري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979، ص 223.

(3) د. أحمد فتحي سرور: أصول قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص 456.

(4) نصت (م³⁰) من ق.ع. رقم 111 لسنة 1969 (الشروع هو البدء في تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جناية أو جنحة إذا أوقف أو خاب أثره لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها).

(5) د. عبد الستار الجميلي: جرائم الدم، مصدر سابق، ص 122.

الاستيلاء على مال الغير، وفي جريمة القتل تكون النتيجة فيها إنهاء حياة المجني عليه وفي جريمة الإيذاء تكون النتيجة هي المساس بجسم المجني عليه مثل ضرب الجاني للمرأة الحامل لإجهاضها⁽¹⁾.

رابعاً: إن النتيجة الجرمية عنصر جوهري في القصد الجرمي إذ أنها تكفل التمييز بين القصد المباشر والقصد الاحتمالي ومن ثم فإن العلم وحده لا يكفي للتمييز بين هذين القصدين⁽²⁾. هذه خلاصة الحجج التي استند عليها أنصار نظرية الإرادة لكن على الرغم من اشتراطهم وجود النتيجة الجرمية لتحقيق القصد إلا أنهم يقررون بأن ذلك ليس بصورة مطلقة بالنسبة الى الجرائم لأن بعضاً منها وهو القليل تتحقق فيه الواقعة الجرمية بمجرد إرادة الفعل المادي الذي يعلم الجاني أن القانون يجرمه وهذا النوع من الجرائم يطلق عليه تسمية جرائم السلوك المادي البحت مثل جريمة حيازة المخدرات أو السلاح أو المفرقات بدون إذن من الجهة الرسمية حيث تتحقق الواقعة الجرمية بمجرد الحيازة والتي لا نستطيع أن نصفها بالنتيجة الجرمية لأن السؤال الذي سوف يثار أين الفعل الإرادي؟ ونظراً لاهتمام الفقه الجنائي بهذه النظرية فقد عرّف القصد الجرمي بعدة نماذج إلا أنها اتحدت في المضمون ومن هذه التعاريف نذكر:

القصد الجرمي (هو تعمد ارتكاب الفعل المكون للجريمة بنتيجته التي يعاقب عليها القانون)⁽³⁾، أو (هو انصراف إرادة الجاني الى الفعل الذي يأتيه والى النتيجة المقصودة) كما عرف بأنه (اتجاه إرادة الجاني الى النشاط الإجرامي الذي يشره والى النتيجة المترتبة عليه مع العلم بهما وبكافة العناصر التي يشترطها القانون لقيام الجريمة)⁽⁴⁾، أو أن القصد الجرمي (هو تعمد النتيجة)⁽⁵⁾. وعلى الرغم من مزايا هذه النظرية إلا أن هنالك من يعارضها وهم أنصار نظرية العلم حيث عملوا على تنفيذها من خلال تقديمهم واهم هذه الانتقادات:

أولاً: عدم إمكانية بحث الإرادة إلا فيما يخص الحركة العضوية المادية لأنها وحدها التي يمكن وصفها بأنها حركة إرادية أو غير إرادية وبالتالي فإن الحركة العضوية المادية هي المظهر الوحيد للإرادة، أما فيما يخص النتيجة الجرمية وغيرها من الوقائع المكونة للعمل الجرمي فإنه من غير الصحيح اعتبارها أساساً للقصد الجرمي الذي يتحقق بمجرد تحقق العلم لدى الجاني بخصوص وقوع النتيجة الجرمية ومن ثم فإن الإرادة ليست سبباً في تحقق هذه النتيجة وإنما هي أحد الأسباب التي لعبت دوراً في خلق النتيجة الجرمية إضافة الى عوامل أخرى.

ثانياً: يرى المنادون بنظرية العلم أن كلمة الإرادة ومشتقاتها (أنا أريد) هي كلمة مرنة غير ثابتة وتستعمل في حالات واسعة للدلالة على أمور مختلفة وغالباً ما تدل على حركة نفسية بعيدة كل البعد عن المفهوم الصحيح لها، لذا كان من الأفضل التمييز بين الحركات العضوية الملموسة والتي تمثل النطاق الصحيح للإرادة وبين النتيجة التي لا يمكن أن تتعلق بها الإرادة ومن ثم فإن التعبير الصحيح هو اندماج الفعل الإرادي مع الأعصاب الرئيسية للإنسان والعضلات لتحقيق الحركة العضوية في النهاية⁽⁶⁾.

ثالثاً: إن الأخذ بالنتيجة الجرمية كأساس لتحديد القصد الجرمي يؤدي الى مساوئ منها التضيق من نطاق القصد الى حد كبير لأن هنالك بعض الأفعال التي تكون مقصودة لكنها ليست ضمن أغراض الجاني كمن يقوم بنسف سفينة في عرض البحر ليحصل على مبلغ التأمين الذي هو غايته الأساسية أما قتل الركاب فهي ليست النتيجة الأساسية بالنسبة له لذا يرى أنصار نظرية العلم أن التكييف الصحيح هو مسألة الجاني على أساس تحقق العلم لديه بخصوص النتيجة الثانية من حيث كونها متلازمة وشرطاً أساسياً لتحقيق النتيجة الأولى⁽⁷⁾. بعد أن استعرضنا نظريتي العلم والإرادة حول تحديد مفهوم القصد الجرمي، أرى أن نظرية الإرادة هي الأساس في تحديد المدلول القانوني للقصد الجرمي مع الأخذ بنظرية العلم جزئياً لأن

(1) د. عبد الحميد الشواربي: جرائم الإيذاء في ضوء القضاء والفقه، دار المطبوعات الجديدة، الإسكندرية، 1986، ص 289، 290.

(2) د. عباس الحسني، شرح قانون العقوبات العراقي الجديد، مصدر سابق، ص 95.

(3) د. السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار المعارف، ط 4، مصر، 1973، ص 366.

(4) د. أحمد فتحي سرور: أصول قانون العقوبات، مصدر سابق، ص 451.

(5) د. مصطفى كامل: شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص 309.

(6) د. عمر شريف: درجات القصد الجرمي، مصدر سابق، ص 46.

(7) د. السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة في قانون العقوبات، مصدر سابق، ص 402.

نظرية الإرادة هي الأقرب الى العدالة والمنطق القانوني السليم وأكثر استجابة للحقائق العلمية الحديثة إذ أنها تقوم على فهم صحيح لمدلول كل من الإرادة والسلوك الجرمي فالإرادة عندما تسلك سلوك معين فهو ليس سلوك عفوي بل سلوك غائي تحكمه غاية معينة لأجل إدراك نتيجته وفي هذه النتيجة تكمن قوة الإرادة، وهذا مسلك اغلب التشريعات العربية والأجنبية التي أخذت بنظرية الإرادة⁽¹⁾ ومنها المشرع العراقي الذي عرف في (م^{1/33}) القصد الجرمي بأنه (توجيه الفاعل إرادته الى ارتكاب الفعل المكون للجريمة هادفاً الى نتيجة الجريمة التي وقعت أو أية نتيجة جرمية أخرى).

المطلب الثاني

عناصر القصد الجرمي

على الرغم من وجود خلاف فقهي حول مدى قوة وتأثير عنصر العلم والإرادة على مدلول القصد الجرمي فهناك شبه إجماع في الفقه على أن كلا العنصرين أساساً للعمد. لذلك سأتناول عناصر القصد الجرمي في فرعين وكالاتي:

الفرع الاول

العلم

لا خلاف أن لعنصر العلم دوراً ضرورياً وأساسياً في القانون الجنائي الموضوعي بصفة عامة وفي القصد الجرمي بصفة خاصة فالأذنب أي مدى اعتبار الشخص مذنب يعتمد أساساً على إدراك هذا الشخص وعلمه أن ما يقترفه يعد جريمة يعاقب عليها قانوناً الأمر الذي يتطلب اعتباره مسؤولاً أمام القانون عن فعله أما إذا كان هذا الشخص غير عالم بالصفة الجرمية لفعله الذي ارتكبه فلا فائدة من العقوبة طالما ان ذهنه ونفسيته بقيا مجردين من أي فكرة جرمية فالجرم لا ينهض بدون توافر النية الجرمية التي احد عناصرها العلم فمثلاً جريمة السرقة تستلزم من الفاعل أن يعلم أن الأشياء التي استولى عليها عائدة لغيره أما إذا كان يجهل ذلك ويعتقد لأسباب معقولة انها الت إليه عن طريق الميراث فلا نكون أمام جريمة لانتقاء العلم بعنصر جوهري⁽²⁾. يتضح مما تقدم أن للعلم عنصرين، الأول يدعى الفكرة وهي الحالة الذهنية التي تنشأ عن شيء معين يتصور من خلالها الشخص جوهر الشيء، والعنصر الثاني يدعى الحكم وهو حكم الإنسان على جوهر الشيء الذي اخذ عنه فكرة سابقة ويكون هذا تأكيداً لجوهره فمثلاً علم الجاني بأن السكين أداة يمكن استخدامها لتمزيق جسم الإنسان فهذه الفكرة التي تكونت عن السكين وعلاقتها بجسم الإنسان تتيح الفرصة لظهور الحكم النهائي لها⁽³⁾ ومما تقدم ذكره أرى أن المشرع العراقي لم يكن موفقاً في تعريفه للقصد الجرمي في (م^{1/33}) لأنه لم يشر بوضوح الى وجوب علم الفاعل بعناصر الجريمة وان كان مضمون النص يقصد إقامته على عنصري العلم والإرادة لأنه مادام المشرع قد ذكر تعريف القصد الجرمي في صلب قانون العقوبات فإن ذكر كلمة العلم في التعريف ضرورية لأجل قطع كل تأويل أو غموض قد يتسلل الى النص، وأقترح أن يكون التعريف كالآتي: القصد الجرمي هو (علم الفاعل بعناصر الجريمة وتوجيه إرادته إلى ارتكاب الفعل المكون لها هادفاً الى نتيجة الجريمة التي وقعت أو أية نتيجة جرمية أخرى) واستناداً لما تقدم سأوضح الوقائع التي يستلزم العلم بها والجهل والغلط في الوقائع.

أولاً: الوقائع التي يستلزم العلم بها:

إن العلم الذي يستلزمه القانون لتأثير الجاني هو ذلك العلم الذي يكون منصفاً على الوقائع الجوهرية للجريمة والتي تؤثر على وصفها القانوني بحيث إذا جهل الجاني بأحدها فإن ذلك يمنع توافر القصد الجرمي لديه وهذا يستلزم ايضاح هذه الوقائع:

1. موضوع الحق المعتدى عليه: لكل حق موضوع يقوم عليه فإذا انصب الفعل الجرمي على موضوع الحق الذي استجمع خصائصه التي تجعل منه موضوعاً يصلح للحق تحقق بالتالي

(1) ينظر قانون العقوبات المواد: (188) اللبناني، (28) السوداني، (1/63) الليبي، (14) الصيني، (187) السوري. أما القانون الفرنسي والمصري فأنهما لم يعرفا القصد الجرمي بصورة مباشرة كونهما أخذوا بنظرية الإرادة ينظر د. محمود نجيب حسني: النظرية العامة للقصد الجرمي، مصدر سابق، ص 18.

(2) د. مصطفى العوجي: النظرية العامة للجريمة، ج 1، دار الخلود، بيروت، 1992، ص 587.

(3) د. محمود نجيب حسني: النظرية العامة للقصد الجنائي، مصدر سابق، ص 115، د. عوض محمد، قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص 219.

- الاعتداء عليه كالحق في الحياة ومثال ذلك الطبيب الذي يعطي الدواء لامرأة حامل يعلم انه يسبب لها الإجهاض الذي قد يؤدي الى وفاتها نتيجة مضاعفات الإجهاض⁽¹⁾.
2. الشروط المفترضة: هي تلك الشروط التي يتطلب القانون وجودها مسبقاً حتى يكون نشاط الجاني صالحاً لأحداث النتيجة الجرمية بحيث إذا لم تتوفر تلك الشروط انعدم القصد الجرمي كما في جريمة السرقة حيث يجب ان يكون المال مملوكاً لغير السارق فإذا تبين ان المال كان مملوكاً له ولم يكن يعلم فلا وجود للجريمة لأنها تعد جريمة مستحيلة⁽²⁾.
3. الوسيلة المستخدمة في الفعل الجرمي: يجب أن يحيط علم الفاعل بأن الفعل الذي ارتكبه من شأنه أن يحدث الاعتداء المقصود مثل من يفجر قنبلة في مكان مكتظ بالناس ويعلم أن من شأن هذا النشاط إحداث الوفاة لهؤلاء الأشخاص كنتيجة حتمية لفعله أما إذا كان الجاني يعتقد أن نشاطه لا يترتب عليه إنهاء الحياة فلا يقوم لديه القصد الجرمي كمن يطلق الرصاص تعبيراً عن الفرح أو الحزن فيصيب احد الحاضرين⁽³⁾.
4. العلم بالنتيجة الجرمية: تعد النتيجة عنصر اساسي ولازم في الركن المادي للجريمة لأنها تمثل العدوان على الحق الذي يحميه القانون واتجاه إرادة الجاني على هذا النحو هو الذي يميز القصد الجرمي عن الخطأ غير العمدي وبناء على هذا لا يسأل الشخص عن جريمة سرقة كتاب إذا كان قصده الاطلاع فقط وذلك لعدم تحقق نية التملك لديه⁽⁴⁾.
5. علاقة السببية: هي من العناصر التي يجب أن يعلم بها الجاني حيث تقع بين النشاط المادي الذي يشكل الفعل الجرمي وبين النتيجة الجرمية المترتبة والتي يتوقعها الجاني كأثر لهذا الفعل، هذا وتقتصر علاقة السببية على نموذج معين من الجرائم وتشمل الجرائم التي يتطلب فيها القانون وقوع نتيجة جرمية معينة كمن يهجم على عدوه بعصا غليظة مما يؤدي الى وفاته، أما بالنسبة الى جرائم السلوك المجرد فلا يستلزم القانون فيها نتيجة إجرامية بل يكفي لتحقيق هذا النوع من الجرائم توافر السلوك الإجرامي فقط وهذا يعني عدم الحاجة الى إثارة مشكلة رابطة السببية فيها، وبالنسبة الى طريقة التسلسل السببي فلا يعتد بها⁽⁵⁾ وذلك وفقاً لما جاء في (م^{1/29}) من ق.ع.ع.
6. وجوب اتصال علم الجاني بمكان وزمان الجريمة: الأصل في القانون الجنائي ان تجريم الفعل يتم دون أهمية لزمان ومكان ارتكاب الجريمة لأنه لا يعد عنصراً جوهرياً إلا أن المشرع قد يستثنى من القاعدة السابقة بعض الجرائم التي يكون لزمان ومكان ارتكابها أهمية كبيرة في التجريم فبالنسبة الى جرائم المكان نذكر جريمة زنا الزوج في منزل الزوجية⁽⁶⁾ وبالنسبة الى جرائم الزمان نذكر منها الجرائم التي ترتكب خلال فترة الحرب أو الهياج أو الفتنة⁽⁷⁾.
7. وجوب علم الجاني بالصفات التي يتطلبها القانون فيه وفي المجني عليه: على الرغم من أن قواعد القانون الجنائي هي قواعد عامة وتتنطبق على كافة الأفراد دون استثناء إلا أن المشرع استثنى من هذا الأصل بعض الجرائم التي تتطلب في الجاني صفة معينة وكذلك المجني عليه على أن يكون الجاني عالماً بهذه الصفات فمثال الحالة الأولى جرائم الاختلاس والاستيلاء أو

(1) د. فتحي محمد قواري: مسؤولية الطبيب الجنائي في ضوء أحكام التشريع والقضاء، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، الكويت، العدد (3)، 2004، ص 253.

(2) د. واثية داود السعدي: قانون العقوبات القسم الخاص، مصدر سابق، ص 170.

(3) د. مأمون محمد سلامة: قانون العقوبات القسم الخاص، ج 2، دار النهضة العربية، مصر، 1968، ص 173.

(4) د. حسني مصطفى: جرائم السرقة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1987، ص 47، د. فخري عبد الرزاق الحديثي: شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص 278.

(5) د. محمود نجيب حسني: العلاقة السببية في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة طبع، ص 57. نوال طارق إبراهيم: جريمة قتل الأم لطفلها حديث الولادة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون بجامعة بغداد، 2003، ص 72.

(6) ينظر قانون العقوبات المواد: (377) العراقي، (277) المصري، (488) اللبناني.

(7) ينظر قانون العقوبات المواد (174) العراقي، (165) المصري، (98) السوداني، (177) الليبي، (273) اللبناني، (263) السوري، (224) الفرنسي، (13) الصيني.

الأضرار والانتفاع الواقع على المال العام من قبل موظف عالم بذلك أمّا الحالة الثانية كون المرأة متزوجة في جريمة الزنا⁽¹⁾.

8. وجوب اتصال علم الجاني بالظروف التي تغير من وصف الجريمة: الظروف هي عناصر إضافية تابعة للعناصر المكونة للجريمة بحيث تضفي عليها وصفاً آخر يترتب عليه تشديد عقوبة الجريمة، وقد رسم المشرع العراقي صورة واضحة للظروف المشددة بحيث أوضح موقفه منها وذلك في (م³⁶)، (م⁵¹) من ق.ع.ع. ومثال ذلك الخادم الذي يقوم بسرقة بيت مخدومه فهنا صفة الخادم تعد ظرفاً شخصياً مشدداً ولا يسري حكمه على من ساهم معه في ارتكاب الجريمة إلا إذا كان عالماً بهذه الصفة، وكذلك من يقوم بمواقعة أنثى مسؤولاً عن رعايتها دون رضاها عد ذلك ظرفاً شخصياً مشدداً لا يسري على من اشترك معه إلا إذا كان عالماً بذلك⁽²⁾.

ثانياً: الجهل والغلط بالوقائع:

الجهل بواقعة يعني انتقاء العلم بها⁽³⁾، أما الغلط في الواقعة فهو العلم بها على نحو يخالف الحقيقة والغلط يؤثر على تكوين الإرادة من حيث كيفية العلم ومضمونه بحيث تكون الإرادة في وضع معيب نتيجة التباين بين التصور العقلي وبين الواقع الفعلي الناجم عن الفهم غير الحقيقي للوقائع وعلى الرغم من هذا الاختلاف بينهما فهما متحدان في الحكم وهو انتفاء القصد الجرمي نتيجة الغلط الجوهري في واقعة معينة يتطلب القانون العلم بها، وإذا كان الغلط الجوهري ينفي القصد الجرمي فإنه قد لا ينفي المسؤولية الجزائية إذ قد تبقى المسؤولية غير العمدية إذا كانت نتيجة خطأ الجاني وكان القانون يعاقب على هذا الخطأ باعتباره جريمة غير عمدية، أما إذا لم يكن الغلط نتيجة خطأ الجاني فلا وجود لأي مسؤولية لأنه إذا استند الغلط في الوقائع إلى حسن النية وبعض الأسباب المعقولة فإنه قد يدفع المسؤولية الجزائية عن الفاعل إذا اتخذ جانب من الحيطة والحذر⁽⁴⁾.

ومن أهم الوقائع التي يكون الغلط فيها جوهرياً ينفي القصد الجرمي الغلط في موضوع الحق المعتدى عليه، الغلط في خطورة الفعل، الغلط في زمان ومكان ارتكاب الجريمة، الغلط في الصفات المطلوبة في الجاني والمجني عليه، الغلط في النتيجة الجرمية، الغلط في الرابطة السببية، الغلط في الظروف المشددة التي تغو من وصف الجريمة، الغلط في أسباب الإباحة، إذ يكون الفاعل أمام سبب من أسباب الإباحة في الواقع مستكماً لشروطه وعناصره ومقترباً بالجريمة التي ارتكها الجاني، إلا أنه يجهل ذلك كالجندي الذي يعقد النية على قتل مسؤوله بسبب الحقد عليه فلاحظ شخص قادم عن بعد فأطلق عليه النار فقتله في الحال فإذا به أحد جنود الأعداء، فالغلط هنا لا يحول دون الاستفادة من سبب الإباحة لأنه ذو طبيعة موضوعية ينتج أثره بمجرد توافر شروطه⁽⁵⁾، أمّا الغلط غير الجوهري والذي ليس من شأنه نفي القصد الجرمي فهو الذي يرد على عناصر عارضة لا تدخل في التكوين القانوني للجريمة.

إلا أن هذه القاعدة (الغلط في أسباب الإباحة) مقيدة بشرط وهو ألا يكون القانون قد تطلب للاستفادة من أسباب إباحة عناصر شخصية مثل العلم أو حسن النية ومثال على ذلك قيام الضابط بتفتيش منزل أحد الأفراد بدون إذن بالتفتيش في حين أن الجهة المختصة بذلك قد أصدرت هذا الإذن إلى الشرطة لكن دون علم الضابط لذا يكون عمله باطل ولا يستفيد من سبب الإباحة لأنه لا بد أن يكون عالماً به قبل التفتيش، أمّا الغلط في الإباحة فهو اعتقاد الفاعل أن فعله ينطوي تحت

(1) د.عبد الرحمن الجوراني: جريمة اختلاس الاموال العامة في التشريع والقضاء العراقي، مطبعة الجاحظ، بغداد، 1990، ص187. د.فخري عبد الرزاق الحديثي: شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص280. ينظر المواد: (315) (377) عراقي، (359) (488) لبناني.

(2) د.فخري عبد الرزاق الحديثي: شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص279. ينظر أيضاً المواد من قانون العقوبات: (2/393) (ب) (6/444) عراقي، (267) (7/317) مصري.

(3) علي يوسف صاحب: مدلول الغلط في القوانين القديمة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون بجامعة بغداد، 1997، ص16.

(4) د.محمد زكي محمود: آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، مطبعة دار الفكر العربي، 1967، ص265. ينظر من قانون العقوبات السوداني (م³⁷) (لا يقبل الدفع بحسن النية عند فعل شيء أو الاعتقاد فيه إذا حصل الفعل أو الاعتقاد بغير ما يجب بذله من عناية وانتباه).

(5) مجيد خضر أحمد عبد الله: نظرية الغلط في قانون العقوبات، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد، 2003، ص231.

سبب من أسباب الإباحة⁽¹⁾، كما لو قام أحد رجال الشرطة بضرب شخص أبدى مقاومة للحيلولة دون هربه ثم تبين بعد ذلك أنه لم يكن الشخص المطلوب، وإنما حصل لبس بسبب الشبه الكبير بينهما فهنا يكون الحكم مشابهاً إلى حالة الغلط في أسباب الإباحة وهو استفادة الجاني منه بشرط أن يكون هذا الغلط مبنياً على أسباب معقولة يقع فيها الرجل الاعتيادي لو وجد في نفس الظروف⁽²⁾ هذه كانت أهم الوقائع التي يعد الغلط فيها جوهرياً يترتب عليه انتفاء القصد الجرمي والذي هو دليل على حسن نيته، وفي هذا الصدد تباينت مواقف التشريعات العربية إزاء معالجتها للغلط في الوقائع ويمكن تقسيمها إلى اتجاهين، الاتجاه الأول أشار إلى حالة الغلط في الوقائع بصورة صريحة ومنها قانون العقوبات السوداني (م⁴⁴)، الليبي (م⁶⁷) (م⁶⁸)، اللبناني (م²²⁴)، السوري (م²²³)، أما الاتجاه الثاني فإنه لم يشر إلى حالة الغلط في الوقائع ومنها قانون العقوبات العراقي والمصري.

وحذا لو تدارك المشرع العراقي ذلك بإضافة فقرة أخرى تتضمن حالة الغلط في الوقائع إلى جانب (م³⁷) والتي تنص على حالة الجهل بالقانون واقترح أن يكون النص مماثلاً لما ورد في تشريعات الاتجاه الأول وكالاتي (بعد مانعاً للعقاب لكل فاعل أو شريك أقدم على جريمة مقصودة نتيجة غلط مادي واقع على أحد العناصر المكونة للجريمة).

ثالثاً: العلم بالقانون

لاشك أن قانون العقوبات والقوانين الجزائية المكتملة له هو من ينشئ الجرائم، لذا فإن نصوصه لا تعد ركناً في الجرائم التي ينشئها، إذ لا يمكن أن يكون الخالق جزءاً من المخلوق، وبناءً على هذا فإن القصد الجرمي يعد قائماً حتى في حالة عدم علم الجاني بهذه النصوص لأنه لو جاز ذلك لأصبح الأمر فوضي وكل متهم بإمكانه أن يدعي أنه لا يعلم بالقانون الذي يحاكم بموجبيه ومن ثم صعوبة إثبات عكس ذلك مما يؤدي في النهاية إلى تعطيل أحكام القوانين الجزائية وتقويت الهدف منها وتصبح في النهاية حبراً على ورق⁽³⁾.

لذلك وضعت نظرية افتراض العلم بالقانون حيث أخذت بها اغلب التشريعات العربية والأجنبية لكونها قد مثلت المصلحة العامة إذ لم تجعل من تطبيق القانون أمراً متوقفاً على العلم الفعلي به بل يكفي افتراض هذا العلم لكي لا يتعطل تطبيق القانون بسبب إدعاء الأفراد الجهل بأحكامه⁽⁴⁾.

لذلك فإن المسؤولية الجزائية اتجاه الأفراد تقوم سواء تعلّق الأمر بجرائم عمدية أو غير عمدية هذا وإن قاعدة افتراض العلم بالقانون ليست مطلقة وإنما هنالك بعض الاستثناءات التي يعتد بها القانون بحيث يجعل من جهل الأفراد عذراً لدفع المسؤولية الجزائية عنهم وهذه الاستثناءات تشمل حالة القوة القاهرة التي يستحيل معها معرفة الأفراد بصدر القانون كمنشوب حرب أو حصول فيضانات أو زلازل وغيرها والحالة الأخرى تشمل الأجنبي الذي يدخل إقليم دولة ما ويرتكب جريمة معاقب عليها وفق قانون هذه الدولة فيما تكون مباحة طبقاً لقانون دولته⁽⁵⁾، هذا وقد أخذ ق.ع.ع. بالاستثناءات السابقة وفق (م^{2/1/37})، أما بالنسبة إلى نطاق هذه القاعدة فإنها مقصورة على القوانين العقابية فقط أما الفروع الأخرى كالقانون المدني والتجاري والإداري والأحوال الشخصية وغيرها فيمكن للمتهم أن يحتج بالجهل بأحكامها لدفع المسؤولية عنه ومن تطبيقات محكمة النقض المصرية قرارها القاضي (ببراءة متهمين بجريمة تزوير كانا قد قررا بسلامة ثبوت أمام المأذون عدم وجود مانع من موانع الزواج في حين كان المانع قائماً لأن

(1) د. عمر شريف: درجات القصد الجرمي، مصدر سابق، ص 163-164.

(2) مجيد خضر أحمد عبد الله: نظرية الغلط في قانون العقوبات، مصدر سابق، ص 238.

(3) د. عادل بطرس: كلمة حق الجهل بالقانون، مقالة نشرت على شبكة الإنترنت على الموقع www.alqabas.com، 2008، ص 1؛ د. محمود علي حمودة: الغلط في القانون ومدى اعتباره مانعاً من المسؤولية الجزائية، بدون مكان نشر، ط 1، 2003، ص 34.

(4) ينظر قانون العقوبات المواد: (37) العراقي، (3) الليبي، (1/222) السوري، (223) اللبناني، أما القانون المصري فإنه لم يشر إلى قاعدة افتراض العلم بالقانون على الرغم من تطبيق القضاء لها، ينظر: أحمد فتحي الحسناوي: العلم بالقانون الجنائي، مطبعة دار الجماهير، بدون سنة طبع، ص 49.

(5) د. عمر إبراهيم الوقاد: الغلط في القانون في ضوء أحكام القانون الجنائي، المكتبة المصرية، القاهرة، 2001، ص 58.

الزوجة هي خالة الزوجة الأولى لنفس الزوج وقد ثبت جهل المتهمين بقانون الأحوال الشخصية والذي يحرم الجمع بين المرأة وخالتها⁽¹⁾.

الفرع الثاني

الإرادة

تعد الإرادة من العوامل التي لها تأثير كبير على مبدأ حسن النية من حيث التصرفات القانونية وذلك لارتباط هذا المبدأ ارتباطاً كبيراً بها، فعندما يكون دور الإرادة اتجاه التصرفات القانونية ضعيفاً أو منعدمًا، فإنه كذلك يكون دور مبدأ حسن النية. لذلك سأتناول توضيح ماهية الإرادة التي يتحدد على مدى توافرها حسن أو سوء نية الشخص ومن ثمَّ مدى أثرها على المسؤولية الجزائية وكالاتي:

أولاً: ماهية الإرادة:

بعد أن تكلمنا عن العلم كأحد عنصري القصد الجرمي يبقى الحديث عن الإرادة باعتبارها العنصر الثاني، إذ تعرّف بأدّها : (نشاط نفسي اتجه إلى تحقيق غرض معيّن عن طريق وسيلة معينة يستخدمها الإنسان للتأثير على ما يحيط به من أشخاص وأشياء) أو (أنّها نشاط نفسي يهدف إلى تحقيق غرض معيّن يتمثل في النتيجة الجرمية التي يسعى الجاني إلى تحقيقها بسلوكه الإجرامي)⁽²⁾. وللإرادة دور كبير في حياة الإنسان وخصوصاً في تصرفاته وحركاته فهي تؤدي دوراً داخلياً (الجانب النفسي) باعتبارها صاحبة القرار الفعلي إضافة إلى دورها الخارجي (الجانب المادي) والمتمثل بالحركات العضوية التي يأتيها الإنسان نتيجة قراره الداخلي⁽³⁾، وبذلك فإنّ ماهية الإرادة في الجرائم العمدية تتمثل في إرادة الجاني لنشاطه الإجرامي ورغبته في إحداث أثره⁽⁴⁾، كما في الفعل الفاضح العلني إذ يتحقق القصد الجرمي عندما تتجه إرادة المتهم إلى هذا الفعل كمن يشير بيده في مكان مزدحم بالناس ليؤكد قوله فيأتي حركة ذات معنى منافٍ للحياء عن قصد فهنا يتحقق لديه القصد الجرمي أمّا إذا لم تتجه إرادته إلى علانية الفعل انتفى لديه القصد كما لو أن شخصاً استحم عارياً في مكان عام أو مارس الرياضة في مكان عام وقد كشف عن بعض عورات جسمه، فهنا يتوافر بحقه القصد الجرمي⁽⁵⁾.

هذا وإنّ الشخص يجب أن يقوم بفعله ليس فقط بصورة إرادية وإنّما يجب أن يصدر عن إدراك (تمييز) وحرية اختيار بحيث يتحمل الشخص العواقب التي تترتب على تصرفه نتيجة مخالفته القواعد القانونية⁽⁶⁾، ويعرف الإدراك بأنّه (مكنة الشخص على فهم ماهية الأفعال التي أقدم عليها وفهم ما يترتب عليها من نتائج مع استيعاب القيمة الاجتماعية لتلك الأفعال)⁽⁷⁾، وهذه المقدرة تحدد من خلال فهم الشخص لمضمون أفعاله وطبيعتها، وتوقع الآثار الناجمة عنها فضلاً عن كل ما يتعلق بعناصر الفعل وخصائصه ومدى خطورته على المصلحة العامة أو الحق الذي يحميه القانون، أمّا إذا فقد الإنسان إدراكه فإنّ ذلك يؤدي إلى انتفاء المسؤولية الجزائية عنه وهذا ما تضمنته التشريعات العقابية الحديثة⁽⁸⁾، وفقاً لهذا يمكن حصر أسباب فقد الإدراك (التمييز) بـ (الجنون والمرض العقلي والسكر وتناول المواد المخوّة قسراً، وأخيراً الصغير أي دون سن التمييز) على وفق ما ورد في (م⁶⁰) من ق.ع.ع. (لا يسأل جزائياً من كان وقت ارتكاب الجريمة فاقد الإدراك أو الإرادة لجنون أو عاهة في العقل أو بسبب كونه في حالة سكر أو تخدير نتجت عن مواد مسكرة أو مخدرة أعطيت له قسراً أو على غير علم منه بها، أو لأي سبب آخر يقرر العلم أنّه يفقد الإدراك أو الإرادة)، واستناداً لذلك فإنّ الشخص المصاب بعاهة في عقله أو في

(1) قرار رقم 36/س/14/1963م، أشار إليه د. أحمد فتحي سرور: أصول قانون العقوبات، مصدر سابق، ص475.

(2) د. عباس الحسني: شرح قانون العقوبات الجديد، مصدر سابق، ص90.

(3) نوال طارق إبراهيم: جريمة قتل الأم لطفلها حديث الولادة، مصدر سابق، ص72.

(4) د. أحمد فتحي سرور: أصول قانون العقوبات، مصدر سابق، ص457.

(5) د. معوض عبد التواب: الموسوعة الشاملة للجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة وجرائم هتك العرض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1983م، ص312.

(6) Elie Daskalakis "Reflexions Sur la Responsabilite Penale" Paris, 1975, P. 21.

(7) د. أحمد فتحي سرور: المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، دار الشروق، ط3، القاهرة، 1988، ص61.

(8) ينظر قانون العقوبات المواد: (62) المصري، (83) (85) (92) الليبي، (230) (231) (232) (234) (235)، السوري، (50/أ/ب) السوداني، (18) الصيني، (64/أ) الفرنسي، (51) الإيراني.

حالة سكر أو تخدير نتيجة إعطائه هذه المواد قسراً أو دون علمه بحيث أصبح فاقد الإدراك والإرادة وقت اقتراف العمل الجرمي امتنعت عنه المسؤولية.

ومع هذا يسأل بصورة مخففة إذا لم يكن قد فقد إدراكه وقت ارتكاب الجريمة⁽¹⁾، والحكم المتقدم مستفاد مما قرره (م⁶⁰) من ق.ع.ع. (... أما إذا لم يترتب على العاهة في العقل والمادة المسكرة أو المخدرة أو غيرها سوى نقص أو ضعف في الإدراك أو الإرادة وقت ارتكاب الجريمة عُدَّ ذلك عذراً مخففاً)، أما بخصوص صغر السن فإن هذه المرحلة تبدأ منذ ولادة الإنسان وحتى بلوغه سبع سنوات ويسمى الطفل في هذه المرحلة الصبي غير المميز لأنه يكون عديم الأهلية على الرغم من أنها حالة أصيلة في الإنسان وفي هذه المرحلة لا يمكن تحميله أي مسؤولية جزائية وإنما يمكن مساءلته مدنياً في أمواله عن الضرر الذي أصاب الغير⁽²⁾.

هذا وقد حددت (م^{1/47}) من قانون رعاية الأحداث العراقي رقم 76 لسنة 1983 عمر الصبي غير المميز بتسع سنوات (لا تقام الدعوى الجزائية على من لم يكن وقت ارتكاب الجريمة قد أتم التاسعة من عمره)، في حين أن ق.ع.ع. جعل سن المسؤولية الجزائية هو تمام السابعة من العمر عملاً بحكم (م⁶⁴) (لا تقام الدعوى الجزائية على من لم يكن وقت ارتكاب الجريمة قد أتم السابعة من عمره) ولما كان قانون رعاية الأحداث قانوناً خاصاً فهو القانون الواجب التطبيق عملاً بقاعدة إن الخاص يقيد العام، كما أنه لاحق من حيث سنة الصدور وبالتالي يعتبر معدلاً لما ورد في ق.ع.ع. من حكم بهذا الصدد. أما الشرط الآخر الواجب توافره في الإرادة فهو حرية الاختيار ونعني به (قدرة الإنسان على تحديد الوجهة التي تتخذها إرادته ويكون ذلك فيما إذا كان بمقدوره دفع إرادته في وجهه يعينها من الوجهات المختلفة التي يمكن أن تتخذها)⁽³⁾، وهذا يعني أن الإنسان لا يكفي أن يعلم الوجهات التي يمكن له أن يسلكها وإنما يجب أن تتحقق لديه المقدرة على انتقاء الوجهة التي يمكن أن تتخذها إرادته أما إذا كان فاقداً هذه القدرة في الاختيار نتيجة الإكراه أو حالة الضرورة انتفت عنه المسؤولية الجزائية، وهذا ما قرره (م⁶²) من ق.ع.ع. والتي تنص على: (لا يسأل جزائياً من أكرهته على ارتكاب الجريمة قوة مادية أو معنوية لم يستطع دفعها) (م⁶³) من ق.ع.ع. (لا يسأل جزائياً من ارتكب جريمة أُلجأته إليها ضرورة وقاية نفسه أو غيره أو ماله أو مال غيره من خطر جسيم محقق لم يتسبب هو فيه عمداً ولم يكن في قدرته منعه بوسيلة أخرى وبشرط أن يكون الفعل المكوّن للجريمة متناسباً والخطر المراد اتقاؤه ولا يعتبر في حالة ضرورة من أوجب القانون عليه مواجهة ذلك الخطر)⁽⁴⁾.

إن ما سبق كان إشارة إلى الشروط الواجب توافرها في الإرادة الأثمة لتحمل المسؤولية الجزائية، وأخيراً سوف أشير إلى أهم خصائص الإرادة وبايجاز.

تعد الإرادة قوة واعية مدركة تتجه نحو نتيجة معينة وهي بذلك تتطلب العلم بالغاية المطلوبة والتي من خلالها يتم إشباع الحاجة وكذلك العلم بالوسيلة التي تمكنها من تحقيق هذه الغاية إذ بغير العلم لا يمكن للإرادة تصوّر الغاية والوسيلة المطلوبة لإدراكها.

ثانياً: دور الإرادة في المسؤولية عن الجريمة العمدية:

إن العلم والإرادة هما الموقف النفسي للفاعل اتجاه النتيجة الجرمية التي هي نتاج الوعي والرغبة معاً وهذا الموقف النفسي يمكن إيجازه بالنية، هذا وإن الإرادة متحققة في كل من الجرائم العمدية والجرائم غير العمدية، لكن الخلاف بينهما يتحدد من خلال كيفية اتجاه الإرادة، إذ أن الإرادة في الجرائم العمدية تتجه نحو تحقيق النتيجة الجرمية⁽⁵⁾، بحسب ما جاء في (م³⁴) من ق.ع.ع. والتي تنص: (تكون الجريمة عمدية إذا توافر القصد الجرمي لدى فاعلها، وتعد الجريمة عمدية كذلك).

(1) عادل يوسف عبد النبي: المسؤولية الجنائية الناشئة عن الإهمال، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة بابل، 2005، ص 241.

(2) د. أحمد فتحي سرور: المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص 270.

(3) د. علي حسين الخلف، د. سلطان عبد القادر الشاوي: المبادئ العامة في قانون العقوبات، مصدر سابق، ص 336.

(4) ينظر قانون العقوبات المواد: (61) المصري، (72) (74) (75) الليبي، (227) (229) اللبناني، (1/226) (228) السوري، (48) (53) السوداني، (16) الصيني، (54) (55) الإيراني، أما المشرع الفرنسي فإنه لم ينظم حالة الضرورة ضمن موانع المسؤولية إلا أنه نص عليها في مواد أخرى مثل (435) (454).

(5) د. محمود نجيب حسني: أسباب الإباحة في التشريعات العربية، مصدر سابق، ص 207، ينظر: معاذ جاسم محمد العسافي: دور الإرادة في المسؤولية الجزائية، مصدر سابق، ص 85.

أ. إذا فرض القانون أو الاتفاق واجباً على شخص وامتنع عن أدائه قاصداً إحداث الجريمة التي نشأت مباشرة عن هذا الامتناع.

ب. إذا توقع الفاعل نتائج إجرامية لفعله فأقدم عليه قابلاً للمخاطرة بحدوثها) أمّا القصد الجرمي والذي أشار إليه ق.ع.ع. في (م^{1/33}) فإنه يتحقق لدى الجاني متى اتجهت إرادته صوب تحقيق النتيجة الجرمية كما في جريمة هتك العرض، إذ يتحقق فيها القصد الجرمي لدى الفاعل إذا علم بأن فعله يشكل إخلالاً بحياء المجني عليه مع تعمده للفعل من خلال انصراف إرادته إلى هذا المساس كما لو قام الجاني بتمزيق ملابس شخص خلال مشاجرة للكشف عن عورته (1) هذا وإن اتجاه الإرادة صوب تحقيق النتيجة الجرمية فيه إشارة واضحة على انتقاء حسن النية ومدى سئوها، واتجاه الإرادة أمّا يكون بصورة مباشرة أو غير مباشرة (قصد احتمالي)، ففي الحالة الأولى يكون اتجاه الإرادة نحو النتيجة الجرمية بصورة مباشرة عندما يكون الجاني على علم يقيني ثابت بتوافر عناصر الجريمة وتوقع النتيجة الجرمية كأثر حتمي ولازم لا بد من حدوثه بالنسبة لفعله الإجرامي كمن يقوم بإطلاق النار على شخص معين بنية قتله لإنهاء حياته.

واستناداً لما تقدّم يعرف القصد المباشر بأنه (انصراف إرادة الجاني إلى ارتكاب جريمة معينة وهو عالم بعناصرها من حيث الواقعة ومن حيث القانون وكانت النتيجة أثراً حتمياً متوقعاً لنشاطه الإجرامي سواء كان قصده محدداً أم غير محدد) (2)، أمّا الصورة الأخرى للنتيجة الجرمية فإنها تتحقق عندما تتجه الإرادة نحو النتيجة الجرمية لكن بصورة غير مباشرة (قصد احتمالي) ومع ذلك يسأل الجاني عن ارتكاب جريمة عمدية كما في الحالة الأولى لأن القصد الاحتمالي ليس إلا صورة من صور القصد الجرمي وبذلك فإنه يساوي القصد المباشر من حيث الحكم وقيام المسؤولية العمدية وهذا ما قرره (م^{34/ب}) من ق.ع.ع. بقولها: (تكون الجريمة عمدية إذا توافر القصد الجرمي لدى فاعلها وتعد الجريمة عمدية كذلك، ب- إذا توقع الفاعل نتائج إجرامية لفعله فأقدم عليه قابلاً للمخاطرة بحدوثها) (3) ويتضح من النص السابق أن عناصر القصد الاحتمالي هي:

1- توقع حصول النتيجة الجرمية.

2- قبول المخاطرة بحدوثها.

ومن الجدير بالذكر أن القصد الاحتمالي يتكون من ذات العناصر التي يتكون منها القصد الجرمي أي من عنصري العلم والإرادة لكن مع بعض الاختلاف، إذ يكون العلم في القصد الاحتمالي ليس يقينياً وإنما يشوبه بعض عناصر الشك، أمّا الإرادة بوصفها العنصر الثاني فإنها تكون متوجهة صوب الفعل المادي على الرغم من توقع الجاني حدوث نتيجة غير مشروعة ومع هذا يرحب ويقبل بوقوعها (4)، هذا وقد عرّف القصد الاحتمالي بأنه (نية ثانوية غير مؤكدة تختلج بها نفس الجاني الذي يتوقع أن يتعدى فعله الغرض المنوي بالذات إلى غرض آخر لم ينوّه من قبل أصلاً فيمضي مع ذلك في تنفيذ الفعل فيصيب به الغرض غير المقصود ومطلّنه وجود تلك النية في استواء حصول النتيجة وعدم حصولها لديه) (5)، وقد أخذ القضاء العراقي بالقصد الاحتمالي (... إن وقائع الدعوى المؤرخة بتاريخ 2007/8/9 تتلخص في أن هنالك علاقة صداقة بين المتهم (م.ن.ح) والمجني عليه (ق.ن) إذ قام المتهم بدعوة المجني عليه للسباحة في بركة ماء، ولدى وصولهما قام الاثنان بخلع ملابسهما على حافة البركة ونزلا للسباحة وبعد ذلك بدءا يتمازحان إذ مسك كل منهما رقبة الآخر وقال المتهم للمجني عليه سوف أغرقك وعندما حاول

(1) د. محمد صبحي نجم: الجرائم المخلة بالأخلاق والأداب العامة، مجلة الحقوق، مجلة النشر العلمي، الكويت، العدد (1)، 1998، ص 136.

(2) يُنظر: د. رؤوف عبيد: مبادئ القسم العام من التشريع العقابي المصري، مصدر سابق، ص 247. يبدو أن المشرع العراقي قد أخذ بالاتجاه الفقهي الذي يجعل من القصد المباشر على درجتين قصد مباشر من الدرجة الأولى، عندما يكون الاعتداء هو الغرض الأساسي للفعل، وقصد من الدرجة الثانية عندما يرتبط الاعتداء بغرض آخر لا بد من وقوعه فضلاً عن الغرض الأساسي، ينظر: معاذ جاسم محمد العسافي: دور الإرادة في المسؤولية الجزائية، مصدر سابق، ص 93، وينظر بخصوص القصد المباشر: الحكم الصادر من محكمة جنايات النجف قرار رقم 306/ج/2007 المصادق عليه بقرار محكمة التمييز قرار رقم 2043/هيئة جزائية/ بتاريخ 2008/1/27 (غير منشورة).

(3) ينظر قانون العقوبات المواد: (1/63) الليبي، (189) اللبناني، (188) السوري.

(4) د. عبد الستار الجميلي: جرائم الدم، مصدر سابق، ص 144.

(5) د. محمد عادل علي: صور القصد الجنائي، مقالة نشرت على شبكة الإنترنت على الموقع:

www.barasy.com. 2008، ص 1.

المجني عليه فك يد المتهم عن رقبته قام المتهم بضربه على بطنه برجله فدفعه إلى منطقة عميقة في البركة مما أدى إلى غرقه كونه لا يجيد السباحة، أما المتهم فقد انتابه الخوف وهرب ولم يخبر ذوي المجني عليه بالحادث وكذلك السلطات وفي اليوم التالي توجه ذوي المجني عليه نحو البركة فوجدوا جثته طافية فوق الماء وعلى أثر ذلك تقهقروا بالشكوى وفي مرحلة التحقيق والمحاكمة اعترف المتهم بجريمته وأنه كان يعلم أن المجني عليه لا يجيد السباحة لذلك فإن المحكمة وجدت أن القصد الاحتمالي قد تحقق فضلاً عن مساهمة فعله في الوفاة وبالتالي ينطبق عليه حكم (م) ⁽⁴⁰⁵⁾ من ق.ع.ع. ⁽¹⁾.

المطلب الثالث

موضع مبدأ حسن النية في القصد الجرمي

لمبدأ حسن النية مدلول ثابت في قانون العقوبات الموضوعي وهو انتفاء القصد الجرمي والذي هو عبارة عن إرادة متجهة نحو مخالفة القانون من خلال الاعتداء على الحقوق التي يحميها القانون، فمن انتفت لديه هذه الإرادة الأثمة انتفت لديه النية السيئة وتوافرت لديه النية الحسنة هذا وإن مدلول مبدأ حسن النية يتحقق في الغالب بانتفاء القصد الجرمي (العام) الذي يكون هو الأعم في الجرائم العمدية ⁽²⁾، لكن القانون قد يتطلب في بعض الجرائم توافر نية خاصة فضلاً عن عنصري القصد الجرمي (العلم والإرادة) وذلك لأجل إضفاء صفة خاصة على القصد الجرمي في تلك الجرائم والذي يسمى بالقصد الخاص ومحل ذلك إن انتفاء هذه النية التي هي عنصر مضاف لعنصري القصد الجرمي تحقق لدى الجاني ما يُعرف (بمبدأ حسن النية)، والواقع أن تقسيم القصد على هذا الوجه إلى عام وخاص ليس في حقيقته إلا تحليلاً لأجل بيان العامل النفسي الذي يتطلبه القانون في جريمة ما ومن أجل ذلك فإن الرجوع إلى النص القانوني يكون لازماً لأجل تحديد القصد المطلوب في جريمة معينة ⁽³⁾، ولأجل ذلك ارتأيت بيان مفهوم كل من القصد العام والقصد الخاص في فرعين مستقلين وكالاتي:

الفرع الأول

موضع مبدأ حسن النية في القصد العام

اختلف الفقه في تحديد ماهية القصد العام وانقسم إلى اتجاهين الأول والذي يمثل غالبية الفقه الجنائي يرى أن القصد العام هو مصطلح مرادف إلى القصد الجرمي أي هو العمد نفسه، وعلى ذلك فإن القصد العام يكون كافياً لقيام العمد اتجاه الجاني بالنسبة إلى أغلب الجرائم العمدية سواء كانت جرائم ذات سلوك مادي بحت مثل حيازة السلاح أو المخدرات أم كانت جرائم ذات نتائج مادية مثل القتل والإيذاء وغيرهما وهناك من يعرّف بآرائه: (انصراف علم الجاني وإرادته إلى اتیان الواقعة المكوّنة للجريمة بعنصرها السلوك والنتيجة وما يرتبط بها من ملاسبات فهو علم بالقانون والوقائع وإرادة متجهة إلى الفعل المادي والنتيجة الجرمية) ⁽⁴⁾، أما الاتجاه الثاني فإنه يرى أن القصد العام ينحصر في علم الجاني بأن الأمر الذي يقوم به أو الذي يمتنع عنه مخالف للقانون بوجه عام دون البحث فيما إذا كان الجاني أراد تحقيق النتيجة الجرمية أم لا ⁽⁵⁾؟

يبدو أن الخلاف القائم بين الرأيين السابقين يعود في أساسه إلى الخلاف بين أنصار نظرية العلم ونظرية الإرادة، وبصدد الترويج بينهما أرى أن الرأي الأول هو الأقرب إلى الصواب لأن القصد العام يتكون من عنصري العلم والإرادة أي العلم بكافة عناصر الجريمة مع اتجاه إرادة الجاني إلى السلوك الإجرامي والنتيجة الجرمية.

هذا هو القصد العام لأغلب الجرائم العمدية والذي بانتفائه يتحقق وجود حسن النية لدى الجاني وعلى أثره تنتفي المسؤولية العمدية دون المسؤولية غير العمدية إلا إذا كان الغلط الذي وقع فيه الجاني ونفي القصد الجرمي مبنياً على أسباب معقولة وكانت الجريمة لا يعاقب عليها تحت وصف الخطأ ⁽⁶⁾، وهناك العديد من الجرائم التي اكتفى فيها المشرع بالقصد العام وأذكر

(1) ينظر: قرار محكمة جنايات النجف المرقم: 344/ج/ في 2007/12/31 المصادق عليه بقرار محكمة التمييز قرار رقم 1664/هيئة جزائية/ بتاريخ 2008/7/1 (غير منشورة).

(2) د. محمود نجيب حسني: أسباب الإباحة في التشريعات العربية، مصدر سابق، ص 90.

(3) د. رؤوف عبيد: مبادئ القسم العام من التشريع العقابي المصري، مصدر سابق، ص 243.

(4) غازي حنون خلف: استظهار القصد الجنائي في جريمة القتل العمد، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد، 2004، ص 23.

(5) د. عمر الشريف: درجات القصد الجرمي، مصدر سابق، ص 225-226.

(6) للمزيد من التفاصيل ينظر: ص 32، وما بعدها من الرسالة.

على سبيل المثال جريمة إعطاء صك بدون رصيد (م⁴⁵⁹) من ق.ع.ع. إذ يتحقق القصد الجرمي فيها لدى الجاني بمجرد علم الساحب بعدم وجود مقابل للوفاء عند إعطاء الصك، أو عدم كفاية هذا المقابل، أو علمه بعدم وفاء قيمة الصك للمستفيد في صورة استرداد مقابل الوفاء، أو في صورة سحب المقابل من خلال إصدار أمر من الساحب إلى المسحوب عليه بعدم وفاء قيمة الصك. ويبدو أن غاية المشرع من ذلك هو حماية الصك لكي يؤدي وظيفته ويزداد انتشاره في التداول بدلاً من النقود⁽¹⁾، وفي جريمة الإيذاء أيضاً اكتفى المشرع لقيام العمد فيها بتحقيق القصد العام والذي يتمثل بتحقيق العلم لدى الجاني واتجاه إرادته إلى ماديّات الجريمة⁽²⁾ من خلال المساس بجسم المجني عليه بالجرح أو الضرب أو العنف أو إعطاء مائة ضاربة أو ارتكاب أي عمل مخالف للقانون⁽³⁾ (م⁴¹²) من ق.ع.ع. وجريمة إفشاء سر المهنة (م⁴³⁷) من ق.ع.ع. يعاقب القانون عليها بمجرد توافر العمد وبذلك فلا وجود لها إذا حصل الإفشاء خطأ من الطبيب⁽⁴⁾، وأخيراً جريمة القذف والسب، إذ أن السائد لدى الفقه والقضاء تحقق العمد بمجرد توافر القصد الجرمي العام وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرارها والذي جاء فيه: (إن القانون لا يشترط في جريمة القذف قصداً جرمياً خاصاً بل يكفي بمجرد تحقق القصد الجرمي العام والذي يتحقق في حالة نشر القاذف أو إذاعته الأمور المعقّدة للقذف وهو عالم أنها لو كانت صحيحة أوجب عقاب المقذوف واحتقاره عند أهله ولا يؤثر في توافر القصد العام أن يكون القاذف حسن النية)⁽⁵⁾، لكن يبدو أن القانون ولأجل تحقيق المصلحة العامة قد استثنى من جرائم القذف ما يقع بحق الموظف أو المكلف بخدمة عامة (م^{2/433}) من ق.ع.ع. وأباح الطعن فيه متى ما توافرت شروط معينة هي:

- 1- أن يكون الطعن حاصلاً بسلامة نية لأجل خدمة المصلحة العامة.
- 2- إن القذف واقع ضمن نطاق أعمال الوظيفة.
- 3- أن يقوم الطاعن بإثبات الأمر المنسوب إلى المطعون فيه⁽⁶⁾.

الفرع الثاني

موضع مبدأ حسن النية في القصد الخاص

يشترط القانون في بعض الجرائم توافر نية خاصة فضلاً عن عنصري القصد الجرمي وهذا يعني الخروج عن القاعدة المتعارف عليها والتي تتضمن قيام القصد الجرمي بمجرد توافر عناصره (العلم والإرادة) وذلك رغبة من المشرع في إضفاء صفة معينة على القصد الجرمي في تلك الجرائم⁽⁷⁾، ويطلق على هذا النوع من القصد (القصد الخاص) والذي يقوم على أساس تحقق عنصري (العلم والإرادة) مع إضافة عنصر آخر (النية) إذ جعل المشرع منها شرطاً ضرورياً لاكتمال تحقق القصد الجرمي وفي حالة انتفائها فإن القصد الجرمي ينتفي أيضاً، ويبدو أن

- (1) د. محمد صبحي نجم: قانون العقوبات القسم الخاص، دار الثقافة، ط1، عمان، 2006، ص278؛ حسن عودة زعال: إعطاء شيك بدون رصيد، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1983، ص166؛ د. زينب أحمد عوين: جرائم الصك في قانون العقوبات العراقي، مجلة كلية صدام للحقوق، جامعة صدام (النهرين)، العدد (10) السنة (1423هـ) 2002م، ص185؛ ظافر الموصللي: الصك بدون رصيد، مجلة القضاء الحقوقية، نقابة المحامين، العراق، العدد (5) السنة (17)، 1959، ص616. للمزيد تنظر قرارات محكمة جنح النجف قرار رقم 841/ج/2008 اكتسب الدرجة القطعية بمضي المدة القانونية، قرار رقم 7/ج/2008 اكتسب الدرجة القطعية بمضي المدة القانونية، قرار رقم 5/ج/2008 اكتسب الدرجة القطعية بمضي المدة القانونية (غير منشورة).
- (2) باسم جميل حسين: الإيذاء العمد في التشريع العراقي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بابل، 1997، ص47.
- (3) د. فخري عبد الرزاق الحديثي: شرح قانون العقوبات القسم الخاص، المكتبة الوطنية، ط2، بغداد، 2007، ص196.
- (4) يُنظر: جندي عبد الملك: الموسوعة الجنائية، ج2، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، 1932، ص50. وللמיד ينظر قرار محكمة جنح النجف رقم 16/ج/2008 اكتسب الدرجة القطعية بمضي المدة القانونية (غير منشور).
- (5) قرار رقم 1227/في/1959/5، أشار إليه د. محمد عبد اللطيف: حسن نية القاذف في حالتي نشر الأخبار والنقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص37؛ حسن الفكهاني، عبد المنعم حسني: الموسوعة الذهبية، ج6، الدار العربية، القاهرة، بدون سنة طبع، ص245.
- (6) نشأت أحمد نصيف: جريمة قذف الموظف أو المكلف بخدمة عامة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد، 1999، ص116، للمزيد ينظر القرار الصادر من محكمة جنح النجف رقم 23/ج/2008 اكتسب الدرجة القطعية بمضي المدة القانونية. (غير منشور).
- (7) د. عبد الستار الجميلي: جرائم الدم، مصدر سابق، ص134.

المشرع نصّ على هذا الشرط لأنّه أدرك بأنّ توافر هذه النية الجرمية هي الدليل على تحقق الخطر ضد المصلحة أو الحق الذي يحميه القانون، ويلاحظ أنّ الجرائم التي تتطلّب هكذا نوع من القصد (القصد الخاص) محدودة مقارنة مع الجرائم التي يتحقق فيها العمد بمجرد توافر القصد العام⁽¹⁾ ومن هذه الجرائم نذكر:

جريمة التزوير: إذ أنّ المشرع لا يكتفي فيها بمجرد تحقق القصد العام والمتضمن عنصري (العلم والإرادة) بل لابد أن يكون إلى جانب القصد العام قصد آخر وهو القصد الخاص (قصد الغش) والمتمثل في نية استعمال المحرر فيما زوّ من أجله⁽²⁾، فإذا تخلف القصد الخاص فلا قيام لتلك الجريمة⁽³⁾ حسب ما جاء في (م²⁹⁸) من ق.ع.ع، وفي جريمة السرقة أيضاً اشترط المشرع أن يتحقق فيها القصد الخاص (نية التملك) لدى الجاني⁽⁴⁾، إذ تتجسّد (النية) في انصراف الجاني نحو تملك مال الغير لأجل مباشرة جميع التصرفات التي يباشرها المالك الحقيقي وفي نفس الوقت يحول دون مباشرة المالك لحقوقه على هذا المال، أمّا إذا ثبت أن نية الجاني قد انصرفت لمجرد حيازة هذا المال حيازة ناقصة تخلف القصد الجرمي كمن يأخذ كتاب شخص لأجل الاطلاع عليه ثمّ يعيده إلى صاحبه، كذلك ينتفي القصد الجرمي إذا انصرفت نية الجاني لمجرد وضع يده على المال بصورة عارضة كمن يأخذ الشيء لفحصه والتأكد من مدى صلاحيته ثمّ يعيده إلى مالكه⁽⁵⁾، ومن أحكام القضاء العراقي (إنّ إخفاء عامل الفندق النقود التي عثر عليها في فراش أحد النزلاء عند تنظيفه الغرفة يعتبر جريمة سرقة منطبقة على الفقرة السادسة من (م⁴⁴⁴) من ق.ع.ع)⁽⁶⁾، وفي جريمة الأخبار الكاذب اشترط المشرع أيضاً تحقق القصد الخاص (نية الإضرار)، وذلك بحسب ما جاء في (م²⁴³) من ق.ع.ع. وتتمثّل هذه النية من خلال التّقم إلى السلطات القضائية أو الإدارية بأخبار كاذبة تجاه المجني عليه لأجل إلحاق الضرر به، ومن أحكام القضاء العراقي (إذا لم يثبت علم المتهم بأنّ ما أخبره كان مغايراً للحقيقة فلا يعاقب بجريمة الأخبار الكاذب)⁽⁷⁾.

(1) حسون عبيد هجيج: القصد الجنائي في جريمة القتل العمد، مجلة العلوم الإدارية والقانونية، جامعة بابل، العدد (6)، 2005، ص 1025، د. عمر شريف: درجات القصد الجرمي، مصدر سابق، ص 261.

(2) Marcel Rgaux & Paul-em Trousse "Le faux En Droit Penal Compare, Paris, 1957, p. 360.

(3) د. علي عبد القادر القهوجي: قانون العقوبات القسم الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 184. للمزيد ينظر الحكم الصادرة من محكمة جنابات النجف قرار رقم 65/ج/2008 والمصادق عليه تمييزاً بالقرار رقم 2181/هيئة جزائية/بتاريخ 2008/4/14 (غير منشورة).

(4) د. أنور محمد الفزيع: استرداد المنقولات المسروقة أو المفقودة من حائز حسن النية، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، الكويت، العدد (1)، 1994، ص 91.

(5) د. ماهر عبد شويش شرح قانون العقوبات القسم الخاص، المكتبة الوطنية، بغداد، 1990، ص 275؛ عدلي خليل: جريمة السرقة والجرائم الملحقة بها، عالم الكتب، ط 1، القاهرة 1984، ص 90.

(6) قرار رقم 208/جنابات/بتاريخ 1980/5/3، إبراهيم المشاهدي: المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، مصدر سابق، ص 177.

(7) قرار رقم 418/جزاء/تمييزية بتاريخ 1973/3/26، أشار إليه: منى عبد العالي، جريمة الأخبار الكاذب، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة بابل، 1999، ص 364.

المبحث الثالث

مبدأ حسن النية في الجرائم غير العمدية

الجريمة ليست كياناً مادياً خالصاً قوامه السلوك الإجرامي وآثاره، إذ لا يكفي الإسناد المادي للفعل أو الامتناع المخالف للقانون لكي يقال أن الشخص مسؤول جزائياً عن الجريمة المرتكبة فضلاً عن هذه العلاقة المادية علاقة أخرى ذات خصائص نفسية تجتمع في ركن ما في الجريمة والذي يسمى بالركن المعنوي ويتجسد دوره في تحقيق الصلة بين النشاط الذهني والنشاط المادي وحيث يكون الأخير ثمرة نشاط إرادي فإن لم يكن كذلك فلا يمكن أن يعد الشخص جانياً، كما أن هذا النشاط الإرادي لا يكفي لتحقيق الركن المعنوي إلا إذا كان متجهاً نحو تحقيق النتيجة الجرمية، وهنا يتحقق القصد الجرمي الذي هو أحد صور الركن المعنوي⁽¹⁾، أمّا الصورة الأخرى للركن المعنوي فهي الخطأ غير العمدية، والذي يمثل اتجاه إرادة الجاني نحو السلوك الإجرامي دون الرغبة في تحقيق النتيجة الجرمية سواء لم يتوقع حدوثها أو توقع حدوثها إلا أنه لم يقبل بها معتمداً على الحيطة والحذر اللازمين لتلافيها، وعلى الرغم من اشتراك الإرادة في صورتين إلا أن هنالك farkاً جوهرياً يكمن في المدى الذي تتجه إليه الإرادة والذي يؤثر على مدى حسن النية إذ أن هذا المبدأ يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالإرادة، فعندما يكون دورها في الجريمة المرتكبة ضعيفاً أو منعدماً فإنه كذلك يكون دور مبدأ حسن النية⁽²⁾.

واستناداً إلى ما تقدم ارتأيت تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب أخصص المطلب الأول لبيان تعريف الخطأ وصوره، والثاني لبيان خصائص الخطأ، والثالث لبيان دور الإرادة في الجرائم غير العمدية.

(1) د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص 346؛

د. محمود نجيب حسني: النظرية العامة للقصد الجنائي، مصدر سابق، ص 1.

(2) د. حميد السعدي: شرح قانون العقوبات الخاص، مصدر سابق، ص 310.

المطلب الأول

تعريف الخطأ وصوره⁽¹⁾

يُعرف الخطأ غير العمدى قانوناً بأنه (أ- إذا كان قد توقع نتيجة فعله دون أن يقبلها معتقداً دون أي أساس، إنَّ هذه النتيجة لن تحدث. ب- إذا لم يتوقع نتيجة فعله، بينما كان يجب عليه وكان باستطاعته توقعها)⁽²⁾.

هذا وقد اختلفت التشريعات العربية والأجنبية في بيانها لصور الخطأ غير العمدى من حيث عددها على الرغم من تشابهها وتقاربها، إذ حددها المشرع العراقي بخمس صور في (م³⁵) من ق.ع.ع. التي تنص (تكون الجريمة غير عمدية إذا وقعت النتيجة الإجرامية بسبب خطأ الفاعل سواء كان هذا الخطأ إهمالاً أو رعونة أو عدم انتباه أو عدم احتياط أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة والأوامر)، كما حددها كل من قانون العقوبات اللبناني في (م¹⁹¹) والسوري في (م¹⁹⁰) بثلاث صور، فيما حددها كل من قانون العقوبات الليبي في (م⁶³) والمصري في (م²³⁸) (م²⁴⁴) بأربع صور، أما قانون العقوبات السوداني فقد حددها بصورتين في (م²⁵⁶)، أما على صعيد القوانين الأجنبية، فقد حددها قانون العقوبات الفرنسي في (م^{3/121}) بخمس صور وسأولى إيضاح صور الخطأ غير العمدى في ضوء ما ورد في النص العراقي أعلاه في خمسة فروع وكالاتي:

الفرع الأول

الإهمال

يعرّف الإهمال بأنه (امتناع الجاني عن اتخاذ العناية اللازمة لتجنب حدوث النتيجة غير المشروعة)⁽³⁾ ويتحقق الإهمال في الغالب نتيجة اتخاذ الجاني موقفاً سلبياً بخلاف ما يتطلبه واجب الحيلة والحذر لأجل تفادي حصول النتيجة الضارة، فالإهمال ناتج عن عدم ممارسة الإمكانات الإيجابية لتجنب وقوع هذه النتيجة غير العمدية، مثال ذلك، الأم التي تترك أبنها الصغير بجانب موقد من النار فيحترق ويموت، ومن يستعمل آلة بخارية إلا أنه لا يتبع أسلوب الوقاية لمنع أضرارها عن الأفراد العاملين معه مما يؤدي إلى جذبها أحد الأشخاص من ثيابه وقتله أو صاحب الكلب الذي يتركه في الطريق العام فيعرض لراكب دراجة هوائية كان يسير بسرعة كبيرة مما أدى إلى انقلابه ووفاته على الفور⁽⁴⁾، أو الطبيب الذي ينسى قطعة من القماش أو آلة جراحة في بطن المريض⁽⁵⁾، ومن القرارات القضائية بخصوص الإهمال (إنَّ زوجة المدعي قد راجعت المستوصف الطبي إذ كانت تشكو من حالة عدم الإنجاب فكان الانطباع الأولي للطبيب عن هذه الحالة وجود زوائد لحمية واقعة على جدار الرحم تمنع من تكوين الجنين، لذا قام بأخذ مسحة من جدار الرحم (بملعقة شрман) وهي آلة طية حادة مما أدى إلى

(1) انقسمت التشريعات العربية والأجنبية حول تعريف الخطأ غير العمدى إلى اتجاهين: الاتجاه الأول لم يعرف الخطأ غير العمدى واكتفى بتحديد صورته ومنها (35) العراقي و(238) (244) المصري، (256) السوداني، (63) الليبي، (3/121) الفرنسي، (15) الصيني، أما الاتجاه الثاني فقد عرف الخطأ غير العمدى ومنها (191) اللبناني (تكون الجريمة غير مقصودة سواء لم يتوقع الفاعل نتيجة فعله أو عدم فعله المخطئين وكان في استطاعته أو من واجبه أن يتوقعها وسواء توقعها فحسب أن بإمكانه اجتنابها)، (190) السوري، ومن وجهة نظري أرى أن الاتجاه الثاني هو الأفضل لأنه يساعد على إيضاح حالات الخطأ الواقعة وبخلاف ذلك فإنه يؤدي إلى فتح المجال للاجتهادات الفقهية في تعريف الخطأ وهذا يؤدي بدوره إلى الاختلاف في الأحكام باختلاف الحالات المعروضة على القضاء لذا اقترح على مشرّعنا إضافة فقرة للمادة (35) تتضمن تعريف للخطأ غير العمدى كأن يكون (نشاط إرادي يقوم به الجاني يفضي إلى نتيجة غير مقصودة كونه لم يتوقع حدوث النتيجة المترتبة على فعله أو قد توقع حدوثها ولم يقبلها معتمداً على الحيلة والحذر).

(2) ينظر قانون العقوبات الروماني (م^{19/1-2}) نقلاً عن: د. فوزية عبد الستار: النظرية العامة للخطأ غير العمدى، مطبعة دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص 11.

(3) Ph. Dr. Frank Schmallegger "Criminal Justice today" Upper Saddle River New Jersey, 1991, p.752.

(4) د. أحمد عبد اللطيف: الخطأ غير العمدى في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 361؛ د. أبو اليزيد علي المتيت: جرائم الإهمال، مؤسسة شباب الجامعة، ط 5، الإسكندرية، 1986، ص 198.

(5) جاسم لفته سلمان: الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بابل، 2002، ص 13.

حدوث نزف قوي وعلى أثره قام الطبيب المعالج بإعطائها حقنة لغرض إيقافه إلا أن الحالة أخذت تزداد سوءاً فقرر الطبيب نقلها إلى المستشفى إلا أنها توفيت هناك، أما المحكمة المختصة فقد رأت أن سبب الوفاة هو إهمال الطبيب نتيجة عدم إتباع الحيلة والحذر عند استخدام آلة الشريان في أخذ العينة لذا قررت إدانته وفق أحكام (م²³⁸) من قانون العقوبات المصري⁽¹⁾.

الفرع الثاني الرعوننة

يراد بالرعوننة (عدم الحذر أو عدم الدراية بالمسائل الفنية أو المهنية)⁽²⁾، أو (سوء التقدير ونقص المهارة والجهل بما يتعين العلم به) فالشخص الأرعن أن يقوم بسلوك إيجابي أو سلبي دون أن يتوقع النتيجة الضارة التي ترتبت على سلوكه، هذا وتتخذ الرعوننة شكلين، الأول واقعة مادية تقع نتيجة سوء التقدير ومثالها من يلقي حجراً من فوق بناء غير متوقع إصابة أحد المارة، أو سائق المركبة الذي يغير مساره فجأة دون أن ينبّه المارة فيدعس أحدهم، أما الشكل الثاني فيتخذ شكل واقعة ترتبت نتيجة الجهل وعدم الكفاءة في ممارسة عمل ما وخاصة الأخطاء الفنية التي يرتكبها المهندسون أو الصيادلة أو الأطباء ومثال ذلك الطبيب الذي يباشر عمله وهو غير حائز على الخبرة الكافية⁽³⁾ ومن القرارات القضائية المصرية بخصوص الخطأ الواقع نتيجة الرعوننة، نذكر القرار الآتي والذي جاء فيه (إن زوجة المدعي كانت تعاني من آلام في الممرارة وعندما راجعت المستشفى لإجراء الفحوصات اللازمة قرر الطبيب المختص إجراء عملية بواسطة جهاز المنظار لغرض التفتيت إلا أن الطبيب قد أخطأ في إجراء العملية مما أدى إلى قطع بعض الشرايين الموجودة داخل البطن وعلى أثر ذلك قرر إجراء عملية جراحية سريعة لوقف النزف الحاصل داخل البطن وبعد الانتهاء أدخلت زوجة المدعي إلى العناية المركزة إلا أنها توفيت بعد فترة قصيرة، وكان قرار المحكمة المختصة أن سبب الوفاة يعود إلى رعوننة الطبيب الناجمة عن عدم الدراية والجهل بالمسائل المهنية، لذا قررت إدانته وفق أحكام (م²³⁸) من قانون العقوبات المصري⁽⁴⁾.

الفرع الثالث عدم الانتباه

يُعرّف عدم الانتباه بأنه (وقوف الجاني موقفاً سلبياً من خلال امتناعه عن اتخاذ واجبات الحيلة والحذر التي كانت من شأنها أن تحول دون وقوع النتيجة الضارة)، وهو بذلك يتشابه مع الإهمال فكل منهما يمثل سلوكاً سلبياً يتجسد بإغفال الشخص عن اتخاذ الاحتياطات اللازمة التي يتطلبها الحذر والتي كان من شأنها أن تحول دون وقوع النتيجة الضارة⁽⁵⁾، ومن أمثلة ذلك الشخص الذي ينشئ أرجوحة في المكان الخاص بلعب الأطفال ولا يحيطها بسياج فيؤتي ذلك إلى إصابة أحد المارة، وحارس السكة الحديدية الذي لا يبادر بإبلاغ المارة وتحذيرهم عن قرب وقت مرور القطار مما يؤتي إلى إصابة أحد الأفراد ووفاته، أو إهمال مالك المنزل في صيانة منزله الآيل للسقوط على الرغم من تنبيهه من إمكانية سقوطه على ساكنيه وبالفعل يقع ذلك مما يؤتي إلى جرح بعض أفراد ووفاته البعض الآخر، أو من يحفر حفرة في الطريق دون أن يترك فيها مصباح في الليل لتنبيه المارة مما يؤتي إلى سقوط أحدهم وإصابته بجراح بالغة، ومن تطبيقات القضاء العراقي لهذه الصورة القرار الصادر من محكمة الجراء الكبرى (الجنايات) في محافظة المثنى والمصادق عليه من قبل محكمة التمييز، إذ جاء فيه: (تبين أن العريف (ن) أطلق الرصاص تخويفاً لأحد المقبوض عليهم لأجل منعه من الهروب، فأصيب المجني عليه (ك) مما

(1) قرار رقم 672/412 في 2000/3/22، أشار إليه، د. هاني عبد الله الجبير: الأخطاء الطبية في ميزان القضاء، بحث منشور على شبكة الأنترنت على الموقع:

<http://www.saaaid.net>، 2008، ص10.

(2) د. علي حسين الخلف، د. سلطان عبد القادر الشاوي: المبادئ العامة في قانون العقوبات، مصدر سابق، ص352.

(3) د. أحمد عبد اللطيف: الخطأ غير العمدى في القانون الوضعي والشرعية الإسلامية، مصدر سابق، ص354. علي غسان أحمد: القتل الخطأ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة النهرين، 2003، ص148.

(4) قرار رقم 920/418 في 1997/4/29 أشار إليه: د. هاني عبد الله الجبير: الأخطاء الطبية في ميزان القضاء، مصدر سابق، ص9.

(5) د. فتوح عبد الله الشاذلي: قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص468.

أدى إلى وفاته، لذا وعند التأمل في التكليف القانوني لهذا الفعل وجدت المحكمة أنَّ المتهم لم يكن قاصداً قتل المجني عليه (ك) لذا قررت المحكمة إدانته وفق أحكام (م⁴¹¹) من ق.ع.ع.⁽¹⁾

الفرع الرابع عدم الاحتياط

ويُعرّف بأنه: (إقدام الشخص على أمر معيّن كان من الواجب عليه الامتناع عنه) أو (هو ذلك الخطأ الذي يقع فيه الشخص غير المتبصّر ونتيجة لذلك يكون الشخص مسؤولاً عنه من الناحية الجنائية لأنّه كان بإمكانه أن يحول دون وقوع الحادث لو أنّه تصرّف بشيء من التعقل والحذر)⁽²⁾، وهذه الصورة تمثّل النشاط الإيجابي الصادر من الجاني والذي فيه دلالة واضحة على عدم التبصّر على الرغم من أنّ الجاني على علم بطبيعة عمله وما يمكن أن يترتب عليه من ضرر للآخرين إلا أنّه مع كل هذا لا يبالى ولا يقوم باتخاذ أي نوع من الاحتياطات اللازمة لتفادي وقوع النتيجة الضارة كصاحب خلية النحل الذي يحركها بدون حذر لكي يجمع العسل الموجود فيها مما يؤثي إلى خروج النحل ومهاجمته أحد المارة في الطريق وتسلعه بوحشية، وكالصديق الذي يمازح صديقه بمسدس يعلم أنّه محشو بالرصاص وصالح للرمي فتتطلق منه رصاصة فتقتله، وكمالك السفينة الصغيرة الذي يحملها بأكثر من طاقتها مما يؤثي إلى غرق الحمولة والركاب في البحر، وكالرجل الذي يفقد مركبته مع ضعف بصره فيصيب أحد المارة بجراح بالغة، نلاحظ في الوقائع المتقدم ذكرها أنّ الجاني لم يكن محتاطاً بما فيه الكفاية على الرغم من إدراكه أن النتيجة الضارة قد تترتب على فعله، ومع ذلك يمضي بسلوكه بدون تحرز أو تبصّر مما يترتب بحقه قيام المسؤولية الجزائية نتيجة إمكانيته في الحيلولة دون وقوع الضرر الجرمي⁽³⁾.

الفرع الخامس

عدم مراعاة القوانين والأنظمة والأوامر

ويراد بهذه الصورة أنّ سلوك الجاني أثنى إلى وقوع النتيجة الجرمية الضارة نتيجة إقدامه على عمل تجرمه القوانين والأنظمة والأوامر أو نتيجة امتناعه عن القيام بعمل تأمر القوانين القيام به، هذا وإنّ مصطلح القوانين والأنظمة والأوامر يتّسع ليشمل جميع قواعد السلوك الأمرة الصادرة من الدولة أياً كانت جهة إصدارها سواء السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية بتحويل من السلطة التشريعية ومثال على ذلك اللوائح الإدارية، الأنظمة والقرارات، القوانين والتعليمات الإدارية مثل قوانين النقل والإنتاج⁽⁴⁾، أو الأوامر الخاصة بالصحة العامة والنظافة المنصوص عليها في قانون العقوبات⁽⁵⁾، ويلاحظ أنّ هذه الصورة يعاقب عليها وإن لم يترتب عليها أي ضرر لأنّ المسؤولية تقوم لمجرد مخالفة القوانين والأنظمة والأوامر ومن تطبيقات هذه الصورة نذكر سائق المركبة الذي يفقد مركبته على الجانب الأيسر من الطريق مما يؤثي إلى إصابة أحد المارة، أو كمن يطلق عياراً نارياً داخل منزله فيؤدي إلى إصابة أحد الأشخاص، وأيضاً مالك السيارة الذي يقوم بتسليمها إلى شخص غير مرخص بالقيادة فضلاً عن أنّه لا يجيد ذلك فيتسبب بإصابة أحد المارة بالطريق فهنا يُسأل كل من الجاني فضلاً عن مالك السيارة لأنّه قام بتسليمها إلى شخص لا يجيد القيادة مع علمه بذلك⁽⁶⁾.

المطلب الثاني

خصائص الخطأ غير العمدى

- (1) قرار رقم 2288/جنابات/بتاريخ 1973/12/5 أشار إليه: علي غسان أحمد: القتل الخطأ، مصدر سابق، ص150.
- (2) د. علي عبد القادر القهوجي: شرح قانون العقوبات العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص434.
- (3) د. حميد السعدي: شرح قانون العقوبات القسم الخاص في جرائم الأشخاص، ج1، مطبعة المعارف، بغداد، دون سنة طبع، ص314.
- (4) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات اللبناني العام، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع، ص445.
- (5) ينظر قانون العقوبات المواد: (369) العراقي، (604) اللبناني، (381) المصري، (590) السوري، (229) السوداني، (316) الليبي.
- (6) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات اللبناني العام، مصدر سابق، ص445.

يتموّن ركن الخطأ غير العمدى فى نطاق المسؤولية الجزائية بثلاث خصائص هي، انعدام القصد الجرمي لدى الفاعل، وشخصية الخطأ، والاكتفاء بالقدر اليسير من الخطأ، وسأتناولها بالدراسة فى ثلاثة فروع وكالاتي:

الفرع الأول

انعدام القصد الجرمي

تقوم الجريمة العمدية عندما تتجه إرادة الجاني نحو تحقيق النتيجة الجرمية المترتبة على الفعل والتي تمثل انتهاكاً للمصلحة أو الحق الذي يحميه القانون كما فى جريمة القتل، إذ تكون إرادة الجاني متّجهة لإنهاء حياة المجني عليه⁽¹⁾. بعكس جرائم الخطأ ففيها تتصرف إرادة الجاني نحو ارتكاب الفعل دون الرغبة فى تحقيق النتيجة وبذلك تكون النية فى هذا النوع من الجرائم غير آثمة لعدم اتجاهها نحو تحقيق النتيجة الجرمية⁽²⁾، مثال ذلك الصيد الذي يوجه سلاحه باتجاه غزال لا صطياده فإذا به يصيب أحد المارة فى تلك المنطقة مما يؤتى إلى وفاته⁽³⁾، وبعبارة أخرى أنّ الركن المعنوي فى هذا النوع من الجرائم مجرد من أي قصد عام أو خاص، وبالتالي تكون الواقعة من قبيل الخطأ غير العمدى أمّا إذا انعدم الخطأ كانت الواقعة قضاءً وقدرًا، كأن يموت المريض فى أثناء إجراء عملية جراحية دون أي خطأ من الطبيب⁽⁴⁾.

الفرع الثاني

شخصية الخطأ

عند وقوع الجريمة ينبغى البحث عن نية الفاعل وعن مدى الضرر الذي ترتب على سلوكه لأنّ من القواعد الأساسية فى قانون العقوبات، إنّ الخطأ الجنائي لا يمكن أن يكون مفترضاً، بعبارة أخرى لا يصح افتراض الخطأ لدى الشخص ذلك لأنّ القواعد المقررة فى القانون الدستوري (إنّ المتهم بريء حتى تثبت إدانته)⁽⁵⁾، فالشخص لا يمكن اتهامه إذا قام بعمل معنّى أو إذا امتنع عن عمل إلا إذا اسند إليه الخطأ وقامت على أثره المسؤولية الجزائية، وهذا يعنى أن يكون الخطأ شخصياً وبغير ذلك لا يمكن مساءلة شخص عن خطأ صادر عن غيره، إلا أنّ هنالك بعض الاستثناءات التي ترد على هذه القاعدة العامة ومنها تحمّل الشخص المسؤولية الجزائية الناشئة عن غيره مثال ذلك الأب الذي يترك سلاحه المحشو بالرصاص فى متناول يد ابنه الصغير فيعيب به مما يؤدي إلى انطلاق رصاصة منه فتصيب أحد الأشخاص فيموت، فهنا على الرغم من صدور الفعل المادي من الابن إلا أنّ الأب يتحمّل المسؤولية الجزائية بسبب خطئه المتمثل بترك السلاح تحت تصرف ابنه الصغير غير مدرك لخطورته، وفى هذه الصورة لا يُسأل الأب عن خطأ مفترض، وإنّما عن خطأ صادر منه⁽⁶⁾، هذا وقد أشار القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 إلى إمكانية تحمّل الغير المسؤولية المدنية الناشئة عن أخطاء غيرهم وذلك فى (م^{1/218}) والتي نصّت: (الأب ثمّ الجد ملزمون بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير).

الفرع الثالث

الاكتفاء بالقدر اليسير من الخطأ

لقد انقسم الفقه حول تحديد درجة الخطأ التي يترتب على ضوئها المسؤولية الجزائية إلى اتجاهين، الأوّل يرى أنّ الخطأ لا يمكن أن يكون جنائياً إلا إذا تمّوّن بقدر معنّى من الخطورة بينما يرى الاتجاه الثانى أنّ الخطأ هو دائماً خطأ سواء كان يسيراً أم جسيماً ويبدو أنّ الرأي الأخير هو الراجح لكون القانون لا يعلّق المسؤولية الجزائية على درجة معينة من الجسامة وإنّما يربطها بالنتيجة الحاصلة، وهذا يعنى أنّ درجة الخطأ لا يمكن أن تكون المعيار الذي يحدد قيام أو عدم قيام المسؤولية الجزائية إلا أنّه من الممكن أن يكون لدرجة الخطأ اعتبار عند قيام القاضي بتحديد العقوبة ضمن سلطته التقديرية وبين حايها الأقصى والأدنى فيجعل منها فى بعض الأحيان ظرفاً

(1) د. مصعب الهادي بابكر: الركنان المادي والمعنوي فى قانون العقوبات السوداني، دار الجيل، بيروت، 1990، ص 101.

(2) د. محمد إبراهيم زيد: مشاكل الخطأ غير العمدى فى التشريعات المقارنة، بحث منشور على شبكة الأنترنت: www.sjudaniorg/showres.com 2008، ص 7.

(3) د. حميد السعدي: شرح قانون العقوبات، مصدر سابق، ص 310.

(4) د. عبد الستار الجميلي، جرائم الدم، مصدر سابق، ص 156.

(5) نص الدستور العراقي لعام 2005 على هذا المبدأ فى (م^{5/19}).

(6) د. رؤوف عبيد: جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، بدون ناشر، 1974، ص 227.

مشدداً للعقوبة⁽¹⁾ وهذا ما نصّت عليه (م^{2/411}) من ق.ع.ع والتي تنص (تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة وغرامة لا تقل عن ثلثمائة دينار ولا تزيد على خمسمائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا وقعت الجريمة نتيجة إخلال الجاني إخلالاً جسيماً بما تفرضه عليه أصول وظيفته أو مهنته أو حرفته أو كان تحت تأثير مسكر أو مخوّر وقت ارتكاب الخطأ الذي نجم عنه الحادث أو نكل وقت الحادث عن مساعدة من وقعت عليه الجريمة أو عن طلب المساعدة له مع تمكّنه من ذلك)⁽²⁾، هذا ويقاس الخطأ وفق الرأي الراجح بمعيّار مختلط (شخصي وموضوعي) قوامه الشخص المعتاد من ذات الفئة الاجتماعية أو المهنية التي ينتمي إليها الجاني لو وجد في ذات الظروف الخارجية التي أحاطت بالجاني وخصوصاً فيما يتعلق بزمان ومكان وقوع النتيجة الجرمية مع الأخذ بنظر الاعتبار الظروف الشخصية للجاني كحالته العقلية والصحية ومستواه الثقافي، أي على القاضي أن يضع ذلك الشخص المعتاد في نفس الظروف التي أحاطت بالجاني ثمّ يصدر حكمه في ضوء ذلك التصرّف، فإن كان ممثلاً لتصرّف المتهم فإن الأخير لا يُعدّ مخطئاً، أمّا إذا كان التصرف بصورة أفضل عدّ الجاني مقصراً واستحق المساءلة على أساس الخطأ⁽³⁾.

المطلب الثالث

دور الإرادة في المسؤولية عن الجريمة غير العمدية

لبيان دور الإرادة في تحقق المسؤولية الجزائية عن الجريمة غير العمدية يتوجب أن نوضّح أولاً علاقة الإرادة بالسلوك الخاطيء، ثمّ نبين بعد ذلك كيفية إخلال الإرادة بواجب الحيطة والحذر، وأخيراً علاقة الإرادة بالنتيجة الجرمية ويكون ذلك في ثلاثة فروع وكالاتي:

- (1) عادل يوسف عبد النبي: المسؤولية الجنائية الناشئة عن الإهمال، مصدر سابق، ص 67.
- (2) أصدر مجلس الرئاسة قانون تعديل الغرامات الواردة بقانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 النافذ والقوانين الخاصة الأخرى، رقم (6) سنة 2008 والذي ينص في (م²) (يكون مقدار الغرامات المنصوص عليها في قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 كالاتي:
 - أ. في المخالفات مبلغاً لا يقل عن (50000) خمسون ألف دينار ولا يزيد عن (200000) مئتي ألف دينار.
 - ب. في الجناح مبلغ لا يقل عن (200001) مئتي ألف دينار وواحد ولا يزيد عن (1000000) مليون دينار.
 - ج. في الجنايات مبلغاً لا يقل عن (1000001) مليون وواحد دينار ولا يزيد عن (10000000) عشرة ملايين دينار). ينظر: www.bentalrafedain.com ، 2008 ، ص 1.
- (م³): تنزل المحكمة مبلغ (50000) خمسين ألف دينار عن كل يوم يقضيه المحكوم عليه في التوقيف.
- (م⁴): إذا كانت الجريمة معاقباً عليها بغرامة فقط، فعلى المحكمة عند عدم دفع الغرامة أن تحكم بالحبس على المحكوم عليه بمعدل يوم واحد عن كل (50000) خمسين ألف دينار من مبلغ الغرامة على أن لا تزيد مدة الحبس في كل الأحوال عن سنة أشهر.
- (م⁵): تكون الغرامات الواردة في القوانين الأخرى التي نصّت عليها الفقرة ثانياً من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 206 لسنة 1994 والذي ألغي بموجب هذا القانون عشرة أضعاف ما هي عليه في هذه القوانين.
- (3) د. السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة في قانون العقوبات، مصدر سابق، ص 455.

الفرع الأول

العلاقة بين الإرادة والسلوك الخاطئ

مضمون هذا العنصر يتمثل في اتجاه إرادة الفاعل نحو السلوك الإجرامي والوقوف عنده فلا تتخطاه إلى النتيجة الجرمية وإلا أصبحت النتيجة مقصودة ونكون أمام جريمة عمدية⁽¹⁾، فالإرادة هي النشاط النفسي الذي يمثل القوة الدافعة على نحو معق من أجل إشباع رغبات متعددة، لذا فلا بد أن يكون هذا النشاط صادراً عن وعي وإدراك وحرية اختيار، وهذا وإن إرادة السلوك عنصر مشترك في الركن المعنوي أي كان صورته (عمدية أم غير عمدية) إلا أن الإرادة في الجريمة العمدية تكون متجهة نحو تحقيق النتيجة الجرمية بخلاف الخطأ الذي تتجه فيه الإرادة نحو السلوك فقط دون النتيجة وهذا هو الفارق الأساسي بينهما⁽²⁾، ولما كانت الإرادة عنصراً لازماً سواء في الجريمة العمدية أو الخطأ فإن انتفاءها يعني انتفاء الركن المعنوي من أساسه، كالشخص المكره على فعل فإن المسؤولية الجزائية تنتفي عنه في جميع أشكالها⁽³⁾، وهذا ما أشارت إليه (م⁶²) من ق.ع.ع.

مما تقدم ذكره يتضح أن اتجاه الإرادة نحو السلوك دون النتيجة إشارة إلى حسن نية الجاني وهذا ينفي بدوره المسؤولية العمدية عنه إلا أنه لا ينفي المسؤولية غير العمدية إلا إذا كان التصرف الذي صدر من الجاني لا يحاسب عليه القانون كما لو قام شخص بمد سلك معدني معد للإرسال التليفزيوني بين عمودين فاصطدمت به طائرة حربية نتيجة تحليقها بارتفاع منخفض جداً مخالف لقواعد الطيران مما أدى إلى سقوطها ووفاة الطيار⁽⁴⁾.

الفرع الثاني

إخلال الإرادة بواجب الحيطة والحذر

يقع على عاتق كل فرد في المجتمع واجب اتخاذ الحيطة والحذر، لذلك يجب عليه أن يتبصر في الأمور التي يريد الإقدام عليها من خلال اتخاذ ما يلزم من تدابير الحيطة والحذر لتلافي تعريض حقوق الآخرين للخطر⁽⁵⁾، وتستمد هذه الواجبات من مصدرين، الأول القواعد القانونية، والثاني الخبرة الإنسانية أو الفنية عامة كانت أو خاصة، هذا ولا يثير معرفة أساس واجبات الحيطة والحذر أي صعوبة إذا كانت القواعد القانونية هي التي تفرض هذه الواجبات إذ لا يقوم أدنى شك في الالتزام بها لأن القواعد القانونية واضحة المعالم، مفترض العلم بها اتجاه الكافة، هذا وإن لفظ القانون هنا ينبغي أن يفهم بمعناه الواسع، أي يشمل كافة الأنظمة والتعليمات والأوامر والقرارات التي تصدرها الدولة ويتعين على المخاطبين الالتزام بها⁽⁶⁾، علماً أن القانون ليس هو المصدر الوحيد لواجبات الحيطة والحذر وإنما الأساس العام هو الخبرة الإنسانية العامة إذ تقر هذه الخبرة مجموعة من القواعد التي تبين الاتجاه الصحيح الذي بموجبه يباشر نوعاً معيَّناً من السلوك كما تساهم العلوم والفنون في إنشاء هذه القواعد في مختلف المجالات كمجال الرياضة والطب وغيرها⁽⁷⁾.

وإذا أردنا معرفة كيفية تكوين الخبرة الإنسانية العامة نجدها تشمل ما تعارف عليه الناس في سلوكهم من خلال العرف الذي يتكوّن من إفراد الأفراد على القيام بسلوك معيّن في ظل ظروف معينة مع اعتقادهم بضرورة الالتزام بهذا السلوك، أمّا المعيار الراجح في تحديد مدى الالتزام بواجب الحيطة والحذر فهو معيار مختلط يتكوّن من عنصرين: الأول موضوعي، والذي يتحدد

- (1) حاتم محمد صالح: جريمة الدعس، رسالة ماجستير مقّمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد، 1988، ص 14.
- (2) د. فتوح عبد الله الشاذلي: قانون العقوبات القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1998، ص 463. وللمزيد ينظر الأحكام الصادرة من محكمة جنابات النجف قرار رقم 120/ج/2007، المصادق عليه تمييزياً بقرار رقم 4293/هيئة جزائية/ بتاريخ 2007/8/2، قرار رقم 366/ج/2007 المصادق عليه تمييزياً بقرار رقم 2033/هيئة جزائية/ بتاريخ 2008/4/6. (غير منشورة).
- (3) أحمد عبد العزيز سعيد: الإكراه وأثره في المسؤولية الجزائية في قانون العقوبات اليمني، رسالة ماجستير مقّمة إلى كلية القانون بجامعة بابل، 1999، ص 56.
- (4) د. أحمد عبد اللطيف: الخطأ غير العمدية في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، مصدر سابق، ص 151.
- (5) د. فخري عبد الرزاق: شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص 307.
- (6) د. معوض عبد التّوّاب: الوسيط في شرح جرائم القتل والإصابة الخطأ، عالم الكتب، القاهرة بدون سنة طبع، ص 23.
- (7) د. فوزية عبد الستار: النظرية العامة للخطأ غير العمدية، مصدر سابق، ص 75-76.

بمعيار الشخص المعتاد والثاني شخصي ويتحدد من خلال مدى إمكانية الشخص في اتخاذ الحيطة والحذر المطلوبة وفقاً لخصائص المتهم وصفاته⁽¹⁾.

الفرع الثالث

العلاقة النفسية بين الإرادة والنتيجة الجرمية

لا ينعض الخطأ بمجرد إخلال الجاني بواجبات الحيطة والحذر لأن القانون لا يعاقب على السلوك الخاطئ لذاته وإنما يعاقب عليه إذا أفضى إلى نتيجة ضارة باستثناء جرائم السلوك المادي كجريمة حيازة السلاح ومن ثم كان متعياً قيام علاقة معنوية نفسية بين الإرادة والنتيجة الجرمية على نحو تصبح فيه الإرادة بالنسبة إلى النتيجة الحاصلة محل مؤاخذه القانون، هذا وأن العلاقة النفسية التي تنشأ بين الإرادة والنتيجة لها صورتان⁽²⁾.

الصورة الأولى: عدم توقع النتيجة الجرمية

في هذه الصورة لا يتوقع الجاني عند القيام بفعل ما أنه قد يؤدي إلى إحداث النتيجة الجرمية التي يعاقب عليها القانون⁽³⁾، بينما كان بمقدوره أن يتلافها، وعلى الرغم من ذلك فإن الصلة بين الإرادة والنتيجة قائمة ولها عنصران هما:

كان في استطاعة الجاني توقع حصول النتيجة، وكان في استطاعته أن يحول دون وقوعها⁽⁴⁾، ومن هذه الصورة يتضح مدى خمول الإرادة لعدم توقعها ما كان باستطاعتها أن تتوقعه والحيولة دون وقوعه وهذا شرط أساسي لتحقيق الخطأ غير العمدى، إذ ليس من المنطق أن يفرض على شخص ما لا يمكن توقعه فالشخص لا يكون مسؤولاً عن النتيجة الحاصلة إلا إذا كان بإمكانه توقع حدوثها وتعد النتيجة متوقعة في ذاتها إذا كانت داخلة ضمن نطاق السير العادي للأمور، أما إذا كانت بخلاف ذلك أي أنها ثمرة ظروف شاذة لا تتفق مع ما هو مألوف من الأمور تصبح عندئذ غير متوقعة وبالتالي فإن المتهم لا يحتمل مسؤولية حدوثها ومثال على هذه الصورة نوم سائق المركبة في أثناء قيادته لها وخروجها عن الطريق العام واصطدامها بأحد المشاة⁽⁵⁾.

الصورة الثانية: توقع حصول النتيجة الجرمية

تتحقق هذه الصورة عندما يتوقع الجاني حدوث النتيجة الجرمية المترتبة على سلوكه ولكنه يرفض حدوثها ويعتقد أنها لن تقع كمن يقود سيارته بسرعة كبيرة في طريق مكتض بالمارة معتمداً على مهارته في القيادة لتفادي وقوع الحادث ومع ذلك تقع النتيجة الجرمية ويكون مسؤولاً عنها ويسمى الخطأ في هذه الصورة (الخطأ الواعي) أو (الخطأ المتوقع) ويلاحظ أن الفاعل في المثال المتقدم أقم على مباشرة سلوكه الإجرامي وهو مدرك بإمكانية إحداث النتيجة الضارة إلا أنه مع ذلك لم يصرف إرادته عنه، هذا وأن الإرادة هنا قد أصابها الخمول من خلال عدم تفاديه هذه النتيجة غير المشروعة⁽⁶⁾.

ويبدو أن وجه الخطأ في هذه الصورة هو إصرار المتهم على الاستمرار بسلوكه على الرغم من وضوح خطره بالشكل الذي لا يقبله الشخص الحريص المثزن إذا وجد في نفس الظروف، وبعد هذا العرض لكل من الإرادة والنتيجة الجرمية في (الخطأ غير الواعي) و(الخطأ الواعي) يتبين أن الإرادة في هذا النوع من الجرائم لا تتجه نحو تحقيق النتيجة الجرمية وهذا يدل على وجود حسن النية لدى الجاني، ومع ذلك فإن القانون يحمله المسؤولية غير العمدية لإخلاله بواجبات الحيطة والحذر المطلوبة منه، هذا وأن العلاقة النفسية بين كل من الإرادة والنتيجة ترسم صورة الخطأ غير العمدى وتضع له الحدود التي يتواجد فيها والتي من خلالها نستطيع التمييز بينه وبين الحالات التي تنعدم فيها الإرادة الإجرامية بصورة مطلقة، إذ يترتب عليها هدم الركن المعنوي ومن ثم انعدام أي شكل من أشكال المسؤولية الجزائية حتى لو تحققت النتيجة التي

(1) تحسين مكي صالح: الخطأ غير العمدى في جرائم الإيذاء، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بابل، 1996، ص 17، 21؛ د. محمد هاشم القاسم: الخطأ الطبى في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة الحقوق والشرعية، تصدرها كلية الحقوق والشرعية، الكويت، العدد (1)، 1979، ص 11.

(2) حاتم محمد صالح: جريمة الدس، مصدر سابق، ص 83.

(3) يوسف إلياس: مجموعة قوانين العقوبات العربية، مطبعة دار السلام، بغداد، 1973، ص 89.

(4) ندى صالح هادي: الجرائم الماسة بالسكنية العامة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد، 2006، ص 59، د. ماهر عبد شويش: شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مصدر سابق، ص 206.

(5) حاتم محمد صالح: جريمة الدس، مصدر سابق، ص 84.

(6) د. أحمد كامل سلامة: شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مطبعة نهضة الشرق، القاهرة، 1987، ص 123.

يعاقب عليها القانون ومثال ذلك عامل سكك الحديد الذي يصاب بشلل وقتي يمنعه من تحويل مفاتيح الخطوط الحديدية مما يتسبب في حصول حادث ينتج عنه إصابة عدد من الأشخاص⁽¹⁾.

(1) عادل يوسف عبد النبي: المسؤولية الجنائية الناشئة عن الإهمال، مصدر سابق، ص 191، 194.

الفصل الثاني

تطبيقات مبدأ حسن النية في أسباب

الإباحة وجريمة التعامل بالعملة

المزيفة

الفصل الثاني

تطبيقات مبدأ حسن النية في أسباب الإباحة وترويج العملة المزيفة

أشارت أغلب قوانين العقوبات العربية والأجنبية إلى مبدأ حسن النية من دون تعريفه أو تحديد شروطه وكان ذلك في عدة مواضع، الأغلب منها متقارب لكن الفارق بينها كان من حيث مدى وضوح وصراحة هذه المواضع، والتي كانت بين اتجاهين، الأول منها نصّ على مبدأ حسن النية بصورة صريحة كقانون العقوبات العراقي والمصري والسوداني، أمّا الاتجاه الثاني فقد نصّ على مبدأ حسن النية بصورة ضمنية كقانون العقوبات الليبي والسوري واللبناني والفرنسي والصيني والإيراني، ويبدو أن السبب في ذلك يعود إلى أن هذه القوانين قد اكتفت بالإحالة إلى القواعد العامة والتي تُعد حسن النية أحد شروطها⁽¹⁾، هذا ويحظى مبدأ حسن النية بأهمية كبيرة في قانون العقوبات العراقي نظراً للدور الذي يؤتيه أولاً من حيث إباحة الفعل وإخراجه من دائرة التجريم، وهذا ما أشار إليه ق. ع. ع. في المواد (39) (40) (41) (46)، وثانياً من حيث تخفيف العقوبة (م⁴⁵) (م²⁸⁴)، واستناداً إلى ما تقدّم ذكره ارتأيت أن أورد تطبيقات مبدأ حسن النية الوارد ذكرها في ق. ع. ع. ومقارنتها مع القوانين العربية والأجنبية لأجل الوقوف على أوجه الشبه والاختلاف، لذا قسّمْتُ هذا الفصل إلى أربعة مباحث وكالاتي:

المبحث الأوّل: حسن النية في أداء الواجب.

المبحث الثاني: حسن النية في صور استعمال الحق.

المبحث الثالث: حسن النية في حق الدفاع الشرعي.

المبحث الرابع: حسن النية في ترويج العملة المزيفة.

(1) ينظر قانون العقوبات المواد: (39) (40) (41) (45) (46) (284) العراقي، (63) (246) (251) المصري، (69) (70) الليبي، (185) (186) اللبناني، (184) (185) السوري، (44) (45) (60) السوداني، (20) الصيني، (122) الفرنسي، (57) (59) (62) الإيراني.

المبحث الأول

حسن النية في أداء الواجب

لأجل بيان دور حسن النية في أداء الواجب كسبب من أسباب الإباحة، فإنّه يقتضي أن أقسم هذا المبحث إلى مطلبين، أتناول في الأول حسن النية في العمل المشروع، أمّ الثاني فسأخصه لحسن النية في العمل غير المشروع وكالاتي:

المطلب الأول

حسن النية في العمل المشروع

لكي يكون أداء الواجب في العمل مشروعاً فإنّه لابد أن يتّخذ إحدى صورتين، الأولى أن يكون أداء الواجب تنفيذاً لأمر القانون، والثانية أن يكون أداء الواجب تنفيذاً لأمر رئيس تجب طاعته، هذا وإنّ تحقق الصفة المشروعة للعمل رهينة بشروط معينة من ضمنها حسن النية في أداء الواجب سواء نفذ هذا الواجب من قبل الموظف أو المكلف بخدمة عامة أو من قبل أحد الناس، لأنّ الكثير من التشريعات الحديثة أصبحت تفرض واجبات على الأفراد سواء كانت هذه الواجبات تنفيذاً لأمر القانون أو تنفيذاً لأمر صادر من رئيس تجب طاعته وهذا ما سأوضحه في فرعين وكالاتي:

الفرع الأول

تنفيذ أمر القانون

نصّت (م³⁹) ق. ع. ع. (لا جريمة إذا وقع الفعل قياماً بواجب يفرضه القانون)، نلاحظ أن هذا النص يتضمّن مبدأ عاماً لأنّه غير محدد بجريمة معينة إضافة إلى أنّه يسري على كافة سواء كانوا موظفين أو مكلفين بخدمة عامة أم لا⁽¹⁾، وأداء الواجب في هذه الصورة قد أباح للموظفين أو المكلفين بخدمة عامة وغير المكلفين بها القيام بجميع ما هو مشروع من الأفعال تنفيذاً لأمر القانون، أمّا إذا وقع عكس ذلك فإنّ الفاعل يُسأل عن فعله، إلا إذا كان قد ارتكب الفعل بحسن نية نتيجة خطأ في الوقائع بحيث اعتقد أنّه ينفذ أمراً قانونياً، أو كان القانون يمنعه من مناقشة مشروعيته⁽²⁾، وبإمعان النظر في النص المتّفق يتّضح أن تنفيذ أمر القانون يتم من قبل فئتين هما:

(1) ينظر قانون العقوبات المواد: (69) الليبي، (185) اللبناني، (1/184) السوري، (122) الفرنسي، أمّا قانون العقوبات المصري فإنّه قد اقتصر أداء الواجب على الموظفين العموميين فقط بنظر (م⁶³).

(2) د. محمد سامي النبراوي: شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، منشورات جامعة قان يونس، ط3، بنغازي، 1995، ص358.

أولاً: تنفيذ أمر القانون من قبل الموظفين أو المكلفين بخدمة عامة

ينبغي فهم مصطلح الموظف بمعناه الواسع لا بمعناه الإداري، ومن ثم فإن الموظف هو كل من كان على ملاك الموظفين أو العاملين في مؤسسات الدولة التابعة لها سواء كانت وظيفته دائمة أم مؤقتة أما المكلف بخدمة عامة فهو كل من أنيطت به مهمة عامة لأجل خدمة الدولة سواء كان ذلك بأجر أو بدونه⁽¹⁾، وبالتالي فإن صاحب هذه الصفة قد فرضت عليه واجبات من الناحية القانونية عليه الالتزام بها، لأنه قد حمل هذه المهمة النبيلة وقبل كل هذا فهو فرد وجزء من هذا المجتمع الذي يرتب عليه أداء ما يأمر به بصورة متوازنة مع الغاية التي يتطلبها القانون منه، وبخلاف ذلك يكون سيء النية ويعرض نفسه لمسائلة القانون الذي لا يعفيه من المسؤولية الجزائية كما لو قام بمأمور السجن بالقبض على شخص بدون موافقة الجهة المختصة وحسبه، فهنا يسأل الفاعل عن فعله لأنه مخالف للقانون⁽²⁾، وعليه فإن شرط حسن النية عند تنفيذ الأوامر القانونية من قبل الموظفين أو المكلفين بخدمة عامة عنصر أساسي لإباحة الفعل، وهذا ما أكدته (م⁴⁰) ق.ع.ع. والتي تنص: (لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أو شخص مكلف بخدمة عامة في الحالات الآتية أولاً: إذا قام بسلامة نية بفعل تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو اعتقد أن إجراءه من اختصاصه)⁽³⁾، وأكد القضاء العراقي هذا المعنى في قراراته والتي جاء في أحدها: (لما كان المتهمان بصفتهم محافظين في سجن الحلة قد أوقعا الفعل المسند إليهما بسلامة نية وتنفيذاً لما أمرت به القوانين بصفتهم محافظين في السجن، فأصبح القرار الصادر بعدم مسؤوليتهم موافقاً للقانون)⁽⁴⁾، هذا وتباشر الدولة أعمالها من خلال موظفيها الذين يعملون باسمها ولحسابها وهذه الأعمال قد تكون موافقة للقانون تماماً نتيجة اتساعها بحيث يكون من العسير وضع الحدود الفاصلة بين حقوق الدولة والحقوق التي يحظر عليها المساس بها لما تتمتع به من حرمة وحصانة، فضلاً عن أن العاملين باسم الدولة هم بشر وليسوا آلات تتحرك وبالتالي فإن مؤثرات الحياة اليومية قد تدفعهم إلى ارتكاب أخطاء تمس حقوق الأفراد ومصالحهم ولأسباب مختلفة، مما يعني تخطيهم لحدود واجباتهم الوظيفية التي نستطيع إدراكها من خلال النظر إلى مقدار السلطة المخولة لهم قانوناً فضلاً عن نوع العمل الموكّل إليهم⁽⁵⁾، وهذه الأعمال على نوعين وكالاتي:

1- أعمال يكون القانون قد ألزم الموظفين أو المكلفين بخدمة عامة بتأديتها طبقاً للشروط المدونة لها والتي لا يجوز الخروج عليها، وطبقاً لهذا لا تثار أي صعوبة لمعرفة مدى التزام أو تجاوز الموظف أو المكلف بخدمة عامة لحدود اختصاصاته الوظيفية لأن عمله يكون مقيداً ولا مجال لاستخدام السلطة التقديرية كالقائم بالتفتيش الذي لا يجوز له تفتيش أنثى إلا بواسطة أنثى يندبها لذلك بعد تدوين هويتها في المحضر وذلك بحسب ما جاء في (م⁸⁰) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم 23 لسنة 1971، وبهذا يكون عمله قد استمد مشروعيته من القانون مباشرة⁽⁶⁾.

(1) د. علي حسين الخلف، د. سلطان عبد القادر الشاوي: المبادئ العامة في قانون العقوبات، مصدر سابق، ص358؛ ينظر بخصوص تعريف الموظف أو المكلف بخدمة عامة (م^{2/19}) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969، (م²) من قانون الخدمة المدنية رقم (24) لسنة 1960، (م¹) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (14) لسنة 1991.

(2) ممدوح عزمي: دراسة عملية في أسباب الإباحة وموانع العقاب، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2000، ص87؛ د. جلال ثروت: نظرية الجريمة المتعدية القصد، دار المعارف، القاهرة، 1964، ص587.

(3) ينظر قانون العقوبات المواد: (2/63) المصري، (57) الإيراني.

(4) قرار رقم 620/ج/43 بتاريخ 10/12/1974، أشار إليه: د. ضياء الدين مهدي: أسباب الإباحة والجهل بها في القانون العراقي والألماني، مجلة القانون المقارن، تصدرها جامعة بغداد، العراق، العدد (22)، 1990، ص131.

(5) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، مصدر سابق، ص239.

(6) د. المصدر نفسه، ص239.

2- أعمال يمنح فيها الموظفين أو المكلفين بخدمة عامة، سلطة تقديرية من حيث مباشرتها أو عدم القيام بها كما لو قام رجل الشرطة بدخول منزل مسكون لأحد الأفراد للقبض على شخص ارتكب جناية مشهودة أو كسلطة قاضي التحقيق في توقيف المتهم⁽¹⁾، هذا ويملك قاضي التحقيق في العراق سلطة إصدار أوامر القبض على أي شخص اتهم بارتكاب جريمة على أن يستوفي أمر القبض شروطه الشكلية والموضوعية التي حددها القانون ومن ضمنها حسن النية من خلال مشروعية غايته المتمثلة بتحقيق المصلحة العامة، هذا وقد يثار تساؤل فيما إذا كان القانون يشترط عند تنفيذ أوامره اجتماع أوامر السلطة معه لإباحة العمل، يبدو إن أغلب قوانين العقوبات لم تتطلب هكذا شرط، إذ أنها اكتفت لإباحة أعمال الموظفين أو المكلفين بخدمة عامة أن تكون تنفيذاً لأمر القانون أو تنفيذاً لأمر رئيس مختص بإصداره، لكن قد يستثني القانون من القاعدة السابقة بعض الأعمال التي يتعين فيها على الموظف أو المكلف بخدمة عامة فضلاً عن إجازة القانون الحصول على موافقة الرئيس المختص لأجل التنفيذ وإلاّ عدّ عمله غير مشروع، ويبدو أن السبب في ذلك يعود إلى خطورة هذه الأعمال كحكم الإعدام الذي لا يمكن أن ينقذ بحق المحكوم عليه إلا عند صدور القرار من الجهة المختصة بذلك أو كمأمور السجن الذي لا يسمح له بحبس شخص إلا بناء على أمر صادر من الجهة المختصة⁽²⁾.

مما تّقدم يّضح أنّ هنالك شروطاً يجب توافرها عند تنفيذ الأوامر القانونية من قبل الموظفين أو المكلفين بخدمة عامة لأجل إضفاء الصفة المشروعة عليها ويمكن إيجازها بالآتي:

1- استيفاء الشكالية القانونية:

ونعني بالشكالية القانونية أن يكون الأمر المنفذ قانونياً وصادراً من الجهة المختصة وموجهاً إلى مختص بحيث يكون قد أفرغ بالهيئة أو الشكل الذي يتطلبه القانون، وهذا ما أدّته أحكام القضاء العراقي (لا يعتبر الموظف مخلاً بواجبات وظيفته إخلالاً جسيماً أو مسيئاً لاستعمال السلطة إن سلّم للمعمال بصفته رئيساً للجنة الصرف وصولات مقابل المبالغ المتبقية لهم للحصول على السلفة لتسديد كامل استحقاقهم مادام الدافع لتصرفه هو جهله بالأمر الحسابية)⁽³⁾، وبما أنّ واجبات الموظفين أو المكلفين بخدمة عامة عديدة لا يمكن إحصائها لذا نجد أنّ المشرّع العراقي قد حدد شكالية معينة لكل فئة عمل من أعمال الموظفين أو المكلفين بخدمة عامة في الدولة، وهذا بدوره يعني ضرورة الالتزام بهذه الشكالية عند مباشرة العمل، وإلا أصبح العمل غير قانوني، ومثال ذلك أن الشروط الشكالية التي تحدد عمل قضاة محكمة الجنايات أو قاضي محكمة الجناح أو البداءة تختلف عن الشروط الشكالية المحددة لعمل مدير الناحية أو موظف الكمارك أو عضو الضبط القضائي الذي حدد عمله بشكل واضح في (م⁴) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (23) لسنة 1971، والتي جاء فيها (أعضاء الضبط القضائي مكلفون في جهات اختصاصهم بالتحري عن الجرائم وقبول الاخبارات والشكاوي التي ترد إليهم بشأنها وعليهم تقديم المساعدة لقضاة التحقيق والمحققين وضباط الشرطة وموظفيها وتزويدهم بما يصل إليهم من المعلومات عن الجرائم وضبط مرتكبيها وتسليمهم إلى السلطات المختصة، وعليهم أن يثبتوا جميع الإجراءات التي يقومون بها في محاضر موقعة منهم ومن الحاضرين يبين فيها الوقت الذي اتخذت فيه الإجراءات ومكانها ويرسلوا الاخبارات والشكاوي والمحاضر والأوراق الأخرى

(1) د. حسني مصطفى: جرائم الجرح والضرب في الفقه والقضاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1988، ص 35.

(2) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، مصدر سابق، ص 246.

(3) قرار رقم 167/هيئة عامة ثانية/ بتاريخ 1974/12/21، مجموعة الأحكام العدلية، يصدرها قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل العراقية، العدد الرابع، 1974، ص 221.

والمواد المضبوطة إلى قاضي التحقيق فوراً⁽¹⁾. فضلاً عن ذلك أن ما يقوم به رجال الشرطة أو الأمن من عمليات دهم وتفتيش بحق المتلاعبين بالأسعار تكون عمليات مشروعة ومباحة متى كانت ضمن نطاق عملهم الوظيفي وبذلك لا يجوز لأي موظف آخر في أي دائرة أخرى ممارسة هذا العمل، وكذلك الحال لما يقوم به موظفو شعبة الرقابة المالية من حيث التفتيش في سجلات ووثائق الدوائر والمؤسسات للتأكد من مدى صحتها، فهذا الإجراء لا يمكن وصفه بغير المشروع، لأنه واقع ضمن الأعمال المشروعة والمباحة لهم⁽²⁾.

2- حسن النية:

بدأ البشر بتسريع القوانين الوضعية لأجل تنظيم حياتهم وحقوقهم وصيانة علاقاتهم الاجتماعية وفي نفس الوقت، العمل على تحديد واجباتهم ضمن نطاق هذه القواعد الموضوعية لأن لهذه الواجبات غاية والحقوق ليست منفصلة عنها، لذلك يقع على عاتق الموظف أو المكلف بخدمة عامة الالتزام بما هو موضوع لكي يكون عمله مباحاً، فضلاً عن اتجاهه نية نحو تحقيق الغاية التي ابتغاها القانون والتي على أثرها منح السلطة⁽³⁾، وبهذا يكون لحسن النية في هذا الموضوع نفس المعنى في استعمال الحق، لأن الموظف أو المكلف بخدمة عامة عند استعماله للسلطة المخولة له قانوناً يجب أن يكون هدفه تحقيق الغاية المشروعة، أما إذا استهدفت تحت ستار القانون تحقيق غاية أخرى كأن تكون شخصية أو سياسية عندئذ يكون سيء النية ويستحق المسألة القانونية وإن كان عمله قد استوفى شروطه الشكلية وهذا ما أكدته القضاء العراقي في أحكامه (لا يعتبر الموظف حسن النية إذا كانت الأمور التي ارتكبها خلافاً للقوانين)⁽⁴⁾، ومثال على ذلك عندما يخول المحقق صلاحية حبس المتهم فيجب أن يكون ذلك لغرض مشروع، والمتمثل بتفادي هروبه أو لأجل عدم ضياع الأدلة⁽⁵⁾، وكذلك عندما يخول القانون أفراد الشرطة أو أي عضو من أعضاء الضبط القضائي سلطة القبض على المتهم فلا بد أن يكون ذلك لغرض من الأغراض المنصوص عليها في (م¹⁰³) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (23) لسنة 1971 والتي تنص (على كل فرد من أفراد الشرطة أو عضو من أعضاء الضبط القضائي أن يقبض على أي من الأشخاص الآتي بيانهم 1- كل شخص صدر أمر القبض عليه من سلطة مختصة. 2- كل من كان حاملاً سلاحاً ظاهراً أو مخبأً، خلافاً لأحكام القانون. 3 كل شخص ظن لأسباب معقولة أنه ارتكب جريمة أو جنحة عمدية ولم يكن له محل إقامة معن. 4 كل من تعرض لأحد أعضاء الضبط القضائي أو أي مكلف بخدمة عامة في أداء واجبه) ويبدو أن الموظف أو المكلف بخدمة عامة في هذه الصورة يتحمل المسؤولية عند التنفيذ بصورة شخصية لأن مشروعية العمل لا تتوقف على استيفاء الشروط الشكلية فقط وإنما لابد من تحقق حسن النية عند تنفيذ العمل استناداً إلى أمر القانون⁽⁶⁾.

ثانياً: تنفيذ أمر القانون من قبل الأفراد:

- (1) ينظر المواد: (111) (112) قانون الإجراءات الجنائية السوداني، (44) (46) قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري، (10) قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، (11) (14) (19) قانون إجراءات الجنائية الليبي، (21) (24) (29) قانون إجراءات الجنائية المصري.
- (2) راسم مسير جاسم: أداء الواجب في القانون العراقي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد، 1983، ص 49.
- (3) د. مازن ليلو راضي: الطاعة وحدودها في الوظيفة العامة، المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بدون سنة طبع، ص 116.
- (4) قرار رقم 63/78 بتاريخ 1963/7/9، مجلة ديوان التدوين القانوني، تصدرها وزارة العدل العراقية، العدد (3)، 1963، ص 131.
- (5) ينظر المواد: (112) (113) قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، (134) قانون الإجراءات الجنائية المصري، (115) قانون الإجراءات الجنائية الليبي، (102) قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري، (54) قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني.
- (6) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص 116.

قد يلزم القانون في بعض الأحيان الأفراد العاديين القيام بأعمال معينة وعليه تكون هذه الأعمال وما ينتج عنها من آثار مباحة وذلك يعود لأسباب عديدة منها أن أجهزة الدولة بما تتضمنه من موظفين أو مكلفين بخدمة عامة قد تكون في بعض الأوقات غير قادرة على تلبية كافة الاحتياجات العامة، أو قد يكون الهدف من هذا التكليف هو الحفاظ على مصالح المجتمع لتجنب بعض الأضرار التي قد تصيب مصلحة اجتماعية يحميها القانون⁽¹⁾ لذلك نص ق.ع.ع في (م³⁷⁰) على هذا النوع من التكليف اتجاه الأفراد العاديين والتي جاء فيها (1- يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تزيد عن خمسين ديناراً أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من امتنع أو توانى بدون عذر في تقديم معونة طلبها موظف أو مكلف بخدمة عامة مختص عند حصول حريق أو غرق أو كارثة أخرى، 2- ويعاقب بالعقوبة ذاتها من امتنع أو توانى بدون عذر عن إغاثة ملهوف في كارثة أو مجني عليه في جريمة)⁽²⁾ ويستنتج من تحليل النص السابق أمرين:

1- إن تنفيذ أمر القانون لا يقتصر على الموظف أو المكلف بخدمة عامة فقط وإنما يشمل أيضاً الأفراد ويتمثل ذلك بتقديم العون أو الإغاثة إلى الملهوف بسبب كارثة قد أصابت حياته أو ماله أو كان تحت خطر جريمة ما ومثال الحالة الأولى دخول احد الأفراد لمنزل مسكون بدون رخصة من صاحبه فهذا العمل يعد في الأصل غير جائز قانوناً لكنه يصبح مباحاً إذا كان الشخص قد سمع صوتاً يطلب الإغاثة من داخل المنزل فدخل المنزل لتقديم العون أو المساعدة⁽³⁾، هذا وقد جرم المشرع العراقي مسألة انتهاك حرمة ملك الغير في أحكام عديدة نذكر منها (إذا دخل المتهم غرفة المشتكية ليلاً عن طريق التسلق وقُبض عليه على أثر استنجد المشتكية دون أن يتضح الغرض الذي دخل الدار من أجله فيكون قد ارتكب جريمة انتهاك حرمة ملك الغير)⁽⁴⁾، أما الحالة الثانية فمثالها تعرض شخص لا اعتداء من قبل شخص آخر وكان الجاني يحمل سكيناً قام بوضعها على رقبة المجني عليه لقتله فسمع أحد المارة صوت استغاثة فبادر لنجده وحدث بعد ذلك اشتباك بينه وبين الجاني مما أدى إلى إصابة الجاني بجراح بالغة من السكين التي كان يحملها فهنا يكون عمل المغيث مباح وبأمر القانون استناداً لما جاء في (م³⁷⁰) ق.ع.ع. شرط أن لا يكون هنالك خطأ من جانب المغيث⁽⁵⁾، هذا ومن مميزات إباحة عمل الأفراد أنها إباحة ذات طبيعة موضوعية حيث تسري على جميع المساهمين وإن كانوا يجهلون وجودها⁽⁶⁾.

2- في حالة امتناع الفرد عن تقديم العون أو الإغاثة إلى الملهوف من كارثة أو من خطر جريمة فإنه ربما يتعرض إلى المساءلة القانونية إلا في حالة وجود عذر منعه من ذلك عملاً بما جاء في (م^{2/1370}) ق.ع.ع.

مما تقدم ذكره يتبين أن هنالك شروطاً لا بد من توافرها لدى مقدم الإغاثة وهي:

- 1- أن يكون المغيث حسن النية.
- 2- عدم ارتكاب المغيث الذي قدم المساعدة تنفيذاً لأمر القانون أي أخطاء تجعله بعيداً عن هدفه.
- 3- أن لا يكون حجم الإغاثة المقدمة اكبر بكثير من حجم الواقعة أو الكارثة التي أحاطت ببالها.

وإذا كان ق.ع.ع قد فرض على الأفراد العاديين القيام بأعمال معينة في ظل ظروف معينة فإنه قد منحهم في ذات الوقت سلطة الموظف أو المكلف بخدمة عامة، وهذا ما تضمنته (م¹⁰²) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم 23 لسنة 1971 والتي تنص:

- (1) د.سامي النصر اوي: المبادئ العامة في قانون العقوبات، مصدر سابق، ص141
- (2) ينظر: قانون تعديل مبالغ الغرامات، ص59 من الرسالة.
- (3) ينظر من قانون العقوبات المواد: (428) العراقي، (386) المصري، (231) السوداني.
- (4) قرار رقم 60 تمييزية/78 بتاريخ 13-3-1978، مجموعة الأحكام العدلية، يصدرها قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل العراقية، العدد الأول، السنة 1979، ص178.
- (5) راسم مسير جاسم: أداء الواجب في القانون العراقي، مصدر سابق، ص56.
- (6) د. رؤوف عبيد: مبادئ القسم العام، مصدر سابق، ص412.

أ- لكل شخص ولو بغير أمر من السلطات المختصة أن يقبض على أي متهم بجناية أو جنحة في إحدى الحالات الآتية:

- 1- إذا كانت الجريمة مشهودة.
 - 2- إذا كان قد فرّ بعد القبض عليه قانوناً.
 - 3- إذا كان قد حكم عليه غيابياً بعقوبة مقيدة للحرية.
- ب- لكل شخص ولو بغير أمر من السلطات المختصة أن يقبض على كل من وجد في محل عام في حالة سكر بين واختلال وأحدث شغباً أو كان فاقداً صوابه⁽¹⁾.

الفرع الثاني

تنفيذ أمر الرئيس

إن موضوع تنفيذ أمر الرئيس يقودنا بالضرورة الى تعريف الأمر وبيان مفهومه فقد عرف بأنه (كل تعبير يتضمن أداء عمل أو الامتناع عن عمل أو تحذيراً للتحوط من وقوع حدث، ويصدر من رئيس مختص بإصداره إلى مرؤوس مختص بتنفيذه تربطهما علاقة وظيفية عامة)⁽²⁾، ولأمر الرئيس أشكال مختلفة نذكر منها، القرارات الوزارية، المنشورات، التعليمات، هذا وإن أمر الرئيس الصالح للتنفيذ يجب أن تتحقق فيه شروط معينة يقتضيها القانون ويجب على المتلقي أن يتحقق من وجودها ليكون تنفيذه لأمر الرئيس مشروعاً وبالتالي تحقيق مبدأ سيادة القانون الذي يعد أهم عناصر الدولة الحديثة:

وبذلك فإنّ شروط الأمر الصادر من الرئيس هي:

- 1- أن يكون الأمر صادراً من رئيس مختص بإصداره موجهاً إلى من يختص بتنفيذه سواء كان مكلفاً بخدمة عامة أو من أحاد الناس.
- 2- أن يكون الأمر واضحاً.
- 3- أن لا يكون الأمر تعسفياً.
- 4- أن لا يشكل الأمر جريمة⁽³⁾.

واستناداً لذلك سوف أتناول في هذا الفرع تنفيذ أمر الرئيس من قبل المرؤوس وتنفيذ أمر الرئيس من قبل أحاد الناس وكالاتي:

أولاً: تنفيذ أمر الرئيس من قبل المرؤوس:

يلزم القانون المرؤوس بإطاعة رئيسه لتعلق ذلك مباشرة بسير العمل بانتظام في المرافق العامة وبذلك فإنّ الطاعة واجب قانوني يقع على عاتق المرؤوس عندما يؤدي عمله الوظيفي⁽⁴⁾،

وهذه الطاعة تجد أساسها أولاً في القرآن الكريم قال تعالى في كتابه العزيز ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا

اللّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللّهِ وَالْيَوْمِ

الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾⁽⁵⁾، وثانياً في علاقة التدرج الهرمي التي مناطها السلم الإداري والذي

ينشأ على أساس خضوع كل طبقة لما يعلوها من طبقات، وهذا التدرج لا يقوم إلا بوجود طرفين

(1) ينظر المواد: (32) قانون الإجراءات الجنائية السوداني، (27) قانون الإجراءات الجنائية الليبي، (37) قانون الإجراءات الجنائية المصري.

(2) د. حكمت موسى سلمان: طاعة الأوامر وأثرها في المسؤولية الجزائية، المكتبة الوطنية، ط1، بغداد، 1987، ص26.

(3) د. مازن ليلو راضي: الطاعة وحدودها في الوظيفة العامة، مصدر سابق، ص75.

(4) د. علي حسين الخلف: د. سلطان عبد القادر الشاوي: المبادئ العامة في قانون العقوبات، مصدر سابق، ص254.

(5) سورة النساء: آية (59).

الأول يصدره والثاني يمثل للتنفيذ كمسؤول السجن الذي يقوم بتنفيذ أمر الرئيس الصحيح الصادر من الجهة المختصة أما إذا كان المرؤوس يجهل وبحسن نية مدى مشروعية الأمر الذي قام بتنفيذه فإن عمله يكون مباحاً لأن أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية تنتج أثرها بمجرد توافر شروطها ولكن إذا ما ثبت عكس ذلك أي أن المرؤوس كان سيء النية في التنفيذ فسوف يتعرض للمساءلة القانونية كما لو فتش مأمور عضو الضبط القضائي دار أحد الأشخاص وهو يجهل صدور أمر التفتيش من النيابة العامة⁽¹⁾.

إذن لكي يصبح أمر الرئيس المنفذ من قبل المرؤوس مشروعاً فإنه يستلزم تحقق ما يأتي:

1- استيفاء الأمر شروطه الشكلية والتي تتعلق بصدوره من الجهة المختصة وان يوجه إلى المرؤوس المختص بتنفيذه وذلك ضمن إطار العمل الرسمي.

2- أن يكون الأمر الصادر من الرئيس إلى المرؤوس مستهدفاً تحقيق المصلحة العامة أما إذا كان بعكس ذلك أي أن هدفه تحقيق مصلحة شخصية أو سياسية أصبح مخالفاً للقانون وعندئذ يحاسب كل من مصدره ومنفذه.

3- يؤدي المرؤوس دوراً مهماً في عمله بين مصدر الأمر من جهة وبين من ينفذ الأمر لأجلهم من جهة أخرى لذا يجب أن يؤدي واجبه بحسن نية وبروح نبيلة لأجل تحقيق المنفعة العامة من خلال ترك النوايا السيئة في التنفيذ والتي قد تؤدي إلى تآزيم العلاقة بين السلطة وعموم الناس⁽²⁾، والالتزام بالقواعد القانونية أولاً عند التنفيذ وإلا أصبح العمل مخالفاً للقانون، وهذا ما أكدته القضاء العراقي في قضية تتلخص وقائعها بإدعاء (ع.ك) لدى محكمة بداءة الموصل بأن رئيس بلدية الموصل فضلاً عن وظيفته قد ابلغه بالكتاب المرقم 6800 والمؤرخ 1-10-1956 بالتوقف عن إتمام بناء داره المنشأة على القطعة المرقمة 4/121 مقاطعة الدندان الغربية على الرغم من انه سبق وان استحصل على الموافقة بالبناء استناداً إلى الإجازة رقم 45/3365 المؤرخة 1956/2/5 ومع ذلك فإن البلدية منعت من الاستمرار بالعمل استناداً إلى كتاب رئيس البلدية الأمر الذي أدى إلى إلحاق الضرر به واستناداً لهذا طلب جلب المدعي عليه للمرافعة وإلزامه بتعويضه عن الضرر الذي لحقه والبالغ ثلاثمائة دينار وتحمله جميع المصاريف، ولدى التدقيق والمداولة تبين للمحكمة أن البلدية بعد أن أعطت إجازة البناء ليس لها الحق في منع الإنشاء إلا إذا نص القانون على ذلك، وان إطاعة أوامر الرؤساء وان كانت واجبة إلا أنها لا تخل بالضمان وكذلك يجب أن لا تتعارض مع القانون⁽³⁾.

ثانياً: تنفيذ أمر الرئيس من قبل الأفراد:

إن الكثير من الأفعال التي يقوم بها الأفراد العاديون بناء على طلب من موظف أو مكلف بخدمة عامة لا تقل شأناً من حيث مشروعيتها عن الأفعال الواقعة تنفيذاً لأمر القانون، فكلهما مشروع وما يترتب عليه يكون مباحاً بنص القانون وهذا ما أكدته اغلب القوانين العربية والأجنبية ومنها ق.ع.ق. في (م^{1/370}) (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تزيد على خمسين ديناراً أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من امتنع أو توانى بدون عذر في تقديم معونة طلبها موظف أو مكلف بخدمة عامة مختص عند حصول حريق أو غرق أو كارثة أخرى)⁽⁴⁾، وبذلك فإن القانون يلزم الأفراد بتقديم العون أو المساعدة إلى السلطة العامة عند طلبها وبخلاف ذلك يتعرض الممتنع إلى عقوبات قد تصيب حريته أو ماله كما لو طلب أحد أفراد

(1) د.محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص246.

(2) د.علي عبد القادر القهوجي: شرح قانون العقوبات-القسم العام، مصدر سابق، ص293.

(3) قرار رقم 2627/بتاريخ 1957/3/6: ينظر مجلة ديوان التدوين القانوني، وزارة العدل العراقية، العدد الثاني، 1962، ص160.

(4) ينظر قانون العقوبات المواد: (242)العراقي، (162)السوداني، (769)اللبناني، (3/63)الفرنسي.

الشرطة المعونة من شخص لأجل القبض على مجرم أو متهم حاول الهرب⁽¹⁾، واستناداً إلى ما تقدم فإن مشروعية عمل الفرد تتوقف على توافر شروط معينة وهي:

1- أن يكون عمل الفرد قد تم بناءً على طلب من المكلف بخدمة عامة وبخلاف ذلك فإنه يسأل جزائياً عن عمله.

2- حسن النية في تقديم المعونة من خلال عدم تجاوز القدر اللازم لها.

3- امتناع الفرد عن تقديم المعونة يجب أن يكون مبرراً بعذر وإلا وجبت عليه العقوبة المنصوص عليها في (م^{1/370}) من ق.ع.ع. وتقدير العذر مسألة تستقل بها محكمة الموضوع. مما تقدم ذكره أرى أن المشرع العراقي لم يكن موفقاً في صياغة نص (م^{1/370}) من ق.ع.ع. لأنه حدد طلب المعونة من الأفراد بثلاث حالات هي (الحريق، الغرق، كارثة) وكان من الأفضل عدم تحديد حالات طلب المساعدة، لذا اقترح إعادة صياغة النص السابق كالآتي: (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تزيد عن خمسين ديناراً أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من امتنع أو توانى بدون عذر في تقديم معونة طلبها موظف أو مكلف بخدمة عامة مختص).

المطلب الثاني

حسن النية في العمل غير المشروع

يشترط في الأعمال التي تنفذ من قبل المكلف بخدمة عامة أمران الأول أن تتحقق صفة الموظف أو المكلف بخدمة عامة عند ممارسة هذه الأعمال والثاني أن تكون هذه الأعمال داخلة ضمن اختصاصه وعلى الرغم من ذلك فقد يؤدي الموظف أو المكلف بخدمة عامة أعمالاً غير مشروعة معتقداً بمشروعيتها والحقيقة غير ذلك، ومع هذا فإن القانون لا يضعه تحت طائلة المسؤولية القانونية إذا كان حسن النية⁽²⁾، ومادام الموظفون أو المكلفون بخدمة عامة يمارسون أعمالهم الوظيفية اليومية فإن مشكلة ارتكابهم أعمالاً غير مشروعة ستبقى قائمة وبالنتيجة وقوع ما يعرف بالجرائم الوظيفية⁽³⁾.

وسوف أقسم هذا المطلب إلى فرعين أتناول في الفرع الأول اعتقاد الموظف أو المكلف بخدمة عامة إن تنفيذ أمر القانون من اختصاصه والفرع الثاني لتنفيذ الموظف أو المكلف بخدمة عامة أمر الرئيس معتقداً أن طاعته واجبة عليه.

(1) نصت (م¹⁰⁴) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم 23 لسنة 1971 (على كل شخص أن يعاون السلطات المختصة في القبض على من يجيز القانون القبض عليه متى طلب منه بذل هذه المعونة وكان قادر عليها).

(2) د. عبد العزيز عامر: شرح الأحكام العامة للجريمة، منشورات جامعة قان يونس، ليبيا، بدون سنة طبع، ص 198.

(3) ينظر من ق.ع.ع.: (جرائم الرشوة، جرائم الاختلاس، جرائم تجاوز الموظفين حدود وظائفهم).

الفرع الأول

اعتقاد الموظف أو المكلف بخدمة عامة اختصاصه بتنفيذ أمر القانون

إن القاعدة العامة في القانون تقضي أن الأعمال التي يقوم بها الموظف أو المكلف بخدمة عامة خارج نطاق اختصاصه هي أعمال غير مشروعة لأن القانون لا يسمح بذلك حيث يحظر على الموظف أو المكلف بخدمة عامة تخطي الحدود المرسومة له، ومع ذلك ولكي لا تدفع خشية المسؤولية الموظف أو المكلف بخدمة عامة إلى التردد في انجاز واجبه ولتوفير اكبر قدر من الطمأنينة له اعتبر القانون هذه الأعمال مباحة ولا تشكل جريمة شرط أن تكون هنالك صلة واضحة بين الأعمال التي هي من اختصاصه والأعمال التي تخطاها نتيجة عدم الدقة والانتباه⁽¹⁾، وهذا ما أشارت إليه (م⁴⁰) من ق.ع.ع (لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أو شخص مكلف بخدمة عامة في الحالات الآتية أولاً: إذا قام بسلامة نية بفعل تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو اعتقد أن إجرأه من اختصاصه)⁽²⁾ ومثال على ذلك قاضي التحقيق الذي يصدر قراراً بتوقيف شخص عن جريمة لا يعاقب عليها القانون بالحبس لكنه يعتقد أن القانون يجيز له ذلك، أو الموظف الذي يلقي القبض على شخص معتقداً أن ذلك من اختصاصه⁽³⁾، أما إذا كان العمل الذي قام به الموظف أو المكلف بخدمة عامة من نوع مختلف عن اختصاصه فلا يمكن الاستفادة من الإباحة المنصوص عليها في (م⁴⁰) من ق.ع.ع لأن أسباب الإباحة وإن كانت ذات طبيعة موضوعية إلا أنها لا تقوم على الغلط الذي ينعدم من كل قيمة موضوعية كما لو قام مأمور الضبط بإصدار أمر لهدم بناء معين أو قيام موظف إداري بإصدار أمر بحبس شخص احتياطياً ففي هذه الصور لا يكون الموظف قد تجاوز حدود وظيفته وإنما قام باستبدال اختصاصه باختصاص آخر مختلف وبذلك يعد مغتصباً للسلطة⁽⁴⁾، ولكي يعفى الموظف أو المكلف بخدمة عامة من المسؤولية الجزائية فإنه لا بد من تحقق الشروط الواردة في (م⁴⁰) من ق.ع.ع.وهي: (.....) إذا قام بسلامة نية بفعل تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو اعتقد أن إجرأه من اختصاصه... ويجب في الحالتين أن يثبت إن اعتقاد الفاعل بمشروعية الفعل كان مبنياً على أسباب معقولة وأنه لم يرتكبه إلا بعد اتخاذ الحيلة المناسبة...)⁽⁵⁾، ومن النص المتقدم نستخلص الشروط الآتية:

1- حسن النية: يراد بسلامة النية إتيان العمل من دون قصد سيء أي مع نبل الدافع سواء كان مصحوباً بخطأ أو إهمال بحيث يعتقد الموظف أو المكلف بخدمة عامة خطأ بمشروعية عمله المنفذ نتيجة اعتقاده بأن العمل داخل ضمن اختصاصه وأنه استوفى شروطه القانونية⁽⁶⁾، وبالتالي فإن هذا الاعتقاد بمشروعية العمل يحقق وجود حسن النية لدى الموظف أو المكلف بخدمة عامة والذي كان جاهلاً بما ينطوي عليه عمله من مخالفة للقانون، والمعيار في اعتداد القانون بهذا الجهل يجب أن يبلغ الحد الذي ينفي معه القصد الجرمي، والجهل أما أن يتضمن الغلط في الوقائع كحالة قبض أحد أفراد الشرطة على الشخص غير المطلوب نتيجة التشابه بالاسم، أو الجهل بالقواعد القانونية التي لا تنتمي إلى قانون العقوبات كما لو اعتقد الموظف أو المكلف بخدمة عامة، إن القانون الإداري أو المدني يخول الدولة ملكية شيء عائد لأحد الأفراد فاستولى عليه، ففي كلتا الحالتين السابقتين يكون الموظف أو المكلف بخدمة عامة حسن النية⁽⁷⁾، لكن إذا كان جهله قد تعلق بقاعدة قانونية تنتمي إلى قانون العقوبات فإنه يكون سيء النية ويتحمل المسؤولية الجزائية المترتبة على فعله كما لو عذب المحقق أحد المتهمين لأجل حمله على الاعتراف معتقداً أن القانون يسمح له بذلك، وأخيراً لا بد من التمييز بين حسن النية في حالة العمل غير القانوني وبين حسن النية في حالة العمل القانوني لأن الحالة

- (1) د. السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة في قانون العقوبات، مصدر سابق، ص 203.
- (2) ينظر قانون العقوبات المواد: (44) السوداني، (69) الليبي، (184) السوري، (185) اللبناني، (57) الإيراني، (3/122) الفرنسي.
- (3) د. عدنان الخطيب: محاضرات عن النظرية العامة للجريمة، مطبعة النهضة، مصر، 1957، ص 134.
- د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات اللبناني، مصدر سابق، ص 225.
- (4) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص 248.
- (5) ينظر قانون العقوبات المصري (م^{2/63}) (إذا حسنت نيته وارتكب فعلاً تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجرأه من اختصاصه).
- (6) د. محمد محي الدين عوض: قانون العقوبات القسم العام، المطبعة العالمية، بيروت، 1970، ص 38.
- (7) د. عوض محمد: قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص 124.

الأولى تتحقق نتيجة الاعتقاد بمشروعية العمل بينما الحالة الثانية تتحقق متى كان هدف الموظف أو المكلف بخدمة عامة تحقيق الغاية العامة التي أرادها المشرع من نشاطه الوظيفي⁽¹⁾.

2- أن يكون اعتقاد الموظف أو المكلف مبنياً على أسباب معقولة:
لكي يكون الموظف أو المكلف حسن النية فإنه لا يكفي الاعتقاد بمشروعية الفعل الذي قام به وإنما يجب أن يكون هذا الاعتقاد مبنياً على أسباب معقولة من حيث مبرراته الموضوعية وكيانه الواقعي الذي يكون أساساً منطقياً لتكوين هذا الاعتقاد لدى حتى الرجل العادي أو المتوسط الذكاء إذا وجد في ذات الظروف، هذا ويستطيع القاضي إدراك حسن أو سوء نية الموظف أو المكلف من خلال وضع الرجل العادي أو المتوسط الذكاء في ذات الظروف التي أحاطت بذلك الموظف أو المكلف الذي قام بعمله معتقداً مشروعته فإذا كانت النتيجة مماثلة لتصرف الموظف أو المكلف بخدمة عامة فذلك دليل على حسن نيته، أما إذا كانت النتيجة مغايرة لذلك فهذا دليل قاطع على تصرف الموظف أو المكلف بخدمة عامة بطيش واستهانة بحقوق الآخرين، وبالتالي تحمله المسؤولية الجزائية الناتجة عن عمله⁽²⁾.

3- قيام الموظف أو المكلف بخدمة عامة بالتثبت واتخاذ الحيطة:
ونعني بهذا الشرط أن يقوم الموظف أو المكلف بخدمة عامة ببذل مجهود معقول قبل إقدامه على الفعل بحيث يكون هذا الجهد هو السبب وراء اعتقاده بمشروعية عمله، أما عن المعيار المعتمد لقياس مدى توافر شرط التثبت والتحري فإنه معيار موضوعي أي معيار الرجل العادي إذا وُجد في نفس ظروف الموظف أو المكلف من حيث درجة ثقافته ومقدار خبرته وظرف المكان والزمان فضلاً عن الحالة الصحية والنفسية التي كان عليها قبل حدوث الفعل، وبذلك إذا تحقق وجود شرط التثبت والتحري فضلاً عن الشروط السابق ذكرها في حالة الفعل غير المشروع من قبل الموظف أو المكلف فإنه ينفي عنه الجريمة لتخلف الركن المعنوي، فحسن النية نفى وجود القصد الجرمي وشرط التثبت والتحري نفى وجود الخطأ غير المقصود، أما إذا ثبت أن الموظف أو المكلف حسن النية فقط، وأنه لم يبذل الجهد الكافي من التثبت والتحري فإنه يسأل عن جريمة غير مقصودة بسبب إهماله وعدم تحرزه⁽³⁾.

وأرى بعد إيضاح هذه الصورة إن الفقرة الأولى من (م⁴⁰) من ق.ع.ع. والتي تنص (لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أو شخص مكلف بخدمة عامة... أولاً: إذا قام بسلامة نية بفعل تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو اعتقد أن إجراءه من اختصاصه) يعييبها عدم الدقة في الصياغة وذلك للأسباب الآتية:

أولاً: احتوى النص السابق على كلمة ((شخص)) واعتقد أن هذه الكلمة زائدة لأن النص لا يتغير معناه إذا ما حذفت منه لذا اقترح على المشرع حذفها.

ثانياً: استعمل المشرع عبارة ((بسلامة نية)) في غير معناها اللغوي الفصيح، فالسلامة طبقاً لما أوردته معاجم اللغة تعني العافية من جميع الآفات والبراءة من العيوب والأمان⁽⁴⁾، لذا من الأفضل والأدق لغوياً استعمال عبارة ((حسن النية)) لأن الحسن ضد سوء ومن الناحية اللغوية يعني ضد القبح.

ثالثاً: إن صياغة الفقرة الأولى من النص جمعت بين أسباب الإباحة التي تنفي الجريمة عن الفعل في عبارة (تنفيذاً لما أمرت به القوانين) وبين الفعل الذي لا يزيل الوصف الجرمي لأنه قد ينفي الركن المعنوي وقد لا ينفيه في عبارة (أو اعتقد أن إجراءه من اختصاصه) وكان من الأفضل الفصل بينهما كما هو الحال في ق.ع.ع. الفصل الثالث والرابع⁽⁵⁾.

(1) د. علي عبد القادر القهوجي: شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص 30.

(2) د. محمد سامي النيراوي: شرح الأحكام العامة، مصدر سابق، ص 364.

(3) د. علي عبد القادر القهوجي: شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص 302.

(4) جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور: معجم لسان العرب، ج 6، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة طبع، ص 342.

(5) تضمن الباب الثالث من ق.ع.ع. في الفصل الثالث (أركان الجريمة) وهي كل من الركن المادي والركن المعنوي المواد (28-38)، أما الفصل الرابع فاحتوى (أسباب الإباحة) وهي إداء الواجب، استعمال الحق، حق الدفاع الشرعي المواد (39-46) من قانون العقوبات العراقي.

واستناداً لما تقدم اقترح على المشرع إعادة صياغة النص السابق بالشكل الآتي:

(لا جريمة اذا وقع الفعل من موظف أو مكلف بخدمة عامة أولاً:

1- إذا قام بحسن نية بفعل تنفيذا لما أمرت به القوانين.

2- إذا اعتقد بحسن نية أن إجراءه من اختصاصه.

الفرع الثاني

تنفيذ الموظف أو المكلف بخدمة عامة أمر الرئيس معتقداً أن طاعته واجبة

إن القواعد العامة لا تسمح بإطاعة الأوامر غير المشروعة شرعاً أو قانوناً وهذا الأمر قد

أكدته الشريعة الإسلامية قبل القوانين الوضعية، قال تعالى في كتابه العزيز: ﴿وَلَنْ جَاهِدَكَ عَلَىٰ أَنْ

تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبُهُمَا فِي الدِّينِ مَعْرُوفٌ وَاتَّبِعْ سَبِيلَ مَنْ أَنَابَ إِلَيَّ ثُمَّ إِلَيَّ مَرْجِعُكُمْ

فَأُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ⁽¹⁾.

ومع ذلك فليس جميع الأوامر التي تصدر من الرؤساء غير المختصين بإصدارها هي أوامر غير مشروعة بل قد تتحقق صفة المشروعية فيها إذا كان الأمر الصادر مطابقاً للقانون ولم يشترط المشرع فيه ضمانات خاصة كصدوره من جهة معينة أو من موظف معين وبذلك يكون الأمر مشروعاً استناداً إلى القواعد العامة وهذا ما طبقه القضاء العراقي في أحكامه (لا يعتبر فعل المتهم جريمة إذا قام بحسن نية وبأمر الرئيس بكشط أرض الشارع العام فادى ذلك إلى قطع الأسلاك الأرضية)⁽²⁾، وبمعنى آخر إن ما يهيم القانون هو حالة صدور الأمر من الرئيس المختص ويوجه إلى المرؤوس ولكن هذا الأمر غير مطابق للقانون فهنا المرؤوس غير ملزم بتنفيذه أو طاعته ويحسم هذا التعارض الحاصل بينهما من خلال تغليب أمر القانون على أمر الرئيس، ومع هذا فقد يكون عيب الأمر الصادر خافياً على المرؤوس لدرجة اعتقاده إن طاعته واجبة عليه كما لو قبض الموظف أو المكلف وبحسن نية على شخص بمقتضى أمر باطل من حيث الشكل⁽³⁾، فهنا رأى المشرع ضرورة إعفاء الموظف أو المكلف الحسنة النية من المسؤولية الجزائية لأجل توفير الطمأنينة له عند ممارسة العمل الوظيفي لكن هذا يتوقف على توفر شروط معينة سبقت الإشارة إليها⁽⁴⁾.

(1) سورة لقمان: آية (15) .

(2) قرار رقم 1257/تميزية/بتاريخ 10-12-1974. مجموعة الأحكام العدلية، يصدرها قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل العراقية، العدد الرابع، 1974، ص 207. د. محمود نجيب حسني: شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، مصدر سابق، ص 249.

(3) د. عوض محمد: قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص 124.

(4) ينظر ص 76 وما بعدها.

المبحث الثاني

حسن النية في صور استعمال الحق

في المجتمعات الحديثة لا يوجد شخص ليس له حقوق فالمواطنون من حيث الحقوق سواسية من دون أي تمييز بسبب الجنس أو العرق أو اللغة أو المنشأ الاجتماعي أو الدين.... الخ لذا فإن القانون عندما يمنح الحق لشخص ما فإنه يمنحه في ذات الوقت السلطات الكافية المشروعة للقيام به لأنه ليس من المعقول أن يقر القانون حقوقاً ثم يمنع من استعمالها وإلا أصبحت قواعد القانون متناقضة وتجرد الحق من كل قيمة، لذلك فإن مفهوم حسن النية يعني التزام الشخص بحدوده الشخصية إلى جانب حدوده الموضوعية عند استعماله الحق كسلطة الأب في التأديب وبعكس ذلك يصبح الشخص متعسفا في استعمال حقه وعلى أثر هذا تترتب عليه المساءلة القانونية⁽¹⁾. واستناداً إلى ما تقدم سأوضح موضع حسن النية في استعمال الحق وذلك في ثلاثة مطالب، اخصص المطلب الأول لدراسة حسن النية في استعمال حق التأديب والمطلب الثاني لدراسة حسن النية في استعمال حق مباشرة عمليات الجراحة والعلاج أما المطلب الثالث فسأكرسه لدراسة حسن النية في حق استعمال العنف.

المطلب الأول

حسن النية في استعمال حق التأديب

الأسرة كيان إنساني عرف نظام الحقوق منذ القدم وهذه الحقوق تثبت للشخص لمجرد كونه عضواً في عائلة، ولهذه الحقوق أهميتها لأنها تعمل على تنظيم العلاقات التي تسود بين أفراد الأسرة كونها الخلية الأولى والأساسية في تكوين المجتمع، ولهذا رأى المشرع أن مصلحة الأسرة وبالتالي مصلحة المجتمع تقتضي أن يكون لبعض أفرادها سلطة على البعض الآخر من خلال منحهم الحق في إيقاع الجزاء على من يخرج عنها على أن هذا الحق لم يمنح لأي فرد من أفراد العائلة وإنما منح لشخص معين كالزوج والأب لتحقيق غاية أسمى تتمثل في دعم كيان الأسرة وبالتالي دعم كيان المجتمع بأكمله⁽²⁾، ومن هنا يتعين على صاحب الحق استعماله بحسن نية وهذا ما هو مفترض في الغالب وعلى من يدعي بسوء النية إثبات ما يدعيه ومع ذلك فإن للقاضي سلطة استنتاج سوء النية عند استعمال الحق من قبل صاحبه وذلك إذا لم يكن هذا الاستعمال يعود بفائدة لمن صدر عنه⁽³⁾. هذا وقد تباينت مواقف التشريعات العربية من حيث الإشارة إلى هذا الحق في اتجاهين الأول أشار إليه بصورة صريحة كما هو الحال في قانون العقوبات العراقي (م^{1/41}) والسوري (م¹⁸⁵)، اللبناني (م¹⁸⁶)، المصري (م⁶⁰)، أما الاتجاه الثاني فإنه لم يتضمن نصاً صريحاً وواضحاً بشأن هذا الحق كقانون العقوبات، الليبي (م⁶⁹)، أما قوانين العقوبات الأجنبية فإن غالبيتها لم يشر إلى هذا الحق كالقانون الفرنسي والصيني ومع ذلك فهناك من القوانين من أشار إليه كقانون العقوبات الإيراني في (م^{1/59})، وتوضيحاً لما تقدم ارتأيت تقسيم هذا المطلب إلى فرعين اخصص الأول لدراسة مفهوم حق تأديب الزوجة والثاني لدراسة مفهوم حق تأديب الأولاد القصر وكالاتي:

الفرع الأول

مفهوم حق تأديب الزوجة

للإحاطة بموضوع حق تأديب الزوجة سأتناول في هذا الفرع تعريفه وشروطه ووسائله وكالاتي:

أولاً: تعريف حق تأديب الزوجة:

- (1) د. فخري عبد الرزاق الحديثي: شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص 325.
- (2) د. أحمد عبيد الكبيسي: الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، المكتبة القانونية، بغداد، 2007، ص 175.
- (3) د. مصطفى العوجي: القانون المدني، ج 2، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 2، بيروت، 2004، ص 179.

التأديب لغة: مصدر أدبه تأديباً أي علمه الأدب وعاقبه على إساءته⁽¹⁾، أما اصطلاحاً فيقصد بالتأديب الضرب والوعيد والتعنيف وهو في إطار العلاقة الزوجية يمثل حق الزوج في تأديب زوجته الناشز⁽²⁾، من خلال وسائل تأديب محددة ومعروفة لأجل تهذيبها وإصلاحها لذلك اقتضت حكمة الله سبحانه وتعالى أن تكون القوامة للرجال على النساء، قال تعالى في كتابه العزيز: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾⁽³⁾.

وذلك من دون الاستهانة بحقوقهن كما كان عليه الحال في المجتمعات الجاهلية قال تعالى في كتابه العزيز: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَمَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئاً وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَبيراً كَثِيراً﴾⁽⁴⁾، ولا شك أن العشرة بالمعروف تشمل أوجهاً عديدة منها الإنفاق عليهن وكسوتهن، التأديب في معاملتهن، الدعاء لهن، وتأديبهن.... الخ⁽⁵⁾، عن عائشة (رضي الله عنها) قالت: (ما ضرب رسول الله خادماً له ولا امرأة ولا ضرب بيده شيئاً إلا في سبيل الله)⁽⁶⁾، وعلى هذا الأساس منح المشرع الزوج الحق في تأديب زوجته وليس في هذا الأمر أي استهانة أو تحقير للزوجة لأن الأسرة شأنها شأن أي كيان لا بد له من نظام معين لتأديب من يشذ عنه أو يخالفه حفاظاً على استمرار العلاقة الأسرية وعدم الخضوع والاستسلام لأي نوع من المشاكل التي قد تصدع هذا الترابط الأسري⁽⁷⁾ وقد منح الزوج هذا الحق دون غيره لأسباب عديدة منها الحفاظ على حرمة البيت وكرامة الأسرة فضلاً عن ذلك فإن الزوج هو الأعم بالوسيلة المناسبة للتأديب والتي تحقق الثمرة المرجوة منها، كما أن العرف الجاري في المجتمع ينتقص من قيمة الشخص الذي يعاقبه القضاء ولا ينتقص من قيمة الشخص الذي يعاقبه الأب والمعلم، وإذا كان الشرع والقانون قد منح الزوج هذا الحق فإنه قيده في ذات الوقت بشروط لكي لا يتعسف الزوج في استخدام هذا الحق.

ثانياً: شروط تأديب الزوجة:

لم يجعل المشرع هذا الحق مطلقاً وإنما أورد عليه قيوداً لكي يضمن استعماله بما يحقق مصلحة الأسرة والمجتمع ويمكن إجمال أهمها بالآتي:

1- الصفة: إن حق تأديب الزوجة يثبت للزوج دون غيره أي لا يجوز لغيره القيام به سواء كان من أهله أو أهلها وبذلك لا يجوز الإنابة به وإذا ما حدث ذلك عوقب كل من المعتدي على الزوجة على اعتباره فاعلاً وعوقب الزوج أيضاً كونه شريكاً في ذلك كما أن ثبوت هذا الحق يعتمد على وجود الرابطة الزوجية فإذا زالت هذه الرابطة نتيجة الطلاق البائن زال حق الزوج في تأديب زوجته⁽⁸⁾.

(1) محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي: مختار الصحاح، المطبعة الأميرية، القاهرة، بدون سنة طبع، ص10.
(2) النشوز لغة هو الارتقاع ويراد به مجازاً ترفع الزوجة عن طاعة زوجها وبذلك يكون المراد بنشوز الزوجة عصيانها لزوجها فيما أمرها الله أن تطيعه فيه ومع ذلك فقد توسع الفقهاء فيما بعد في تحديد مدلول الزوجة الناشز فجعلوه شاملاً لكل معصية لم يرد بشأنها حد مقرر كخروج الزوجة من بيت زوجها بدون إذنه أو قد تكون سلبية اللسان معاندة لزوجها ولا تحفظ ما بينهما من عشرة وأسرار، أو تكون مبذرة لماله: ينظر: ليلي الأحذب: تأديب الزوجة الناشز، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.doroob.com 2008، ص1.

(3) سورة النساء: من الآية (34)

(4) سورة النساء: من الآية (19).

(5) د. عوض محمد: الآداب الشرعية في المعاشرة، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.jeeran.com، 2008، ص3.

(6) خالد منتصر: تأديب الزوجة بالضرب هل هو فريضة اسلامية حقاً، مقالة نشرت على شبكة الانترنت على الموقع www.anewar.com، 2008، ص3.

(7) د. عادل ناصر: تأديب الزوجة بين الحق والتعسف، مجلة كلية صدام للحقوق، النهرين، العراق، العدد (5)، 2001، ص153.

(8) سامية عبد الرازق: التجاوز في الإباحة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون بجامعة بغداد، 2005، ص56.

2- وقوع ما يوجب التأديب: لا يجوز للزوج أن يؤدب زوجته بما يؤلمها إلا إذا بدرت منها معصية⁽¹⁾، أمّا إذا كانت ملتزمة بإطاعة زوجها فليس له الحق في أن يؤدبها وإلا كان ظالماً لها قال تعالى: ﴿فَإِنْ أَطَعْتَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا﴾⁽²⁾، ويراد بمعصية الزوجة إخلالها بواجباتها الزوجية سواء كانت هذه الواجبات عامة أم خاصة، والواجبات العامة هي تلك التي تلزمها بوصفها إنساناً مكلف شرعاً وقانوناً بمجموعة من الواجبات أولاً نحو الله وثانياً نحو المجتمع، أمّا الواجبات الخاصة فهي التي تلزمها كونها زوجة إذ أن هذه الصفة تفرض عليها حسن المعاشرة والطاعة للزوج والحفاظ على أمواله ورعاية أولاده... الخ. مع ملاحظة أن الطاعة المطلوبة من الزوجة هي ليست طاعة مطلقة بل مقيدة فيما لا يرد فيه معصية وهذا ما أخذ به القضاء العراقي في أحكامه ومنها (ادعى السيد مقداد لدى محكمة شرعية أربيل بأن المدعي عليها وهي زوجته الداخل بها شرعاً وقد تزوجها قبل سنة وثلاثة أشهر وله منها طفلة تدعى ليلي والبالغة من العمر ثلاثة أشهر، وبما أن زوجته قد تركت دار الزوجية بدون سبب مبرر لذا فإنه يطلب دعوتها إلى المرافعة والحكم عليها بمطاعته وتحميلها مصاريف المحاكمة، ولدى التدقيق والداولة من قبل المحكمة تبين لها أن المدعي يطلب من المدعي عليها القيام بأعمال مخالفة للشرع وهذا أمر مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية عملاً بحكم (م³³) من قانون الأحوال الشخصية رقم 118 لسنة 1959 والتي تنص على أنه لا طاعة للزوج على زوجته في الأمور المخالفة لأحكام الشريعة)⁽³⁾.

ومما تقدم ذكره يتضح أن الزوجة تكون ملزمة بإطاعة زوجها عندما لا يكون الزوج متعسفاً في طلب المطاوعة ولم يكن قصده الإضرار بها أو التضيق عليها⁽⁴⁾.

3- الالتزام بحدود التأديب: إن وسائل التأديب متعددة ولكن الشرع الحكيم حددها بثلاث استناداً إلى ما هو منصوص عليه في القرآن الكريم قال تعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي

الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ﴾⁽⁵⁾، وبذلك لا يحق للزوج تجاوز حدود التأديب وإنما عليه أن يختار الملائم منها وإلا أصبح مسؤولاً عن فعله وهذا ما أكدته أحكام القضاء العراقي (إن ضرب الزوج لزوجته وعضها وكيها بالسيكارة يخرج عن حدود الإباحة المقرر له (م⁴¹) من ق.ع.ع. ويعتبر إيذاءً منطبقاً على (م⁴¹³) من ق.ع.ع.)⁽⁶⁾ لذا يتعين على الزوج أن يختار الوسيلة الملائمة لحال زوجته بحيث تتناسب الوسيلة مع نوع المعصية المرتكبة من قبلها ومع هذا يجب أن يبدأ الزوج بالوعظ والذي يكون بأسلوب جميل ومهذب لأن الزوجة لا يقوم سلوكها بما قبح من الكلام وهذا

(1) د. حسني مصطفى: جرائم الجرح والضرب في ضوء القضاء والفقه، مصدر سابق، ص 32.

(2) سورة النساء من الآية (34)

(3) قرار رقم 1208/شخصية/77، مجموعة الأحكام العدلية، يصدرها قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل العراقية، العدد الثاني، 1979، ص 69.

(4) قررت المحكمة إلزام المدعي عليها (و.غ.ر) بمطاوعة زوجها (ق.ح.ك) في الدار المهيأة لهما والواقعة في حي الثورة على ضفاف شواطئ بحر النجف وتحميلها كافة الرسوم والمصاريف وصدر القرار حضورياً ((علنياً)) بحق الطرفين. قرار رقم 1165/ش/بتاريخ 31-5-2007 اكتسب الدرجة القطعية بمضي المدة القانونية. للمزيد ينظر القرار الصادر من محكمة الأحوال الشخصية في النجف قرار رقم 1523/ش/2007 اكتسب الدرجة القطعية بمضي المدة القانونية. (غير منشورة)

(5) سورة النساء: من الآية (34).

(6) قرار رقم 1042/تميزية/8-21-1973، إبراهيم المشاهدي: المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، مصدر سابق، ص 66.

ما أكدته السنة النبوية الشريفة قال رسول الله محمد ﷺ (إن حق المرأة أن تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسيت ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا تهجر إلا في البيت)⁽¹⁾.

4- حسن النية: شرعت الحقوق لأجل إدراك غايات نبيلة ومصالح متعارف عليها فهي لم تشرع عبثاً أو لمجرد الإفساد أو إلحاق الأذى بالآخرين والذي يتحقق متى ما كان هنالك تناقض بين غاية المكلف وغاية المشرع⁽²⁾، لذا فإن شرط حسن النية في تأديب الزوجة يعني استخدام الزوج هذا الحق بنية حسنة من خلال تحقيق الغاية المرجوة منه والتي شرع لأجلها أمّا إذا ثبت أن الزوج قد استخدم هذا الحق في الظاهر لأجل إخفاء قصد سيء كالانتقام أو الإيذاء اعتبر الزوج سيء النية لتعسفه في استخدام حق التأديب ومن ثم أصبح عرضة للمساءلة القانونية، ومن تطبيقات القضاء العراقي بهذا الشأن (أن حق الزوج في تأديب زوجته مكفول شرعاً وقانوناً إلا أنه لا يسمح له بالتجاوز على ذلك، وبالتالي فإن من حق الزوجة طلب التفريق إذا كان الضرب مبرحاً ولغرض الانتقام)⁽³⁾.

ثالثاً: وسائل تأديب الزوجة

إن السؤال الذي يثار في هذا المجال هو: هل الزوج ملزم بالترتيب الوارد ذكره في القرآن الكريم أم له الحق في الضرب لأول معصية؟ اختلف الفقه حول هذه المسألة لكن الرأي الراجح هو تقيد الزوج بالترتيب الوارد في الآية الكريمة قال تعالى في كتابه العزيز ﴿فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ

فِي الْمَضَاجِعِ وَاصْرُوهُنَّ﴾⁽⁴⁾، ويبدو أن الغاية من ذلك هو البدء بالأسهل من هذه الوسائل والتي يمكن إيضاحها وكالاتي:

1- الوعظ: الوعظ في إطار العلاقة الزوجية يعني التذكير بما يلين القلب لأجل تقبل الطاعة واجتناب المنكر وهذا في الأصل واجب متبادل بين الزوجين بأن يعظ كل منهما الآخر وذلك من خلال الالتزام بحدود الشرع في كل جوانب الحياة وبالنسبة الى الزوج فإن الوعظ يكون على درجتين الأولى تعرف بالتنبيه الديني والخلفي والثانية تعرف باللوم والتعنيف وهذا يعني انه على الزوج ان يبدأ مع زوجته بالرفق واللين قال تعالى في كتابه العزيز: ﴿ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ﴾⁽⁵⁾، فيذكرها بما أوجبه الله عليها من حسن الصحبة وجميل المعاشرة الزوجية والإقرار بالقوامة التي يملكها عليها وتخويفها من عقاب الله إذا عصته، لذا فإن لهذه الوسيلة أهميتها في بداية الحياة الزوجية لأنها تمثل ترسيخاً لهذه العلاقة التي قد يصيبها الفتور والملل كونها تجمع بين شخصين مختلفين عن بعضهما فزيولوجياً ونفسياً وربما بيئياً، لذا فبدلاً من أن يلجأ الزوج الى الصمت والتذمر من تصرفات زوجته عليه أن يلجأ الى الحوار معها وتذكيرها بأنه ينظر إليها كشريكة له في الحياة الزوجية الصالحة⁽⁶⁾.

(1) حسين علي سيد: رد الشبهات على بعض المغالطات، مقالة نشرت على شبكة الانترنت، على الموقع www.welateme.com، 2008، ص8.

(2) مجيد محمود سعيد: نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة، الدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص39، 41.

(3) قرار رقم 968/شخصية/بتاريخ 11-3-2000 مجلة القضاء، تصدرها نقابة المحامين في العراق العدد الرابع، 2001، ص68.

جبر محمود: الغضب وأثره في العقوبة، مجلة جامعة الشارقة، المجلس العلمي، الإمارات، العدد (1)، 2005، ص78.

(4) سورة النساء من الآية (34).

(5) سورة النحل من الآية (125).

(6) أحمد حمادة: حق الزوج في تأديب زوجته في الشريعة الإسلامية، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.jmuslim.naseej.com، 2008، ص2.

2- الهجر: ويراد به هجر المضجع وهذا هو الأسلوب الثاني في التأديب والذي يلجأ إليه الزوج بعد الوعظ، وهناك أقوال مختلفة لفقهاء الشريعة حول آلية الهجر وهي بين رأيين الأول يرى أن الهجر يكون في المضجع والكلام أمّا الرأي الثاني فيرى أن الهجر يكون في المضجع فقط استناداً إلى قول الرسول محمد ﷺ (لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث ليالي)⁽¹⁾، هذا وإن هجر الزوج لزوجته في الفراش يساهم مساهمة فعالة في تقويم وإصلاح الزوجة من خلال سؤال الزوجة لزوجها مستوضحة منه عن سبب هجره لها مما يفتح أمامها باباً للحوار البناء الذي يعيد الزوجة إلى طريق الصواب وبما يرضي الله ويسعد زوجها، هذا وإن الحد الأقصى للهجر هو ستة أشهر وخلال هذه المدة يجب أن لا يكون الهجر واضحاً في غير مكان خلوة الزوجين وأن لا يكون أمام الأطفال أو الأقارب أو الغرباء لإذلال الزوجة أو الاستهانة بكرامتها لأنه قد يزيدها ذلك نشوزاً عن زوجها⁽²⁾.

3- الضرب: هو أقصى درجات التأديب لأنه في الأصل يتعارض مع أحكام قانون العقوبات الذي يعاقب على المساس بجسم الإنسان لكنه يصبح جائزاً متى ما استخدم في موضعه الصحيح والمناسب (تأديب الزوجة الناشز) ويجب أن يكون الضرب غير مبرح وهو ما لا يكسر عظماً ولا يترك أثراً وأن لا يوقع على الأماكن الخطرة من الجسم كالرأس والوجه أو البطن، قال الرسول محمد ﷺ (إن لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحد تكرهونه فإن فعلن فاضربوهن ضرباً غير مبرح) وبهذا فإن للضرب شروطاً يتعين الالتزام بها وهي أن يكون الضرب خفيفاً، فإن كان فاحشاً أصبح غير مباح ويتعين إيقاعه باليد وألا يتجاوز ثلاث، وأن يكون بعيداً عن المناطق الخطرة من الجسم كالرأس والوجه والبطن⁽³⁾، وأخيراً يقع على عاتق الزوج الالتزام بحدود التأديب المسموح له بها وإلا عد متعسفاً في استخدام حقه وبالتالي تعرضه للمساءلة القانونية ومن تطبيقات القضاء العراقي بهذا الشأن (لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة العامة لمحكمة التمييز تبين أن نزاعاً عائلياً وقع بين المتهم (ح) والمشتكية (ك) بسبب رغبة المشتكية وإصرارها على الاستمرار في دراستها في معهد إعداد المعلمات في العطيفية إلا أن المتهم منعها بحجة عدم موافقة والديه وفي مساء يوم الحادث عندما همت المشتكية بالدخول إلى بناية المعهد المذكور شاهدت المتهم واقف بالقرب من باب البناية فتبعها وهجم عليها ومسكها من شعرها وصفعها بيده عدة صفعات على وجهها ورأسها فأسرع على أثر ذلك الشاهدان (ع.ح) وحجزا بينهما، وعليه أن فعل المتهم ينطبق على (م⁴¹⁵) من ق.ع.ع. لأنه تعدى حدوده القانونية ونشأ عن ذلك جريمة عمدية إذ لا يعد ما قام به الموما إليه من اعتداء على المشتكية وزوجته واقعاً ضمن حدود التأديب المقررة في (م^{1/41}) من ق.ع.ع.⁽⁴⁾.

الفرع الثاني

مفهوم حق تأديب الأولاد القصر

للاحاطة بموضوع تأديب الأولاد القصر سأتناول في هذا الفرع تعريف هذا الحق وشروطه وكالاتي:

أولاً: التعريف بحق تأديب الأولاد القصر: الأولاد هم الثمرة المرجوة من الزواج والإنجاب هو المقصد الأهم من مقاصد النكاح لأنهم يمثلون بذور الإنسانية في المستقبل والجيل الجديد الذي يرث الحياة ويحفظ استمرارها عبر الزمن لذلك كان لابد من الاعتناء بهم عناية خاصة حتى

(1) عمر فخري عبد الرزاق: تجريم التعسف في استخدام الحق كونه سبباً من أسباب الإباحة، مصدر سابق، ص 87.
(2) ردينة محمد رضا: مطاوعة الزوجة ونشوزها في الشريعة والقانون، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية صدام للحقوق، جامعة صدام، 2001، ص 172.
(3) د. عبد الحميد الشواربي: الأحكام العامة لقانون العقوبات في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003، ص 443. ينظر قانون العقوبات المواد: (1/413) العراقي، (240) مصر، (555) اللبناني، (273) السوداني، (378) الليبي.
(4) قرار رقم 216/هيئة عامة 1976/12/25. مجموعة الأحكام العدلية، يصدرها قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل العراقية، العدد الرابع، 1976، ص 326.

ينشأوا قادرين على استخلاف الأمانة الإنسانية في الأرض وتسليمها إلى الجيل الجديد من بعدهم وهذا لن يتم إلا من خلال حسن التربية وإعدادهم إعداداً صالحاً بغرس قيم الدين والأخلاق الفاضلة في نفوسهم قال رسول الله ﷺ (كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته... الرجل راع في أهله وهو مسؤول عن رعيته)⁽¹⁾، ومن هذا الحديث يتضح مدى مسؤولية الوالدين في تربية وحفظ الأولاد لأنهم أمانة سوف يسألون عنها أمام الله⁽²⁾، لذلك أقرت لهم الشريعة الإسلامية حق تأديب الصغار⁽³⁾، كما أقرته بعض القوانين الوضعية العقابية كما جاء في (م^{1/41}) من ق.ع.ع. (...تأديب الآباء والمعلمين ومن في حكمهم الأولاد القصر في حدود ما هو مقرر شرعاً أو قانوناً أو عرفاً)⁽⁴⁾، وبذلك فإن فعل التأديب مشروع قانوناً لأنه ينظم الولاية على النفس ولا يشكل وفقاً لقانون العقوبات جريمة المساس بالجسم لأن حق التأديب صورة من صور استعمال الحق والأخير سبب من أسباب الإباحة وإذ لا يقتصر استعماله على الآباء وحدهم وإنما يحق أن يستعمله كل من المعلم، والولي عن النفس لأن هؤلاء مسؤولون عن نشأة الجيل الجديد⁽⁵⁾.

ثانياً: شروط تأديب الأولاد القصر: لممارسة الحق في تأديب الأولاد القصر شروط متعددة يجب مراعاتها، وهذه الشروط ترجع أمّا إلى من يحق له التأديب أو من يخضع للتأديب، ووسائل التأديب وغاياته، وسوف أتولى إيضاح ذلك وكالاتي:

1- صفة القائم بالتأديب: أقرت كل من الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية وتحديدًا العقابية للأب حق تأديب القصر كونه الولي الشرعي على النفس كما أقر هذا الحق لولي النفس أياً كان الجد أو الأم أو الأخ أو العم كذلك أقر هذا الحق إلى الوصي كونه يقوم على شؤون الصغير ويتولى الإشراف عليه ورقابته كما ويثبت هذا الحق للمعلم سواء كان معلم مدرسة أو حرفة لأن الأب أو الولي قد يغيبا عن القاصر وقت التعليم لذا فمن مصلحته أن يمنح هذا الحق إلى المعلم⁽⁶⁾، ومع هذا فقد منعت وزارة التربية العراقية استخدام الضرب كوسيلة لتأديب التلاميذ في المدارس وذلك استناداً إلى توجيهها المتضمن (يتم تبليغ منتسبي الهيئات التعليمية والتدريسية بأحكام الأنظمة التربوية والتي تمنع الضرب منعاً باتاً وسيعرض الموظف الذي يخالف تلك النصوص إلى المسائلة القانونية)⁽⁷⁾، هذا وقد يوسع القانون الوضعي من نطاق أصحاب هذا الحق فيضيف إلى من ذكرتهم الشريعة الإسلامية أشخاصاً آخرين فبوسعهم وفقاً لذلك الاحتجاج بالقانون الوضعي لإباحة أفعالهم لأن القانون إذا أقر لشخص حق الرقابة على القاصر فمعنى ذلك أنه يخوله الحق في تأديبه أيضاً ما لم ينص على غير ذلك صراحة⁽⁸⁾ أمّا في حالة عدم وجود من يؤدب القاصر فقد أقرت الشريعة الإسلامية إعطاء هذا الحق لعامة المسلمين، وذلك استناداً إلى قاعدة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر قال تعالى في كتابه العزيز ﴿وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾⁽⁹⁾.

2- صفة المؤدّب: نصت (م^{1/41}) من ق.ع.ع. أن من يمارس عليه حق التأديب هم الأولاد القصر ويراد بهم كل من كان خاضعاً لولاية النفس فإذا ما انقضى هذا السن انقضت الولاية بدورها ولم

(1) عيسى بنتقريت: حقوق الأولاد، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.mohammadway.com، 2008، ص2.

(2) د. عادل محمد صالح: حقوق الطفل من وجهة نظر الإسلام، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.gulfkids.com، 2008، ص6.

(3) د. محمد مصطفى القللي: في المسؤولية الجنائية، مطبعة جامعة فؤاد، القاهرة، 1960، ص243.

(4) ينظر: قانون العقوبات المواد: (186) اللبناني، (185) السوري، (1/59) الإيراني.

(5) د. محسن خليل: في تأديب الأولاد، مقالة نشرت على شبكة الانترنت على الموقع، www.balagh.com، 2008، ص1.

(6) د. عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارن بالقانون الوضعي، ج1، مكتبة دار العروبة، القاهرة، 1959، ص518.

(7) ينظر الكتاب رقم 7585/ بتاريخ 2008-2-3.

(8) د. محمود نجيب حسني: أسباب الإباحة في التشريعات العربية، مصدر سابق، ص107.

(9) سورة آل عمران: آية (104).

يعد لحق التأديب محل، هذا ولا عبرة بالولاية على المال لأن مفهوم وشروط ولاية النفس يختلف عن مفهوم وشروط ولاية المال وحيث تكون العبرة بالأولى دون الثانية، هذا وقد اختلف الفقهاء المسلمون في تحديد سن التمييز بين اتجاهين الأول حدده بإكمال السابعة ودخول الثامنة بينما الاتجاه الثاني حدده بالسابعة استناداً إلى قول الرسول محمد ﷺ (أمرُوا صبيانكم بالصلاة لسبع سنين واضربوهم عليها لعشر سنين وفرقوا بينهم في المضاجع)، أما الشريعة الإسلامية فقد حددت سن انقضاء الولاية على النفس بالبلوغ ويستدل عليه بالنسبة إلى الأنثى من خلال الحيض والاحتلام والحبل أما الذكر بالاحتلام والإحبال، وفي حالة عدم ظهور هذه العلامات فإن سن البلوغ يحدد من خلال إكمال سن الخامسة عشر⁽¹⁾، أما القانون الوضعي فقد حدد سن انتهاء الولاية على القاصر ببلوغه سن الرشد⁽²⁾.

3- وسيلة التأديب: للقائم بالتأديب أن يختار من الوسائل المشروعة الوسيلة التي يراها مناسبة وهي أما الإرشاد والوعظ أو الضرب شرط أن لا يكون مبرحاً، وأيضاً يمكن أن يكون التأديب عن طريق تقييد الحركة كونها وسيلة لمنع القاصر من القيام بسلوك غير صحيح على أن يكون هذا التقييد بطريقة لا تصيب القاصر بأذى بدني كقفل الأبواب أو وضع حارس، أما إذا لم يكن ذلك ممكناً جاز وضع قيد في قدمي القاصر شرط أن لا يؤدي ذلك إلى تعذيبه أو إيلاام بدنه، وعلى العموم يجب أن تراعى في هذه الصورة المشروعية والملاءمة ويراد بالمشروعية أن يكون الفعل مباحاً في ذاته على اعتباره وسيلة مقبولة في التأديب أما الملاءمة فيعني بها أن يكون هنالك تناسب بين وسيلة التأديب والغاية المرجوة منها⁽³⁾.

4- حسن النية: يخول الأب ومن في حكمه سلطة تأديب وتربية وتهذيب الصغار فضلاً عن تعليمهم وهذا الحق مقرر بمقتضى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي لأجل إدراك تلك الغايات أما إذا كان ضرب الصغار يقصد به الانتقام أو لأجل دفعهم على ارتكاب معصية أو جريمة فهنا يعد العمل غير مشروع ويسأل الفاعل عن فعله لانتفاء حسن النية والذي يتحقق من خلال تجاوز الغاية الحقيقية إلى غاية أخرى غير مشروعة هذا وإن ضرورة حسن النية في التأديب من قبل الأب أو من في حكمه شرط أكدته الأحكام القضائية ومنها القضاء المصري حيث قضت محكمة النقض المصرية (بأن الأب الذي لاحظ خروج ابنته القاصر من البيت كثيراً وخشي عليها من أن يصيبها مكروه مادي أو أخلاقي فوضع القيد في رجليها ليمنعها من الخروج لا يكون مسؤولاً لأن له أن يتخذ من الإجراءات ما يراه مناسباً لتربية الصغير والمحافظة عليه)⁽⁴⁾، كما قضت محكمة النقض السورية (إن القانون قد أباح للأساتذة استعمال ضروب التأديب على أن لا يتعدى ذلك الضرب البسيط الذي يبيحه العرف الجاري)⁽⁵⁾.

وبعد التعريف بحق تأديب الزوجة والأولاد القصر لابد من التأكيد على أن هنالك من يرى بأن المشرع العراقي لم يكن دقيقاً في صياغة (م^{1/41}) من ق.ع.ع. لأنه جمع بين كل من تأديب الزوجة والأولاد القصر وهذا غير صائب لأنه لا يجوز القياس بين غير المتماثلين فضلاً عن إن مفهوم وشروط تأديب الزوجة تختلف عن مفهوم وشروط تأديب الأولاد القصر، وبدوري أميل إلى تأييد هذا الرأي واقترح على مشرّعنا إعادة صياغة المادة السابقة بالشكل الآتي: (لاجريمة اذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون ويعتبر استعمالاً للحق. - تأديب الزوج زوجته الناشز.

(1) د.محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص 181.

(2) نصّت (م³¹) من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم 78 لسنة 1980 (تنتهي الولاية ببلوغ الصغير سن الرشد ما لم تقرر المحكمة قبيل بلوغه هذه السن استمرار الولاية عليه).

(3) د.حسني مصطفى: جرائم الجرح والضرب في ضوء الفقه والقضاء، مصدر سابق، ص 31، عمر فخري عبد الرزاق: تجريم التعسف في استخدام الحق بوصفه سبباً من اسباب الإباحة، مصدر سابق، ص 94.

(4) قرار رقم 2627 بتاريخ 2-10-1965. أشار إليه محمود زكي شمس: الموسوعة العربية للاجتهادات القضائية الجزائية-ج2 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص 840.

(5) قرار رقم 627/2 بتاريخ 2-10-1965. أشار إليه محمود زكي شمس، المصدر نفسه، ص 843.

ب- تأديب الآباء والمعلمين ومن في حكمهم الأولاد القصر في حدود ماهو مقرر شرعاً أو قانوناً أو عرفاً.

المطلب الثاني

حسن النية في استعمال حق مباشرة عمليات الجراحة والعلاج

الطب أسمى وأقدس المهن لأنه يهدف إلى الحفاظ على لياقة الإنسان سواء كان ذلك بدنياً أو عقلياً أو اجتماعياً لأجل وقايته من العلل والأمراض وشفائه إذا ما أصيب بها، لذا فإن مثل هذه الأهداف السامية والنبيلة تلقى على من يمارس هذه المهنة مهام ومسؤوليات كبيرة لما يترتب عليها من مخاطر وصعوبات لكون الطبيب أو الجراح يتعامل مع حياة الإنسان وسلامة بدنه لذلك يجب ان يكون تعامله مبني على اساس الحيطه والحذر لأن المريض اصبح امانة بين يديه وبخلاف ذلك فإنه سوف يتعرض للمسؤولية الجزائية والمدنية إذا ما تهاون في واجبه وخاطر بحياة المريض بدون مبرر⁽¹⁾، ومن ذلك يتضح ان حصانة الأطباء والجراحين عند ممارستهم الأعمال الطبية ليست مطلقة وإنما هي مشروطة بالتزام الحدود الموضوعية والشخصية (حسن النية) عند استعمال هذا الحق، عملاً بحكم (م^{2/41}) من ق.ع.ع (لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون ويعتبر استعمالاً للحق....2-عمليات الجراحة والعلاج على أصول الفن متى أجريت برضا المريض أو ممثله الشرعي أو أجريت بغير رضاء أيهما في الحالات العاجلة)⁽²⁾.

واستناداً لذلك ساقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع وكالاتي:

الفرع الأول

مفهوم حق مباشرة عمليات الجراحة والعلاج

لكي نتعرف على مفهوم العمل الجراحي والطبي فإنه لابد من التعريف بهذا الحق ومعرفة الأعمال التي تدخل في نطاقه فضلاً عن مبررات هذا الحق وذلك في الفقرات الآتية:

أولاً: تعريف العمل الطبي:

تعددت الآراء الفقهية حول تعريف العمل الطبي حيث عرف بأنه (ذلك العمل الذي يقوم به شخص مختص من أجل شفاء المريض طالما كان هذا العمل يستند إلى الأصول والقواعد الطبية المقررة في عالم الطب)⁽³⁾، فضلاً عن وجود تعاريف أخرى للعمل الطبي⁽⁴⁾.

ثانياً: الأعمال التي تدخل في نطاق العمل الطبي:

الأصل في عمل الطبيب ان يكون علاجياً أي يهدف إلى التخلص من مرض أو التخفيف من آلامه، كما يعد كذلك الأعمال الطبية الهادفة إلى الكشف عن أسباب الصحة لغرض علاجها أو الوقاية من مرض يخشى الإصابة به⁽⁵⁾، وقبل كل ذلك فإنه يستلزم فحص الشخص المريض أو طالب المعالجة لتحديد العلاج الملائم وبذلك يمكن تحديد أهم الأعمال التي تدخل في مفهوم العمل الطبي وكالاتي:

1- الأعمال الوقائية: وتقوم على أساس الارشاد والتوجيه في كيفية المحافظة على صحة وسلامة الجسم من الأمراض وكذلك في كيفية المحافظة على استقرار الحالة النفسية للمريض

(1) غسان جميل الوسواسي: حدود مسؤولية الأطباء عن أخطائهم في الشريعة والقانون، مجلة العدالة تصدرها وزارة العدل، العراق، العدد (1)، لسنة 1999، ص 50.

(2) ينظر قانون العقوبات، المواد: (2/186) اللبناني، (2/185) السوري، (2/59) الإيراني.

(3) د. منصور عمر المعايطة: المسؤولية المدنية والجناحية في الأخطاء الطبية، مكتب الملك فهد، الرياض، 2004، ص 15.

(4) فقد عرّف بأنه: (ذلك النشاط الذي يتفق في كفيته وظروف مباشرته مع القواعد المقررة في علم الطب ويتجه في ذاته وفق المجرى العادي للامور إلى شفاء المريض، والأصل فيه ان يكون علاجياً أي يهدف إلى التخلص من المرض أو تخفيف حدته أو إلامه ويعد كذلك من قبيل الأعمال الطبية ما يستهدف الكشف عن أسباب سوء الصحة أو مجرد الوقاية من المرض) أو هو (ذلك العمل الذي يقوم به شخص متخصص من أجل شفاء المريض وذلك طبقاً للأصول والمعارف الطبية المقررة في علم الطب والأصل في العمل الطبي ان يكون علاجياً أي يستهدف إلى التخلص من المرض، وهو في نفس الوقت فنا علمياً أكثر من كونه علماً بحتاً لأنه يتقدم ويتطور بتقدم العلم كما ان الظواهر العضوية التي يهتم بها تتميز بالصعوبة والتعقيد). ينظر د. سمير عبد السميع: مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 12.

(5) د. محمود نجيب حسني: شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، مصدر سابق، ص 186.

والتي تؤدي دوراً كبيراً في شفائه ولاشك فإن لهذه الأعمال الوقائية أهمية قد تفوق الأعمال الطبية سيما وإن الوقاية خيرٌ من العلاج⁽¹⁾.

2- الفحص: هو بداية العمل الطبي والذي يتمثل في فحص الحالة الصحية فحصاً ظاهرياً عن طريق العلامات أو الدلائل السريرية كمظهر المريض، وقد يعتمد الطبيب في إجراء الفحص على بعض الأدوات الطبية البسيطة كالسماعة الطبية وجهاز قياس الحرارة أو جهاز قياس ضغط الدم أو أن يعتمد على يده أو أذنه أو عينه وذلك للتحقق من مدى وجود دلائل أو ظواهر تساعد على تشخيص الحالة المرضية، وربما يلجأ الطبيب إلى إجراء بعض الفحوصات المختبرية لمعرفة حالة المريض بشكل دقيق وذلك بواسطة استخدام الأشعة ورسوم القلب والناظور والتحليلات التي من شأنها أن تساعد في تسهيل عملية التشخيص⁽²⁾.

3- التشخيص: ويقصد به (العمل الذي يشتمل على بحث وتحديد الأمراض أو الإصابات الجراحية عند شخص المريض) وبذلك يصبح التشخيص المرحلة التالية لمرحلة الفحص وفيها يسعى الطبيب إلى ترجمة الدلائل والظواهر التي توصل إلى معرفتها في المرحلة السابقة لكي يستخلص بذلك النتائج المنطقية والتوصل إلى تحديد نوع المرض وموضعه لغرض وصف العلاج المناسب للمريض⁽³⁾.

4- العلاج: يعرف العلاج بأنه (كل إجراء أياً كان يؤدي إلى شفاء المريض أو تخفيف الحالة المرضية) ويمثل العلاج مرحلة التطبيق العملي لما أقره التشخيص الطبي لأجل تحديد الدواء المناسب لشفاء المريض والذي يبقى أولاً وأخيراً بيد الله قال تعالى في كتابه العزيز: ﴿وَإِذَا

مَرَضْتُ فَهُوَ شَفِينٌ﴾⁽⁴⁾، وقد لا يضمن الطبيب الشفاء للمريض بعد تقديم العلاج حسب أصول العلم لأن شفاؤه قد يتوقف على عوامل واعتبارات أخرى تكون خارجة عن إرادة الطبيب المعالج كمناخ الجسم، وإمكانية العلم المتوفرة، مرحلة اكتشاف المرض وغيرها وتبقى لهذه المرحلة أهميتها وخطورتها في الوقت ذاته لأنها تتطلب الدقة من قبل الطبيب عند وصف العلاج فضلاً عن حرص المريض وذويه من خلال معرفة طريقة تناول العلاج والجرعة المسموح بها وعواقب تجاوزها وأخيراً فإن مسؤولية الطبيب تتطلب منه متابعة نتائج وتأثيرات العلاج على المريض لمعرفة مدى إمكانية شفاؤه⁽⁵⁾.

ثالثاً: مبررات العمل الطبي:

تعد مهنة الطب من العلوم المهمة في الحياة البشرية لأنه بتعلمها وتطبيقها تتحقق الكثير من المصالح العظيمة والمنافع الجليلة للإنسان ومنها إحياء النفس البشرية من الهلاك قال تعالى في كتابه العزيز ﴿مَنْ أَجَلَ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَءِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾⁽⁶⁾ لذا فإن الإنسان بحاجة إلى وجود الطبيب في مختلف الأزمنة والأمكنة لأجل الحفاظ على الصحة ودفع ضرر المرض عن البدن، وبذلك فإنه لا يمكن

(1) عمر فخري عبد الرزاق: تجريم التعسف في استعمال الحق بوصفه سبباً من أسباب الإباحة، مصدر سابق، ص108.

(2) يوسف جمعة يوسف: المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء في القانون الجنائي لدولة الإمارات العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص56.

(3) المصدر نفسه، ص57.

(4) سورة الشعراء آية (80).

(5) د. منصور عمر المعاطية: المسؤولية المدنية والجنائية عن الأخطاء الطبية، مصدر سابق، ص75.

(6) سورة المائدة من الآية (32).

لأي مجتمع أن يعيش سالماً من دون وجود الأطباء، هذا وإن الشريعة الإسلامية القائمة على أساس الرحمة بالبشر ودفع المشقة والحرص على التكليف قد راعت هذه الحاجة والتي لا بد من سدها في المجتمعات المسلمة وغير المسلمة فأجازت لذلك تعلم الطب وجعلت منه فرضاً من فروض الكفاية لا يسقط عن الطبيب إلا إذا قام به غيره بسبب حاجة الجماعة إلى الطبيب لضرورته الاجتماعية وأهميته في حياة المجتمع الإسلامي⁽¹⁾ وهذا ما أكدته السنة النبوية قال رسول الله محمد ﷺ (لم ينزل الله من داء إلا وأنزل له دواء فتداؤوا ولا تتداؤوا بحرام)⁽²⁾.

الفرع الثاني

أساس إباحة مشروعية العمل الطبي

اختلفت آراء الفقهاء حول تحديد الأساس الذي تستند إليه إباحة الأعمال الطبية وقد توزعت إلى أربعة اتجاهات حيث علل الاتجاه الأول برضاء المريض، والاتجاه الثاني بانتفاء القصد الجرمي لدى الطبيب فيما ذهب الاتجاه الثالث إلى تحديده على أساس الضرورة العلاجية، أما الاتجاه الرابع والذي أؤيده فقد حدده بإجازة القانون وتناول كل منها في الفقرات الآتية:

أولاً: رضاء المريض:

يرى بعض فقهاء القانون أن السند الذي يستمد منه الطبيب مشروعية عمله الطبي وإباحته هو رضاء المريض وذلك على اعتبار أن الطبيب ينفذ إرادة المريض ورغبته في العلاج أو الجراحة وعند تخلف هذه الإرادة فليس له أن يمارس أي عمل طبي، وهذا يعني أن يكون المريض بالغاً عاقلاً مريداً للفعل الطبي أي بلوغه سن الرشد أمّا إذا كان غير بالغ فإن الولي الشرعي أو القيم هو الذي يتولى إعطاء ذلك الرضا أو القبول⁽³⁾، ويعيب هذا الرأي أن رضاء المجني عليه في الأصل لا يمحو الجريمة ولا يرفع العقاب عن الفاعل إضافة إلى أن حق المريض في سلامة جسمه هو ليس حقاً خالصاً له وإنما هو حق ذو طبيعة اجتماعية وإذا أذن المريض للطبيب بالجراحة أو العلاج فإنه قد تصرف في الجانب الفردي من هذا الحق دون الجانب الاجتماعي لذا فإن المجتمع يبقى حقه في الدفاع عن هذا الجانب وعلى هذا الأساس لا يمكن أن يصبح رضا المريض أساساً لإباحة أعمال الطبيب⁽⁴⁾.

ثانياً: انتفاء القصد الجرمي:

يرى أصحاب هذا الرأي أن أساس إباحة عمل الطبيب يعود إلى انتفاء القصد الجرمي⁽⁵⁾ على أساس أن إرادة الطبيب وقصده لم تتجه إلى الإضرار بصحة المريض أو إيقاع الأذى به وإنما أراد شفاؤه وتخفيف آلامه ويلاحظ على هذا الرأي أنه يخلط بين القصد الجرمي والباعث على ارتكاب الجريمة فالقصد الجرمي يتكون من عنصري العلم والإرادة وهذا يعني ضرورة توافر العلم لدى الطبيب بعناصر الفعل المختلفة وما يترتب عليها من نتائج وأن تتجه إرادته نحو القيام بالفعل وبذلك تتحقق النتيجة الضارة المترتبة على فعله في مجال العمل الطبي أو الجراحة من خلال المساس بسلامة جسم الإنسان أمّا نية الشفاء فهي مجرد باعث لا يحول دون توافر القصد الجرمي لأن القاعدة المستقرة في الفقه والقضاء أن الباعث ليس من عناصر القصد الجرمي وإن نبهه وسلامته لا يحول دون توافره لديه⁽⁶⁾.

(1) د. منصور عمر المعاينة: المسؤولية المدنية والجناحية في الأخطاء الطبية، مصدر سابق، ص 8. ينظر تعليمات السلوك المهني الصادر من اللجنة العليا لنقابة الأطباء استناداً إلى حكم الفقرة (1) من (م⁵⁴) من قانون نقابة الأطباء العراقي رقم (81) لسنة 1984.

(2) محمد باقر المجلسي: بحار الأنوار، ج 6، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2003، ص 90.

(3) د. سمير عبد السميع: مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم، مصدر سابق، ص 20.

(4) د. عبد الفتاح خضر: النظام الجنائي، ج 1، بدون مكان نشر، 1982، ص 222.

(5) د. سليمان عبد المنعم: النظرية العامة لقانون العقوبات، مصدر سابق، ص 377.

(6) وما يؤكد هذا الرأي هو أن المشرع قد حدد قوام القصد الجرمي بعنصري العلم والإرادة وذلك استناداً إلى ما جاء في (م³³) من ق.ع.ع. والتي تنص (القصد الجرمي هو توجيه الفاعل إرادته إلى ارتكاب الفعل المكون للجريمة هادفاً إلى نتيجة الجريمة التي وقعت أو أية نتيجة جرمية أخرى) وبذلك لا يكون للباعث في ارتكاب

وبذلك فإن الأخذ بهذا الرأي يجعل من القتل بدافع الرحمة سببا لعدم الخضوع للعقاب كونه قد تم لأجل هدف إنساني وكذلك فإنه يبيح التجارب العلمية التي يجريها الأطباء على الافراد والتي ربما تؤدي الى أصابتهم ببعض الأمراض الخطيرة وان كان الهدف منها اكتشاف علاج أكثر فائدة للحالات المرضية ومع ذلك لا يمكن اعتماد هذا الرأي لتبرير اساس مشروعية عمل الطبيب لأنه ضد العقل والمنطق السليم⁽¹⁾، وفي ذلك ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن (جريمة إحداث الجروح عمدا لا تتطلب سوى القصد الجرمي العام وهو يتوافر كلما ارتكب الجاني الفعل عن إرادة وعن علم بأن هذا الفعل يترتب عليه المساس بسلامة جسم المجني عليه أو صحته)⁽²⁾.

ثالثا: الضرورة العلاجية:

يرى انصار هذا الاتجاه أن سبب إعفاء الطبيب من المسؤولية الجزائية يرجع الى الضرورة العلاجية⁽³⁾، فالطبيب عندما يمارس عمله قد يواجه ظرفا يهدد حياة المريض وانه لا سبيل امامه إلا أن يقوم بفعل يعتبر جريمة في حد ذاته إلا أنه يقوم بهذا الفعل لأجل دفع ذلك الخطر كما لو أقدم الطبيب على إجهاض حامل والتضحية بحياة جنينها حفاظا على حياة الأم متى ماكانت أصول الطب تقضي بذلك، ولكن هذا الرأي تعرض الى النقد وذلك لوجود الكثير من الأعمال الطبية التي تجري من دون ضرورة تبررها كعمليات الجراحة والتجميل والأعمال الطبية والجراحية كاستئصال الزائدة الدودية لمريض يتمتع بصحة جيدة خشية التهابها في المستقبل وكذلك إجراء التطعيم والتلقيح ضد الأمراض فضلا عن ذلك فإن حالة الضرورة لا تعد من أسباب الإباحة وإنما هي مانع من موانع المسؤولية حيث رفع القانون المسؤولية الجزائية عمن يرتكب جريمة ألجأته اليها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم محقق لم يتسبب هو فيه عمداً ولم يكن في قدرته منعه بوسيلة اخرى على ان يكون الفعل المكون للجريمة متناسبا والخطر المراد اتقاؤه⁽⁴⁾.

رابعاً: إجازة القانون:

يرى أصحاب هذا الرأي إن أساس تحديد إباحة الأعمال الطبية يرجع الى كونه استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون ويكاد ينعقد اجماع الفقه الحديث على هذا الرأي والدليل على ذلك ان المشرع قد خول بمقتضى الأحكام التي وضعها لغاية تنظيم مهنة الطب حق المساس بجسم المريض ولو حصل ذلك بإجراء عمليات جراحية⁽⁵⁾ حيث نصت (م^{2/41}) من ق.ع.ع. (لاجريمة اذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون ويعتبر استعمالاً للحق 2- عمليات الجراحة والعلاج على أصول الفن متى أجريت برضا المريض أو ممثله الشرعي أو اجريت بغير رضاء أيهما في الحالات العاجلة)، وإباحة أعمال الأطباء على هذا الأساس يؤكد أن الأفعال التي يزاولها الأطباء أو الجراحين والتي تمس مادة الجسم لا تشكل اعتداء عليه وإنما هي تعمل على صيانة

الجريمة أي دور الا ان نص القانون على ذلك استنادا (م³⁸) من ق.ع.ع. (لا يعتد بالبائع على ارتكاب الجريمة مالم ينص القانون على خلاف ذلك).

- (1) د. محمود نجيب حسني: اسباب الإباحة في التشريعات العربية، مصدر سابق، ص115.
- (2) قرار رقم 2283/بتاريخ 16-3-1982، حسن الفكهاني، عيد المنعم حسني: الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية، ج5، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، بدون سنة طبع، ص28. ينظر: غسان جميل الوسواسي: حدود مسؤولية الأطباء عن اخطائهم في الشريعة والقانون، مصدر سابق، ص62.
- (3) عمر فخري عبد الرزاق: تجريم التعسف في استعمال الحق بوصفه سبباً من اسباب الإباحة، مصدر سابق، ص117.
- (4) يوسف جمعة يوسف: المسؤولية الجنائية عن اخطاء الأطباء في القانون الجنائي لدولة الامارات، مصدر سابق، ص183.
- (5) د. محمد عبد غريب: شرح قانون العقوبات، بدون مكان نشر، 1994، ص331. د. محمد سامي النبراوي: المبادئ العامة في قانون العقوبات، مصدر سابق، ص195. د. محمد علي السالم: شرح قانون العقوبات، مصدر سابق، ص135.

مصلحته وسلامته وهذا الرأي لاشك في صحته لأنه على اثر نجاح العمل الطبي فإن المريض سوف يتخلص من مرضه أو يخفف من حدته⁽¹⁾.

الفرع الثالث

شروط عدم مسؤولية الطبيب

تتفق التشريعات العربية والأجنبية على ان إباحة حق ممارسة العمل الطبي ليست مسألة مطلقة لما ينطوي عليه هذا العمل من خطورة تتعلق بحياة الانسان وسلامة بدنه لذلك وضعت شروطاً لابد من توافرها لكي ترفع عن الطبيب المسؤولية الجزائية في حالة قيامه بفعل أدى الى الإضرار بالمريض حيث جاء في (م^{2/41}) من ق.ع.ع. (لا جريمة اذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون ويعتبر استعمالاً للحق....2-عمليات الجراحة والعلاج على أصول الفن متى اجريت برضا المريض أو ممثله الشرعي أو اجريت بغير رضاء ايهما في الحالات العاجلة)⁽²⁾، وسأتناول هذه الشروط في الفقرات الآتية :

اولاً: الترخيص بالعلاج:

لا يباح التطبيب والجراحة إلا إذا كان من أجراه مرخصاً له بذلك قانوناً وإلا فإنه يكون مسؤولاً طبقاً للقواعد العامة فضلاً عن عقابه لمزاولة مهنة الطب على وجه يخالف أحكام القانون، فالقانون يجيز فعل الطبيب بسبب حصوله على إجازة علمية طبقاً للقواعد والأوضاع التي تنظمها القوانين واللوائح فهذه الإجازة القانونية هي أساس عمل الطبيب ومن لا يملكها لا يحق له مزاولة مهنة الطب وإلا سئل عما يحدثه للغير من أذى باعتباره متعدياً عمداً ولا يعفى من المسؤولية إلا عند قيام حالة الضرورة وبشروطها القانونية⁽³⁾، وهذا ما أكدته الأحكام القضائية المصرية ومنها القرار الذي جاء فيه (ان العلة في إباحة عمل الطبيب والجراح وانتفاء مسؤوليتهما هو ترخيص القانون لأن القانون اذا رخص للطبيب أو الجراح يكون ذلك اعتماداً على شهادته الدراسية بمزاولة مهنة الطب وبذلك قد خوله حق علاج المرضى والتعرض لأجسامهم ولو بأجراء عمليات جراحية)⁽⁴⁾، وفي قرار اخر جاء فيه (أن من لا يملك حق مزاولة مهنة الطب يسأل عما يحدثه بالغير من جرح باعتباره متعدياً ولا يعفى من العقاب الا عند قيام حالة الضرورة وبشروطها القانونية)⁽⁵⁾، ولا يجب ان يغيب عن الذهن ان الترخيص عاماً كان أو خاصاً لا يتقيد بإجراء العمل المرخص به فقط وإنما يشمل كل ما يتصل به من أعمال اخرى لازمة لأجرائه، هذا وتوضح القوانين والأنظمة الخاصة بممارسة مهنة الطب الاحوال والشروط التي يجب تحقيقها لمنح الطبيب الترخيص اللازم لمزاولة أعمال التطبيب المختلفة لأنها هي التي تحدد فيما إذا كان العمل الطبي مرخصاً فيه ومن ثم يكون استعمالاً لحق أو كان غير مرخص فيه وبذلك تجب مسؤولية فاعله كما إن هذه القوانين والأنظمة هي التي تبين فيما إذا كان العمل الطبي الذي يمارسه الطبيب يدخل ضمن حدود الترخيص ام لا ومن ثم يصبح مسؤولاً أمام القانون⁽⁶⁾.

ثانياً: رضاء المريض:

من المبادئ المستقرة في نطاق الأعمال الطبية الحصول على رضاء المريض لمباشرة العلاج على جسمه كعمليات زرع الأعضاء لما تنطوي عليه من مخاطر قد يتعرض لها المريض في المستقبل وبذلك فإن رضاءه ينفي عن فعل الطبيب الصفة غير المشروعة والذي يكون

(1) د.محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص183.

(2) ينظر قانون العقوبات المواد: (2/186) اللبناني، (2/185) السوري، (2/59) الإيراني.

(3) مخلص الظفيري: المسؤولية الجنائية للأطباء، مقالة نشرت على شبكة الانترنت على الموقع www.alseyassan.com، 2008، ص2.

(4) قرار رقم 8/959/تاريخ 1958. جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ج5، دار احياء التراث العربي، لبنان، 2005، ص831.

(5) قرار رقم 2260/تاريخ 2-3-1981. حسن الفكاهي، عبد المنعم حسني: الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية، اصدار الدار العربي للموسوعات، القاهرة، 1989، ص259.

(6) محسن ناجي: الأحكام العامة في قانون العقوبات، مصدر سابق، ص229.

استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بأنّ رضاء المجني عليه بالجريمة لا يمنع من قيامها أو مساءلة الجاني عنها كجرائم الاعتداء على الحياة وسلامة الجسم، كما لا يؤثر في قيام الجريمة رضاء المجني عليه بالعمليات الجراحية والأعمال الطبية إذا كان القصد منها إجراء التجارب الطبية، ويبدو أن العلة من اشتراط الحصول على رضاء المريض قبل التدخل الجراحي أو العلاجي هو صيانة حقه في سلامة جسمه وتكامله الجسدي ومع ذلك يستطيع الطبيب تجاوز رضاء المريض إذا كان الأخير في حالة لا تمكنه من التعبير عن رضائه كما لو كان فاقد الوعي أو لم يكن له من يمثل له لحظة التدخل الطبي ففي هذه الحالة ليس هنالك ما يمنع من افتراض رضاء المريض على أساس أنه لو كان في وعيه لدفعته غريزة حب البقاء والرغبة في التخلص من المرض إلى الرضا، وكذلك يكون الحكم إذا توافرت حالة الضرورة نتيجة خطر جسيم على وشك الوقوع يهدد حياة المريض أو صحته ولا يوجد أي سبيل لدفعه بغير التدخل الجراحي السريع وكانت الظروف لا تسمح بأخذ رضاء المريض أو من يمثلهم مع ذلك يجب على الطبيب أن يحتاط من خلال الحصول على رضاء المريض أو من يمثلهم إذا سمحت له الفرصة، وفي اقرب وقت ممكن، ومما تقدم يتضح أن الأصل في مجال الأعمال الطبية هو حرية المريض في العلاج أمّا ما يجري له من عمليات جراحية دون الحصول على رضائه يعد استثناء من الأصل⁽¹⁾.

ثالثاً: مراعاة أصول الفن:

إن وجود الترخيص القانوني لا يكفي لإباحة العمل الطبي لدى الطبيب بل لابد أن يمارس الطبيب عمله في حدود القواعد والأصول الفنية التي تقتضيها مهنة الطب وهذا يعني أن إباحة التطبيق والعلاج يجب أن يكون مطابقاً للأصول العلمية والفنية المقررة في مجال اختصاصه فإذا حصل تقصير من جانب الطبيب في اتباع هذه الأصول أو أخطأ في تطبيقها كان مسؤولاً عن جريمة غير عمدية كما لو استعمل في إجراء العملية أدوات غير معقمة، وبذلك فإنّ العمل الطبي يتصف بالخطورة مما يقتضي الانتباه واتخاذ الحيطة المناسبة، وهذا وقد أكدت أحكام القضاء المصري على أهمية هذا الشرط حيث قررت (أن من شروط إباحة عمل الطبيب أن يكون ما يجريه مطابقاً للأصول والقواعد القانونية فإنّ خالفها حقت عليه المسؤولية الجنائية بحسب تعمره للفعل ونتيجته أو عدم مراعاة أصول الفن)⁽²⁾، وفي قرار آخر لمحكمة استئناف بيروت (يسأل الطبيب عن إخلاله بواجب طبي مفروض عليه بحكم نظام مهنته أو الاعتراف الراسخ فيها، أو عن جهله قواعد مكرسة في العلم الطبي أو اهماله الحيطة الواجبة وإغفاله الأصول الفنية التي تقتضيها ممارسة المهنة أو عن قلة دراية في النهج الذي التزمه في معالجة حالة طارئة أو في عملية استوجبت مداخلته)⁽³⁾، هذا وإن شرط اتباع أصول الفن ليس معناه أن يكون الطبيب ملزماً باتباع طريقة معينة في العلاج درج عليها أطباء آخرون، فالطبيب يملك حرية تقدير وسيلة العلاج واسلوبه في حدود القواعد والأصول الطبية المقررة في مجال اختصاصه الطبي حتى لو كان قد اختار وسيلة علاج هي محل خلاف من الوجهة العلمية أو الفنية إلا أن نتائجها مضمونة، أما إذا كانت الحالة مستعصية عليه فعندها يتوجب عليه أن يستشير عن هذه الحالة، وعموماً فإنّ الطبيب لا يسأل إلا إذا أثبت أنه في اختياره العلاج أو الطريقة قد خرج عن القواعد والأصول المقررة⁽⁴⁾.

رابعاً: قصد العلاج:

- (1) د. احمد شوقي عمر: القانون الجنائي والطب الحديث، المطبعة العربية، القاهرة، 1986، ص 88.
- (2) قرار رقم 50587/ بتاريخ 16-4-2003، أشار إليه: ابراهيم خليل، اسباب الإباحة وموانع العقاب، مقالة نشرت على شبكة الانترنت على الموقع www.rafatasman.com، 2008، ص 2.
- (3) قرار رقم 910 بتاريخ 18/5/1967، أشار إليه: ندى البدوي: أحكام المسؤولية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 1997، ص 228.
- (4) د. السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة في قانون العقوبات، مصدر سابق، ص 185. د. عدنان الخطيب، النظرية العامة للجريمة، مصدر سابق، ص 141.

ان توافر قصد العلاج لدى الطبيب والجراح يعد من اهم الشروط اللازمة لإباحة عمله ولنفي المسؤولية الجزائية عنه لأنه من المتفق عليه ان أعمالهما لا تكون مشروعة الا اذا قصد منها تحقيق الغاية التي من اجلها خول القانون الحق في مزاولة مهنة الطب وهذا الغرض يعد تعبيراً عن حسن النية والذي يعد شرطاً لازماً لجميع حالات استعمال الحق⁽¹⁾ وفق (م⁴¹) من ق.ع.ع. اما اذا استهدف الطبيب من عمله تحقيق غرض اخر غير العلاج فإنه سوف يسأل جزائياً عن جريمة عمدية، هذا وقد ثار خلاف حول مدى إباحة عمليات التجميل والإجهاض ونقل الدم وللغرض في هذا الخلاف فإنه يتعين البحث في كل واحدة على حده، فعمليات التجميل اذا كانت تستهدف ازالة اصبع سادس من يد المريض أو تسوية شدوذ في أطرافه وإعطائه الشكل الطبيعي فإن العمل في حقيقته علاجي لانه يرمي الى تخليص الجسم من عارض غير طبيعي⁽²⁾، أما عمليات الإجهاض (Abortion)⁽³⁾ فإنه لا يبرر للطبيب القيام بها إلا إذا كانت لازمة وضرورية لإنقاذ المريضة من مرض معين أو لاجل وقايتها من متاعب صحية لا تتحملها، أما نقل الدم (Transfusion of blood)⁽⁴⁾ فهي بدون شك مشروعة بالنسبة لمن ينقل الدم اليه اذ تعد علاجاً لازماً وهي مشروعة كذلك بالنسبة لمن يؤخذ الدم منه وتفسير ذلك أنه إذا كان المساس الذي يحدثه فعل الطبيب بسلامة جسم المريض يسيراً بحيث لا يحول بين من تعرض له وبين إداء وظيفته الاجتماعية على النحو العادي والمألوف فإن الرضاء به يكون سبباً لأبحاثه⁽⁵⁾ ومن تطبيقات القضاء المصري في هذا الصدد قرار محكمة النقض التي تقول فيه (العلة في إباحة عمل الطبيب والجراح وانتفاء مسؤوليتهما هو ترخيص القانون على أن يكون لغرض علاج المرضى ولو كان بإجراء عمليات جراحية)⁽⁶⁾.

المطلب الثالث

حسن النية في استعمال الحق في أعمال العنف

إن استخدام العنف يشكل مساساً بالحرية الفردية واعتداء على المجتمع ككل لذا فإنه يستلزم تدخل المشرع لبيان الحدود التي تتطلبها المصلحة الاجتماعية من حيث مدى إباحة استعمال هذا الحق في أحوال معينة واستناداً إلى ذلك فإن المشرع العراقي قد جعل من استعمال أعمال العنف مباحاً في ظل ظروف معينة على ان يتم الالتزام بالحدود الموضوعية والشخصية ويراد بالحدود الشخصية حسن النية في أعمال العنف والذي أشير اليه في (م^{41/3/4}) من ق.ع.ع. التي تنص (لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون ويعتبر استعمالاً للحق 3- أعمال العنف التي تقع اثناء الألعاب الرياضية متى كانت قواعد اللعب قد روعيت 4- أعمال العنف التي تقع على من ارتكب جنائية أو جنحة مشهودة بقصد ضبطه)⁽⁷⁾. واستناداً إلى ما تقدم بيانه سوف اقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع أتناول فيها التعريف بأعمال العنف وأساس مشروعيتها، وشروط استعمال العنف في الألعاب الرياضية وشروط إباحة أعمال العنف في القبض على المجرمين وكالاتي:

الفرع الأول

- (1) د. عبد الحميد الشواربي: مسؤولية الأطباء والصيدلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000، ص 163. حسين عبد الصاحب عبد الكريم: الاعتداء على حق الانسان في التكمال الجسدي، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، بجامعة بغداد، 2005، ص 156.
- (2) د. محمد زكي ابو عامر، علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات اللبناني القسم العام، مصدر سابق، ص 237.

(3) Ph. Dr. George moore: Eccential of obstetrics and Gynecology, without place of print 2002, P. 415

(4) William F. Ganong: Medical Physiology, New Work, 2003, P. 540.

- (5) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات اللبناني القسم العام، مصدر سابق، ص 206.
- (6) طعن رقم 959 بتاريخ 1985، جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ج 5، مصدر سابق، ص 831.
- (7) ينظر قانون العقوبات المواد: (3/186) اللبناني، (3/185) السوري، (3/59) الايراني.

مفهوم أعمال العنف وأساس مشروعيتها

يتطلب بيان مدلول أعمال العنف تعريف العنف وأساس مشروعيته وذلك في الفقرات

الآتية:

أولاً: تعريف العنف:

ظهرت عدة آراء لتحديد معنى العنف وبيان مدلوله حيث عرف بأنه (ممارسة الإنسان للقوى الطبيعية بما في ذلك الطاقة الجسدية للتغلب على مقاومة الغير، سواء مورست تلك القوى مباشرة على الجسد الخارجي لمن يتحمل العنف أو أحس بها حينما أراد استخدام أعضائه لخدمة إرادته)⁽¹⁾، أو هو (عمل إرادي فيه بصمات عدوانية يهدف إلى إلحاق أضرار مادية أو معنوية أو نفسية لفرد أو جماعة)⁽²⁾، أما العنف في مجال بحثنا فإنه عنف مشروع استناداً إلى نص القانون ووفق شروط معينة إذا تم الالتزام بها أصبح استعمال العنف مسموحاً به، أما في حالة الخروج عنها عاد العنف إلى صفته غير المشروعة، وفي ضوء ما تقدم يمكن تعريف العنف بأنه (لجوء الفرد لاستخدام قوته العضلية بصورة مشروعة استناداً إلى إباحة القانون ووفق شروط وضوابط معينة لتحقيق غايات مشروعة).

ثانياً: أساس مشروعية إباحة أعمال العنف:

ظهرت ثلاثة آراء فقهية لتحديد أساس استعمال العنف في الألعاب الرياضية والقبض على المجرمين وقد تباينت هذه الآراء فيما بينها، الرأي الأول استند في تحديد أساس مشروعية وإباحة أعمال العنف إلى رضا المجني عليه والذي يتعلق في الألعاب الرياضية دون القبض على المجرمين على اعتبار أن من يرتضي لعب المباراة يكون قد قبل ضمناً الأخطار المحتمل حدوثها من جراء تلك اللعبة كما في كرة القدم أو المصارعة أو الملاكمة⁽³⁾، ولكن هذا الرأي غير مقبول لأنّ رضا المجني عليه في جرائم الجرح والقتل والضرب والإيذاء لا يؤثر في قيام المسؤولية الجزائية وأن الحق في سلامة الجسم هو ليس حقاً فردياً مطلقاً وإنما هو حق ذو طبيعة اجتماعية لكون رضا المجني عليه ينصرف إلى الجانب الفردي من هذا الحق دون الجانب الاجتماعي والمتمثل بحق المجتمع، لذلك يبقى حق المجتمع في الدفاع قائماً ويظل فعل الاعتداء خاضعاً لنص التجريم وعليه من الخطأ أن يقال بأنّ رضا المجني عليه يمنع من قيام المسؤولية الجزائية في الألعاب الرياضية لأنّ المساس بسلامة الجسم من النظام العام وحمايته أمر تقتضيه مصلحة المجتمع⁽⁴⁾، أما الرأي الثاني فإنه قد ظهر نتيجة الانتقادات التي وجهت إلى الرأي الأول، وبرر حق استعمال العنف على أساس انتفاء القصد الجرمي لدى كل من اللاعب أو الشخص الذي يستخدم العنف للقبض على الجاني، على اعتبار إن الإرادة والقصد قد اتجاها نحو تحقيق مصلحة معينة لأنه لم يقصد من فعله إلحاق الأذى بالغير وإنما كان هدفه التغلب على منافسه في اللعبة الرياضية أو القبض على المجرم⁽⁵⁾، إلا إن هذا الرأي غير مقبول أيضاً لأنه يخلط بين القصد الجرمي والباعث على ارتكاب الجريمة مما لا يمكن التعميل عليه وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية (إن اللاعب لا يسأل جنائياً عما يحدثه في اللعب من ضربات أو جروح متى كان هذا اللعب غير محظور وغير مخل بالنظام العام إلا إذا ثبت حصول ذلك على خلاف ما ينص

(1) أمل فاضل عبد خشان: العنف ضد المرأة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 2002، ص 11.

(2) ماجد يوسف داوي: العنف ضد الأطفال والنساء وانعكاسه على مفهوم الذات، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.majeddawe@hotmail.com، 2008، ص 3.

(3) د. محمد عيد غريب: شرح قانون العقوبات، مصدر سابق، ص 334، وقد نصت (م⁵¹) من قانون العقوبات السوداني (لا جريمة في فعل بسبب ما أحدثه هذا الفعل من ضرر للشخص أو لمال أي شخص متى كانت سن ذلك الشخص تزيد عن الثامنة عشر وصدر منه باختياره وعن إدراكه رضا صريح أو ضمني بذلك الفعل).

(4) د. محمد مصطفى القللي: في المسؤولية الجنائية، مصدر سابق، ص 225.

(5) د. عباس الحسني: شرح قانون العقوبات العراقي الجديد، مصدر سابق، ص 122. د. مصطفى كامل: شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص 309.

القانون⁽¹⁾، أما الرأي الثالث وهو الراجح لدى أغلب الفقه الجنائي فقد أقام أساس مشروعية حق استعمال العنف على نص القانون أو ترخيصه⁽²⁾، فالذي يستعمل العنف في حالات معينة إنما يقوم بفعل مشروع أباحه القانون وهو بذلك يمارس حقه ولا جريمة فيما أوجبه القانون وأجازه، إذن علة إباحة ما تنطوي عليه أعمال العنف وما قد تتضمنه من أفعال تمس سلامة الجسم هي إجازة القانون لهم بذلك وعلى وفق شروط معينة (سنأتي على ذكرها فيما بعد) وبذلك لا يمكن للقانون معاقبتهم عما قد يقع من نتائج فيما بعد ضمن الشروط المحددة لأن إيقاع الجزاء يؤدي إلى الوقوع في تناقض فضلاً عن تجريد ذلك الحق من كل قيمة، وعليه فإن اللاعب لا يكون مسؤولاً عما يحدثه في اللعبة من إصابات كما لو ضرب لاعب المباراة بسيفه اللاعب الآخر في أثناء اللعبة وأدى ذلك إلى إصابته بجراح، هذا وقد أكدت أحكام القضاء المصري على نص القانون كأساس لإباحة مشروعية استعمال العنف ومنها (إن العلة في انتفاء المسؤولية الجزائية بخصوص الإصابات التي تحدث في الألعاب الرياضية هي إن القانون يبيح هذه الألعاب لكون من يمارسها يستعمل حقا خوله القانون به وبذلك لا تترتب عليه أي مسؤولية في استعماله)⁽³⁾.

الفرع الثاني

شروط أعمال العنف في الألعاب الرياضية

أباح المشرع العراقي في قانون العقوبات استعمال العنف في الألعاب الرياضية لأنها تمثل نشاطاً مشروعاً لا شك فيه فضلاً عن أن الرياضة من أهم وسائل التربية في العصر الحديث لكونها تؤدي دوراً كبيراً في تقوية الجسم فضلاً عن تأديتها وظيفة اجتماعية مهمة وهي إشغال أوقات الأفراد فيما ينفعهم، لذلك خصتها الدساتير بالحماية وأوجبت على الحكومات رعايتها ومن أجل ذلك شرعت القوانين والأنظمة لتنظيم وضبط قواعدها من جهة ومن جهة أخرى لبيان شروط استعمال حق العنف في بعض ألعابها⁽⁴⁾، وهي كالآتي:

أولاً: اعتراف القانون باللعبة:

يقتضي إباحة العنف في الألعاب الرياضية (Athletics)⁽⁵⁾ أو العرف الرياضي أن تكون لها قواعد متعارف عليها وتقاليد تحمل المشتركين فيها على احترام قواعدها ولا يهتم بعد ذلك أن تكون هذه اللعبة متعارف عليها لدى جماعة صغيرة أو كبيرة أو على مستوى منظمة رياضية معينة، أما إذا لم يعترف القانون باللعبة فلا مجال لتطبيق الإباحة وإنما يوصف العمل بالتجريم⁽⁶⁾.
ثانياً: احترام القواعد الأساسية للعبة: تنتفي المسؤولية الجزائية عن اللاعب بخصوص العنف المستخدم أثناء ممارسة اللعبة إذا روعيت قواعدها⁽⁷⁾، ذلك لأن لكل لعبة قواعدها وأصولها الفنية المتعارف عليها لدى اللاعبين الذين يمارسونها والتي قررتها الدولة أو الهيئة المشرفة على الألعاب الرياضية أو قررت وفقاً لقواعد العرف القائم فمثلاً في لعبة الملاكمة لا يجوز للاعب أن يضرب منافسه في ظهره أو أسفل البطن لأنه إذا فعل ذلك عن قصد يكون مسؤولاً عن الإصابات التي أحدثها والنتائج المترتبة عليها حيث يسأل عن جريمة عمدية أما إذا كانت راجعة إلى خطأ، فإنه يسأل عن جريمة غير عمدية⁽⁸⁾، ومن ثم فإن للألعاب الرياضية مثل الملاكمة أو السلة أو

- (1) قرار رقم 392/ن/بتاريخ 1986 ينظر جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ج5، مصدر سابق، ص835.
- (2) د. عبد الحميد الشواربي: الأحكام العامة لقانون العقوبات في ضوء الفقه والقضاء، مصدر سابق، ص449. د. عدنان الخطيب: محاضرات عن النظرية العامة للجريمة، مصدر سابق، ص144. د. علي عبد القادر القهوجي: شرح قانون العقوبات - القسم العام، مصدر سابق، ص280.
- (3) قرار رقم 5/ن/ بتاريخ 1986، جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ج5، مصدر سابق، ص834.
- (4) د. عدنان الخطيب: النظرية العامة للقصد الجنائي، مصدر سابق، ص142.
- (5) Ph. Dr. Fakir Abdul-Razzak, Widad Al-Mufit: A course in English, Baghdad, 1987, P. 149.
- (6) د. عبد الفتاح خضر: النظام الجنائي، مصدر سابق، ص220. د. سامي النصاروي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مصدر سابق، ص199.
- (7) د. محمد علي السالم: شرح قانون العقوبات القسم العام، دار الثقافة، ط1، عمان، 2007، ص134.
- (8) د. محمد سامي النصاروي: شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، مصدر سابق، ص349.

كرة القدم أو المصارعة.... الخ قواعد أساسية يجب مراعاتها من قبل كل لاعب عند ممارسته لها وهذه القواعد يتم إقرارها من قبل المختصين بهذا المجال لتصاغ بعد ذلك على شكل قوانين خاصة بهذه الألعاب مثل القانون الدولي لكرة القدم أو كرة السلة أو المصارعة.... الخ ولهذه القوانين أهميتها كونها المرجع الرئيس بالنسبة للمحاكم القضائية لبيان فيما إذا كان الفعل قد ارتكب خلال ممارسة اللعبة الرياضية أو خارجها وكذلك فيما إذا كان اللاعب قد راعى قواعد اللعبة أم لا، لأنه في حالة خروجه عن القواعد والأصول الخاصة باللعبة فذلك يعني تحمل المسؤولية الناتجة عن فعله والتي قد تكون عمدية وبذلك يتحقق وجود سوء النية لدى اللاعب كما لو استخدم أعمال العنف لغرض الانتقام من منافسه، أو قد تكون مسؤوليته غير عمدية نتيجة إهماله و رعونته أو عدم انتباهه⁽¹⁾، ومن تطبيقات القضاء المصري بهذا الشأن (إن اللاعب يسأل جنائياً عما يحدث في اللعبة من إصابات أو جروح وإن كانت ناشئة عن رعونته أو إهماله أو عدم احتياط أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة)⁽²⁾.

ثالثاً: رضاء المجني عليه: ذكرنا سابقاً إن القانون يبيح بصفة عامة ممارسة بعض الألعاب الرياضية التي تتطلب العنف أحياناً مثل كرة القدم أو الملاكمة أو المصارعة.... الخ على الرغم مما قد تحدثه هذه الألعاب من إصابات لبعض اللاعبين بفعل البعض الآخر خلال اللعب ومع ذلك لا يسأل من تسبب في إحداث هذه الإصابات إذا كانت واقعة بناءً على رضاء المجني عليه لأن الرضا شرط من شروط إباحة النشاط الرياضي، أما إذا لم يتحقق هذا الشرط فلا محل للإباحة لأنه لا يمكن أن يجبر أي إنسان على تحمل الأضرار الناتجة عن اللعبة الرياضية لمجرد إن محدث هذه الأضرار له الحق في ممارستها، إذن لا بد من تحقق رضا من وقع عليه الضرر إلا إن هذا الرضا ليس هو سبب إباحة استخدام حق العنف كما ذكرنا سابقاً وإنما هو شرط من شروط إباحة النشاط الرياضي⁽³⁾، وهذا الشرط لا يستلزم التعبير عنه صراحة وإنما قد يتم استنتاجه من خلال المشاركة الطوعية في المباريات إذ لا يمكن أن تتم أي مباراة بدون رضاء اللاعبين المشتركين فيها، هذا ويؤخذ بنظر الاعتبار لدى جميع اللاعبين إن الرضا يشمل قواعد اللعبة المتعارف عليها في المجال الرياضي وبذلك فلا يحق للاعبين أن يجعلوا من الرضا حجة للخروج عن قواعد اللعبة وذلك لتجنب المخاطر التي قد تترتب على ذلك، فضاء اللاعب لا يعني قبوله المخاطرة ولا يترتب عليه إعفاء الطرف الآخر من المسؤولية في حالة عدم مراعاة القواعد والقوانين اللازمة لمباشرة اللعبة ولا يجرّد فعله من الصفة الإجرامية إذا تخطى ذلك بعد أن كان مشروعاً⁽⁴⁾.

رابعاً: وقوع أعمال العنف أثناء ممارسة اللعبة:

أي أن تقع أعمال العنف عند ممارسة اللعبة الرياضية ويستوي في ذلك وقوعها في مباراة نظامية أو خلال التمرينات ومع هذا يجب أن يكون العنف قد وقع في الأماكن المخصصة لذلك وطبقاً للنظام العام الذي تفرضه القواعد المنظمة للعبة، وبذلك لا يعد استعماراً لهذا الحق إذا اشتبك اللاعبان في مشاجرة أو حصل العنف قبل بداية المباراة أو بعد انتهائها⁽⁵⁾.

خامساً: حسن النية:

إن الحقوق ليست مطلقة لأنها لا تقرر لذاتها بل من أجل تحقيق غايات معينة يراها المشرع جديرة بالاعتبار، واستناداً لهذا ينبغي على من يمارس أعمال العنف في المجالات المنصوص عليها قانوناً أن يتحرى الغاية التي من أجلها قرر له هذا الحق لكي يبقى في دائرة الإباحة متى حرص على تحقيق هذه الغاية، أما إذا انحرف عنها وساءت نيته انتفت عن فعله صفة المشروعية وخضع للمسائلة القانونية، وبالنسبة إلى الشروط التي سبق ذكرها فأنها كانت تمثل الحدود المادية

(1) د. علي راشد: القانون الجنائي، دار النهضة العربية، ط2، القاهرة، 1974، ص510.

(2) قرار رقم 15/ص33/بتاريخ 1980، جندي عبد الملك: الموسوعة الجنائية، ج5، مصدر سابق، ص835.

(3) د. علي راشد: القانون الجنائي، مصدر سابق، ص510.

(4) د. علي عبد القادر القهوجي: شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص281.

(5) د. محمد عيد غريب: شرح قانون العقوبات، مصدر سابق، ص344.

أو الموضوعية لحق استعمال العنف عند ممارسة الألعاب الرياضية والتي بعدم مراعاتها يتحقق التجاوز أما عن شرط حسن النية فإنه يمثل الحدود الشخصية والتي في حالة عدم الالتزام بها يعني التعسف في استخدام هذا الحق فالمراد بحسن النية هو انتفاء القصد الجرمي لدى اللاعب ذلك إن القصد إرادة متجهة نحو مخالفة أحكام القانون من خلال الاعتداء على الحقوق التي يحميها فمن انتفى لديه هذا القصد لم يكن سيء النية⁽¹⁾ لذلك يجب أن يكون قصد اللاعب من ممارسة اللعبة هو تحقيق الغاية التي قصدها القانون من إباحة هذه اللعبة وبذلك لا يجوز له أن يحقق من وراء ذلك مقاصد أخرى كالإضرار لشفاء ضغائن أو أحقاد أو لغرض الحصول على التفوق والصعود إلى مرتبة عليا على حساب الآخرين.... الخ لأنه في هذه الحالة يكون قد تجاوز حدوده الشخصية المقررة لإباحة أعمال العنف ومن ثم يكون متعسفاً في استعمال حقه لذا يسأل عن نتائجه بصورة عمدية لسوء نيته⁽²⁾، هذا وقد تثار صعوبة إثبات سوء النية لكونها أمراً داخلياً نفسياً ليس من السهل اكتشافه لكن يمكن التوصل إليه من خلال معرفة قواعد اللعبة والطريقة الصحيحة لممارستها وظروفها، فضلاً عن الاستعانة بخبير متخصص في مجال النشاط الرياضي للتأكد من أن السير العادي للعبة في ظل الظروف الطبيعية قد يؤدي فعلاً إلى مثل هذه النتيجة، ففي الألعاب القتالية مثل المصارعة أو الملاكمة فإن الهدف منها هو إثبات القوة بالدرجة الأولى وليس إيذاء الخصم لأن في حالة قيام أحد اللاعبين بضرب اللاعب الآخر بقصد إيذائه وأدى ذلك إلى وفاته فإنه يسأل عن جريمة ضرب مفضي إلى الموت أما إذا كان قصده القتل فيُسأل عن قتل عمد⁽³⁾، ومن تطبيقات القضاء العراقي بشأن حق استعمال العنف في الألعاب الرياضية (لا يعتبر المتهم قد ارتكب جريمة القتل الخطأ إذا اصطدم أثناء أدائه لعبة كرة القدم بالمجني عليه أو ركله عند محاولة ضرب الكرة فأدى ذلك إلى وفاته)⁽⁴⁾ أما على صعيد القضاء العربي فقد قضت محكمة النقض السورية في قرار لها (التسبب بالموت نتيجة أعمال عنف وقعت في أثناء اللعبة الرياضية هي من الجرائم القصدية مادامت هذه اللعبة لم تكن جارية بتراضي الطرفين).⁽⁵⁾

الفرع الثالث

شروط أعمال العنف بقصد ضبط مرتكبي الجناية أو الجنحة المشهوددة

وجد المشرع أن من مستلزمات حفظ الأمن في المجتمع أن يبيح لكل فرد حق القبض على الجاني في جناية أو جنحة مشهوددة لتأمين عدم فراره فضلاً عن أن ضبطه متلبساً بجريمته يجعل دليل الإثبات ضده متوافراً وفي ذلك تسهيل لمهمة القضاء في أن يقتص منه، هذا وقد منح الأفراد هذا الحق بموجب قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم 23 لسنة 1971 طبقاً (م¹⁰²) التي نصت على أن (لكل شخص ولو بغير أمر من السلطات المختصة أن يقبض على أي متهم بجناية أو جنحة في إحدى الحالات الآتية: 1. إذا كانت الجريمة مشهوددة 2. إذا كان قد فر بعد القبض عليه قانوناً. 3. إذا كان قد حكم عليه غيابياً بعقوبة مقيدة للحرية. ب- لكل شخص ولو بغير أمر من السلطات المختصة أن يقبض على كل من وجد في محل عام في حالة سكر بين واختلال وحدث شغباً أو كان فاقداً صوابه)، ومع ذلك فإن استخدام أعمال العنف في القبض على المتهمين والذي أشارت إليه (م^{4/41}) من ق. ع. ع. يكون مباحاً إذا توافرت شروطه وهي كالآتي:

- (1) المصدر نفسه، ص 344.
- (2) د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات، ج 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص 324.
- (3) عمر فخري عبد الرزاق: تجريم التعسف في استعمال الحق بوصفه سبباً من أسباب الإباحة، مصدر سابق، ص 140.
- (4) قرار رقم 304/تميزيه/ بتاريخ 5-6-1978. مجموعة الأحكام العدلية، يصدرها قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل العراقية، العدد الثاني، 1978، ص 191.
- (5) قرار رقم 187/ق/331- بتاريخ 28-5-1957. محمود زكي شمس: الموسوعة العربية للاجتهادات القضائية والجزائية، ج 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص 847.

أولاً: أن تكون الجريمة مشهودة: ونعني بهذا الشرط ضبط المتهم في حالة التلبس وهذه الحالة هي التي تبرر للشخص العادي استعمال العنف للقبض على المتهم أما في غير هذه الصورة فلا يجوز له استعمال العنف وإن حصل سُئِلَ فاعله طبقاً لقواعد المسؤولية الجزائية⁽¹⁾.

هذا فضلاً عن عملية القبض فقد أعطت أغلب التشريعات أمكانية اتخاذ بعض الإجراءات للحيلولة دون ضياع معالم الجريمة أو هروب الجاني ليصبح الخطأ في تقدير الأمور قليلاً فمثلاً أعطي الحق في حالة الجرم المشهود تقديم الشكوى إلى من كان حاضراً من ضباط الشرطة ومفوضيها، كما أعطي لعضو الضبط القضائي الحق في التوجه إلى مكان وقوع الجريمة لتدوين إفادة المجني عليه وضبط الأسلحة وتثبيت حالة الأشخاص والأماكن وكل ما يفيد التحقيق⁽²⁾، هذا وقد نصت (م^{1/1}) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم 23 لسنة 1971 على الصور التي تكون فيها الجريمة مشهودة⁽³⁾ وهذه الحالات قد وردت على سبيل الحصر ولا مجال للتوسع فيها، كما وإن التلبس في الحالة الأولى (مشاهدة الجريمة حال ارتكابها) هو تلبس حقيقي ونعني به المشاهدة الحقيقية عن طريق الرؤيا كمشاهدة الجاني وهو يطعن المجني عليه أو مشاهدة الراشي وهو يقدم المال إلى الموظف، هذا ومن الجدير بالذكر إن المشاهدة أو الرؤية ليست الحالة الوحيدة لكشف حالة التلبس لأنه بالإمكان إدراكها عن طريق الحواس الأخرى مثل السمع أو الشم كسماع صوت الطلقات النارية في جريمة القتل أو شم رائحة الغاز المخدر أو الخانق، أما حالات التلبس الأخرى فيكون فيها التلبس اعتباري كمن يشاهد النار بعد وضعها من قبل الفاعل أو أن يتبع المجني عليه مرتكب الجريمة أو يتبعه الجمهور مع الصياح أو ملاحظة آثار الجريمة على المتهم أو مشاهدة أدلة الجريمة مع المتهم مما يدل على أنه فاعل في الجريمة أو شريك فيها وبذلك فإن مفهوم التلبس يتحقق عندما تتم مشاهدة الجريمة وليس مرتكبها لأن التلبس وصف لازم للجريمة ذاتها بغض النظر عن شخص مرتكبها⁽⁴⁾ وبخصوص الجريمة المشهودة الوارد ذكرها في (م^{1/1}) فنحن نتفق مع الرأي الذي يرى بأن المشرع العراقي لم يكن موفقاً في استعمال الكلمات على وفق معناها اللغوي، إذ استعمل كلمة برهة في غير معناها اللغوي الفصيح فالبرهة تعني الحين الطويل من الدهر وليس المدة الزمنية القصيرة كما أرادها المشرع، فضلاً عن أن النص احتوى تعداداً ليس له ما يبرره (الآلات أو أسلحة أو أمتعة أو أوراق) وكان بالإمكان الاكتفاء بكلمة الأشياء لسعتها وأخيراً يفضل استعمال كلمة مساهم بدلاً من الفاعل والشريك الوارد ذكرها في النص، ولكل ذلك يرى صاحب هذا الرأي إعادة صياغة المادة السابقة بالشكل الآتي: (تكون الجريمة مشهودة إذا شوهدت حال ارتكابها أو بعد ذلك بوقت يسير أو إذا تبع المجني عليه أو غير مرتكبها أثر وقوعها بالإشارة أو الصياح أو إذا وجد مرتكبها بعد وقوعها بوقت قريب حاملاً أشياء يستدل منها على أنه مساهم فيها أو إذا وجدت به في ذلك الوقت آثار أو علامات تفيد ذلك)⁽⁵⁾.

ثانياً: أن تكون الجريمة المشهودة جنائية أو جنحة:

قسم ق. ع. الجرائم من حيث جسامتها في (م²³) إلى ثلاثة أنواع الجنايات والجنح والمخالفات وعرف كل نوع منها بالعقوبات التي رسمها لها، هذا وقد قصر المشرع العراقي في (م^{4/41}) من ق. ع. ع. إباحة استعمال العنف في الجرائم التي تكون من نوع الجنايات أو الجنح وبذلك يكون قد أخرج من نطاق الإباحة المخالفات والعلة في ذلك واضحة وهي إن المخالفة

(1) عمر فخري عبد الرزاق: تجريم التعسف في استعمال الحق بوصفه سبباً من أسباب الإباحة، مصدر سابق، ص 144.

(2) د. سليم إبراهيم حرب، عبد الأمير العكيلي: أصول المحاكمات الجزائية، ج 1، المكتبة القانونية، بغداد، 1988، ص 28.

(3) ينظر ص 26 من الرسالة.

(4) د. سليم إبراهيم حرب، عبد الأمير العكيلي: أصول المحاكمات الجزائية، ج 1، مصدر سابق، ص 30.

(5) ينظر أستاذنا: محمد علي سالم: اختصاص الشرطة في التحري عن الجرائم، أطروحة دكتوراه، مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 1989، ص 326.

جريمة بسيطة لا تتطلب ضبط مرتكبها باستعمال العنف لأنه قد يتسبب في إلحاق أذى يفوق الضرر الذي تولده الجريمة ولكن يرد على هذا الشرط استثناء واحد يتمثل بإجازة القانون لكل شخص حق استعمال العنف للقبض على الشخص الذي يكون في حالة سكر في محل عام مع إحداث شغب أو فقدانه لصوابه حسب ما جاء في (م^{102/ب}) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم 23 لسنة 1971 والتي تنص (لكل شخص ولو بغير أمر من السلطات المختصة أن يقبض على كل من وجد في محل عام في حالة سكر بين واختلال وأحدث شغباً أو كان فاقداً صوابه)، والعلة من ذلك هو منع ارتكاب الجرائم قبل حدوثها لأن الشخص الذي يكون في حالة سكر بين وفي محل عام قد يتسبب بإلحاق الأذى بنفسه أو بالآخرين⁽¹⁾.

ثالثاً: أن يكون العنف ضرورياً لإتمام عملية القبض:

لا يحق للمأذون بالقبض على المتهم بالجرم المشهود اللجوء إلى استعمال القوة والعنف لإلقاء القبض عليه إلا في حالة عدم مطاوعة الشخص المراد القبض عليه أو في حالة إبداء المقاومة أو إذا حاول المتهم الشروع بالهروب ولا يجوز بأي حال من الأحوال أن تتخطى القوة المستعملة من قبل المأذون القوة التي يبيدها المتهم للمقاومة، كما لا يجوز استعمال قوة تؤدي إلى إحداث موت المتهم المراد القبض عليه إلا إذا كانت الجريمة المتهم بها معاقباً عليها بالإعدام أو السجن المؤبد⁽²⁾، وهذا ما أكدته (م¹⁰⁸) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم 23 لسنة 1971 والتي جاء فيها (إذا قاوم المتهم القبض عليه أو حاول الهرب فيجوز لمن كان مأذوناً بالقبض عليه قانوناً أن يستعمل القوة المناسبة التي تمكنه من القبض عليه وتحول دون هربه على أن لا يؤدي ذلك بأية حال إلى موته ما لم يكن متهماً بجريمة معاقب عليها بالإعدام أو بالسجن المؤبد)⁽³⁾.

رابعاً: حسن النية:

القانون لا يعرف حقوقاً مطلقة إذ الحقوق جميعها نسبية لذا من اللازم التحقق من دخول الفعل في نطاق الحق على وفق ما يتطلبه القانون وذلك بالتزام حدوده المادية فضلاً عن حدوده الغائية والتمثلة بحسن النية⁽⁴⁾، وهذا يعني أن يكون هدف المأذون من استعمال العنف الذي أشار إليه ق.ع. في (م^{4/41}) السابق الإشارة إليها، هو القبض على المتهم المتلبس بالجرم والذي من أجله استخدم هذا الحق أما إذا كان قصده من ذلك هو الانتقام أو الثأر من المجني عليه فإنه بذلك لا يكون مستعملاً حقاً أباحه القانون وإنما يكون متعسفاً وعلى أساس ذلك يتعرض للمسؤولية الجزائية المترتبة على فعله كما لو استعمل المأذون العنف بدون أن يبدي المتهم أي مقاومة أو محاولة للهروب أو قام بتعذيبه لانتزاع الاعتراف منه كتوثيق يديه أو رجليه وضربه بالسوط أو ركله بالأقدام⁽⁵⁾، هذا وتجب ملاحظة إن حق استعمال العنف بقصد ضبط المتهم لأجل ضمان عدم فراره لا يجيز القتل قصداً إلا إذا كان المتهم قد ارتكب جنائية معاقباً عليها بالإعدام أو السجن المؤبد كما هو الحال في جرائم القتل عمداً أو جنائيات السرقة ذات الظرف المشدد والتي تصل فيها العقوبة إلى السجن المؤبد وهذا ما قضت به محكمة التمييز في العراق (إذا كان المتهم قد شاهد والده ليلاً وهو يركض خلف المجني عليه صائحاً سارقاً..سارق لذا اشترك مع والده في مطاردة المجني عليه للقبض عليه باعتباره قد ارتكب جريمة مشهودة وهي دخول دار المتهم ليلاً لسرقته فإن رمي المتهم المجني عليه بحجارة أصابت رقبته وسببت وفاته يعتبر من قبيل العنف المسموح به حسب (م^{4/41}) من ق.ع. لذلك لا يسأل المتهم في هذه الحالة عن الوفاة طالما إن

- (1) محسن ناجي: الأحكام العامة في قانون العقوبات، مصدر سابق، ص235.
- (2) د. سامي النصراني: المبادئ العامة لقانون العقوبات، مصدر سابق، ص201، 202.
- (3) ينظر المواد: (102) (103) قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، (30) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني، (37) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.
- (4) عمر فخري عبد الرزاق: تجريم التعسف في استعمال الحق بوصفه سبباً من أسباب الإباحة، مصدر سابق، ص268.
- (5) د. علي حسين الخلف: د. سلطان عبد القادر الشاوي: المبادئ العامة في قانون العقوبات، مصدر سابق، ص268.

إرادته لم تنصرف إلى أكثر من القبض على المجني عليه⁽¹⁾، وبذلك يمكن القول بأن شرط (حسن النية) يمثل الحدود الشخصية لحق استعمال العنف وبالخروج عنه يتحقق التعسف في استعمال الحق وبالتالي مسألة المتعسف عن ذلك جزائياً وفقاً لما تؤول إليه نتائج أعماله، أما إذا كان التعسف حاصلًا عن خطأ في استخدام القوة سئل الفاعل عن جريمة غير عمدية.

(1) قرار رقم 326/ بتاريخ 19-6-1982. مجموعة الأحكام العدلية، يصدرها قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل العراقية، العدد 2، السنة 1982، ص 102. وقد شدد مجلس قيادة الثورة (المنحل) عقوبة جرائم السرقة بموجب القرارات الآتية:

أولاً: قرار رقم 1631 بتاريخ 30/10/1980 والذي ينص: (يعاقب بالإعدام كل من ارتكب أياً من الجرائم الآتية: 1- جريمة السرقة المنصوص عليها في (م⁴⁴⁰) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969. 2- جريمة السرقة المنصوص عليها في الفقرة (4) من (م⁴⁴³) من قانون العقوبات. 3- جريمة السرقة المنصوص في الفقرة (5) من (م⁴⁴³) من قانون العقوبات)، ينظر الوقائع العراقية، العدد 2802 بتاريخ 10/11/1980.

ثانياً: قرار رقم 1133 بتاريخ 2/9/1982 والذي ينص (يعاقب بالإعدام كل من ارتكب أياً من جرائم السرقة المنصوص عليها في المادتين (441) و(442) والفقرات (1) (2) (3) من (م⁴⁴³) من قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 وذلك في ظروف الحرب)، ينظر الوقائع العراقية، العدد 2902 بتاريخ 20/9/1982.

المبحث الثالث

حسن النية في حق الدفاع الشرعي

أباحَت الشريعة الإسلامية دفع كل جريمة منذرة بخطر حال والأصل في هذه الإباحة قوله تعالى في كتابه العزيز ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾⁽¹⁾ وقال رسول الله ﷺ (من قتل دون ماله فهو شهيد ومن قتل دون دمه فهو شهيد ومن قتل دون دينه فهو شهيد ومن قتل دون أهله فهو شهيد)⁽²⁾ كما أكدت المبادئ الراسخة لدى المجتمعات بأن الجريمة سلوك إنساني يخل بأمن المجتمع واستقراره، لذا تستوجب ملاحقة من ارتكبها لإنزال الجزاء به عن طريق السلطات المختصة التي تقوم بإجراءات التحقيق والمحاكمة والاقتصاص من الجاني، لذا أصبح من الواجب على المعتدى عليه اللجوء إلى هذه السلطات للحصول على حقوقه، لكن مع هذا قد يصعب تطبيق ذلك في بعض الحالات الاستثنائية التي تفرض على الشخص رد الاعتداء في الحال لتعذر اللجوء السريع إلى هذه السلطات لتوفير الحماية اللازمة له ضد ذلك الاعتداء، لذا يحق للمعتدى عليه الدفاع عن نفسه وعن ماله وعن نفس ومال الغير أيضاً، لأنَّ الدفاع الشرعي سبب من أسباب الإباحة وحق موضوعي مطلق مقرر لجميع أفراد المجتمع⁽³⁾. واستناداً إلى ما تقدم فإنَّ بيان دور مبدأ حسن النية في الدفاع الشرعي يستلزم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب أخصص المطلب الأول لدراسة أساس حسن النية في استعمال حق الدفاع الشرعي والمطلب الثاني لبيان الاستثناءات الواردة على قيد حق الدفاع الشرعي ضد أفراد السلطة العامة، أما المطلب الثالث فساخصه لبيان تجاوز حدود حق الدفاع الشرعي وكالاتي:

(1) سورة البقرة من الآية (194).

(2) د. محمود نجيب حسني: دور الرسول الكريم في إرساء معالم النظام الجنائي الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص5.

(3) د. نادر شافي: حق الدفاع الشرعي عن النفس والمال، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.Lebarmy.Gor ، 2008، ص1

المطلب الأول

أساس حسن النية في استعمال حق الدفاع الشرعي

اختلفت الآراء حول تحديد دور حسن النية لدى قيام حالة الدفاع الشرعي، ويعزى سبب هذا الاختلاف إلى طبيعة هذه الإباحة بصفة عامة والتي كانت بين رأيين، الأول يرى إن هذه الطبيعة هي في الأصل موضوعية لذا فإن القانون يتطلب من الشخص لكي يستفيد من حق الدفاع الشرعي أن يراعي حدوده الموضوعية التي نص عليها القانون دون البحث فيما إذا كان ينوي مجرد الدفاع أم كان يرغب في تحقيق غرض آخر وإن كان غير مشروع ما دام أنه قد التزم بحدود الدفاع الموضوعية وحجتهم إن الفعل الذي يرتكبه الشخص دفاعاً عن نفسه أو ماله هو فعل ذو منفعة عامة لكونه يمنع وقوع عمل غير مشروع وبالتالي فإن فعله لا يرتبط بحالته النفسية أو أغراضه لذلك أضحى العنصر الشخصي والمتمثل بحسن النية عديم الفائدة، أما الرأي الثاني فإنه يرى وجوب التزام المدافع بحسن النية عند استخدام حق الدفاع الشرعي بحيث يكون الغرض منه هو منع وقوع الاعتداء سواء كان موجهاً إليه أم إلى غيره، أما إذا تبين إن الدفاع كان لأغراض أخرى أصبح الشخص معتدياً وليس مدافعاً⁽¹⁾، هذا وقد أخذ القضاء العراقي بالاتجاه الثاني حيث قضى بأن (لا يعتبر المتهمان في حالة دفاع شرعي إذا كانا قد تبعاً المجني عليه عند ذهابه إلى مزرعته وكانا مسلحين ببنادق كلاشنكوف لغرض إلقاء القبض عليه بحجة أنه مصاب بالجنون، وعند مشاهدة المجني عليه لهما بادر إلى إطلاق الرصاص دفاعاً عن نفسه، ولتجنب القبض عليه خوفاً منهما من دون أن يصيب أحد منهما وكان بإمكانه إصابة أي منهما، ولكن المتهمين أطلقا الرصاص على رأسه وأردياه قتيلاً)⁽²⁾. واستناداً إلى ما تقدم ذكره ارتأيت تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع وكالاتي، الفرع الأول التعريف بحق الدفاع الشرعي وأساس مشروعيته، الفرع الثاني استعمال حق الدفاع الشرعي كوسيلة لتحقيق غرض آخر، الفرع الثالث: حسن النية في حالة الخطر الوهمي.

الفرع الأول

التعريف بحق الدفاع الشرعي وأساس مشروعيته

لكي نتعرف على حق الدفاع الشرعي أو مدلوله لابد من تعريف هذا الحق، وإطار ممارسته، ثم أساس إباحته وذلك في الفقرتين الآتيتين:

أولاً: تعريف حق الدفاع الشرعي وإطار ممارسته:

عرف الدفاع الشرعي بتعريفات عدة منها (أنه حماية عن طريق القوة لمصلحة قانونية يريد المعتدي إهدارها أو النيل منها حيث يتعذر اللجوء إلى السلطات العامة لحمايتها)⁽³⁾، كما عرف بأنه (لجوء المرء إلى القوة لكي يدفع بها الاعتداء (الجريمة) التي لم تقع فعلاً بصورة تامة نافذة ولكنها وشيكة الوقوع في هذه الصورة لأن هنالك خطراً حالاً يهدد بوقوعها أو إنها في مجرى نفاذها فعلاً دون أن يتم هذا النفاذ وفي كلتا الحالتين لا يتسع الوقت لمن يهدده الاعتداء الاحتماء بالسلطة العامة فلا يجد طريقاً إلا أن يدرأ هذا الخطر بالقوة)⁽⁴⁾.

هذا وإن الأساس القانوني والاجتماعي الذي يقوم عليه حق الدفاع الشرعي يرسم الإطار الذي يمكن أن يمارس فيه هذا الحق وفي ظل حماية القانون⁽⁵⁾، لذا فقد توسع المشرع العراقي في

(1) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص 213. د. السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة في قانون العقوبات، مصدر سابق، ص 320. د. رؤوف عبيد: مبادئ القسم العام من التشريع العقابي المصري، مصدر سابق، ص 250.

(2) قرار رقم 239/ الهيئة الجزائية/ بتاريخ 17- 8- 1988. مجموعة الأحكام العدلية، يصدرها قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل العراقية، العدد الثالث، 1988، ص 109.

(3) عباس فاضل سعيد: الإكراه في القانون الجنائي العراقي، أطروحة دكتوراه، مقدمة إلى كلية القانون بجامعة الموصل، 2005، ص 83.

(4) د. مصطفى العوجي: القانون الجنائي العام، ج 2، مطبعة نوفل، بيروت، 1992، ص 425.

(5) د. مصطفى العوجي: المصدر السابق، ص 428.

تحديد نطاق الخطر الذي يقوم به الدفاع الشرعي، حيث يستوي لدى قيام حالة الدفاع الشرعي أن يكون الخطر محيطاً بنفس المدافع أو ماله أو بنفس الغير أو ماله ولا يشترط وجود الصلة بين المدافع وبين صاحب الحق المعتقدى عليه، هذا وان الدفاع الشرعي جائز عن النفس أو المال بصرف النظر عما إذا كان الخطر جسيماً أو غير جسيم⁽¹⁾، ومن أحكام القضاء المصري في هذا الصدد (إن الدفاع الشرعي عن النفس هو استعمال القوة اللازمة لرد أي اعتداء على نفس المدافع أو نفس غيره هذا وان تقدير الوقائع المؤدية إلى قيامها أو نفيها من الأمور الموضوعية التي تستقل محكمة الموضوع بالفصل فيها بغير معقب شرط أن يكون استدلال الحكم في هذا الشأن سليماً لا عيب فيه)⁽²⁾، وفي حكم آخر للقضاء العراقي (يعتبر قتل اللص في حديقة الدار دفاعاً شرعياً باعتبار الحقيقة من ملحقات الدار استناداً إلى الفقرة (3) من (م 44) من ق.ع.ع)⁽³⁾.

ثانياً: أساس إباحة الدفاع الشرعي:

على الرغم من اتفاق الشرائع على مر العصور في أن الدفاع الشرعي يحول دون العقاب بسبب دفاع الإنسان عن نفسه أو ماله ضد ما يهدده من أخطار إلا أن هذه الشرائع قد اختلفت في بيان أساسه وسلكت في ذلك عدة اتجاهات، الاتجاه الأول يرى أن أساس الدفاع الشرعي يتحدد من خلال كونه عذراً مانعاً من المسؤولية الجزائية حيث أنه لا يسقط صفة الجريمة عن الفعل وإنما يسقط المسؤولية الجزائية عن الفاعل لأنه في حالة تعارض مصلحتين بحيث كان الإبقاء على أحدهما يتطلب التضحية بالمصلحة الأخرى فالمصلحة العامة تقتضي التضحية بأقلهما قيمة فضلاً عن أن الاعتداء بطبيعته مضعف لحق المعتدي إن لم يكن قد أهدره نتيجة الاعتداء على حق المعتدى عليه⁽⁴⁾، أما الاتجاه الثاني فقد أقام الدفاع الشرعي على أساس الإكراه الأدبي باعتبار أن الخطر الذي يدهم الشخص يعدم لديه حرية الإرادة حيث تتحرك الغريزة لأجل المحافظة على النفس، وعلى الرغم من الرواج الذي لاقاه هذا الاتجاه إلا أنه لم يصمد أمام الانتقادات التي وجهت إليه ومن بينها إن المهدد بالاعتداء لا يفقد حرية الاختيار لأنه يستطيع أن يتحمل الأذى لتجنب ارتكاب الجريمة فضلاً عن أن الأخذ بهذا الرأي يؤدي إلى نتائج لا يمكن التسليم بها حيث لا يجوز الدفاع إلا إذا كان لدفع خطر الموت أو خطر جسيم على الأقل لأن معنى الإكراه يتحدد بهذه الصورة، فضلاً عن أنه يكون جائزاً ضد كل فعل وان كان مشروعاً لأن غريزة حب البقاء قائمة لدى الإنسان في كل الأحوال ثم إن هذا الرأي لا يصلح لتعليل الدفاع الشرعي ضد نفس أو مال الغير⁽⁵⁾، أما الاتجاه الثالث والذي يمثل الفكرة الحديثة والرائدة في تحديد أساس الدفاع الشرعي فتقوم على أن الدفاع حق ذو دواعٍ قانونية واجتماعية وان الدفاع عن النفس دفاع عن المجتمع لأن المصلحة الاجتماعية هي الأساس الذي يبرر قيام الشخص بالدفاع عن النفس والمال ضد الخطر الذي يهددهما على أساس أن التنازع بين مصالح المعتدي ومصالح المعتدى عليه يؤدي من الناحية الاجتماعية إلى تفضيل مصالح الأخير على الأول لأن المعتدي قد بخس من قيمة حقه باعتدائه لذا قيل إن المدافع لا يستعمل في الواقع حقاً فقط وإنما يمارس واجباً من واجبات العدالة لأن من يصد اعتداءً غير مشروع إنما يكافح في الحقيقة من أجل الحق ويساهم بالنتيجة في الدفاع عن المجتمع حيث يعيد بدفاعه الحق إلى مكانه الصحيح وبذلك يتوافر حق

- (1) ينظر قانون العقوبات المواد: (1/42) العراقي، (184) اللبناني، (183) السوري، (2/1/56) السوداني، (61) الإيراني، (20) الصيني.
- (2) قرار رقم 2400 بتاريخ 9-10-1989: حسن الفكاهاني، عبد المنعم حسني: الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية، ج 6، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، 1992، ص 345.
- (3) قرار رقم 214/هيئة موسعة ثانية/ بتاريخ 12-7-1980، مجموعة الأحكام العدلية، يصدرها قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل العراقية، 1980، ص 26.
- (4) د. عز الدين علي: حق الدفاع الشرعي، مجلة القضاء، جامعة بغداد، العراق، العدد (1)، 1969، ص 33.
- (5) طه الشيلخي: الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مجلة الشرطة، كلية الشرطة، العراق، العدد (6)، لسنة 1967، ص 12.

الدفاع الشرعي ليس بالنسبة إلى المدافع فقط وإنما بالنسبة إلى الغير أيضاً⁽¹⁾، هذا وقد أخذ ق.ع. بهذا الاتجاه حيث جعل من الحق أساساً للدفاع الشرعي وهو ما أكدته (م⁴²) من ق.ع. (لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق الدفاع الشرعي ويوجد هذا الحق إذا توافرت الشروط الآتية...) (2). وبدوري أرجح الاتجاه الثالث لأنه يبيح ما يرتكبه الشخص في حدود استعمال حقه، فضلاً عن عدم وصفه بالجريمة.

الفرع الثاني

استعمال حق الدفاع الشرعي كوسيلة لتحقيق غرض آخر

الدفاع الشرعي سبب من أسباب الإباحة والذي لا يهدف إلى تخويل المعتدى عليه سلطة توقيع الجزاء على المعتدي أو الانتقام منه، وإنما هدفه الوقاية من الخطر الذي تعرض له من خلال ارتكاب الجرائم أو التماذي فيها⁽³⁾، ولكن واقع الحياة العملية يكشف عن حالات لا تسير وفق هذا الاتجاه لأنه قد يبدو من الواضح قيام حالة الخطر واتجاه الفعل نحو مصدره إلا أن المعتدى عليه كان يهدف من فعله تحقيق غرض آخر بعيد عن الدفاع الأمر الذي يثير الشك من حيث مدى إباحة ذلك الفعل على أساس حق الدفاع الشرعي على اعتبار إن المعتدى عليه يستعمل حالة الإباحة فيمضي في تحقيق غرض آخر كما لو وجد الشخص نفسه في موقف يسمح له باستخدام حق الدفاع الشرعي إلا أنه وجدها فرصة سانحة تمنى تحقيقها لشفاء أحقاده من المعتدي، وبذلك يمكن القول بأنه إذا قام الدليل على سوء نية الفاعل من خلال اتخاذه فرصة وجود خصمه في وضع يبيح له حق الدفاع الشرعي ضده فإنه لا يجوز اتخاذ ذلك الوضع ذريعة لإباحة سلوك المعتدى عليه لأنه لم يقصد منه سوى العدوان وعلّة ذلك أن المشرع عندما أباح للمعتدى عليه استعمال حق الدفاع فإنه كان يأمل منه استخدام هذا الحق في مجاله الصحيح حرصاً منه على صيانة الحقوق المحمية بنصوص القانون وهذا الأمر أكدّه القضاء العراقي في أحكامه (يتوافر حق الدفاع الشرعي إذا كان الفعل يخشى أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة)⁽⁴⁾، وهذا يعني أنه إذا قصد الفاعل من فعله الدفاع فقط عن نفسه أو ماله أو نفس غيره أو ماله فإن ذلك دلالة على حسن نيته⁽⁵⁾.

- (1) د. علي حسين الخلف، سلطان عبد القادر الشاوي: المبادئ العامة لقانون العقوبات، مصدر سابق، ص 269.
- (2) ينظر قانون العقوبات المواد: (70) الليبي، (56) السوداني، (183) السوري، (184) اللبناني، (245) المصري.
- (3) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص 191.
- (4) قرار رقم 1392 ج/ 969 بتاريخ 9- 10- 1969، مجلة القضاء، تصدرها نقابة المحامين، العراق، العدد (1) 1970، ص 214.
- (5) د. مصعب الهادي بابكر: حق الدفاع الشرعي، دار الجيل، بيروت، 1987، ص 30.

الفرع الثالث

حسن النية في حالة الخطر الوهمي

الأصل في الخطر الذي يجيز الدفاع الشرعي أن يكون خطراً حقيقياً ومع ذلك فإن القانون لا يشترط ذلك بصفة مطلقة لأن الدفاع جائز ولو كان الخطر وهمياً أي غير متحقق في الواقع على شرط أن يكون الفاعل حسن النية أي يعتقد بقيام خطر حقيقي حال موجه إليه كما يشترط أن يكون تقديره مبنياً على أسباب معقولة ومرد ذلك يعود إلى المجري العادي للأمور وبذلك يتضح إن القانون أعتد بالخطر الوهمي والدليل على ذلك ما جاء في (م^{1/42}) من ق. ع. ع. (لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق الدفاع الشرعي... 1- إذا واجه المدافع خطر حال من جريمة على النفس أو على المال أو اعتقد قيام هذا الخطر وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة)⁽¹⁾، كما لو ظن شخص أن لصاً قد دخل منزله ليلاً ليسرقه فبادر بإطلاق النار عليه فجرحه وتبين بعد ذلك أن المجروح كان حارساً يروم دخول المنزل، فهنا سيكون صاحب المنزل في حالة دفاع شرعي لأنه اعتقد بناءً على أسباب معقولة أنه كان معرض لخطر حال، هذا وقد أكدت أحكام القضاء العراقي الاعتداد بالخطر الوهمي لإباحة حق الدفاع⁽²⁾ (إن المتهم اعتقد خطأ بقيام حالة الدفاع الشرعي فيما فعل نتيجة مطاردة الأخوين له بالسكاكين والمسدس واستمرارهما في مطاردته حتى منزله أو همه بأن الخطر ظل محدقاً بحياته)⁽³⁾، كما أكدته أحكام القضاء المصري (لا يشترط لقيام حالة الدفاع الشرعي أن يكون قد حصل بالفعل اعتداء على النفس أو المال بل يكفي أن يصدر من المجني عليه فعل يخشى منه المتهم وقوع جريمة من الجرائم التي يجوز فيها الدفاع الشرعي ولا يلزم من الفعل المتخوف منه أن يكون خطراً حقيقياً في ذاته بل يكفي أن يبدو كذلك في اعتقاد المتهم وتصوره بشرط أن يكون لهذا التخوف أسباب معقولة)⁽⁴⁾، وفي الواقع إن الخطر الوهمي لا يعدو أن يكون صورة من صور الغلط في الإباحة حيث أنه ينفي القصد الجرمي ولكن لا ينفي الخطأ غير العمدي إلا إذا كان اعتقاد الفاعل مبنياً على أسباب معقولة وهذا ما أخذ به القضاء العراقي (إذا اعتقد المتهم خطأ بقيام حالة الدفاع الشرعي بسبب مطاردته المتهمين له وهم يحملون أسلحتهم فذلك يقتضي تخفيف عقوبته حسب (م⁴⁵) من ق. ع. ع.)⁽⁵⁾.

الفرع الرابع

حالة الغلط وإصابة غير الهدف

القاعدة العامة بالنسبة إلى الجاني في الجريمة العمدية أن الخطأ في الهدف كالغلط في الشخص ليس له تأثير على وجود القصد الجرمي وهذا يعني إن الجاني يسأل عن هذه النتيجة كما لو تعمدتها بالذات، لكن الأمر يختلف في حالة الدفاع الشرعي عندما تكون القوة موجهة إلى مصدر الخطر بقصد صده إلا أنها تصيب شخصاً آخر غير المعتدي ومن غير قصد وبمعنى آخر إن الغلط في الشخص أو الخطأ في الهدف ليس لهما تأثير على مشروعية القوة المستخدمة لرد الاعتداء لأنه ليس من شأن ذلك أن يمحو الحق الذي نشأ فعلاً متى توافرت شروطه واستعمل بحسن نية كما لو تفاجأ المدافع بوجود شخص في منزله ليلاً فأطلق عليه عياراً نارياً من مسدسه إلا أنه أخطأ وأصاب خادمه الذي كان قريباً منه ففي هذه الحالة يستطيع المدافع أن يتمسك بحق الدفاع الشرعي لما آتاه من أفعال بقصد دفع الاعتداء الذي كان يهدده ولو أن القوة المستخدمة أصابت غير المعتدي لأن العبرة بنشوء الحق في الدفاع الشرعي هي بتوافر شروطه من حيث حلول الخطر ولزوم القوة لدفعه متى استعملت بحسن نية لرد الاعتداء⁽⁶⁾.

(1) ينظر قانون العقوبات المواد (70) الليبي، (249) (250) المصري، (61) السوداني.

(2) محسن ناجي: الأحكام العامة في قانون العقوبات، مصدر سابق، ص 244.

(3) قرار رقم 1125/جنايات/ 973 بتاريخ 13- 8- 1973- النشرة القضائية، يصدرها المكتب الفني بمحكمة التمييز العراقية، العدد (3)، 1973، ص 364.

(4) قرار رقم 1852/ بتاريخ 13/11/1989. حسن الفكاهاني، عبد المنعم حسني: الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية، ج 6، مصدر سابق، ص 347.

(5) قرار رقم 1125/جنايات/ بتاريخ 13- 8- 1973: مجموعة الأحكام العدلية، يصدرها قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل العراقية، العدد الثالث، السنة الرابعة، ص 364.

(6) د. عبد الحميد الشواربي: الدفاع الشرعي في ضوء القضاء والفقه، المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1985، ص 203.

المطلب الثاني

الاستثناءات الواردة على قيد حق الدفاع الشرعي ضد أفراد السلطة العامة

من الأمور التي ثار بحثها ضمن نطاق هذا الحق هو مدى توافر حق الدفاع الشرعي ضد الأعمال غير الشرعية التي يصدرها رجال الضبط لأن في مقاومتهم اعتداء على مصالحهم الشخصية كالحق في الحياة وسلامة الجسم فضلاً عن التهديد والإخلال بالأمن والنظام العام الذي يعملون على حمايته، وهنا يصبح الصراع قائماً بين مصلحتين الأولى مصلحة كل من المعتدي والأمن العام والثانية مصلحة المدافع الأمر الذي يثير سؤالاً مفاده أيهما أجدر بالحماية؟ لقد استثنى قانون العقوبات جواز استخدام حق الدفاع الشرعي ضد الأعمال غير المشروعة لرجال الضبط إذا توافرت شروط معينة وهذا ما أكدته (م⁴⁶) من ق. ع. ع. (لا يبيح حق الدفاع الشرعي مقاومة أحد أفراد السلطة العامة أثناء قيامه بعمل تنفيذاً لواجبات وظيفته ولو تخطى حدود وظيفته إن كان حسن النية إلا إذا خيف أن ينشأ عن فعله موت أو جراح بالغة وكان لهذا التخوف سبب معقول)⁽¹⁾.

واستناداً إلى ما تقدم ذكره سأتناول هذه الاستثناءات في فرعين وكالاتي:

الفرع الأول

تخطي رجل السلطة العامة حدوده الوظيفية بسوء نية

يشترط في الفعل الذي يأتيه الموظف أو المكلف بخدمة عامة أن يكون ضمن نطاق اختصاصه الوظيفي أما في حالة قيام الموظف بعمل خارج اختصاصه فالدفاع يصبح مشروعاً وجائزاً ضده إذ ليس من حقه القيام بذلك، كما لو قام عسكري البوليس بتفتيش أحد المنازل فهذا يصبح عمله غير مشروع لأنه من اختصاص مأمور الضبط، وهذا ما أكدته (م⁴⁶) من ق. ع. ع. الأنفة الذكر⁽²⁾. على أن تخطي حدود الواجبات الوظيفية لا يعد استعماً لسلطات الآخرين طالما إن العمل الذي قام به الموظف متصلاً بواجباته الوظيفية⁽³⁾، أما حسن النية فيعني تخطي الشخص حدود واجباته الوظيفية عن طريق القيام بعمل غير قانوني من دون أن يقصد ذلك كما لو قبض المأمور على شخص بناء على أمر باطل بالقبض معتقداً إن الأمر صحيح أو كمن يقوم بتفتيش منزل بالقوة معتقداً أنه منزل المتهم، ففي هاتين الصورتين نلاحظ أن عدم مشروعية الأمر كانت خفية غير ظاهرة للموظف وهذا ما يثبت حسن نيته وبذلك لا يجوز ممارسة الدفاع ضده، لكن إذا كانت عدم مشروعية الأمر الذي يقوم به الموظف ظاهرة بشكل واضح ومع ذلك قام به فهذا دليل على سوء نيته مما يخول الأفراد حق الدفاع ضد هذه الأعمال غير المشروعة والتي ارتكبها في أثناء تأدية وظيفته كما لو قام المكلف بعمل لم ينظمه القانون إطلاقاً أو منعه من القيام به كتعذيب المتهم لحمله على الاعتراف⁽⁴⁾، ومن تطبيقات القضاء المصري بهذا الشأن (إن قيام بعض الخفراء بإطلاق النار على أناس كانوا يتشاجرون مع أهل بلدتهم وأصابت بعضهم لا يمكن اعتباره من أحوال الدفاع الشرعي لعدم تحقق وجود الخطر على حياة أحدهم لذا يكونون قد تخطوا حدود وظيفتهم)⁽⁵⁾.

(1) ينظر قانون العقوبات المواد: (248) المصري، (60) السوداني، (70) الليبي، (62) الإيراني. ولا يجوز استخدام حق الدفاع الشرعي ضد الزوج أو المحرم من قبل زوجته أو إحدى محارمه أو الشريك حال مفاجأته بتلبسهم بالزنى. ينظر (م⁴⁰⁹) من ق. ع. ع.

(2) ينظر نص المادة في ص 115 من الرسالة.

(3) د. عبد الحميد الشواربي: الدفاع الشرعي في ضوء القضاء والفقه، مصدر سابق، ص 91. د. محمد مصطفى القللي: في المسؤولية الجنائية، مصدر سابق، ص 331.

(4) د. محمد عيد غريب: شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص 391. ينظر المواد: (127) قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، (118) قانون الإجراءات الجنائية السوداني، (123) قانون الإجراءات الجنائية المصري.

(5) قرار رقم 526/ بتاريخ 1-9-1976. جندي عبد الملك: الموسوعة الجنائية، ج 2، مصدر سابق، ص 513.

الفرع الثاني

نشوء موت أو جراح بالغة عن فعل رجل السلطة العامة

نصت على هذا الشرط العبارة الأخيرة من (م⁴⁶) من ق.ع.ع. (...). إلا إذا خيف أن ينشأ عن فعله موت أو جراح بالغة وكان لهذا التخوف سبب معقول). ومن هذا النص يتضح إن القانون لم يذهب إلى حد حظر الدفاع الشرعي ضد أي من أفراد السلطة العامة إذا كان في أفعالهم خطراً جسيماً يهدد النفس بالموت أو جراح بالغة لأن خطورة هذه الأفعال غير قابلة للإصلاح فضلاً عن ذلك فإنه لا يمكن إهدار أهم حقوق الأفراد لمجرد ضمان مباشرة أفراد السلطة العامة لاختصاصاتهم⁽¹⁾ وهذا ما أكدته أحكام القضاء المصري (إذا تجاوزت القوة التي استعملها مأمور الضبط حدود الدفاع الشرعي فإنها تصبح غير مشروعة ويصبح المعتدي في حالة دفاع شرعي)⁽²⁾، ومما تقدم ذكره يتضح أنه لا يجوز للمدافع اللجوء إلى استخدام حق الدفاع الشرعي ضد أي من أفراد السلطة العامة إذا انصب عدوانهم على حق من الحقوق المالية مهما بلغت قيمة هذا الحق ومهما كان العدوان منذراً بفنائه وكذلك بالنسبة إلى الحقوق المتصلة بالنفس كالشرف والاعتبار والحرية الشخصية وحرمة الحياة لأنها لم تصل لدرجة المساس بحق الحياة أو سلامة الجسم لكن من الممكن إباحة الدفاع ضد هذه الأفعال متى كانت خارج نطاق اختصاص رجل الضبط، وأخيراً فإن تقدير قيام حالة الخطر المهددة بالموت أو جراح بالغة متروكة لسلطة القاضي التقديرية من خلال البحث في الحالة النفسية لمعرفة ما حدث في ذهن الشخص وقت حصول الخطر فضلاً عن مراعاة الظروف التي أحاطت بالمدافع في ذلك الوقت على أن يكون ذلك مبنياً على أسباب معقولة كما لو أمر مأمور الضبط بالقبض على شخص أجريت له منذ وقت قليل عملية جراحية بحيث يرجح في حالة نقله إلى قسم الشرطة وفاته أو إصابته بضرر صحي جسيم⁽³⁾.

المطلب الثالث

تجاوز حدود حق الدفاع الشرعي

قد يتجاوز المدافع حدود حقه في الدفاع وذلك باستعمال قوة أكثر مما يتطلبه حق الدفاع لغرض منع الاعتداء وفي هذه الحالة تكون أمام صورة لتجاوز الدفاع الشرعي والتي أشار إليها ق.ع.ع. في (م⁴⁵) (لا يبيح حق الدفاع الشرعي إحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع وإذا تجاوز المدافع عمداً أو إهمالاً حدود هذا الحق أو اعتقد خطأ أنه في حالة دفاع شرعي فإنه يكون مسؤولاً عن الجريمة التي ارتكبها وإنما يجوز للمحكمة في هذه الحالة أن تحكم بعقوبة الجنحة بدلاً من عقوبة الجناية وأن تحكم بعقوبة المخالفة بدلاً من عقوبة الجنحة)⁽⁴⁾، ولإيضاح ما تقدم ارتأيت تقسيم هذا المطلب إلى فرعين وكالاتي:

الفرع الأول

مفهوم تجاوز حدود حق الدفاع الشرعي

يقصد بتجاوز حدود الدفاع الشرعي عدم التناسب بين خطر الاعتداء وفعل الدفاع وبذلك يتحقق التجاوز نتيجة انتفاء شرط التناسب في فعل الدفاع فقط، أما إذا تخلف أحد شروط الدفاع الشرعي كعدم وجود الخطر بارتكاب جريمة، أو كون الخطر مشروعاً أو كان مستقبلاً، أو إن استعمال القوة جاء بعد انتهاء الخطر فعلاً، أو تحقق إمكانية اللجوء إلى السلطات المختصة فهنا يصبح الفعل خارج نطاق الدفاع الشرعي ويعتبر جريمة وفقاً للقواعد العامة وليس تجاوزاً لحق

(1) د. عبد الحميد الشواربي: الأحكام العامة لقانون العقوبات في ضوء القضاء والفقه، مصدر سابق، ص 475.

(2) قرار رقم 447/ بتاريخ 12-2-1978: جندي عبد الملك: الموسوعة الجنائية، ج 2، مصدر سابق، ص 523.

(3) د. علي راشد: القانون الجنائي، مصدر سابق، ص 537، د. عبد الفتاح خضر: النظام الجنائي، مصدر سابق، ص 276.

(4) ينظر قانون العقوبات المواد: (251) المصري، (73) الليبي.

الدفاع، وبذلك فإنّ البحث في نطاق هذا التجاوز لا يكون إلا إذا توافرت سائر شروطه فيما عدا شرط التناسب بين الاعتداء والفعل لأنّ تجاوز حدود الدفاع الشرعي بنية سليمة متصلة باستعمال الحق لا بنشؤه وبذلك لا محل للكلام عن هذا الاستعمال إلا إذا نشأ الحق فيه أولاً، وهذا يعني ان انتفاء أي شرط من شروط الدفاع الشرعي ينفي بدوره البحث في التجاوز⁽¹⁾، وهذا ما أكدته أحكام القضاء العراقي (لا يكون المتهم بحالة دفاع شرعي وإنما يكون متجاوزاً لحق الدفاع الشرعي إذا كان قد سمع في ساعة متأخرة من الليل حركة غريبة ونباح الكلاب قرب داره وشاهد المجني عليه وأخاه قرب سياج الدار فأطلق عليهما نار رشاشته فأصاب المجني عليه في مقتل بسبب وجود نزاع حول خطبته من شقيقة المجني عليه، حيث أطلق النار من سطح داره عندما كان المجني عليه يقف بالقرب من سياج الدار إذ أن الأخير لم يطلق النار من بندقيته)⁽²⁾.

الفرع الثاني

شروط تجاوز حدود حق الدفاع الشرعي

يستلزم القانون لا اعتبار المدافع متجاوزاً لحدود الدفاع الشرعي تحقق شرطين هما:

أولاً: حصول التجاوز لحدود حق الدفاع الشرعي:

لكي يتحقق التجاوز عند استخدام حق الدفاع الشرعي لابد أن يثبت وجود هذا الحق أولاً من حيث الدفاع عن النفس أو المال ثم يحدث بعد ذلك أن يتخطى المدافع الحد المناسب لرد الخطر كما لو قام المدافع بإطلاق عيار ناري على المجني عليه عندما رآه بين الأشجار من دون أن يقع منه فعل ايجابي يخشى منه المتهم وقوع جريمة من الجرائم التي يجوز فيها الدفاع⁽³⁾، وهذا ما أكدّه القضاء العراقي في أحكامه (يعتبر المتهم سائق السيارة متجاوزاً لحق الدفاع الشرعي، إذا قتل المجني عليه الذي بقي معه في محل الحادث وهو أعزل عن السلاح، بعد أن هرب رفيقه الذي سرق نقود المتهم بالإكراه، وكانا قد استأجرا سيارته لغرض سرقة نقوده)⁽⁴⁾.

ثانياً: حسن النية:

لا شك في أن الحقوق جميعها غائية أي يقرها القانون من أجل تحقيق أغراض معينة ذلك لأنّ القانون لا يعرف حقوقاً مجردة عن الغاية، لذا فإنّ حسن النية الذي يتطلبه القانون من صاحب الحق هو أن يستهدف من فعله الغرض نفسه الذي لأجله قرر الحق له أما إذا ثبت إن صاحب الحق أراد من فعله تحقيق غرض آخر ولو كان غير مشين في ذاته فهو سيء النية وليس له أن يحتج لإباحة فعله بذلك الحق لأنّ فعله لم يؤدّ وظيفته الاجتماعية⁽⁵⁾، أما عن حسن النية في مجال استعمال حق الدفاع الشرعي فيراد به عدم انصراف نية الجاني إلى تخطي حدود الدفاع الشرعي فقد يعتمد المدافع الإصابة والنتيجة لكن من دون إرادة التجاوز كما لو كان المدافع جالساً في مقهى وفي أثناء ذلك اعتدى عليه أحد الأشخاص بالضرب بالعصا مما أدى إلى قيامه بطعن المجني عليه بالسكين طعنة واحدة أدت إلى موته، أما إذا كان المدافع يقصد تخطي حدود الدفاع أي انصراف إرادته نحو إحداث ضرر أشد مما يستلزمه الدفاع فهذا يؤكد انتفاء النية الحسنة لديه لتتحقق التجاوز العمدي، ومن ذلك يتضح إن حسن النية الذي عبر عنه المشرع لا ينفي عن المدافع تعمد الفعل وإنما ينفي عنه تعمد تخطي حدود الفعل⁽⁶⁾.

(1) د. داود العطار: تجاوز حدود الدفاع الشرعي، بدون مكان نشر، 1977، ص 210.

(2) قرار رقم 201/ بتاريخ 14-5-1988- مجموعة الأحكام العدلية، يصدرها قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل العراقية، العدد الثاني، 1988، ص 118.

(3) د. عبد العزيز عامر: شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، مصدر سابق، ص 217.

(4) قرار رقم 1270/ جنابات/ بتاريخ 28-5-1988. مجموعة الأحكام العدلية، يصدرها قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل العراقية، العدد الثاني، 1988، ص 119.

(5) د. محمود نجيب حسني: أسباب الإباحة في التشريعات العربية، مصدر سابق، ص 86.

(6) د. حميد السعدي: شرح قانون العقوبات، مصدر سابق، ص 360. د. السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة لقانون العقوبات، مصدر سابق، ص 237.

المبحث الرابع

حسن النية في جريمة التعامل بالعملة المزيفة⁽¹⁾

تعد جريمة ترويج العملة المزيفة من الجرائم الخطيرة لما تنطوي عليه من إخلال بالمصلحة العامة من جهة والمصلحة الخاصة من جهة أخرى، وبالنسبة إلى الإخلال بالمصلحة العامة فإنه يتحقق نتيجة عدم الثقة بالعملة المتداولة داخل البلاد وما يترتب على ذلك من اضطراب وفوضى اقتصادية وإخلال بالائتمان العام.... أما من حيث الإخلال بالمصلحة الخاصة فإنه يتضح بالنسبة للفرد الذي يأخذ عملة مزيفة لا قيمة لها من غيره مقابل تقديمه خدمة أو سلعة ذات قيمة إضافة إلى المعاناة الشديدة بسبب مسألته عن مصدرها وكيفية وصولها إليه⁽²⁾. واستناداً لما تقدم ارتأيت تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين أتناول في المطلب الأول ماهية العملة وفي المطلب الثاني ترويج العملة المزيفة بحسن نية وكالاتي:

المطلب الأول

ماهية العملة

سأقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع أتناول في الأول تعريف العملة والثاني مفهوم تداول العملة أما الثالث فأتناول فيه مبررات الحماية الجنائية للعملة وكالاتي:

الفرع الأول

تعريف العملة

قلما نجد في القوانين العقابية تعريفاً للعملة إذ إن غالبيتها قد جاءت خالية من إيراد تعريف محدد لمداول العملة وإن حددت أنواعها التي تناولتها بالحماية، وعلى العموم فإن لتعريف العملة مفهومين هما المفهوم الاقتصادي ومفهوم الفقه الجنائي، فبالنسبة إلى المفهوم الاقتصادي تعرف النقود بأنها (كل ما يتمتع بقبول عام في الوفاء بالالتزامات) أو أنها (كل شيء يكون مقبولاً قبولاً عاماً كوسيط للتبادل ومقياس للقيمة)⁽³⁾، أما على صعيد الفقه الجنائي فإنه يعرف العملة المعدنية بأنها (تلك المسكوكات التي تضمنها الدولة من حيث الوزن والكمية وتتميز بتكامل العلامات التي توجد على سطحها)⁽⁴⁾، أما العملة الورقية فقد عرفت بأنها (كل ما تصدره الدولة بنفسها أو تصدره جهة أخرى بناء على ترخيص من الدولة) أو إنها (وسيلة الدفع القانونية المعترف بها من الدولة وهي مقياس للقيمة وحاملة لها)⁽⁵⁾.

(1) عالج المشرع العراقي هذا الموضوع ضمن كتاب قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 في الباب الخامس (الجرائم المخلة بالثقة العامة) في المواد: (280-285).

(2) نجيب محمد سعيد : الحماية الجزائية للعملة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون بجامعة الموصل، 2003، ص 192.

(3) د. عادل حافظ غانم: جرائم تزيف العملة، المطبعة الثانية، القاهرة، 1966، ص 187.

(4) د. عادل حافظ غانم: المصدر السابق، ص 189.

(5) د. حسون عبيد هجيج: الحماية الجنائية للعملة والأوراق النقدية، مجلة العلوم الإدارية والقانونية، جامعة بابل، العراق، العدد (6)، 2005، ص 1157.

الفرع الثاني مفهوم تداول العملة

يتم تداول العملة بأسلوبين الأول يعرف بالتداول القانوني أما الثاني فيعرف بالتداول العرفي، ويقصد بالتداول القانوني إلزام القانون الأفراد بقبول العملة لكونها وسيلة لسداد تعاملات الدولة والأفراد داخل المجتمع وخارجه ولا يهم بعد ذلك أن كانت العملة أوراقاً أو معدنية (ذهبية أو فضية) وسواء كانت بكميات محددة أو غير محددة ويفترض في التداول القانوني أن العملة قد صدرت من الحكومة باعتبارها الجهة التي تملك سلطة إصدارها ومن يمتنع عن قبول هذه العملة يعاقب بموجب (م³⁰⁶) من ق.ع.ع. (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنة أو بغرامة لا تزيد على مائتي دينار كل من لم يقبل أية عملة وطنية صحيحة متداولة قانوناً بقيمتها الاسمية معدنية كانت أو ورقية وتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنتين والغرامة التي لا تزيد على مائتي دينار أو إحدى هاتين العقوبتين إذا ارتكب الجريمة موظف أو مكلف بخدمة عامة له صلة بتداول العملة المذكورة)⁽¹⁾، وبذلك يمكن أن نعرف التداول القانوني بأنه (إلزام مواطني الدولة بمقتضى القانون بقبولهم عملتها الوطنية)، ومما تقدم ذكره يتضح أن أهم شروط تكوين صفة التداول القانوني للعملة هي:

صدور قانون عن السلطة المختصة يقضي بإصدار هذه العملات مع تحديد صفاتها وأنواعها، اعتماد المواصفات الموجودة في العملة وتحديثها والنص عليها بشكل واضح، قبول القيمة الاسمية التي تحملها القطعة النقدية من العملة سواء من قبل المواطنين والدولة أو اتجاه بعضهم البعض، النص على عقاب كل من يمتنع عن التعامل بالعملة أو رفضها أو تداولها بأقل أو أكثر مما تحمل من قيمة اسمية، أدائها وظيفتها من حيث إبراء الذمة إبراء قانوني⁽²⁾.

أما التداول العرفي للعملة فيقصد به ما اعتاد الناس على التعامل به لنوع معين من النقود مع ملاحظة أنهم غير مجبرين على التعامل بها بشكل دائم ومثال على ذلك العملة الوطنية التي فقدت صفة التداول لاستبدالها بعملة جديدة مع بقاء تعامل الأفراد بها لاعتيادهم على ذلك⁽³⁾، هذا ولا تزال بعض التشريعات العربية تقوم بحماية العملات المتداولة عرفاً وتساويها مع العملات المتداولة قانوناً⁽⁴⁾، لذا نحن نتفق مع الرأي الذي يذهب إلى حذف عبارة التداول العرفي المنصوص عليها في (م²⁸⁰) من ق.ع.ع. لعدم وجود أي عملة متداولة عرفاً في الوقت الحاضر داخل العراق، كما إن هذا الأمر يؤدي إلى إن نصوص تزيف العملة لا تشمل أي أداة تعامل غير صادرة من الجهات الرسمية في الدولة ولو اعتاد الناس على التعامل بها في مجالات معينة⁽⁵⁾.

الفرع الثالث مبررات حماية العملة

لاشك إن كل دولة تحمي عملتها الوطنية وتعاقب على تقليد أو تزيف أو تزوير أو تزوير الزائف منها⁽⁶⁾، بعقوبات زاجرة ينظمها قانون العقوبات لأن عملتها تمثل الأداة الرئيسية في التعامل مما يقتضي توفير الثقة الكاملة بها، لذلك اعتبر المشرع العراقي جريمة تزوير أو تقليد أو

(1) ينظر: قانون تعديل مبالغ الغرامات، ص59 من الرسالة.

(2) د. عادل حافظ غانم: جرائم تزيف العملة، مصدر سابق، ص189.

(3) مازن الحنبلي: جرائم التزيف والتقليد والتزوير في المعاملات النقدية والذهبية والفضية والمعدنية والورقية والسندات والأوراق المالية الأخرى، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.Damascusbar.com، ص3، 2005، Arabic.com.

(4) ينظر قانون العقوبات المواد: (280) العراقي، (430) (432) السوري، (440) (442) اللبناني، (326) الليبي.

(5) نجيب محمد سعيد: الحماية الجزائية للعملة، مصدر سابق، ص28.

(6) يراد بالتقليد: (صنع عملة شبيهة بالعملة المتداولة ولا يشترط في التقليد أن يكون متقناً بحيث يندفع به حتى المدقق بل يكفي أن يكون بين العملة الصحيحة والعملة المقلدة من التشابه ما تكون به مقبولة في التعامل).
ينظر: نجيب محمد سعيد: الحماية الجزائية للعملة، مصدر سابق، ص72. أما التزيف فهو (ما يرد على عملة معدنية ويكون ذلك بانتقاص شيء من معدن هذه العملة أو طلائها بمادة تجعلها شبيهة بعملة أخرى أكثر منها قيمة). ينظر رمسيس بهنام: الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية، منشأة المعارف الإسكندرية، 1977، ص537. أما التزوير (فهو تغيير الحقيقة في البيانات التي تحملها العملة بما يكون من شأنه الإخلال بالثقة العامة). ينظر: حسون عبيد هجيج: الحماية الجنائية للعملة والأوراق النقدية، مصدر سابق، ص1159.

تزيف أو ترويج الزائف منها من جرائم الجنايات لخطورتها إذ أنها تشكل اعتداءً على حق الدولة في سك عملتها كما أنها تحرم الدولة من الفائدة التي تعود عليها عند إصدار هذه العملة، هذا ويلاحظ أن المشرع العراقي لم يكن منسجماً مع نفسه في ترتيب صور التزيف، حيث لوحظ تقديم وتأخير في المواد التي عالجت ذلك وهي (م²⁸⁰)، (م²⁸¹)، (م²⁸⁴) من ق.ع.ع. وكان من الأفضل في رأيي مراعاة هذا الجانب، لذا أقترح توحيد ترتيبها، ومن تطبيقات القضاء العراقي بشأن تزيف العملة (حضر إلى مديرية مكافحة الإرهاب في النجف المخبر السري رقم (107) مدعياً بأن لديه معلومات بوجود مبالغ مزورة من العملة العراقية لدى المتهم (غ.و.ع) والمتهم (ك.ح.ع) حيث سيتم مبادلتها بعملة عراقية صحيحة مع أحد الأشخاص، وبعد عرض الكيفية على السيد قاضي التحقيق تم القبض على المتهم (غ.و.ع) والمتهم (ك.ح.ع) من قبل الشرطة وكذلك تم ضبط المبالغ المزورة واستناداً لذلك قررت المحكمة إدانة المتهمين (غ.و.ع) و(ك.ح.ع) بموجب حكم (م²⁸¹) من ق.ع.ع. نتيجة قيامهما بترويج عملة مزيفة وهما على بينة من أمرها⁽¹⁾، هذا وقد اتفقت التشريعات العربية والأجنبية على ضرورة توفير الحماية الجنائية للعملة ضد كل اعتداء قد يقع عليها ومع ذلك فإنها اختلفت حول طبيعة المصالح التي تتناولها هذه الجرائم بالاعتداء فالأول يرى إن هذه الجرائم ليست في حقيقتها إلا اعتداء على الثقة العامة التي يضعها المجتمع في الجوانب الضرورية لاستقرار العلاقات والروابط الاجتماعية لذا اعتبر القانون الثقة العامة مصلحة جديرة بالحماية يعاقب كل من ينتهكها ومن بينها العملة بسبب علاقتها بالإنسان فضلاً عن وظيفتها المالية لدى كافة المجتمعات الإنسانية لكونها وسيلة التعاطي والتعامل وبذلك فإن ترويج العملة المزيفة أو المزورة أو المقلدة يؤدي إلى نشر التدهور والاضطراب في المعاملات المالية والأسواق التجارية والمؤسسات المصرفية نتيجة زعزعة الثقة المالية العامة بها، أما الاتجاه الثاني فإنه يرى إن هذه الجرائم تشكل اعتداء على الاقتصاد الوطني الذي لا يقوم على مجرد تبادل السلع والوسائل والاعتمادات وإنما يزيد على ذلك تبادل النقد مما يعني إن أفعال التزيف والتقليد والتزوير والترويج ترتب آثاراً سيئة على الميزان الاقتصادي بأكمله نتيجة التأثير على قوة العملات السارية ومتانتها، أما الاتجاه الثالث فيرى إن هذه الجرائم تشكل اعتداء على وظيفة العملة لأنها تعرض أمن التداول النقدي للخطر لكون العملة تمثل السيادة النقدية لدى كل دولة وهذا يجعل حق إصدارها محصوراً بالسلطة الرسمية وعلى العموم أي كانت المصالح التي تشكل هذه الجرائم اعتداء عليها فإن قانون الدولة يسري على كل من زور عملتها⁽²⁾، بصرف النظر عن مكان وقوع الجريمة وجنسية مرتكبها لأن هذه الجرائم تشكل مساساً بمصالح الدولة الأساسية⁽³⁾. وبدوري أرجح الرأي الأول لأن مصطلح الثقة العامة مصطلح واسع يشمل ماتضمنه الاتجاه الثاني والثالث، وهذا ما تؤكد بتسمية المشرع العراقي لهذه الجرائم في الباب الخامس من كتاب ق.ع.ع. رقم 111 لسنة 1969 تحت عنوان (الجرائم المخلة بالثقة العامة)

المطلب الثاني

جريمة ترويج العملة المزيفة بحسن نية

سوف أتناول في هذا المطلب مفهوم ترويج العملة المزيفة بحسن نية وهذا يستلزم إيضاح مفهوم الترويج، ووسائله، القصد الجرمي المطلوب تحقيقه في الترويج وذلك في الفروع الآتية:

الفروع الأول

مفهوم الترويج

الترويج يعني دفع العملة غير الصحيحة إلى التعامل من خلال وضع الجاني العملة في سيطرة شخص آخر بحيث يستطيع أن يتصرف فيها في أي وقت وهو في الغالب يطرحها بدوره

(1) ينظر قرار رقم 8/4/ بتاريخ 13-2-2008، صادر من محكمة جنايات النجف والمصادق عليه تمييزاً بقرار رقم 2162/هيئة جزائية/بتاريخ 23-6-2008 (غير منشور).

(2) د. عادل حافظ غانم: جرائم تهريب النقد، مصدر سابق، ص 25. نجيب محمد سعيد: الحماية الجزائية للعملة، مصدر سابق، ص 220.

(3) يطلق على هذا الاختصاص بالاختصاص العيني والذي نصت عليه (م⁹) من ق.ع.ع. (يسري هذا القانون على كل من ارتكب خارج العراق -2- جريمة تزوير أو تقليد أو تزيف عملة ورقية أو مسكوكات معدنية متداولة قانوناً أو عرفاً في العراق أو الخارج).

للتداول وهنا يتحقق وجود سوء النية في ترويج العملة أما إذا كان الشخص حسن النية عند الأخذ فإنه لا يعاقب بموجب (م²⁸⁰) من ق. ع. ع. وإنما بموجب (م²⁸⁴) من ق. ع. ع. إن ساءت نيته بعد ذلك وعلم بحقيقتها، وعلى هذا النحو فإن الترويج يجعل العملة المزيفة موضوعاً للتداول بين أفراد المجتمع كافة عن طريق البيع أو الشراء أو المصارفة أو الهبة دون أن يكون في وسع أحدهم التحكم في ذلك وبهذا يتحقق غرض الجاني من تزيف العملة سواء كان الترويج داخل أو خارج البلاد⁽¹⁾، هذا وإن ترويج العملة المزيفة يعد جريمة مستقلة عن جرائم التزيف ومتابعة بحسب طبيعتها لأنها تقع بعدة أفعال يجمع بينها وحدة الحق المعتدى عليه ووحدة الغرض الإجرامي وبذلك فإن كل فعل منها يعد جريمة قائمة بذاتها، فيعاقب كل من تداولت يده النقد المزيف بوصفه مروجاً مادام أنه يعلم بالتزوير ويقصد منه تصريف تلك العملة وإيصالها إلى الجمهور، هذا ويكفي في نظر القانون ترويج قطعة واحدة لكي تتحقق هذه الجريمة ولا يشترط في ذلك أن يحصل المروج على هذه القطعة مباشرة من المزيف لأنها قد تصل إليه بشكل غير مباشر وعن غير طريق المزيف نتيجة تداولها عدة مرات والقول باشتراط حصول المروج على العملة المزيفة من يد المزيف حصراً يؤدي إلى نتيجة غير منطقية هي إفلات الكثير من الأشخاص الذين تداولوا هذه العملة بصفاتهم مروجين⁽²⁾.

الفرع الثاني

وسائل الترويج

لم يحدد القانون طريقة محددة للترويج فأى طريقة توضع بها العملة المزيفة للتداول وتؤدي إلى انتشارها في المعاملات يعد ترويجاً، فالتررويج كلمة فنية تعني توزيع العملة المزيفة كعملة بديلة للعملة الصحيحة، وبذلك تتنوع وسائل الترويج فقد يكون عن طريق الدفع أو الصرف حيث تخرج من حيازة مروجها وتنتقل إلى حيازة شخص آخر أو عن طريق اعتبارها نوعاً من الضمان أو على سبيل القرض أو عن طريق تركها في مكان عام أو وضعها على سبيل الوديعة أو الأمانة، هذا وقد يتحقق الترويج أيضاً عن طريق سداد دين سواء كان هذا الدين مشروعاً أو غير مشروع كما لو خسر المروج بعضاً من المال المزيف في القمار، وأخيراً قد تقع عملية الترويج بالجملة أو التجزئة ويقصد بالحالة الأولى لجوء بعض المروجين بعد إنهاء عملية التزيف إلى التخلص من العملة المزورة دفعة واحدة من خلال بيعها إلى أشخاص سيئي النية وعلى هيئة مجموعة للتخلص من جسم الجريمة، أما الصورة الثانية فتتحقق عندما يقوم المروج الأصلي بعرض قطعة من العملة المزيفة في أماكن مختلفة وهذه الطريقة أكثر انتشاراً بالنسبة إلى العملة المعدنية أو الورقية صغيرة القيمة⁽³⁾.

(1) د. مصطفى فهمي الجوهري: الحماية الجزائية للعملة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 114.

(2) د. رؤوف عبيد: جرائم التزيف والتزوير، مطبعة النهضة، ط3، القاهرة، 1978، ص 13.

(3) د. فخري عبد الرزاق الحديثي: شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مصدر سابق، ص 10. مازن الحنبلي: جرائم التزيف والتزوير والتقليد في العملات النقدية الذهبية والفضية والمعدنية والورقية والسندات والأوراق المالية الأخرى، مصدر سابق، ص 8.

الفرع الثالث القصد الجرمي

إن جرائم النقد المنصوص عليها في القوانين العقابية هي من الجرائم العمدية والتي يلزم توافر القصد الجرمي فيها، ويكفي لقيامها توافر القصد العام والذي يتحقق نتيجة تعمد ارتكاب الفعل المكون للجريمة عن إرادة وعلم بأن القانون ينهى عنه وبذلك لا يشترط توافر القصد الخاص وهذه من الخصائص التي تتميز بها الجرائم الاقتصادية والتي تنتمي إليها جرائم النقد لأجل مكافحتها والحذر من التحايل على نصوص القانون⁽¹⁾. ومن هذا يتضح أن نية ترويج العملة يفترض وجودها ابتداءً وعلى المتهم أن يثبت العكس، أما إذا ثبت إن المروج كان يعتقد وقت تسلمه للعملة بأنه يتعامل بعملة صحيحة فإن الجريمة لا تقوم لانعدام الركن المعنوي فيها⁽²⁾، ومن تطبيقات القضاء العراقي بخصوص ترويج العملة المزيفة مع العلم بحقيقتها (لدى التدقيق والمداولة والاطلاع على سير التحقيق الابتدائي والقضائي والمحاكمة الجارية قررت المحكمة اتخاذ الإجراءات القانونية بحق المتهم (ح. ب. ي) بتاريخ 25-5-2006 على أثر حضور المخبر السري الذي لم يذكر اسمه وعنوانه وادعى بأن المتهم المذكور لديه مبالغ نقدية مزورة وطلب من المخبر المذكور تصريفها وقام المخبر بأخذ قسم من المبلغ واتجه به إلى محافظ النجف وأبلغه بالموضوع وبالتنسيق مع مكتب مكافحة الإرهاب تم القبض على المتهم (ح. ب. ي) حيث ضبط بحوزته مبالغ نقدية من فئة خمسة وعشرون ألف دينار ومن فئة ألف دينار وهن من العملات العراقية المزورة وتبين إن العملة أعلاه مزورة حسب كتاب البنك المركزي العراقي رقم 12/2060 بتاريخ 4/6/2006، إضافة إلى اعتراف المتهم صراحة في مرحلة التحقيق والمحاكمة بعائدية المبالغ المزورة إليه وعليه وجدت المحكمة أن الأدلة المتحصلة ضد المتهم (ح. ب. ي) مقنعة وكافية لإدانته لذا حكم عليه بالسجن لمدة خمس سنوات وشهر واحد وفق أحكام (م²⁸¹) من ق. ع. ع.⁽³⁾.

(1) د. عادل حافظ غانم: جرائم تهريب النقد، دار النهضة العربية، 1962، ص30.

(2) د. ماهر عبد شويش: شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مصدر سابق، ص16.

(3) قرار رقم 9/347 بتاريخ 30-7-2006. صادر من محكمة جنايات النجف والمصادق عليه تمييزاً بقرار رقم 5782/هيئة جزائية/بتاريخ 19-3-2007 (غير منشور).

الفصل الثالث

أثر حسن النية في العقاب

الفصل الثالث

أثر حسن النية في العقاب

لمبدأ حسن النية دور مهم في مجال العقوبة والتي لم تكن أمراً مستحدثاً في حياة الإنسان أو حالة طارئة فيه وإنما هي من الأمور التي رافقته منذ نشأته، لأن المجتمعات قد حددت للأفراد الحقوق والامتيازات مثل حق الحياة وحق الأمن وحق الحرية وحق الرفاهية⁽¹⁾.... الخ وهذه الحقوق لا يجوز لأي فرد التجاوز عليها بأي شكل من الأشكال لأنه إذا فعل ذلك فسوف يتعرض للعقاب فلا مفر أمام المجتمع إلا أن يقوم بالرد لمعاقبة المعتدي على فعله⁽²⁾، ومن ذلك يتضح أن العقوبة وجدت مع الإنسان منذ فطرته لأنه لا يندفع أو ينساق وراءها إلا بدافع تلك الغريزة الموجودة في نفسه، ومنذ وجود الإنسان على هذه الأرض تكونت لديه فكرة واضحة عن مبادئ أساسيين في الحياة لا زالا حتى الآن ركنين من أركان المجتمع الإنساني وهما العمل الحسن والذي يقابله الثواب والعمل السيئ والذي يقابله العقاب إلا إذا ارتكبه الشخص عن حسن نية فهنا يتيح هذا المبدأ (حسن النية) فرصة تطبيق مبدأ آخر في السياسة الجنائية وهو مبدأ تفريد العقوبة الذي صار أحد دعائم السياسة الجنائية المعاصرة ونعني به أن يتم تصنيف المجرمين إلى فئات مختلفة تبعاً لاختلاف العوامل والظروف التي دفعتهم لارتكاب الجريمة لما له من أهمية في تصنيف المجرمين حسب خطورتهم الإجرامية وهنا يبرز دور حسن النية وتحديد في مجال فرض العقوبة من خلال تحديد الجزاء المناسب للجاني سواء كان ذلك بتخفيف العقوبة أم الإعفاء منها إذا تطلب الأمر على إن يكون ذلك على وفق شروط معينة⁽³⁾، واستناداً إلى ماتقدم ذكره ارتأيت تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث أتناول في المبحث الأول ماهية العقوبة والمبحث الثاني أتناول فيه مبدأ حسن النية وسلطة القاضي الجزائي التقديرية، أما المبحث الثالث فأخصه لدراسة دور حسن النية في الإعفاء والتخفيف من العقوبة وتطبيق المبادئ العامة.

المبحث الأول

ماهية العقوبة

يتكفل القانون بتحديد العقوبة المناسبة لكل جريمة ويقوم القاضي بعد ذلك بتطبيقها بإسم المجتمع على من تثبت مسؤوليته عن الجريمة المرتكبة لأنها الجزاء الذي يقابل الضرر الذي لحق بالغير وهذا يضيف على العقوبة طابعاً أخلاقياً لأنها تنطوي على ألم يتحمله الجاني كجزاء للخطأ الذي ارتكبه وخالف به أمر القانون ونهيه، وبذلك يستحق الحرمان من بعض الحقوق والمزايا سواء كانت في حريته أم ماله أم اعتباره أم حتى في مباشرته لنشاطه السياسي، وبهذا فإن العقوبة تمثل رد فعل اجتماعي يقابل الضرر الحاصل بحيث يتناسب مع خطأ الجاني فإذا كان الخطأ مقصوداً طبقت على الجاني العقوبة وفقاً للقواعد العامة لأن في ذلك دلالة على سوء نيته

(1) Dr. Daniel J. Capra: American criminal procedure, west group, America, 2001, P.5.

(2) ناصر قربان: فلسفة العقوبات، مجلة المنهاج، تصدر عن مركز الغدير للدراسات الانسانية، لبنان، العدد (24)، 2005، ص 75.

(3) حيدر البصري: العقوبة في التشريع الإسلامي والقانون الوضعي، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع. www.annabaa.org.com، 2008، ص 1.

أما إذا كان خطأه غير مقصود بل حصل نتيجة إهماله أو رعونته أو عدم انتباهه طبقت عليه عقوبة أخف لأن إرادته لم تتجه نحو تحقيق النتيجة وهذا يدل على حسن نيته، فالعقوبة ليست لغرض الانتقام وإنما هي لتحقيق العدالة داخل المجتمع ضد كل من يظن بأنه بمنأى عن العقاب الذي هو لحماية المجتمع عامة والأفراد بصورة خاصة من أصحاب النفوس الضعيفة⁽¹⁾. واستناداً إلى ما تقدم ذكره سوف أقسم هذا المبحث إلى مطلبين اخصص المطلب الأول لتعريف العقوبة وخصائصها وأهدافها أما المطلب الثاني فأخصصه لدور مبدأ حسن النية في تحقيق العدالة والإصلاح.

المطلب الأول

تعريف العقوبة وخصائصها وأهدافها

سوف أتناول في هذا المطلب تعريف العقوبة ومن ثم خصائصها وأهدافها وذلك في ثلاثة فروع وكالاتي:

(1) د. محمد سامي النبراوي: شرح الأحكام العامة، مصدر سابق، ص439. د. حميد السعدي: شرح قانون العقوبات، مصدر سابق، ص409.

الفرع الأول تعريف العقوبة

على الرغم من تعدد الآراء حول تعريف العقوبة ألا أنها اتفقت في المضمون ومنها (أنها ذلك الجزاء الذي وضعه المشرع للردع عن ارتكاب مانهى عنه وترك ما أمر به) (1)، أو إنها (ذلك الجزاء الذي يقرره القانون لكي ينتقص من الحقوق الشخصية للجاني أو لأجل إيلاامه ويوقعه القاضي من أجل جريمة ما بحيث يتناسب معها) (2)، كما عرفت العقوبة بأنها (إيقاع ضرر مادي على من تثبت مسؤوليته ارتكاب الفعل الإجرامي بحيث يتناسب هذا الضرر مع جسامته الفعل المخالف للقانون والذي يجب أن ينص على تجريمه نص قانوني نافذ) (3)، ومن هذه التعاريف يتضح أنها تؤكد على ضرورة شرعية كل من الجريمة والعقوبة وهذا ما أرسته أولاً قواعد الشريعة الإسلامية منذ أكثر من أربعة عشر قرناً وقبل أن يتبناه القانون الوضعي (4)، قال تعالى في كتابه العزيز: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ (5) وقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى

يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا﴾ (6) أيضاً قوله تعالى: ﴿لَا يَكُونُ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ﴾ (7)

فهذه النصوص أدلة قاطعة على أنه لا جريمة إلا بعد بيان ولا عقوبة إلا بعد إنذار وإن الله لا يأخذ الناس بالعقاب إلا بعد أن يوضح لهم وينذرهم على لسان الرسل لأنه لا يكلف نفساً إلا وسعها (8)، أما على مستوى القانون الوضعي والذي تطورت فيه العقوبة على مر التاريخ (9)، فإنه قد أخذ أيضاً بمبدأ شرعية العقوبة وذلك من خلال حصر مصادر التجريم والعقاب في نصوص القانون، فتحديد الأفعال التي تشكل جرائم وبيان أركانها وتحديد العقوبات المقررة لها سواء كانت من حيث نوعها أو مقدارها كل هذا من اختصاص المشرع لأنه وحده الذي يملك تحديد الأفعال

(1) Ph. Dr. Janet Dine, James Gobert, William Wilson: Criminal Law, Oxford, fifth edition, 6006, p. 60.

(2) د. إبراهيم عبد نايل: ماهية العقوبة، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع، www.keksdose.com، 2008، ص 1.

(3) زهير كاظم عبود: قانون العقوبات القسم العام، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.thearabicopenuniversity.com، 2008، ص 4.

(4) د. مصطفى محمد عبد المحسن: النظام الجنائي الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 232.

(5) سورة الإسراء من الآية (15).

(6) سورة القصص من الآية (59).

(7) سورة النساء من الآية (165).

(8) د. خالد عبد الحميد فرج: شرعية الجرائم والعقوبات، دار المعارف، ط 1، القاهرة، 1967، ص 504.

(9) لا يمكن إن نحدد بداية تاريخ العقوبة بفترة معينة فهي قديمة قدم المجتمع البشري لارتباطها بالظاهرة الإجرامية حيث إنها رد فعل اجتماعي اتجاه الجاني الذي خالف إحدى قواعد السلوك الاجتماعي، فالجماعة قد أصابها الأذى بسبب وقوع الجريمة لذا فهي ترد من خلال إيقاع العقوبة على الجاني وبذلك يتحقق التوازن الاجتماعي من جديد، واستناداً لذلك يمكن القول أن العقوبة قد مرت بمراحل مختلفة خلال تطورها التاريخي ابتداءً من المجتمعات القديمة وحتى المجتمعات الحديثة. ينظر: محمد بجاد العتبي: السلطة التقديرية للقاضي في الامتناع عن النطق بالعقاب، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.moj.gov.com، 2006، ص 8.

المسماة بالجرائم وتحديد الجزاءات التي توقع على مرتكبيها⁽¹⁾، ويفهم من ذلك أن مصادر التجريم والعقاب محددة على سبيل الحصر وليس للقضاة أي سلطة لخلق الجرائم أو العقوبات وإنما يتحدد اختصاصهم بتطبيق ما ينص عليه المشرع من جزاء لكل سلوك إنساني يشكل جريمة وضمن حديه الأدنى والأعلى وبذلك يكون مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات قد حقق غاياته الأساسية والتمثلة أولاً بصيانة حقوق الأفراد من خلال ضمان عدم تطبيق أي عقوبة بدون نص قانوني فلا تصبح العقوبة استبدادية أو تحكمية رغبة في الانتقام ولا ثمرة للهوى، لأن الفرد يبقى بعيداً عن المسألة الجزائية وبعيداً عن أي عقوبة مالم يرتكب فعلاً ما يشكل جريمة ويوضع لارتكابه عقوبة محددة.

وثانياً: إن المشرع هو الذي يرسم حدود الجريمة على نحو منضبط بحيث يصف العقوبة المقررة لها على نحو لا يشوبه أي لبس فإذا لم يأت الشخص بفعل يشكل جريمة وفق النموذج القانوني الجنائي فهو في منأى عن المسألة الجزائية وفي منأى عن العقاب لأن الأصل في الأفعال الإباحة، وبذلك يكون مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات قد أدرك هدفه من خلال وضع العقاب لكل من يفكر أو يقدم على ارتكاب جريمة لأن العقاب بمثابة الجزاء للجاني وإنذار للكافة بتنفيذ العقوبة على كل إرادة عاصية اتجهت نحو الأثم والعدوان وفي هذا ضمان لاستقرار مصالح الجماعة واحلال السكينة العامة ونشر الطمأنينة في المجتمع⁽²⁾.

الفرع الثاني خصائص العقوبة

غدت العقوبة نتيجة التطور الحديث الذي انتهت إليه تتجسد بمفهوم قانوني له خصائصه التي تميزه عن سائر صور الجزاءات القانونية الأخرى لذا سوف أتناول خصائص العقوبة وكالاتي:

1- قانونية العقوبة: إن هذه القاعدة استقرت في النظام الجنائي الإسلامي قبل القانون الوضعي وهذا ما دلت عليه الآيات القرآنية والقواعد الفقهية التي أستدل عليها الفقهاء من خلال هذه الآيات ومنها قوله تعالى ﴿وَمَا أَهْلَكْنَا مِنْ قَرْنَةٍ إِلَّا هَا مُنْذِرُونَ * ذِكْرَىٰ وَمَا كُنَّا ظَالِمِينَ﴾⁽³⁾، ومن القواعد الفقهية التي أكدت على هذا المبدأ قاعدة (لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص) ومضمون هذه القاعدة إن الأفعال التي تصدر عن الإنسان المكلف المسؤول لا توصف بالمحرمية ما لم يرد نص يقضي بتجريمها فضلاً عن أن مضمون هذه القاعدة يشير إلى أنه لا حرج على المكلف من ناحية القيام بالفعل أو تركه إلى حين النص على تجريمه، وكذلك قاعدة (الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة) ويقصد بها أن كل فعل أو ترك مباح أصلاً وذلك في حالة عدم ورود نص يقضي بتجريمه وبهذا فلا مسؤولية على فاعله أو تاركه، أما على مستوى القوانين الوضعية فقد أصبح هذا المبدأ من المبادئ القانونية المستقرة في التشريع الجنائي لعدم إمكانية اعتبار أي فعل جريمة ما لم يرد نص بالقانون، كذلك بالنسبة إلى العقوبة والتي لا يمكن إيقاعها بدون نص قانوني ويبدو

(1) عبد يحي محمد الشاطبي: مبدأ شرعية التجريم والعقاب، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بابل، 2001، ص7.

(2) محمد تهناني: أهداف العقوبة وفلسفتها في الشريعة الإسلامية، مجلة القضاء، تصدر عن مركز الغدير للدراسات الإسلامية، لبنان، العدد (33)، 2004، ص89، محسن ناجي: شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، مصدر سابق، ص384.

(3) سورة الشعراء آية (208)(209).

أن العلة في ذلك هو لحماية الأفراد من تعسف السلطات القضائية⁽¹⁾، ومع هذا فقد منح المشرع القاضي السلطة التقديرية عند فرض العقوبة لأجل النزول بها إلى أقل من الحد الأدنى إذا كانت ظروف الجريمة تتطلب ذلك، ونظراً لأهمية مبدأ شرعية كل من الجريمة والعقاب فقد أكدته ق.ع.ع. في (م¹) والتي جاء فيها (لا عقاب على فعل أو امتناع إلا بناءً على قانون ينص على تجريمه وقت اقترافه ولا يجوز توقيع عقوبات أو تدابير احترازية لم ينص عليها القانون)⁽²⁾، وعلى هذا المبدأ تترتب عدة نتائج مهمة منها حظر تطبيق نصوص التجريم والعقاب على الماضي وبأثر رجعي إلا إذا كان ذلك في مصلحة المتهم فشرعية العقوبة تقضي بأن لا يحكم على المتهم بعقوبة صدرت بعد ارتكاب الجريمة لعدم جواز تطبيق عقوبة جديدة تزيد في مقدارها عن العقوبة التي كانت سارية وقت ارتكاب الجريمة إلا إذا كانت في مصلحة المتهم، فضلاً عن ذلك يجب أن يتم تفسير قواعد التجريم والعقاب تفسيراً ضيقاً فلا يحق للقاضي التوسع في تفسير شق التكليف (أركان الجريمة وعناصرها) أو شق الجزاء (العقوبة المقررة)⁽³⁾ وأخيراً أن تكون سلطة القاضي التقديرية من حيث إيقاف تنفيذ العقوبة وفقاً للقانون وهذا ما أكدته أحكام القضاء العراقي (للمحكمة إيقاف تنفيذ العقوبة إذا كان المتهم في مقتبل العمر وقد ارتكب السرقة بدافع الفقر أو العوز لمرض والدته وأعترف بالجريمة بعد ارتكابها مباشرةً وأعاد المال المسروق لأصحابه)⁽⁴⁾.

2- شخصية العقوبة: ويقصد بشخصية العقوبة الجزائية إن آثارها تقتصر على المحكوم عليه فقط ولا يجوز أن تمس شخصاً آخر غيره مهما كانت صلة القرابة بينهما ونظراً لأهمية هذا الأمر فقد أكدته الدستور العراقي لعام 2005 النافذ حيث جعل منه مبدأً دستورياً يستلزم احترامه ولا يجوز أن تتضمن القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية ما يخالفه من نصوص احتراماً لمبدأ تدرج مصادر القانون⁽⁵⁾، وهذا ما أكدته الأحكام العراقية أيضاً في أحكامه (العقوبة شخصية لا يحكم بها إلا على الشخص المتهم ولا يجوز الحكم بها على وكيله)⁽⁶⁾، واستناداً لذلك يحظر ملاحقة أي شخص أو الحكم عليه بأي عقوبة جزائية ما لم يكن فاعلاً للجريمة أو شريكاً فيها وهذا ما يؤكد مبدأ شخصية العقوبة والذي يعد من المبادئ الأساسية في القانون الجنائي، فالجرائم لا يؤخذ بجريرتها غير جناتها والعقوبات شخصية محضة لا تنفذ إلا في نفس من أوقعها القضاء عليه لأن الإجماع لا يحتمل الاستنابة في التنفيذ⁽⁷⁾، هذا ويعد مبدأ شخصية العقوبة نتيجة منطقية لمبدئي شخصية المسؤولية الجزائية وشخصية الدعوى الجزائية حيث أن المسؤولية الجزائية شخصية لا تثبت إلا على من ارتكب الجريمة وكذلك بالنسبة إلى الدعوى الجزائية فإنها شخصية لا ترفع إلا ضد من تشير أدلة الاتهام إليه بما يكفي لمحاكمته فالمنطق والعدالة يقتضيان ألا يمتد

(1) د. عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، مصدر سابق، ص 115.

(2) ينظر قانون العقوبات المواد: (1) السوري، (1) اللبناني، (3، 111) الفرنسي.

(3) د. سليمان عبد المنعم: نظرية الجزاء الجنائي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1999، ص 25.

(4) قرار رقم 288/جنايات/72 بتاريخ 18-2-1973. ينظر: إبراهيم المشاهدي: المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، مصدر سابق، ص 70.

(5) نصت (م^{8/19}) من الدستور العراقي لعام 2005 ((العقوبة شخصية)).

(6) قرار رقم 595/تميزية/ بتاريخ 17-8-1976. مجموعة الأحكام العدلية، يصدرها قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل العراقية، العدد (3)، 1976، ص 197.

(7) د. علي عبد القادر القهوجي: شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص 753.

أثر العقوبة إلى غير مرتكب الفعل الجرمي وهذا ما أكدته القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْهَرُوا كُنْزَهُمْ وَنَهَرُوا آخَرَهُ﴾⁽¹⁾، وعلى الرغم من ذلك فإن مبدأ شخصية العقوبة قد لا يطبق بصفة مطلقة

في بعض الأحيان لأنه مهما كانت العقوبة شخصية فإنها قد تصيب وبصورة غير مباشرة غير الجاني وخاصة أفراد أسرته كما هو الحال عند الحكم بعقوبة سالبة للحرية أو الغرامة فإلى جانب الضرر الأدبي الذي يلحقه الحكم الجنائي بأسرة المحكوم عليه يوجد الضرر المادي الذي يصيب العائلة ولكن بصورة غير مباشرة وغير مقصودة وهذا يشكل أحد عيوب العقوبة الذي لا حيلة لأحد فيه⁽²⁾.

3- المساواة: ويراد بالمساواة أن يتم تطبيق العقوبة بصورة عامة في حق أي فرد عند ثبوت ارتكابه الجريمة المقرر لها العقوبة وبدون أي تمييز تبعاً للمراكز الاجتماعية أو المعتقدات الدينية⁽³⁾، هذا وإن المساواة في العقوبة لا تعني وجوب إخضاع كل مجرم للعقوبة ذاتها مهما اختلفت شخصيته وظروفه إذ أن مثل هذا التطبيق المجرد يؤدي حتماً إلى عدم المساواة وهذا لا يحقق العدالة بمعنى آخر إن وقع العقوبة على الحدث لا يمكن أن يكون مثل وقعها على الكبير وكذلك وقعها على الرجل لا يمكن أن يكون مثل وقعها على المرأة أو تأثيرها على الغني ليس مثل تأثيرها على الفقير وكذلك فإن الإحساس بالعقوبة لدى الشخص العزيز الكريم لا يمكن أن يكون نفسه لدى الشخص الوضيع فهذه الفوارق كلها إضافة إلى غيرها جعلت من السياسة العقابية المعاصرة تأخذ بمبدأ تفريد العقوبة والذي يتطلب مراعاة حالة كل مجرم على حدة مع ملاحظة مدى تناسب العقوبة مع حالته وطبيعة شخصيته وذلك في الحدود التي يبينها النص القانوني للعقوبة مع ما يتمتع به القاضي من سلطة تقديرية واسعة⁽⁴⁾.

4- قضائية العقوبة: من المبادئ الأساسية في العدالة الجنائية هو عدم جواز صدور حكم بأي عقوبة على مرتكب الجريمة من قبل جهة غير مختصة بذلك ومهما كانت الصلاحيات التي تتمتع بها أو اتساع نفوذها لأن العقوبة تقرر في حالة ارتكاب جريمة وتصدر من قبل محكمة قضائية مختصة لأن القضاء هو الذي يتولى مهمة تطبيق القانون والمحافظة عليه مع الأخذ بالجوانب الإجرائية الواجب إتباعها لأنه لا يمكن توقيع عقوبة ما إلا بعد محاكمة عادلة وفقاً للقواعد والإجراءات المحددة في القانون⁽⁵⁾، وهذا يعني ضرورة استبعاد كل اتجاه يرمي إلى توقيع العقوبة عن طريق الإدارة أو الفنيين لأن العقوبات الصادرة من قبلهم لا تتضمن صفة العقوبة الجزائية، حيث إن الجزاءات الإدارية أو المدنية لا يقرر لها وصف العقوبة الجزائية لاختلاف طبيعة كل منهما عن الأخرى، لذا فإن العقوبة الجزائية يجب أن تكون صادرة من قبل هيئة جزائية مكتملة الأركان حسب ما يقرره القانون وعن طريق حكم قضائي تتحقق فيه الشروط المطلوبة مثل كونه قراراً مكتوباً (سبب) موقعاً من قبل المحكمة... إلخ، وبذلك فإن مبدأ قضائية

(1) سورة النجم آية (38).

(2) د. محمد علي السالم: شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص233. د. علي عبد القادر القهوجي: شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص754.

(3) د. حميد السعدي: شرح قانون العقوبات، مصدر سابق، ص414.

(4) د. علي أحمد راشد: موجز في العقوبات ومظاهر تفريد العقاب، مطبعة لجنة التأليف والترجمة، القاهرة، 1969، ص2.

(5) د. محمد علي السالم: شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص235.

العقوبة يسعى لتحقيق الضمانات الأساسية للمتهم والحفاظ على حقوقه وحياته لأنه يتيح له فرصة المثول أمام القضاء والدفاع عن نفسه ومناقشة الشهود وأدلة الاتهام المثارة ضده وشرح الملابسات والظروف التي رافقت الجريمة⁽¹⁾.

5- العقوبة تعبير عن مقابل الجريمة التي ارتكبها الجاني: ويقصد بها أن العقوبة تمثل الجزاء القانوني الذي يقابل العمل المادي الذي أتاه الجاني والمتمثل بالجريمة وهذا يقتضي بأن لا يتم تنفيذ العقوبة الا حيث توجد الجريمة وينص القانون وحيث يتم إثبات مسؤولية الجاني عنها كما يجب أن تقاس العقوبة من حيث شدتها بما يتناسب مع مدى جسامة الجريمة التي ارتكبها الجاني ويضاف لذلك مدى درجة مسؤوليته، وإذا كان في استطاعة المشرع أن يرتب الجرائم المختلفة بحسب جسامة كل منها ثم يقوم بتحديد العقوبة التي يقدر أنها تتناسب مع هذه الجسامة وفي حدود ما تقتضيه العدالة ومصلحة المجتمع فإنه قد لا يتمكن من تحديد مدى درجة مسؤولية الجاني لأنه لا يستطيع الإحاطة بها مقدماً لذا يتطلب من القاضي أن يكون أكثر فطنة ودقة في مراعاة درجة مسؤولية الجاني، هذا وقد سهل المشرع للقاضي هذه المهمة من خلال جعل العقوبة بين حدين وبذلك يمكنه اختيار العقوبة المناسبة لحالة مرتكب الجريمة من خلال تطبيق نظام الظروف المخففة⁽²⁾.

الفرع الثالث

أهداف العقوبة

إن الهدف من العقوبة هو تحقيق أغراض اجتماعية وعليه فإن العقوبة لاتجد تبريرها في ذاتها بل في الأغراض التي تسعى إلى تحقيقها وهي كالاتي:

1- تحقيق العدالة: إن العدل اسم من أسماء الله الحسنى والله يأمر عباده بتحقيقه قال تعالى في كتابه العزيز ﴿إِنَّ اللَّهَ يُأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ...﴾⁽³⁾، كما قال تعالى: ﴿وَأْمُرْتُ لَأَعْدِلَ بَيْنَكُمُ﴾⁽⁴⁾ وبذلك

فإن الله يحث عباده على الحكم بالعدل بين الناس في آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿...وَإِذَا

حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ...﴾⁽⁵⁾، وكذلك الأمر بالنسبة إلى السنة النبوية الشريفة حيث

إنها أكدت على ذات الاتجاه قال رسول الله محمد ﷺ (إنما ضل من كان قبلكم أنهم كانوا إذا سرق الشريف تركوه وإذا سرق الضعيف أقاموا عليه الحد وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها)⁽⁶⁾، وبهذا فإن العقوبة تمثل رد فعل اجتماعي اتجاه العدوان الذي وقع على المجتمع وهي تعمل على إعادة التوازن إلى ميزان الحقوق والواجبات اتجاه العدوان الذي وقع وكما تعمل على تحقيق الأمن في المجتمع ونشر العدالة في نفس الوقت ومنع وقوع أي ردود فعل عشوائية انتقامية اتجاه الجاني على نحو قد يتجاوز أكثر من الضرر الذي لحق بالمجني عليه،

(1) د.محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات اللبناني القسم العام، مصدر سابق، ص675. خالد عبد الحميد فرج: شرعية الجرائم والعقوبات، مصدر سابق، ص512.

(2) علي أحمد راشد: موجز في العقوبات ومظاهر تفريد العقاب، مصدر سابق، ص4.

(3) سورة النحل من الآية (90).

(4) سورة الشورى من الآية (15).

(5) سورة النساء من الآية (58).

(6) محمد بجاد العتبي: السلطة التقديرية للقاضي في الامتناع عن النطق بالعقاب، مصدر سابق، ص28.

وبذلك يمكن القول إن الجريمة التي ارتكبها الجاني وشكلت اعتداء على الغير سواء في جسده أو شرفه أو حريته أو ماله تستوجب معاقبة الجاني بالعقوبة المناسبة لأنه ليس من العدل ترك الجاني حراً ويقف كل من القانون والمجتمع متفرجين عليه إذ لا بد من معاقبته لأجل محو الاعتداء الذي أوقعه وهكذا تصبح العقوبة وسيلة يتمسك بها المجتمع لإقامة العدل وإعادة التوازن الطبيعي إلى المجتمع بعد الخلل الذي أصابه من جراء وقوع الجريمة والتي قد تثير السخط والغضب لدى الأفراد بسبب انتهاك مبادئ السلوك المستقيم الذي تعارف عليه الناس وهذا يعني إن من شأن العقوبة توفير الحماية للقيم الأخلاقية التي ينبغي لها أن تبقى في المحيط الاجتماعي فضلاً عن ذلك فإن العقوبة تمنح القانون هيئته وقوته وكذلك السلطة التي منح لها أمر تطبيقها وبمعنى آخر أن العقوبة تعمل على إرضاء الشعور الاجتماعي الذي تضرر من الجريمة⁽¹⁾.

2- تحقيق الردع: تسبب الجريمة في بعض الأحيان اضطراباً اجتماعياً مما يتطلب إيقاع عقوبة تتناسب مع جسامتها وهذا يعني إنه كلما جاء الرد سريعاً وحاسماً اتجاه مرتكب الجريمة أدى ذلك إلى تهدئة الخواطر التي أثارها الجريمة وبث الطمأنينة في نفوس أفراد المجتمع، وبذلك يقوى الشعور بالتضامن بين أفراد المجتمع الواحد من خلال ردع الجاني الذي سولت له نفسه ارتكاب الجريمة⁽²⁾، والردع على نوعين الأول يسمى بالردع العام ويقصد به إنذار الجماعة بإيقاع العقوبة إذا ما ارتكب أحد الأفراد فعلاً ما يشكل جريمة فوظيفة العقوبة هنا تصبح تهديدية اتجاه نفسية أفراد المجتمع ولاسيما أولئك الذين تتوافر لديهم دوافع إجرامية نحو ارتكاب الجريمة لكن عندما يدرك هؤلاء الأفراد بأن العدالة سوف تلاحقهم وإن العقوبة ستنفذ بحقهم إذا ما ارتكبوا الجريمة فإن ذلك ربما يمنعهم عن ارتكابها⁽³⁾، هذا وقد تعرض مفهوم الردع العام إلى النقد من حيث مدى اعتباره هدفاً من أهداف العقوبة لكونه يميل بها إلى القسوة إذ تزداد فاعلية التهديد بالعقوبة كلما ازدادت شدتها وهذا ما لا يتفق مع المنطق السليم إذ لا يجوز إيلاء الإنسان من أجل التأثير على غيره، ومع ذلك فهناك من يرى أن هذه الانتقادات غير صحيحة لأن الردع العام لا يقود إلى القسوة في العقاب حيث أثبتت التجارب أن العقوبة القاسية لا تحقق الردع العام لأن القضاء غالباً ما يجتهد في ألتماس أسباب التبرئة منها أو تخفيفها، أما القول بإيلاء الشخص من أجل التأثير على غيره فهو قول مردود لأن الإيلاء في هذه الحالة يصبح مشروعاً نتيجة الاعتداء على الحقوق التي يحميها القانون⁽⁴⁾، أما الردع الخاص فيهدف إلى علاج الخطورة الإجرامية الكامنة لدى الجاني من خلال إزالة الخلل الجسدي أو النفسي أو الاجتماعي الذي أدى إلى وقوع الجريمة لمنع وقوعها مرة أخرى في المستقبل عن طريق استئصال أسباب قيامها وبمساعدة

(1) لين صالح مطر: موسوعة قانون العقوبات العام والخاص، ج 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بدون سنة طبع، ص 92. د. فخري عبد الرزاق: شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص 375.

(2) د. محمد أبو حسان: أحكام الجريمة والعقوبة في الشريعة الإسلامية، مكتب المنار، الأردن، بدون سنة طبع، ص 186.

(3) حيدر البصري: العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مصدر سابق، ص 3.

(4) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص 736.

المجتمع الذي يأخذ بيد كل شخص يكون مستعداً للاعتراف بخطئه وإصلاح الضرر الذي تسبب فيه من خلال تقديم الدليل على حسن نواياه عبر سلوك تتضح فيه القدرة على تحمل المسؤولية⁽¹⁾.

3- إصلاح الجاني: العقوبة ليست مقصودة لذاتها وإنما الهدف الحقيقي منها فضلاً عن تحقيق العدل والمصلحة العامة والخاصة، إصلاح الجاني وتهذيبه وهدايته نحو السلوك المستقيم الذي يوصله إلى الكمال الروحي ثم الجسدي⁽²⁾، وهكذا تصبح العقوبة أداة طيبة نحو تنمية روح الضبط الواعي عنده وجعله إنساناً محباً للآخرين راغباً في خدمة بلده الذي يعيش فيه مما يعني إن هدف العقوبة هو إصلاح الجاني وتربيته على روح الاحترام والالتزام بقواعد الحياة المشتركة⁽³⁾، وإذا كان عنصر الألم والزجر هو السائد في العصور القديمة والوسطى على العقوبات كالصلب وقطع الاعضاء وغير ذلك من أنواع التعذيب البدني فإن العقوبة اليوم أصبحت تجسد فكرة إصلاحية هدفها الأول إصلاح نفسية المجرم وعدم الإضرار بأخلاقه أو بدنه إلى حين خروجه من السجن كفرد صالح في المجتمع سواء من ناحية سلامة جسمه أو سلامة خلقه أو حالته النفسية والدليل على ذلك أن السجون اليوم أصبحت عبارة عن مؤسسات تهذيبية وتقويمية لا وجود للتعذيب أو الإيلام فيها كما كانت سابقاً، هذا وقد تأكد الهدف ذاته لدى الفقهاء المسلمين الذين نادوا بأن يكون غرض العقوبة هو أصلاح الجاني وليس الانتقام أو التشفي منه وإن كان الإصلاح منعدماً في بعض أنواع الجرائم ومنها جرائم الحدود إلا أنه يكتسب أهميته في جرائم أخرى ومنها الجرائم التعزيرية⁽⁴⁾.

المطلب الثاني

مبدأ حسن النية وتحقيق العدالة والإصلاح

عندما ترتكب الجريمة مع سبق الإصرار فإن فاعلها يستحق أشد العقاب ومع هذا تقرر العقوبة على نحو أقل شدة من العقوبة المستحقة إذا ثبت وقوعها خطأ وبحسن نية وهذا يعني أن النية عندما تكون حسنة فإن الأمر يصبح مختلفاً لأنه يتطلب تفريد العقوبة وبهذا نتمكن من تحقيق أمرين هما العدالة والإصلاح حيث أنهما يكفيان لتبرير مبدأ حسن النية في مجال العقوبة لذا ينبغي على كل من المشرع والقاضي أن يضع نصب عينه عند تحديد أو تفريد العقوبة مدى انسجامها مع فكرتي العدالة والإصلاح، ولذلك سأتناول هذا الموضوع في فرعين وكلاتي:

الفرع الأول

مبدأ حسن النية وتحقيق العدالة

دعا القرآن الكريم كما دعت السنة النبوية الشريفة إلى تحقيق العدل ومحاربة الظلم إذ قال تعالى في كتابه العزيز: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَايُنْ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا

(1) د. عبد الرحمن توفيق أحمد: محاضرات في الأحكام العامة لقانون العقوبات، ج2، دار وائل للنشر، عمان، 2006، ص191. د. علي حسين الخلف، د. سلطان عبد القادر الشاوي: المبادئ العامة في قانون العقوبات، مصدر سابق، ص411.

(2) محمد تهاني: أهداف العقوبة وفلسفتها في الشريعة الإسلامية، مصدر سابق، ص97.

(3) محمد تهاني: أهداف العقوبة وفلسفتها في الشريعة الإسلامية، مصدر سابق، ص97.

(4) د. توفيق الشاوي: العقوبات الجنائية في التشريعات العربية، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة، 1959، ص16.

نَعْدِلُوا أَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ⁽¹⁾، أما على صعيد السنة النبوية الشريفة فأنها

أكدت على ذات المعنى في أحاديث عديدة لرسول الله محمد ﷺ ومنها ((القضاة ثلاثة قاضيان في النار وقاضي في الجنة قاضي عرف الحق فقصي به فهو في الجنة وقاضي قضى بجهل فهو في النار وقاضي عرف الحق فجار فهو في النار))⁽²⁾، ومما تقدم ذكره يتضح مدى أهمية تحقيق العدل لكونه أساساً يبعث الشعور بالإرتياح في النفس حيث يرفع الجور ويزيل الشعور بالظلم ويعمل على تحقيق المساواة والتي يمكن تشبيهها بتصنيف الشيء إلى نصفين متساويين بحيث لا يزيد أحد النصفين على الآخر ولا ينقص عنه، أما عن كيفية تحقيق العدل فإن ذلك يتم عن طريق تطبيق القواعد القانونية التي يقرها المشرع⁽³⁾، ومع ذلك قد لا يكفي هذا لأجل تحقيق القدر المثالي للعدالة مما يستلزم النظر إلى نية الجاني لأنها ربما تكون حسنة تدعو إلى الرأفة وربما تكون سيئة تدعو إلى التشديد وبمعنى آخر إن إهمال النية يجافي مفهوم العدالة لذا أصبح الاتجاه الحديث في السياسة الجنائية⁽⁴⁾ يؤكد على ضرورة إعطاء شخصية الجاني مزيداً من الاهتمام وتحديداً بمسألة الإرادة لتعلقها بالركن المعنوي للجريمة حيث يحدد من خلالها مدى الخطورة الإجرامية للجاني فإذا ثبت أن إرادة الجاني كانت متجهة نحو ارتكاب الجريمة فهذا يدل على مدى سوءها مما يقتضي تطبيق عقوبة أشد كذلك فإنّ الباعث يؤدي دوراً أساسياً في تحديد مدى جسامته الإثم حيث أن الباعث الدنيء يستلزم تطبيق عقوبة أشد إلا إذا كان بخلاف ذلك، وهذا يعني أن خطورة الجاني تتضاءل كلما تضاءلت قوة الدفاع لديه في إتباع السلوك الإجرامي وذلك من خلال مقاومته ويمكن بيان ذلك من خلال النية لأنها تؤدي دوراً كبيراً في الكشف عن طبيعة شخصية الفرد من خلال دراسة الاضطرابات النفسية والعصبية أو أي شذوذ في القوى العقلية أو النفسية كما أن النية قد تكشف عن شخصية شريرة متعطشة للإجرام تنتطوي على خطورة بالغة وفي ذات الوقت قد تكشف النية عن نفسية سليمة ليس لها أي ميول نحو ارتكاب الجريمة إلا أنها سارت على هذا الطريق بصورة عارضة نتيجة ظروف معينة⁽⁵⁾، هذا وقد يتبادر إلى الذهن إن العدالة تقتضي تطبيق العقوبة وفقاً للنص القانوني لكن هذا ليس بصورة مطلقة لأنه في بعض الأحيان تتطلب العدالة أن يؤخذ بنظر الاعتبار ظروف وأحوال الجناة كمن يرتكب جريمة ما ليدفع عن نفسه خطراً محدقاً وبذلك فهو يختلف عن ارتكب الجريمة مع سبق الإصرار، لذا فمن العدالة أن تراعى ظروف ارتكاب الجريمة عند النطق بالعقاب⁽⁶⁾.

الفرع الثاني

- (1) سورة المائدة آية (8).
- (2) د. محمد أبو حسان: أحكام الجريمة والعقوبة في الشريعة الإسلامية، مصدر سابق، ص 187.
- (3) د. عبد السلام الترماني: مفهوم العدل والعدالة في الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق والشريعة تصدرها كلية الحقوق والشريعة، الكويت، العدد (1)، 1978، ص 257.
- (4) وكان قد عالج مسألة السياسة الجنائية قانون إصلاح النظام القانوني في العراق رقم 35 لسنة 1977 والذي ينص: (م¹) تقر بهذا القانون ورقة عمل إصلاح النظام القانوني في العراق المرفقة به، وتعتمد أساساً لما يتطلبه الإصلاح من تغيير أو تبديل أو تعديل في القوانين والتشريعات الأخرى النافذة. (م²) تلتزم الوزارات وأجهزة الدولة وهيئاتها ومؤسساتها بورقة عمل إصلاح النظام القانوني في العراق وبالتنسيق التعاون في إنجازها مع وزارة العدل. (م³) يقوم وزير العدل باتخاذ الإجراءات اللازمة لتهيئة مستلزمات تحقيق إصلاح النظام القانوني وإصدار التعليمات المقترضة لتسهيل تنفيذ هذا القانون.
- (5) محمد بجااد العنبي: السلطة التقديرية للقاضي في الامتناع عن النطق بالعقاب، مصدر سابق، ص 42.
- (6) خالد عبد الحميد فرج: المنهج الحكيم في التقويم والتجريم، مصدر سابق، ص 34.

مبدأ حسن النية والإصلاح

كانت القوانين الوضعية حتى نهاية القرن الثامن عشر تنظر إلى المجرم نظرة ملؤها العنف والقسوة حيث كان أساس العقوبات يقوم على الإرهاب والانتقام والتشهير وهذا واضح من نوع العقوبات المطبقة خلال تلك الفترة مثل الحرق والصلب وتقطيع الأوصال وقطع الشفاه واللسان والوشم وارتداء أطواق من الحديد وغيرها من العقوبات القاسية التي لا تتناسب مع حجم الجرائم المرتكبة مما دفع الفلاسفة وعلماء الاجتماع في أواخر القرن التاسع عشر إلى هدم هذا الأساس الذي تقوم عليه العقوبات محاولين إقامتها على أساس آخر⁽¹⁾، فأخذ روسو يبرر العقوبة على أساس إنها تمثل العقد الاجتماعي وأن الغرض منها هو حماية الجماعة من المجرم ومن إلحاق الضرر بغيره، بينما برر بكاريا العقوبة بأنها حق الدفاع الذي يتنازل عنه الأفراد للجماعة لغرض تأديب المجرم وزجر غيره، وهكذا اتّسمت هذه النظريات بإهمالها لشخصية المجرم واهتمامها بالجريمة ومدى جسامتها وأثرها على المجتمع مما جعلها بعيدة عن فكرة الإصلاح وعلى أثر ذلك ظهرت النظرية العلمية والتي تقوم على إهمال الجريمة والنظر إلى شخصية المجرم من خلال جعل العقوبة متناسبة مع عقله وتكوينه وتأريخه ودرجة خطورته ومع ذلك لم تنجح هذه النظريات في حل مشكلة العقوبة لإصلاح المجرم وإعادة تأهيله كعنصر فعال في المجتمع من جديد لكونها نظرت إلى المجرم وأهملت الجريمة، وهكذا توالى النظريات في الظهور حتى أصبح الاتجاه السائد اليوم لدى شرّاح القانون الوضعي هو أن يصبح الغرض من العقوبة تأديب المجرم وإصلاحه في ذات الوقت لأجل مساعدته على إستعادة مكانته بين أفراد المجتمع، وذلك عن طريق مراعاة البواعث التي دفعت الجاني إلى ارتكاب الجريمة لأنها من المؤشرات المهمة والدالة على شخصيته والكاشفة عن نيته وهنا يتطلب من المشرع والقاضي وسلطة التنفيذ مراعاة هذه البواعث والتعامل مع الجاني على أساسها بحيث يتحقق التناسب الدقيق بين الجرائم والعقوبات المطبقة عليه من خلال إتباع نظام السلطة التقديرية ونظام تصنيف المجرمين إلى فئات مختلفة داخل المؤسسات الإصلاحية⁽²⁾. كما أن الأخذ بنظام قاضي تنفيذ العقوبة قد يكون مفيداً بهذا الصدد⁽³⁾

(1) د. عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارن بالقانون الوضعي، مصدر سابق، ص 623. للمزيد ينظر: د. جعفر عبد الأمير ياسين، د. محمد علي السالم، د. أحمد مجيد حميد: العقوبات البدنية في قوانين العراق القديم، رقم الإيداع بدار الكتب والوثائق رقم 852 لسنة 2008.

(2) د. يعقوب محمد علي: يقين العقوبات، مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق، الكويت، العدد (2)، 1984، ص 219.

(3) أنط قانون الإجراءات الجنائية المصري مهمة تنفيذ العقوبة إلى النيابة العامة في مصر، حيث تقوم بتوجيه أوامرها إلى السلطات التنفيذية التابعة لها لتنفيذ ما يطلب منها من إجبار المحكوم عليه على الخضوع لإجراءات التنفيذ، أما إذا ارتأت النيابة العامة إيقاف تنفيذ العقوبة فلا رقابة عليها أو معقّب بحسب ما جاء في (م⁴⁶¹) من قانون الإجراءات الجنائية المصري (يكون تنفيذ الأحكام الصادرة في الدعوى الجنائية بناء على طلب النيابة العامة وفقاً لما هو مقرر في القانون). للمزيد ينظر: مصطفى مجدي: التعليق على قانون الإجراءات الجنائية، دار الكتب المصرية، القاهرة، 2008، ص 120.

المبحث الثاني

مبدأ حسن النية وسلطة القاضي الجزائي التقديرية

إن منح القاضي السلطة التقديرية من حيث تطبيق القانون والعقوبة أصبح من الأمور التي لا تستطيع القوانين الجنائية الاستغناء عنها فالمشرع مهما أوتي من بعد نظر فإنه لا يستطيع الاحاطة بجميع الأشكال التي يمكن أن يظهر بها السلوك الاجرامي الضار اتجاه المصالح التي هي محل الحماية الجزائية كما لا يمكنه الاحاطة بكل فروض الخطورة الاجرامية لدى الجاني وهذا الواقع هو الذي فرض وجوب الاعتراف للقاضي بالسلطة التقديرية ليس من الناحية الموضوعية فقط وانما من الناحية الشخصية من خلال منح القاضي القدرة في الحكم وفقاً لقناعاته وتقديره المتعلق بتوافر عناصر الجريمة دون التقييد بضوابط موضوعية محددة من قبل المشرع، وعلى أثر ذلك ظهرت أهمية البحث عن حسن أو سوء نية الجاني لما لها من أهمية كبيرة في تحديد العقوبة المفروضة عليه والتي تعتمد على مدى جسامته الركن المعنوي سواء كان بهيئة القصد الجرمي أو الخطأ غير العمدى⁽¹⁾، ونظراً لأهمية الموضوع ارتأيت تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب أتناول في المطلب الأول ماهية سلطة القاضي الجزائي التقديرية، فيما أخصص المطلب الثاني لنطاق سلطة القاضي الجزائي في تقدير العقوبة، أما المطلب الثالث فأكرسه للضوابط التي يعتمدها القاضي لاستخلاص حسن النية وكالاتي:

المطلب الأول

ماهية سلطة القاضي الجزائي التقديرية

نعني بالسلطة التقديرية للقاضي في تحديد العقوبة بأنها قدرته على الملاءمة بين الظروف الواقعية المعروضة عليه والعقوبة التي يقررها وهي في أبسط صورها القدرة على التحرك بين الحدين الأدنى والأعلى للعقوبة⁽²⁾، والسبب الحقيقي في منح القاضي هذه السلطة يكمن في التوزيع المنطقي المتوازن للاختصاص بين المشرع والقاضي على وجه يتحقق معه التنسيق بين المصالح الاجتماعية والفردية وتظهر أهمية هذه السلطة في مراعاة الظروف الشخصية لمرتكب الجريمة بحيث تحدد العقوبة في ضوء العوامل التي قادته لارتكابها وبذلك يصبح من شأن هذه العقوبة تهذيب المجرم وإعادته إلى صفوف المجتمع من جديد⁽³⁾

واستناداً إلى ما تقدم ذكره ارتأيت تقسيم هذا المطلب إلى فرعين وكالاتي:

الفرع الأول

السلطة التقديرية من الناحية الموضوعية

(1) د.مأمون محمد سلامة: حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق العقوبة، مطبعة دار الفكر العربي، القاهرة، 1975، ص 91.

(2) محمد خليفة الشيخ: رؤية إجرائية حول علاقة القاضي بالخبير القضائي في مسألة الاثبات الجنائي بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.aladel.gov.com، 2008، ص 1.

(3) محمد بجاد العتبي: السلطة التقديرية للقاضي في الامتناع عن النطق بالعقاب، مصدر سابق، ص 37.

(3) د.مدحت محمد عبد العزيز ابراهيم: النظرية العامة للعقوبة والتدابير الاحترازية، دار النهضة العربية، القاهرة 2007، ص 154. نوفل علي عبد الله: سلطة القاضي في تخفيف العقوبة، مجلة الرافدين للحقوق تصدرها كلية القانون بجامعة الموصل، العراق، العدد (20)، 2004، ص 202.

يقصد بالمعيار الموضوعي من وجهة نظر المشرع إقامة معايير عامة غير قابلة للتغيير ومؤكدّة لأنها تقوم على أساس التجربة المستخلصة من الملاحظة العامة للسلوك المتوسط، حيث يعتمد القاضي على السلوك المألوف للشخص المعتاد مما يعني استبعاد الظروف الخاصة بكل شخص على أن يأخذ بعين الاعتبار الظروف المكانية والزمانية لأنها ظروف تتسم بطابع العموم وتمتد لتشمل الأفراد كافة، ويمكن القول ان التقدير الموضوعي يعني وجود قاعدة قانونية وواقع معين تنطبق عليه، يتجسد بماديات الجريمة من حيث تدرج ضررها وخطورتها ويقابل هذا التدرج مقدار عدم المشروعية على اعتبار أن الضرر الحاصل أو الخطر هو علة عدم المشروعية والذي في ضوئه يتم تحديد مقدار العقوبة وبناءً على ذلك يستلزم من القاضي الجزائي عند استعمال سلطته التقديرية اتجاه المتهم بجريمة ما أن يجعل من مقدار عدم المشروعية والذي يتحدد بماديات الجريمة أحد الأسس لتحديد العقوبة⁽¹⁾ والتي يمكن استخلاصها من خلال عدة ضوابط منها:

1- جسامّة الاعتداء الواقع على الحق: تشكل الجريمة اعتداء على الحق الذي يحميه القانون وشكل هذا الاعتداء قد يختلف من حالة إلى أخرى فقد يكون الاعتداء على شكل عبارات السب والقذف أو قد يكون واقعاً على الحقوق المالية للآخرين كما في جريمة السرقة وخيانة الأمانة وغيرها وللقاضي في هذه الصور من دون شك أن يجعل من ذلك الاعتداء ضابطاً في تقدير العقوبة، وإذا كان المشرع قد جعل من أسباب الإباحة عندما تتوافر شروطها جميعاً سبباً في محو الصفة غير المشروعة عن الفعل ليحول ذلك دون تطبيق العقاب إطلاقاً فإنّ المنطق السليم يقتضي في حالة توافر بعض شروطها دون البعض الآخر سبباً في نقصان مقدار العقوبة والميل بها نحو التخفيف كمن يتجاوز حدوده في استعمال حق التأديب فإنّه يقتضي في هذه الحالة تطبيق عقاب أخف مما لو ارتكب الفعل بسوء قصد فضلاً عن ما يطرأ على الجريمة من اعتبارات تؤثر على جسامّة الاعتداء سواء من حيث الزيادة أم النقصان كما لو بذل المتهم جهده لأصلاح ضرر الجريمة أو حصول العفو من قبل المجني عليه إتجاه الجاني فكل هذه الأمور يأخذها القاضي بعين الاعتبار عند الحكم بالعقوبة⁽²⁾.

2- طريقة تنفيذ الفعل الجرمي: يجسد الفعل الجرمي بحد ذاته خطورة على الحق الذي يحميه القانون، فمثلاً مقدار العنف الذي استخدم في تنفيذ جريمة السرقة بالإكراه أو مدى القسوة التي تميّز بها كالضرب أو الجرح أو مدى درجة الدقة والأحكام التي استخدمت في ارتكاب جريمة الاحتيال، ففي كل هذه الصور أهمية لإرشاد القاضي نحو استعمال سلطته التقديرية لتحديد العقوبة الملائمة للجاني من حيث التخفيف أو التشديد.

3- العلاقة بين الجاني والمجني عليه: لهذه العلاقة أهمية في استخلاص وقائع تتجه بالقاضي نحو تخفيف العقوبة أو تشديدها كما لو كانت الجريمة الواقعة قد تضمنت إخلال الجاني بالثقة التي وضعت فيه لأجل صيانة وحماية مصالح المجني عليه كما لو ارتكب الوصي أو القيم جريمة

(1) د. حاتم موسى بكار: سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2002، ص 113.

(2) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات اللبناني، مصدر سابق، ص 854. د. سليمان عبد المنعم: النظرية العامة لقانون العقوبات، مصدر سابق، ص 793، ناصر كريمش خضر، نظرية التوبة في القانون الجنائي، مصدر سابق، ص 45.

ضرب الموصى عليه لأجل الحصول على المال فهذا الأمر يتطلب من القاضي تشديد العقوبة أما لو حدث العكس فإنّ هذا يستلزم من القاضي بأن يميل بالعقوبة نحو التخفيف كما لو قام المجني عليه بإتاحة الفرصة أمام الجاني لارتكاب الجريمة ومثال على ذلك قيام القاصر بإغراء المسؤول عن رعايته لارتكاب جريمة هتك العرض⁽¹⁾، ومن ذلك يتضح ان سلطة القاضي الجزائي التقديرية بالنسبة إلى المعيار الموضوعي لا تبحث في الجوانب النفسية للفاعل وإنما تبحث في سلوكه من حيث مدى اقترابه من سلوك الرجل الحريص المعتاد وهذا يجعل من الرقابة المفروضة على القاضي متجهة نحو كيفية ممارسته للتكييف القانوني الصحيح للواقعة المعروضة عليه أو بمعنى آخر مدى التزامه بقواعد التفسير المتعارف عليها⁽²⁾.

الفرع الثاني

السلطة التقديرية من الناحية الشخصية

لشخصية المجرم دور هام في الجريمة من حيث تحديد الأثر القانوني المترتب عليها فقانون العقوبات على قدر اهتمامه بالوقائع المادية المكونة للجريمة يهتم أيضاً بالظروف المتعلقة بشخص مرتكبها وذلك لأجل تحديد العقوبة المناسبة للتطبيق وبمعنى آخر إن القاضي الجزائي عند تقديره للعقوبة لا يقف فقط عند حد العناصر المادية والمعنوية المتطلبة للوجود القانوني للجريمة وإنما يقدر العقوبة على ضوء عناصر أخرى تتصل بالشخص الذي ارتكبها وهذا ما لم ينص عليه المشرع صراحة، لذا فقد منح القاضي نطاقاً واسعاً لأجل تقدير العقوبة بين حديها الأدنى والأعلى، ولو كان الأمر خلاف ذلك لما كان هنالك مبرر لأن يترك المشرع للقاضي مجالاً لتقدير العقوبة، ومع هذا فإنّ المشرع قد قيد سلطة القاضي التقديرية في بعض الجرائم من خلال تحديد عقوباتها على سبيل القطع لأنه قد تولى تقويم جميع العناصر التي تؤخذ بعين الاعتبار في تحديد العقوبة⁽³⁾ وخلاصة القول إن التقدير الشخصي يجد ميداناً واسعاً في نطاق القانون الجنائي لأنه يقيس الشخص بمدى فطنته وما يمتلكه من حرية إدراك وفي ذلك تحقيق للعدالة من خلال عقاب الجاني بما يستحقه وفي ذات الوقت إصلاحه وتقويمه عن طريق دراسة ملكاته الذاتية والنوايا والبواعث التي كانت وراء أحداث الواقعة الإجرامية حيث على القاضي الجزائي ان لا يتعدى حدودها وان لا يقضي بغيرها⁽⁴⁾.

المطلب الثاني

نطاق سلطة القاضي الجزائي في تقدير العقوبة

أصبح من مسلمات العصر الأخذ بنظام تفريد العقاب من قبل السلطة القضائية من خلال ما يتاح لها من الاتصال بالجاني للوقوف على أحواله وظروف إجرامه لتأمين أكبر قدر ممكن من العدالة لذا حرصت القوانين الجنائية على تحقيق ذلك عن طريق وسائل متعددة لأجل ضمان

(1) د. علي أحمد راشد: موجز في العقوبات ومظاهر تفريد العقاب، مصدر سابق، ص101. د. محمود نجيب حسني: قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص856.

(2) د. حاتم حسن موسى البكار: سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، مصدر سابق، ص123.

(3) د. مأمون محمد سلامة: حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، مصدر سابق، ص103، ينظر قانون العقوبات المواد (156) العراقي، (77/أ/ب/ج) المصري، (275) اللبناني، (265) السوري.

(4) د. محمد زكي أبو عامر: قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص558.

تطبيق امثل للقانون، ومن بين هذه الوسائل ما يعرف باختيار العقوبة نوعاً أو تقديرها كمّاً حيث يضع المشرع في الغالب أكثر من عقوبة للجريمة الواحدة ويجيز للقاضي في ذات الوقت أن يحكم بإحداها أو أن يجمع بينهما، وإذا اختار القاضي العقوبة ثار التساؤل عن القدر الذي ينفذ منها، لذا ارتأيت في هذا المطلب الوقوف على إبعاد الاختيار النوعي للعقوبة والتقدير الكمي لها وذلك ضمن فرعين وكالاتي:

الفرع الأول

الاختيار النوعي للعقوبة

يتيح هذا النظام للقاضي الحرية الكاملة في الحكم بالعقوبة التي يراها مناسبة لمرتكب الجريمة من بين العقوبات التي قررها المشرع للجريمة مراعيّاً في ذلك شخصيته وظروفه وملابسات الجريمة على أن يكون ذلك ضمن توجهات السياسة الجنائية المعاصرة ومن ذلك يتضح إن الاختيار النوعي للعقوبة يطّقى بطريقتين وكالاتي:

أولاً: النظام التخييري للعقوبة:

في ظل هذا النظام يترك للقاضي حرية الاختيار في الحكم على الجاني بإحدى العقوبات المقررة للجريمة⁽¹⁾ ويسري هذا النظام على جميع أنواع العقوبات المقررة للجرائم سواء كانت جنائيات أم جنح أم مخالفات، هذا وقد تباينت مواقف التشريعات العربية حول مدى السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي الجزائي من حيث تطبيق نظام الاختيار النوعي للعقوبة بين اتجاهين الأول يميل إلى عدم التوسع في مجال العقوبة التخييرية وهذا ما اخذ به قانون العقوبات الليبي في أغلب مواده، ومن العقوبات التخييرية ما جاء في (م³⁷²) والتي جاء فيها (من قتل نفساً عمداً من غير سبق إصرار ولا ترصد يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت.... ومع ذلك يحكم على فاعل هذه الجناية بالإعدام إذا تقدمتها أو اقترنت بها أو تلتها جناية أخرى، أما إذا كان القصد منها التأهب لاقتراف جنحة أو تسهيلها أو ارتكابها بالفعل أو مساعدة من ارتكبوا جنحة ما أو شاركهم على الهرب أو التخلص من العقوبة فيحكم بالإعدام أو السجن المؤبد) وكذلك ما جاءت به (م²³⁷) من نفس القانون والتي تنص (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بغرامة لا تتجاوز مائتي دينار ليبي كل موظف عمومي يمتنع بدون وجه حق عن أداء عمل من أعمال وظيفته أو يهمله أو يعطله)⁽²⁾

أما الاتجاه الثاني فإنّه جاء خلافاً لسابقه حيث وسع من سلطة القاضي الجزائي حيال الاختيار النوعي للعقوبة حيث نلاحظ انه أجاز للقاضي في أغلب الجرائم اختيار عقوبة من بين عقوبتين أو ثلاث أو أربع عقوبات فعلى سبيل المثال يجوز للقاضي أن يحكم بالسجن المؤبد أو المؤقت على كل من عزّض التدابير العسكرية أو تدابير أمن البلاد للخطر⁽³⁾، وعلى الرغم من تباين الاتجاهين السابقين فإنّ هنالك من يرى إن نظام العقوبات التخييرية يقيد أحياناً ببعض القيود والتي يمكن إرجاعها إلى أربعة صور:

(1) عبد يحيى محمد الشاطبي، مبدأ شرعية التجريم والعقاب، مصدر سابق، ص102.

(2) ينظر قانون العقوبات المواد، (680) اللبناني، (540) السوري.

(3) حاتم موسى بكار: سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، مصدر سابق، ص166. ينظر قانون العقوبات المواد، (157)(163)(175)(190)(197) العراقي، (80/أ) (82/ب) (92) (234) المصري.

الصورة الأولى: نظام العقوبات التخيرية المقيدة بالبائع:

مضمون هذه الصورة أن يضع المشرع عقوبتين متباينتين في الشدة على سبيل التخيير لجريمة ما مع إلزام القاضي بأن يحكم بالعقوبة الأشد أو منعه من الحكم بالعقوبة الأخف عندما يكون البائع على ارتكاب الجريمة دنيئاً.⁽¹⁾

الصورة الثانية: نظام العقوبات التخيرية المقيدة بالملاءمة:

ومقتضى هذه الصورة أنه إذا أجاز القانون للقاضي الاختيار بين عقوبة سالبة للحرية وعقوبة الغرامة فإنه لا يحكم بالعقوبة السالبة للحرية إلا إذا كان الحكم بالغرامة غير ملائم للمجرم في ظل ظروفه الشخصية فضلاً عن رغبة المشرع في تنبيه القاضي بأهمية عقوبة الغرامة.⁽²⁾

الصورة الثالثة: نظام العقوبات التخيرية المقيدة بجسامة الجريمة أو خطورة المجرم: ويقصد بهذه الصورة أن يحدد القانون لجريمة ما عقوبة معينة كأن تكون السجن المؤبد أو الإعدام على سبيل التخيير وقد يجعل من العقوبة الأخيرة واجبة التطبيق إذا كانت طبيعة الفعل أو الطريقة التي ارتكبت بها الجريمة بشعة أو إذا كان المجرم يشكل خطراً على الأمن العام.⁽³⁾

ثانياً: نظام العقوبات البديلة:

يراد بهذا النظام إحلال عقوبة ما من نوع معين محل عقوبة من نوع آخر من خلال الجهة القضائية المختصة بذلك لتعذر تنفيذ العقوبة الأصلية ولملاءمة العقوبة البديلة لحالة المجرم الشخصية ويتم الإحلال ضمن الحكم القضائي المقرر أصلاً للعقوبة وطبقاً لما هو مقرر في القانون، ويعد هذا النظام من وسائل تفريد العقاب حيث يتمتع القاضي بحرية تتفاوت من تشريع لآخر في عملية الإحلال العقابي والتي تقع ضمن حالات معينة وهي كالاتي:

- 1- تعذر تنفيذ العقوبة الأصلية أو احتمال تعذر تنفيذها.
- 2- إذا كانت العقوبة البديلة أكثر ملاءمة من حيث التنفيذ قياساً إلى العقوبة الأصلية على أن يؤخذ بنظر الاعتبار مدى خطورة المجرم⁽⁴⁾، هذا ويجد نظام العقوبات البديلة لدى التشريعات المقارنة تطبيقاً له بعدة صور وهي كالاتي:

الصورة الأولى: استبدال عقوبة الغرامة بعقوبة سالبة للحرية:

استناداً إلى هذه الصورة يستطيع القاضي بموجب سلطته التقديرية أن يحكم بعقوبة الحبس بدلاً من عقوبة الغرامة في حالة تقاعس المتهم عن دفعها هذا وإن إحلال عقوبة الحبس محل عقوبة الغرامة من شأنه إبراء ذمة المتهم منها متى قضى مدة الحبس التي يقررها الحكم الصادر

(1) ينظر قانون العقوبات المواد، (406/ج) العراقي، (230) المصري، (248) السوداني.
 (2) أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، 1965، ص123، ينظر قانون العقوبات المواد، (482) عراقي، (486) الليبي، (238) السوداني.
 (3) د. أكرم نشأت إبراهيم، المصدر السابق، ص125، ينظر قانون العقوبات المواد، (158) العراقي، (96) السوداني، (274) اللبناني.
 (4) جنان جميل سكر، ضوابط التقدير القضائي للعقوبة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد، 1972، ص41.

من المحكمة ويلاحظ أنه وإن كان ضمن سلطة القاضي تحديد مدة الحبس كعقوبة بديلة عن الغرامة ولكن يجب أن لا يتجاوز الحد الأقصى المقرر لعقوبة الحبس قانوناً.⁽¹⁾

الصورة الثانية: استبدال عقوبة الغرامة بعقوبة بدنية:

على الرغم من أن العقوبات البدنية في معظم التشريعات المعاصرة قد انحسرت بشكل ملحوظ إلا أنه لا يزال البعض منها ساري المفعول كعقوبة الإعدام بالإضافة إلى العقوبات الحدية وبعض العقوبات التعزيرية المقررة بموجب أحكام الشريعة الإسلامية ومن بين القوانين العربية التي لا زالت تأخذ بها قانون العقوبات السوداني حيث يتضمن عقوبة الجلد بالسوط، والضرب بالمقرعة وهذا أدى إلى انتقاده من قبل الفقه الجنائي لما في ذلك من إهدار لكرامة الفرد.⁽²⁾ إذ جاء في (م⁷⁷) من هذا القانون (يجوز لمحكمة القاضي من الدرجة الأولى أو الثانية عند نظر قضية بصفة إيجازية أو بغيرها أن تحكم على المتهم الذكر الذي ترى أن سته أقل من الحادية والعشرين بالضرب بالمقرعة بما لا يزيد عن خمس وعشرين ضربة بدلاً من أي عقوبة أخرى يجوز الحكم بها عليه عن أي جريمة غير معاقب عليها بالإعدام).

الصورة الثالثة: عقوبتي الغرامة والعمل كبديل للحبس قصير المدة:

نلاحظ في هذه الصورة إن المشرع قد استبدل عقوبة الحبس قصيرة المدة بعقوبة الغرامة، وعقوبة العمل وبالنسبة إلى العقوبة الأولى (الغرامة) فإنها قد تبوأ مكان الصدارة بين بدائل العقوبات القصيرة المدة نظراً لأهميتها الاقتصادية فهي لا تكلف الدولة شيئاً فضلاً عن مرونتها وإمكانية ملائمتها لحالة المحكوم عليه فضلاً عن انطوائها على قدر من الإيلاء لأنها تصيب المحكوم عليه في ذمته المالية ومن أحكام القضاء العراقي بهذا الشأن (من سير التحقيق والمحاكمة الجارية يتلخص موضوع هذه القضية بأنه بتاريخ 2008/7/27 تم ضبط المتهم (م.ك.ع) من قبل مفارز مكافحة الجريمة الاقتصادية في محله الواقع في منطقة خان المخضر وهو يقوم ببيع الباجات الجاهزة بدون بطاقة صحية رسمية، وحيث اعترف المتهم بذلك في كافة ادوار التحقيق الابتدائي والقضائي بالإضافة إلى محضر الضبط المؤرخ في 2008/7/2 لذا قررت المحكمة الحكم على المدان (م.ك.ع) بغرامة مالية مقدارها واحد وخمسون ألف دينار وتنزيل مبلغ مقداره ألف دينار عن مدة موقوفته للفترة من 2008/7/27 ولغاية 2008/7/28 فنكون الغرامة الواجبة الدفع خمسين ألف دينار وعند عدم الدفع يحبس لمدة شهرين استناداً إلى (م¹⁹⁹) من قانون الصحة العامة وبدلالة (م⁹³) من (ق.ع.ع)⁽³⁾، أما بالنسبة إلى عقوبة العمل فيمكن القول بأنها حظيت باهتمام المؤتمرات الدولية لمكافحة الأجرام حيث أكد المؤتمر الثاني للأمم المتحدة لمكافحة الجريمة ومعاملة المذنبين المنعقد في لندن عام 1960 على أن الحل السليم لمشكلة الحبس القصير الأجل يكون بالإقلال من تنفيذ هذه العقوبة واستبدالها بالعمل خارج

(1) ينظر قانون العقوبات المواد، (214) العراقي، (704) السوري، (69) (70) (71) السوداني، (467) الليبي.

(2) د. حاتم موسى حسن بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، مصدر سابق، ص 183.

(3) ينظر قرار رقم (713/ج) بتاريخ 2008/9/1 صادر من محكمة جنح النجف اكتسب الدرجة القطعية بمضي المدة القانونية، للمزيد ينظر القرار رقم (709/ج) بتاريخ 2008/9/1 اكتسب الدرجة القطعية بمضي المدة القانونية، (670/ج) بتاريخ 2008/9/8 اكتسب الدرجة القطعية بمضي المدة القانونية (غير منشورة).

الأسوار أو ما شابه ذلك⁽¹⁾ ومن الدول المطبقة لهذا النظام الولايات المتحدة الأمريكية، البرازيل، البرتغال⁽²⁾.

(1) تميم طاهر أحمد: بدائل العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد، 1988، ص75.

(2) د. عادل عبادي علي: العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة وبدائلها، الدار العالمية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2006، ص65.

الفرع الثاني التقدير الكمي للعقوبة

ويراد به تحديد المشرع حدّين أدنى وأعلى للعقوبات التي تقبل بطبيعتها التجزئة مثل العقوبات السالبة للحرية والغرامة حيث يخول القاضي سلطة تقدير العقوبة الملائمة بين هذين الحدين وللتدرج الكمي طريقتين:

أولاً: التدرج الكمي الثابت: ويتحقق عندما يحدد المشرع للعقوبة حدّين أدنى وأعلى ثابتين⁽¹⁾.
ثانياً: التدرج الكمي النسبي: ويتحقق عندما يلزم القاضي بتدريج مقدار العقوبة قياساً إلى قيمة الضرر المترتب على الجريمة أو استناداً إلى قيمة الفائدة التي حصل عليها الجاني، والغرامة هي العقوبة الوحيدة التي تنطبق على هذا النظام.⁽²⁾

هذا ويتعين على القاضي الحكم بالعقوبة التي يراها مناسبة لحالة الجاني ولكن ضمن الحدود التي ينص عليها القانون مع توضيح الأسباب التي دعت إلى هذا التقدير من العقوبة وعلى العموم لا يحق للقاضي أن يتعدى الحدود التي ينص عليها القانون بالنسبة إلى مقدار العقوبة زيادةً أو نقصاناً.

وقد يتعذر وضع عقوبة خاصة لكل جريمة على انفراد بحيث تصبح مناسبة لظروفها وملاءمة لحالة مقترفها نظراً لاختلاف الظروف والأحوال التي تقترب فيها الجرائم، وهذه الأسباب كانت وراء قيام المشرع بوضع خطة يتم في ضوئها تنويع العقوبات المقررة للجريمة الواحدة أحياناً فضلاً عن جعل العقوبة تتراوح بين حدّين في كثير من الأحيان مع منح القاضي سلطة تقدير العقوبة الملائمة للجاني من خلال الوقوف على ظروف وملابسات الجريمة التي ارتكبها.⁽³⁾

(1) ينظر قانون العقوبات المواد: (390) العراقي، (303) المصري، (370) اللبناني.
(2) عبد يحيى محمد الشاطبي، مبدأ شرعية التجريم والعقاب، مصدر سابق، ص 101. ينظر قانون العقوبات المواد: (386) العراقي، (376) المصري، (754) اللبناني.
(3) د. مأمون محمد سلامة، حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، مصدر سابق، ص 93.

المطلب الثالث

ضوابط استخلاص حسن النية

إن بعض الأفعال التي تصدر عن الإنسان من شأنها الأضرار بالآخرين وإذا كان من الضروري الأخذ بجسامة هذه الأفعال وآثارها الضارة عند تقدير العقوبة قضائياً فإنه يجب من ناحية أخرى أن لا يغيب عن بال القاضي انه يحاكم إنساناً ارتكب خطأ قاده إلى هاربة الجريمة، ومن المعلوم إن الجريمة تولدها أسباب تسيطر على شخص الجاني فتضعف من قدرته لتقوده إلى ارتكابها مما يبرر معاملته بالرأفة إذا تصرف بعد ارتكابها تصرفاً من شأنه الكشف عن اضمحلال خطورته وحسن نيته سواء تمثل هذا السلوك في توبة صادقة أو جبر للإضرار التي خلفتها الجريمة وعلى العكس من ذلك قد يدل مسلكه في تنفيذ الأفعال الإجرامية أو إخفاء آثارها عن نزعة إجرامية سيئة مما يستوجب مؤاخذته بشدة، وصفوة القول يقع على عاتق القاضي البحث بشخصية الجاني وتحديد فيما يتعلق بمسألة الإرادة والدوافع أو البواعث التي كانت وراء ارتكاب الجريمة لاستخلاص مدى حسن نيته وهذا الأمر يستند إلى ضابطين الأول يتعلق بالجاني والثاني يتعلق بالركن المعنوي للجريمة، ولهذا ارتأيت تقسيم هذا المطلب إلى فرعين وكلاتي:

الفرع الأول

الضوابط المتعلقة بالجاني

تنقسم الضوابط المتعلقة بشخص الجاني إلى قسمين الأول داخلي ويتمثل في الدوافع أو البواعث التي قادته إلى ارتكاب الجريمة، والثاني خارجي يتمثل بالظروف الاجتماعية والتي كانت وراء تكوين سلوكه:

1- دوافع ارتكاب الجريمة: يشكل الدافع سبباً نفسياً شخصياً ناجماً عن مجموعة من العوامل النفسية الدافعة نحو ارتكاب الفعل وبذلك يعرف الدافع فقهاً بأنه (حالة فسيولوجية وسيكولوجية داخل الفرد تجعله متجهاً للقيام بأنواع معينة من السلوك لأجل خفض حالة التوتر لديه وتخليصه من حالة عدم التوازن)، أو انه (القوة النفسية الحاملة للسلوك الإرادي والمنبعثة عن إدراك وتصور للغاية)⁽¹⁾، كما عرفت الدافع أيضاً بعض القوانين العقابية منها قانون العقوبات السوري (م¹⁹¹) (الدافع هو العلة التي تحمل الفاعل على الفعل أو الغاية القصوى التي يتوخاها)⁽²⁾، مما تقدم يتضح أن الإنسان خلال حياته اليومية يشعر بحاجات ورغبات عديدة غير أن مقدار شعوره بأهميتها يختلف ومع ذلك فإنه يقدر ويزن هذه الحاجات لأجل إشباعها حسب طاقاته وموارده، هذا ويمر سلوك الإنسان قبل إشباع حاجاته بمراحل عدة منها مرحلة شعوره بالحاجة ثم كيفية إشباعها وهذه المراحل ضرورية لوجود الدافع وبعدئذ يوجه إرادته نحو القيام بسلوك ما والذي تترتب عليه نتيجة معينة كمن يقدم على استعمال سيارة متوقفة بجانب الطريق بدافع قتل عدوه الذي شاهده أمامه، فهنا يمكن للقاضي أن يتصور الأهداف التي سعى الجاني إلى تحقيقها ومن خلالها يستطيع التمييز بين الدافع الشريف والدافع الدنيء⁽³⁾، وتظهر أهمية هذا التمييز لدى القاضي في تقدير العقوبة بناءً على خطورة شخصية الجاني وسوء نيته على الرغم من أن القاعدة العامة تقضي بانعدام أثر الباعث في مبدأ التجريم لأن الجريمة تستوفي أركانها متى توافرت عناصر القصد الجرمي إلى جانب الركن المادي⁽⁴⁾.

(1) سرور بن محمد العبد، مفهوم الدافع، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.c.p.gov.com، 2008، ص1.

(2) للمزيد ينظر قانون العقوبات اللبناني المادة (192).

(3) نزيه معلوف، إباحة قتل النساء والدافع الشريف، مقالة نشرت على شبكة الانترنت على الموقع،

www.nessasy.gov.com، 2008، ص1-2.

(4) تنص (م³⁸) من قانون العقوبات العراقي (لا يعتد بالباعث على ارتكاب الجريمة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك).

وإذا كان من المتعارف عليه عدم أهمية الدافع في التجريم فإن أهميته تتأكد في تخفيف العقاب إذا كان الباعث شريفاً أو تشديده إذا كان الباعث دنيئاً انطلاقاً من سلطة القاضي الجزائي التقديرية في تحديد العقاب فعدم منافاة الدافع للقيم الاجتماعية السائدة له أهمية في مقدار العقوبة وهذا ما أكدّه الفقه والقضاء من حيث ضرورة أن تكون الدوافع ومدى خطورتها الاجتماعية محل اعتبار عند دراسة شخصية المجرم بحيث يفسح المجال لامتناع المساءلة الجزائية إذا ثبت أنها مشروعة⁽¹⁾ وهذا ما سارت عليه أحكام القضاء أيضاً ومنها القضاء السوري (لا يجوز الأخذ بالدافع الشريف عند انتفاء التلازم بينه وبين فعل القتل وذلك لظهور أدلة أخرى تكفي للدلالة على قيام حالة معاكسة تنفي وجود هذا الدافع وتؤكد أن الفعل وقع نتيجة وقائع أخرى، وعلى هذا فإن قتل الأب ابنته بعد قيامه بتزويجها ولأسباب تعود لسوء سلوكها قبل الزواج ينفي عنه الدافع الشريف)⁽²⁾، هذا وقد منحت بعض القوانين العربية الدافع أهمية كبيرة ورتبت عليه أثراً يرقى إلى مصاف الأعدار القانونية المخففة للعقوبة إذا كان تصرف الجاني منطوياً على دافع ذي قيمة أخلاقية واجتماعية بحيث يصبح الحكم الذي لا يتعرض لذلك الباعث مشوباً بخطأ قانوني يجعله قابلاً للنقض⁽³⁾.

2- خلق المجرم: تعد الجريمة ظاهرة اجتماعية ارتبط وجودها بوجود المجتمعات لذا فهي قديمة قدم الوجود الإنساني هذا وإن أول جريمة حدثت في تاريخ الإنسان هي جريمة قتل قابيل لأخيه هابيل ولا زالت الجريمة موجودة ترتكب إلى اليوم وتستمر نتيجة تعارض رغبات الأفراد وأهدافهم مع بعضها البعض حيث أصبح الاعتداء على الآخرين هو الوسيلة السريعة لتحقيق الهدف وعلى أثر ذلك حظيت الجريمة بأوفر قدر من الاهتمام لدى القانونيين وعلماء الاجتماع الذين قدموا العديد من الدراسات الفلسفية والفكرية التي تدعو إلى الاهتمام بشخصية الجاني ودراسة الدوافع التي كانت وراء ارتكابه للجريمة، وأيضاً النظريات العلمية التي اهتمت بدراسة وتفسير السلوك الإجرامي⁽⁴⁾، إذ حاول العديد من المفكرين في مجال دراسة الإنسان والمجتمع البحث عن العوامل المؤدية ببعض أفراد إلى الخروج عما يسود المجتمع من قواعد ومعايير ومن ابرز هذه النظريات النظرية البيولوجية والنفسية والاقتصادية والاجتماعية... الخ، وعلى الرغم من كل الجهود العلمية المبذولة من قبل أصحابها إلا أنها باءت بالفشل لكونها ركزت على العامل الواحد واعتبرته العامل الوحيد لتفسير ظاهرة السلوك الإجرامي لدى الأفراد على حين أنكرت أهمية العوامل الأخرى وعلى أثر ذلك ظهرت النظرية التكاملية وهي النظرية الأكثر قبولاً مما سبقها في تفسير ظاهرة السلوك الإجرامي لكونها أخذت بجميع العوامل والأسباب التي

(1) باسم جميل حسين: الإيذاء العمد في التشريع العراقي، مصدر سابق، ص55. الدافع في اللغة: المضي في الأمر، ينظر: جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور: معجم لسان العرب، ج5، دار صادر، بيروت، 1968، ص274. أما الباعث في اللغة: أرسله وحده وهو اسم من أسماء الله الحسنى، ويراد به بعث الخلق أي يحييهم بعد موتهم. ينظر: جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور: معجم لسان العرب، ج1، مصدر سابق، ص108.

(2) قرار رقم 720-محكمة الجنايات-717 بتاريخ 1979/4/28، مجلة المحامين، العدد (4-5)، تصدرها نقابة المحامين، سوريا، 1979، ص563.

(3) تنص (م⁴⁰⁷) من ق.ع.ع. (يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنين أو بالحبس مدة لا تقل عن سنة الأم التي تقتل طفلها حديث العهد بالولادة اتقاء للعار إذا كانت قد حملت به سفاحاً)، للمزيد ينظر قانون العقوبات المواد: (551) اللبناني، (537) السوري، (373) الليبي.

(4) رياض العصري، نظريات تفسير السلوك الإجرامي، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع، www.jmuslm.nessj.com، 2008، ص1.

يشيع تواجدها عند بحث أسباب وقوع الجريمة⁽¹⁾، وعلى ضوء هذه النظرية أصبحت فكرة البحث عن سبب واحد لتفسير أي ظاهرة غير صحيحة بالنسبة إلى العلوم الإنسانية والاجتماعية فبناءً نظرية عامة لدراسة أسباب السلوك الإجرامي يستحيل أن يقوم على عامل واحد أو مجموعة عوامل ذات طابع واحد وإنما يجب أن يؤخذ في الاعتبار العوامل المختلفة التي تساهم في إخراج السلوك الإجرامي سواء ما كان منها داخلياً كالمتمثل بالتكوين الشخصي للجاني (العقلي أو النفسي أو العضوي)، أو ما كان منها خارجياً والذي يعود في أساسه إلى البيئة التي يعيش فيها الجاني سواء كانت الأسرة أم المدرسة أم مكان العمل أم حتى الوسط الاجتماعي وبهذا يظهر دور البيئة في نقل الأفكار والمعاني المختلفة لجوانب الحياة والتي تؤثر بدورها على طريقة تفكير الفرد وفهمه لأمر الحياة⁽²⁾، وباجتماع العوامل السابقة مع بعضها البعض يتحدد مقدار الميل الإجرامي والذي يفصح عنه بواسطة الطرق التي سلكها الجاني في تنفيذ مشروعه الإجرامي فمثلاً تكون قسوة الأفعال التي باشرها الجاني في جرائم الجرح والضرب والتي من شأنها أن تؤدي إلى إصابة المجني عليه بعجز يعيقه عن مزاولة مهنته أو حرفته التي يعيل من خلالها أفراد أسرته وكذلك عدم اكتراث الجاني بالجريمة التي ارتكبها من خلال اطمئنانه وانغماسه في الإنفاق على الشهوات والملذات وعدم اهتمامه بإصلاح الأضرار الناشئة عنها والمباهاة بارتكابها فكل هذه المؤشرات تصبح أمام القاضي دليلاً كافياً لفرض أشد العقوبات على الجاني لأن العقوبة هي الثمن الذي يتعين على الجاني أن يدفعه مقابل الجريمة التي ارتكبها فكل فعل رد فعل ولكل شيء ثمن وهذا هو قانون الطبيعة قبل أن يكون قانون الإنسان والجنّة ملزمون بتطبيقه⁽³⁾.

الفرع الثاني

الضوابط المتعلقة بالركن المعنوي للجريمة

يتمثل الركن المعنوي للجريمة بالقصد الجرمي والخطأ غير العمدى لذا ينبغي على القاضي أن يبحثه بالإضافة إلى الضابط المتعلق بالجاني لغرض استخلاص حسن النية ويحظى الركن المعنوي بأهمية كبيرة لدى القضاة لذا سوف أتناوله بصورتيه وكالاتي:

أولاً: القصد الجرمي: لم يكن في المراحل التاريخية الأولى لتطور الحقوق الجزائية شيء يسمى (بالقصد الجرمي للجريمة) فالقصد الجرمي الذي يرتكب فعلاً مادياً مجرماً بحسب القانون الذي يحكم مجتمعه يعتبر مجرماً وكأثر يترتب على ذلك تطبق عليه العقوبة المقررة بل أحياناً كانت تفرض بحقه عقوبات قاسية بحسب ما يريده الحاكم أو السلطة صاحبة الحق في إيقاع الجزاء من دون التمييز بين مجرم خطر أو غير خطر أو بين عاقل ومجنون، ولكن في المراحل التالية لتلك الحقبة أخذت التشريعات الجزائية بالتطور والتغير شيئاً فشيئاً فبدأت تهتم بشخصية الجاني حتى وصلت إلى مرحلة لم تعد تكتفي بوجود فعل مادي مجرم لقيام المسؤولية الجزائية بحق الفاعل بل لابد من التعرف على نيته الإجرامية لأنها الصلة بين الفاعل والفعل المادي المكون للجريمة⁽⁴⁾، فالقصد الجرمي كما ذكرنا سابقاً هو (انصراف الإرادة نحو تحقيق نتيجة معينة مع العلم

(1) د. محمد شلال حبيب، أصول علم الإجرام، مصدر سابق، ص 127.

(2) د. مأمون محمد سلامة، حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، مصدر سابق، ص 106.

(3) رياض العصري: نظريات تفسير السلوك الإجرامي، مصدر سابق، ص 15.

(4) علي عبد الله الحمادة، الركن المعنوي للجريمة، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع

www.3dpolice.maktoobblog.com، 2008، ص 1.

والإحاطة بحقيقة الواقعة وبما هيبتها الإجرامية⁽¹⁾، ولتوضيح الفكرة نذكر المثال التالي: إذا فرضنا وجود قاتلين الأول أقدم على قتل رئيسه في العمل ليحتل موقعه الوظيفي والثاني قتل شخصاً آخر كان يهدده في حياته ولم يكن أمامه من سبيل للمحافظة على حياته سوى أن يقتل مهده، فهنا على الرغم من أن كليهما يعد قاتلاً إلا أنه ليس من المنطقي أن نعتبرهما من نفس الدرجة وبالتالي لا يمكن أن نفرض بحقهما نفس العقوبة لأن ذلك بعيد كل البعد عن منطق العدالة، فالقاتل الأول ارتكب جريمته بعد أن خطط لها وهب جميع الوسائل اللازمة لارتكابها، أما القاتل الثاني فإنه أقدم على فعله دفاعاً عن نفسه وهذا سلوك طبيعي فكل إنسان يسعى للحفاظ على حياته بكل الوسائل المتاحة حتى لو تطلب الأمر اللجوء إلى القتل فجميع القوانين الجزائية تجيزه متى ما كان مشروعاً، ومن هذا المثال يتضح أهمية القصد الجرمي في تقدير العقوبة وهذا ما أكدته أحكام القضاء العراقي (لدى التدقيق والمداولة والاطلاع على سير التحقيق الابتدائي والقضائي والمحاكمة الجارية تبين للمحكمة إن هنالك خلافاً عائلياً بين المجني عليه (ك.س) والمتهمين (ع.ع.ز) (ح.ع) حول غرفة تعود للدولة استولى عليها المجني عليه وسلمها إلى المتهم (ع.ع.ز) وبعد مدة طلب المجني عليه (ك.س) إخلاء الغرفة وعلى أثر ذلك حدث شجار بينهما قبل الحادث بثلاثة أيام أدى إلى تبادلهما عبارات السب والقذف، وفي يوم الحادث المصادف 2004/6/2 كان المجني عليه راكباً بسيارة الشاهد (ص.ب.ف) الذي كان بصحبته وقد تصدى له المتهم الثاني (ح.ع) مع المتهم (ع.ع.ز) في الطريق العام حيث أطلقوا عليه وابلاً من الرصاص فأردوه قتيلاً في الحال وتمكن الشاهد الذي كان معه من الهرب وإخبار ذوي المجني عليه وتعزز ذلك بأقوال المدعين بالحق الشخصي والشهود، لذا قررت المحكمة إدانة المتهمين بموجب أحكام (م^{1/406}) من ق.ع.ع. لاشتراكهما في قتل المجني عليه مع سبق الإصرار والترصد⁽²⁾.

ثانياً: الخطأ غير العمدى: تكون الإرادة في الجريمة غير العمدية متجهة نحو السلوك دون النتيجة وهذا يعني إن الجاني لم يرغب بالنتيجة لا بشكل مباشر ولا غير مباشر ومع ذلك كان بوسعه تجنب إلحاق الضرر بالغير لو أنه تصرف بما تمليه عليه قواعد الحيطة والحذر التي تتطلبها الحياة الاجتماعية⁽³⁾، بمعنى آخر أن العلاقة النفسية والذهنية بين الإرادة والنتيجة قد اتخذت إحدى صورتين:

الصورة الأولى: عدم توقع الفاعل حدوث النتيجة الجرمية:

في هذه الصورة لا يمكن أن يكلف الشخص بتوقع ما ليس متوقعاً أو أن يحول دون حدوث نتيجة لا يمكن درؤها.

الصورة الثانية: توقع الفاعل حدوث النتيجة:

تتشابه هذه الصورة مع القصد الاحتمالي من حيث توقع حدوث النتيجة ولكن تختلف معها من حيث عدم اتجاه إرادة الجاني إلى النتيجة بينما تتجه إليها في حالة القصد الاحتمالي ومثال على ذلك الرامي بالسيرك الذي يرمي الخنجر باتجاه شيء ما وضع فوق رأس احد الأشخاص

(1) للمزيد ينظر ص 36 وما بعدها من الرسالة.

(2) قرار رقم 574/ج/ بتاريخ 25-12-2006 صادر من محكمة جنايات النجف والمصادق عليه تمييزاً بالقرار 1731/ هيئة جزائية/ في 4-6-2007 وللزيد ينظر قرار رقم 576/ج/ بتاريخ 27-12-2006 والمصادق عليه تمييزاً بالقرار 1580/ هيئة جزائية/ بتاريخ 6-7-2007، قرار رقم 415/ج/ بتاريخ 31-12-2007 والمصادق عليه تمييزاً بالقرار 1563/ هيئة جزائية/ بتاريخ 22-4-2008، (غير منشورة).

(3) د. فوزية عبد الستار: النظرية العامة للخطأ غير العمدى، مصدر سابق، ص 75.

فإذا توقع الرامي إصابة هذا الشخص إلا أنه يعتمد على مهارته لتفادي وقوع الإصابة فإن أصابه فهو بالتأكيد لا يريد النتيجة وبذلك تقوم المسؤولية الجزائية على أساس الخطأ أما إذا توقع الرامي وقوع الإصابة ورحب بها فهذا نكون أمام قصد احتمالي ومن ثم تقوم المسؤولية الجزائية على أساس القصد الجرمي لتحقيق النية الإجرامية لديه لذا يتعين على القاضي البحث من الناحية القانونية لمعرفة مدى توافر العلاقة النفسية بين الإرادة والنتيجة لأنه على ضوء ذلك يتم تحديد نوع المسؤولية الجزائية⁽¹⁾، ومن تطبيقات القضاء العراقي بخصوص انتقاء وجود النية الإجرامية لدى الجاني (لدى التدقيق والمداولة والاطلاع على سير التحقيق الابتدائي، والقضائي والمحكمة الجارية تبين للمحكمة من ملخص الحادث إن هنالك علاقة ودية بين المجني عليه (ك.م.ع) والمتهم (ح.ن.ج) وبتاريخ 27-7-2007 حضر المجني عليه إلى دار المتهم للانتقاء بصديقه (ج.م) الذي اتفق معه على الحضور إلى الدار العائد للمتهم (ح.ن.ج) لغرض الاغتسال في الحمام العائد له والذي يقع في بداية مدخل الدار قرب المدخل الرئيس وعند قدومهم كان المتهم يقوم بتنظيف بندقيته بالقرب من الشرفة المطلة على مدخل الدار وخلال تنظيفها انطلقت منها إطلاقاً أصابت المجني عليه في بطنه حيث أودت بحياته بعد نقله إلى المستشفى، واستناداً إلى أقوال الشاهدة (ض.ع.أ) زوجة المتهم والتي أيدت بشهادتها إن زوجها كان يقوم بتنظيف وإدامة بندقيته وأثناء ذلك انطلق منها عيار ناري وقد شاهدت زوجها في حالة ارتباك حيث أخبرها أنه أصاب المجني عليه خطأ من دون قصد فضلاً عن أقوال الشاهدين (ص.ن) (س.ن) وهما اختا المجني عليه اللتان تسكنان معه في نفس الدار حيث أيدتا عدم وجود عداة سابق بين الطرفين أو تهديد سابق أو أي مشاجرة، من كل ذلك لاحظت المحكمة بعد إجراء الكشف على محل الحادث عدم توفر نية القتل لدى المتهم الذي قام مع ذويه بنقل المجني عليه فوراً إلى المستشفى لغرض إسعافه واستناداً لما تقدم ذكره قررت المحكمة إدانة المتهم وفق أحكام (م^{1/411}) من ق.ع.ع.⁽²⁾

(1) علي عبد الله الحمادة، الركن المعنوي في الجريمة الغير مقصودة، مقالة نشرت على شبكة الانترنت على الموقع www.3dpolice.maktoobblog.com. 2008، ص 1-3.

(2) قرار رقم 366/ج/ بتاريخ 27-1-2008 صادر من محكمة جنايات النجف والمصادق عليه تمييزاً بالقرار رقم 2033/هيئة جزائية/ بتاريخ 6-4-2008 للمزيد ينظر القرار رقم 454/ج/25-6-2006 والمصادق عليه تمييزاً بالقرار رقم 6705/هيئة جزائية/ بتاريخ 26-3-2008، (غير منشورة).

المبحث الثالث

دور حسن النية في الإعفاء والتخفيف من العقوبة وتطبيق المبادئ العامة

ما لم تكن هنالك وسائل تكبح جماح النفس اختلت موازين الحياة، لذا كان لا بد من وجود عامل يتجسد دوره في تمييز الخير عن الشر فتكفلت الشرائع السماوية بذلك حيث وضعت الضوابط والمعايير ثم جاءت بعد ذلك القوانين الوضعية منظمة لهذه الضوابط والمعايير وهدفها من ذلك المحافظة على المجتمع وحمائته من الأفعال الإجرامية التي تهدده ففرضت العقاب على كل من يحاول الإخلال بهذا النظام أو العبث بحقوق الآخرين من أفراد، ومع هذا فقد يكون العقاب المفروض لهذه الأفعال أقل فائدة فيما لو لم يطبق على الفاعل نتيجة اقتران أفعاله بظروف قد تتطلب من القضاء إعفاء من العقوبة أو تخفيفها عنه لاعتبارات معينة أو قد يتطلب الأمر تشديدها جزاءً لفعله ووفقاً للقواعد العامة.⁽¹⁾

واستناداً إلى ما تقدم ذكره ارتأيت تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين أتناول في المطلب الأول حسن النية والإعفاء من العقوبة أو تخفيفها أما المطلب الثاني فأتناول فيه اثر الإخلال بمبدأ حسن النية وتطبيق القواعد العامة.

المطلب الأول

حسن النية والإعفاء من العقوبة أو تخفيفها

مبدأ حسن النية قد يكون سبباً في الإعفاء من العقوبة وقد يكون سبباً في تخفيفها لذا سأقسم هذا المطلب إلى فرعين وكالاتي:

(1) سيد حسن البغال: الظروف المشددة والمخففة في قانون العقوبات فقهاً وقضاء، دار الفكر العربي، القاهرة، 1982، ص5.

الفرع الأول

بعض صور الإعفاء من العقوبة

أولاً: الشخص غير المسؤول جزائياً أو حسن النية والذي دفع بأي وسيلة لارتكاب الجريمة من قبل الفاعل المعنوي

يراد بهذه الصورة أن فاعل الجريمة لا يقتصر فقط على الفاعل المادي الذي يقوم بتنفيذ الفعل الجرمي بنفسه أو مع غيره وإنما يشمل أيضاً من يسخر غيره لتنفيذ هذا الفعل بحيث يصبح المنفذ بمثابة آلة في يده يستعملها لإبراز عناصر الجريمة إلى حيز الوجود وهذا ما يطلق عليه ((الفاعل المعنوي)) والذي يعرف بأنه (هو كل من سخر غيره في تنفيذ الفعل المادي المكون للجريمة إذا كان هذا غير حسن النية أو غير أهل للمسؤولية الجزائية)⁽¹⁾.

من التعريف المتقدم ذكره يتضح أن الفاعل المعنوي لا يرتكب الفعل بنفسه أي أنه لا ينفذ العمل المادي المكون للجريمة ولكنه يستعين بشخص آخر حسن النية أو غير ذي أهلية جزائية كالمجنون أو عديم التمييز ومن الأمثلة على ذلك من يغري مجنونا على قتل شخص ما فتقع الجريمة بناءً على ذلك، أو من يزين لطفل غير مميز وضع النار في مسكن فتقع بذلك جريمة الحريق، ويعد كذلك فاعلاً معنوياً للجريمة من يدفع إلى ارتكاب الفعل الجرمي شخصاً حسن النية لا يعلم شيئاً عن الصفة غير المشروعة لفعله وإنما يعتقد أنه يقوم بعمل مشروع ومثال على ذلك من يقوم بتسليم حقيبة ملابس أخفي فيها كمية من المواد المخدرة إلى شخص آخر حسن النية لكي يقوم هذا الأخير بتسليمها إلى شخص آخر في مدينة أخرى، وكذلك من يسلم شخصاً طعماً أو شرباً مسموماً ويطلب منه أن يقدمه للمجنون عليه فيفعل ذلك وهو لا يعلم بوجود المادة السامة في الطعام أو الشراب فتقع الجريمة بناءً على ذلك، وبذلك يتضح أن نظرية الفاعل المعنوي للجريمة تقتصر على الحالة التي يكون فيها منفذ الجريمة حسن النية أو غير ذي أهلية جزائية وهذا ما أكدته (م^{3/47}) من ق.ع.ع. (يعد فاعلاً للجريمة...3- من دفع بأية وسيلة شخصاً على تنفيذ الفعل المكون للجريمة إذا كان هذا الشخص غير مسؤول جزائياً عنها لأي سبب)⁽²⁾.

أما عن الأساس القانوني الذي تقوم عليه فكرة الفاعل المعنوي فإنه يتحدد في موقف كان يمكن للمحرض من خلاله أن ينجو من العقاب إذا ثبت أن منفذ الجريمة لم يكن لديه قصد جرمي عند ارتكابه لها أو كان غير ذي أهلية جزائية كالصغير غير المميز والمجنون وعلى أثر ذلك قامت هذه النظرية في إيجاد المبرر لاعتبار المحرض فاعلاً أصلياً للجريمة واستندت في ذلك على حجتين:

الحجة الأولى: إن القانون لا يميز بين الوسائل التي يستعان بها لتنفيذ الجريمة ويراد من ذلك إنه لا يشترط بالفاعل أن يستعين بأعضاء جسمه وحدها عند القيام بالحركة العضوية التي تتطلبها ماديات الجريمة بل من الممكن استخدام أداة منفصلة عن جسمه لمساعدته في تنفيذ فعله الجرمي وبذلك فإن القانون لا يميز بين الأدوات والوسائل فهي جميعاً عنده سواء كما لو كانت الوسيلة المستعان بها بواسطة حركات جسمه أو إنسان غير أهل للمسؤولية الجزائية أو شخص حسن النية

(1) علي عبد الله حمادة: الفاعل المعنوي للجريمة، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.tartouslawyers.org/rss، 2008، ص4، د. مصطفى العوجي: القانون الجنائي العام، ج2،

مصدر سابق، ص130.

(2) ينظر قانون العقوبات المواد: (39) المصري، (212) اللبناني، (211) السوري، (7/6/121) الفرنسي.

وهو الذي لا وجود لإرادته الإجرامية أو ربما تكون الوسيلة المستخدمة أداة من أدوات الجماد أو حيواناً مدرباً يطلقه الجاني باتجاه المجني عليه⁽¹⁾.

الحجة الثانية: إن نشاط الفاعل المعنوي ليس تحريضاً على الجريمة لأنّ التحريض يعني بث فكرة الجريمة في ذهن الغير وخلق التصميم الإجرامي لديه ولا يمكن أن نتصور أن تنشأ هذه الفكرة وأن يوجد هذا التصميم إلا إذا وجه التحريض إلى شخص يستطيع أن يفهم ويدرك دلالاته الإجرامية ويقدر خطورة الأفعال التي يطلب منه القيام بها وما يترتب عليها من نتائج إجرامية وهذا لا يمكن أن يتحقق إذا ما وجه التحريض إلى شخص غير أهل للمسؤولية الجزائية كالصغير غير المميز أو المجنون لأنه لا يستطيع إدراك ذلك وكذلك الشخص الحسن النية⁽²⁾، نخلص إلى القول إن الفاعل المعنوي للجريمة هو فاعل أصلي وليس محرضاً وبهذا المعنى يعد مرتكباً للجريمة بواسطة غيره لذا يعاقب لوحده بالعقوبة المقررة قانوناً لتلك الجريمة إذا ما وقعت النتيجة الجرمية وبالعقوبة الشروع إذا لم تتحقق هذه النتيجة لأسباب لا دخل لإرادته فيها.

أمّا عن موقف الفقه أراء نظرية الفاعل المعنوي فقد أنقسم إلى اتجاهين، الأول يرفض الأخذ بهذه النظرية على اعتبار إن من يحرض على ارتكاب الجريمة يكون شريكاً فيها ولو كان من وجه إليه التحريض عديم الأهلية أو حسن النية، فيما يرى الاتجاه الثاني ضرورة إعمال نظرية الفاعل المعنوي لأنها تعمل على سد ثغرة في النظام العقابي فضلاً عن أن العدالة تأبى أن يفلت نشاط هذا الفاعل من العقاب لأنّ هذا النشاط لا يمكن اعتباره تدخلاً في الجريمة كما لا يمكن اعتباره تحريضاً على ارتكابها لأنّ التحريض كما هو معلوم يفترض أن يوجه لشخص يتمتع بالوعي والإدراك الذي يمكنه من استيعاب نتائج الفعل الإجرامي وهذا ما يفترض إليه كل من عديم الأهلية والشخص الحسن النية لذلك لا بد من اعتبار الفاعل المعنوي هو الفاعل الأصلي للجريمة⁽³⁾، وعلى الرغم من أن المشرّع العراقي قد أخذ بنظرية الفاعل المعنوي في (م^{3/47}) إلا أن صياغة هذه المادة لم تكن دقيقة بالشكل الذي يظهر نطاق تطبيقها بوضوح من خلال الإشارة إلى الشخص الحسن النية بشكل صريح وواضح مثلما فعل عند الإشارة إلى الشخص غير المسؤول جزائياً وأقترح أن يكون النص بالشكل الآتي (يعد فاعلاً للجريمة...3- من دفع بأية وسيلة شخصاً على تنفيذ الفعل المكون للجريمة إذا كان هذا الشخص حسن النية أو غير مسؤول جزائياً عنها لأي سبب).

ثانياً: حماية حقوق الآخرين حسني النية من عقوبة المصادرة.

تعرف المصادرة بأنها (نقل ملكية المال جبراً عن مالكه وإضافته إلى ملك الدولة بغير مقابل وبذلك تكون المصادرة عقوبة ناقلية للملكية جوهرها حلول الدولة محل المحكوم عليه في ملكية ماله)⁽⁴⁾، ومن هذا التعريف يتضح إن الأثر المترتب على الحكم بالمصادرة هو نقل ملكية الشيء إلى الدولة بموجب الحكم الصادر من المحكمة من دون الحاجة إلى أي إجراء تنفيذي لاحق واستناداً لذلك يحق للدولة التصرف في الشيء المصادر على أي وجه تراه مناسب من دون تقييد

(1) د. سليمان عبد المنعم: النظرية العامة لقانون العقوبات، مصدر سابق، ص 640.

(2) علي عبد الله حمادة: الفاعل المعنوي للجريمة، مصدر سابق، ص 7.

(3) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص 429.

(4) د. علي فاضل حسن: نظرية المصادرة في القانون الجنائي المقارن، عالم الكتب، القاهرة، بدون سنة طبع، ص 66.

حقها في ذلك ألا إذا نص القانون على تخصيص هذه الأموال المصادرة على وجه معين⁽¹⁾، هذا وقد حددت (م¹⁰¹) من ق.ع.ع. شروط الحكم بالمصادرة ومن بين هذه الشروط عدم الإخلال بحقوق الآخرين حسني النية ويعد هذا الشرط بمثابة حصر لحدود المصادرة وسببه نابع عن طبيعتها القانونية إضافة إلى كونها عقوبة شخصية⁽²⁾، وبمعنى آخر إذا كانت الأشياء التي هي محل المصادرة مملوكة لغير الجاني وكان حسن النية بأن كان يجهل استعمالها في ارتكاب الجريمة أو كان يعلم ذلك إلا أنه بذل كل ما في وسعه للحيلولة دون استعمالها ومع ذلك استعملت فيها ففي هذه الحالة لا يجوز الحكم بمصادرة المال مراعاةً لحقوقه وحسن نيته وهذا ما أكدته أحكام القضاء العراقي (قررت محكمة الجزاء الكبرى لمنطقة الكرخ بتاريخ 18-1-1979 وبالدعوى رقم 158/ج/1978 إدانة المتهم (ص.م) وفق (م⁴⁰⁵) من ق.ع.ع. لقتله المجني عليه (خ.أ.خ) عمداً وذلك بإطلاق العيار الناري عليه فأرداه قتيلاً لذا حكم عليه بالسجن لمدة خمسة عشر عاماً مع احتساب موقوفته وإلزامه بأن يؤدي مبلغاً من المال قدره خمسمائة دينار لزوجة المجني عليه فضلاً عن مبلغ قدره مائتا دينار لكل واحد من أولاده القاصرين تعويضاً لهم عما لحقهم من أضرار مادية وأدبية، أما المسدس الذي أطلق منه النار والعائد لصاحب البيت الذي يسكنه المحكوم عليه وهو الشاهد (أ.ح.ج) والذي أخذ منه دون علمه فإنه استناداً (م¹⁰¹) من ق.ع.ع. والتي تقضي بعدم مصادرة الأشياء التي استخدمت في ارتكاب الجريمة إذا كانت عائدة لشخص حسن النية لذا قرر القاضي إعادة المسدس وتسليمه إلى صاحبه لقاء وصل يوضع مع الأوراق⁽³⁾).

هذا وقد أستعمل المشرع لفظة ((حقوق)) من دون أي قيد للدلالة على أن حقوق غير حسن النية لا تقتصر على حق الملكية فقط وإنما تمتد لتشمل الحقوق العينية على اختلافها كحق الانتفاع أو الرهن، أما بالنسبة إلى الحقوق الشخصية فإنها لأتحوّل دون المصادرة لأنّ محلها ذمة المدين لا مالاً معيناً من أمواله حتى لو كان الشيء المضبوط هو الضمان الوحيد لاستيفاء الدين ويستوي أن يكون حق غير حسن النية قد نشأ قبل أو بعد وقوع الجريمة طالما إن نيته حسنة وقت ارتكابها أو وقت نشوء حقه بحسب الأحوال، ويترتب على ذلك إنه إذا كان للغير حق ملكية الأشياء المضبوطة فلا يجوز الحكم بمصادرتها حتى لو كان للمعتدى عليه حق عيني كالرهن أو الانتفاع بالشيء أما إذا كانت الأشياء المستعملة في الجريمة مملوكة على الشيوع بين الجاني وغير حسن النية جاز مصادرتها على أن تحل الدولة محل الجاني فتصبح عندئذ الأشياء مملوكة لها وغير حسن النية كل حسب حصته لكن إذا كان حق الغير على الشيء دون حق الملكية كالرهن أو الانتفاع جاز للمحكمة مصادرتها إلا أنه ينتقل إلى الدولة محملاً بحقوق الغير⁽⁴⁾.

ثالثاً: إخبار السلطات أو تمكينها من القبض على الجناة:

- (1) د.السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة في قانون العقوبات، مصدر سابق، ص705.
- (2) تنص (م¹⁰¹) من ق.ع.ع. (فيما عدا الأحوال التي يوجب القانون فيها الحكم بالمصادرة يجوز للمحكمة عند الحكم بالإدانة في جناية أو جنحة أن تحكم بمصادرة الأشياء المضبوطة التي تحصلت من الجريمة أو التي استعملت في ارتكابها أو التي كانت معدة لاستعمالها فيها وهذا كله بدون إخلال بحقوق الغير حسن النية). للمزيد ينظر قانون العقوبات المواد: (131) فرنسي، (64) صيني، (30) مصري، (69) اللبناني.
- (3) قرار رقم 399-تميزية- بتاريخ 19-3-1979. مجموعة الأحكام العدلية، يصدرها قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل العراقية، العدد الأول، 1979، ص144.
- (4) د.علي راشد: القانون الجنائي، مصدر سابق، ص587. د. علي عبد القادر القهوجي: شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق، ص803.

نظراً لأهمية الأخبار في الكشف عن الجرائم ولاسيما الجرائم ذات الخطورة الكبيرة والتي ترتكب في أجواء من السرية والكتمان بحيث يصعب كشفها بسهولة، ولأجل تشجيع الجاني على عدم المضي في فعله الإجرامي فقد درجت أغلب القوانين العقابية على إعفاء الجاني في جرائم معينة من العقاب في حالة قيامه بأخبار السلطات المختصة عنها⁽¹⁾ ومن بين هذه الجرائم التي نصت عليها القوانين الجنائية نذكر جريمة المساس بأمن الدولة الداخلي والخارجي لأنها من الجرائم الخطيرة التي تهدف إلى إضعاف كيان الدولة، فضلاً عن ما تمتاز به هذه الجرائم من السرية والغموض بحيث يكون من الصعب كشفها قبل البدء بتنفيذها⁽²⁾، وكذلك جريمة الرشوة حيث يعفى الراشي والوسيط إذا بادر إلى إخبار السلطات المختصة عن الجريمة أو اعترف بها قبل اتصال المحكمة بالدعوى وسبب الإعفاء في هذه الجريمة يعود إلى أن الرشوة جريمة تتصف بالكتمان والسرية ومن الصعوبة أن تكون هنالك آثار تدل على وقوعها لذا فهو يقدم خدمة إلى المجتمع، فضلاً عن رغبة المشرع في الكشف عن الفساد الوظيفي في الدولة⁽³⁾، ويعفى أيضاً من العقاب الشخص الذي يقوم بارتكاب جرائم التقليد أو تزوير الأختام أو السندات أو الطوابع أو تزيف العملة أو تزوير أوراق النقد والسندات المالية إذا بادر إلى إبلاغ السلطات قبل اكتمال الجريمة أو قبل قيام السلطات المختصة بالبحث عن مرتكبيها⁽⁴⁾، هذا ويجب أن يتم الإخبار عن هذه الجرائم بشكل يتسم بالصدق والإخلاص والتفصيل بحيث يتضمن جميع عناصر الجريمة وظروفها والأدلة المتحصلة لكي تتمكن السلطات المختصة من كشف الجريمة والقبض على مرتكبيها.

الفرع الثاني

بعض صور التخفيف من العقوبة

أولاً: قبول العملة المزيفة بحسن نية والتعامل بها

تنص (م²⁸⁴) من ق.ع.ع. (يعاقب بالحبس كل من قبض بحسن نية عملة معدنية أو ورقة نقدية مقلدة أو مزيفة أو مزورة ثم تعامل بها بعد أن تبين له حقيقتها)⁽⁵⁾ إن محل الجريمة هنا هو العملة المعدنية أو الورقية المقلدة أو المزيفة أو المزورة والتي تماثل العملات المعدنية والورقية المتداولة قانوناً في العراق، ويبدو إن السلوك المادي لهذه الجريمة يمر بمرحلتين الأولى هي حسن النية وقت قبول عملة مقلدة أو مزيفة أو مزورة حيث يعتقد الشخص انه يستلم نقوداً صحيحة ورسمية وبعد أن يصبح حائزاً لها يتضح له أنها معيبة وغير قانونية⁽⁶⁾، أما المرحلة الثانية فتتمثل بتعامل الشخص بهذه العملة بعد أن اكتشف عيبها للتخلص منها وذلك من خلال ترويجها عن طريق التداول وإعطائها للآخرين بذات الصورة التي وصلت إليه، ولهذا اعتبر

(1) إسرائ محمد علي سالم: الأخبار عن الجرائم، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بابل، 1997، ص93.

(2) ينظر قانون العقوبات المواد: (187) (218) العراقي، (84/أ) المصري، (272) اللبناني، (105) (106) الفرنسي.

(3) ينظر قانون العقوبات المواد: (311) العراقي، (107) المصري، (354) اللبناني.

(4) ينظر قانون العقوبات المواد: (303) عراقي، (210) مصري، (452) لبناني، (144) فرنسي.

(5) ينظر قانون العقوبات المواد: (204) المصري، (201) السوداني، (436) السوري، (135/2) الفرنسي.

(6) د. رمسيس بهنام: قانون العقوبات جرائم القسم الخاص، منشأة المعارف، ط1، الإسكندرية، 1999، ص755.

المشرع هذه الجريمة جنحة وليست جناية بسبب حسن نية الشخص الذي انخدع بالعملة وقبلها على أساس أنها صحيحة ثم تبين له بعد ذلك أنها مزيفة فيسعى للتعامل بها للخلاص من ضرر قد أصابه وهنا بلا شك يكون أقل خطورة من مرتكبي أفعال الترويج الأخرى لأنه يريد إبعاد ضرر عنه بدون أي ذنب جناه ولكونه مدفوعاً بذلك الشعور الطبيعي الذي يدفع أي إنسان للخلاص من هذا الضرر الذي حل به وإن كان في الحقيقة لا يريد إيقاع غيره في أكثر من تلك الخدعة التي كان هو ضحيتها الأولى ومن هنا يتضح أنه إذا تعامل الشخص بحسن نية بعملة مقلدة أو مزيفة أو مزورة بحيث أنه لم يتمكن من اكتشاف تزيفها وعلى أثر ذلك تعامل بها عن طريق التداول فلا يشكل فعله جريمة لانعدام أحد الأركان والمتمثلة بالقصد الجرمي وهذا ما أكدته أحكام القضاء العراقي (إذا كان المتهم حسن النية فلا تنطبق عليه جريمة ترويج العملة المزيفة)⁽¹⁾، أما إذا قبلها الشخص وهو على علم بحقيقتها أو راوده الشك ومع ذلك قام بترويجها بين الأفراد، فإن القصد الجرمي يتوافر بحقه⁽²⁾ وبالتالي معاقبته عن تلك الجريمة طبقاً للمادتين (م²⁸⁰) (م²⁸¹) من ق.ع.ع.

ثانياً: تجاوز حدود حق الدفاع الشرعي بحسن نية:

اختلفت القوانين العقابية في تحديد الحكم المترتب على تجاوز حدود الدفاع الشرعي بحسن نية بين اتجاهين الأول نص على جواز تخفيف مسؤولية المدافع المتجاوز سواء كان هذا التجاوز عمدياً أم غير عمدي أم اعتقد المدافع أنه في حالة دفاع شرعي وهذا ما نصت عليه (م⁴⁵) من ق.ع.ع. (لا يبيح حق الدفاع الشرعي أحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع وإذا تجاوز المدافع عمداً أو إهمالاً حدود هذا الحق أو اعتقد خطأ أنه في حالة دفاع شرعي فإنه يكون مسؤولاً عن الجريمة التي ارتكبها وإنما يجوز للمحكمة في هذه الحالة أن تحكم بعقوبة الجنحة بدلاً من عقوبة الجناية وأن تحكم بعقوبة المخالفة بدلاً من عقوبة الجنحة)، أما الاتجاه الثاني فإنه قد أعفى المتجاوز بحسن نية من العقاب إذا توافرت شروط معينة⁽³⁾ ويبدو إن غالبية القوانين العربية قد أخذت بالاتجاه الأول⁽⁴⁾ حيث جعلت من حسن النية شرطاً لتخفيف العقوبة عندما يتجاوز المدافع حدود الدفاع الشرعي ويتحقق ذلك إذا كان قصده من الفعل هو درء الاعتداء الموجّه إليه معتقداً أنه يستعمل القوة اللازمة من دون زيادة أو نقصان ويمكن تقدير ذلك من خلال النظر إلى نوع الباعث الذي يتولد لدى المدافع عند قيامه باستعمال حق الدفاع الشرعي، فإذا كان الباعث مصحوباً بنية حسنة فالقانون يقرر تخفيف العقوبة، أما إذا كان التجاوز مصحوباً بنية سيئة فالقانون يترك حكمه للقواعد العامة، وهذا ما أكدته أحكام القضاء العراقي (ليس للمحكمة الاستدلال بـ^(م⁴⁵) من ق.ع.ع عند فرض العقوبة على المتهم إذا كان قد أطلق النار من داره نحو

(1) قرار رقم 2478/ج/ بتاريخ 26-1-1970. مجلة القضاء، نقابة المحامين، العراق، العدد الرابع، 1971، ص358.

(2) سعيد عبد الخالق، سامي عاشور: الموسوعة العشرية في أحكام النقض المدنية والجنائية، دار محمود للنشر، القاهرة، 1999، ص57.

(3) ينظر قانون العقوبات المواد: (184) اللبناني، (183) السوري.

(4) ينظر قانون العقوبات المواد: (251) المصري، (73) الليبي.

وكذلك أرجح الرأي الأول الذي يذهب إلى وجوب التزام المدافع بحسن النية عند استخدام حق الدفاع الشرعي لكونه يضيف إلى جانب الشروط الموضوعية شرط حسن النية وفي هذا ضمان لعدم التعسف في استخدام هذا الحق.

المجني عليه عند مشاهدته له يتسلق جدار جاره وكانت هنالك مسافة واسعة لوجود أرض خالية بينهما في مكان الحادث، الأمر الذي لا تتوفر معه واقعه التخوف من موت أو جراح بالغة⁽¹⁾.
وفضلاً لما تقدم اقترح وضع نص شامل يعالج جميع حالات التجاوز في الإباحة بدلاً من اقتصرها على حالة واحدة وهي تجاوز حدود حق الدفاع الشرعي، ففي الوقت الذي لا نجد فيه مبرراً لهذا النقص التشريعي لا نجد كذلك ما ينافي سريان الحكم على جميع حالات التجاوز في الإباحة لاتحاد العلة المتمثلة في حماية المصلحة القانونية.

المطلب الثاني

حسن النية وتطبيق المبادئ العامة

تهدد الجريمة حياة المجتمع وسلامته طبقاً لما هو مستقر في السياسة الجزائية الحديثة لذا اهتمت القوانين والأنظمة ومنذ العصور الأولى بحماية الإنسان ومصالحة من أي اعتداء آثم يقع عليه من قبل الآخرين وذلك من خلال إقرار القواعد الجزائية التي تفرض التكليف سواء من حيث الفعل أو الترك وإذا لم يلتزم الفرد بها أو انحرف بسلوكه عنها بسوء نية خرج فعله من نطاق الإباحة والمشروعية إلى نطاق اللامشروعية وأستحق لذلك الجزاء، لذلك ارتأيت تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع وكالاتي:

الفرع الأول

سوء النية في أداء الواجب

لا شك إن الموظف أو المكلف يخضع كأى شخص للقواعد المقررة في القانون العقابي إذا توافرت أركان الجريمة في فعله كما في جرائم الاختلاس والتزوير والسرقعة.... إلخ ونتيجة لذلك يستحق العقوبة المقررة لجريمته⁽²⁾، ومع هذا فقد رأى المشرع ضرورة إعفاء الموظف أو المكلف بخدمة عامة من المسؤولية المترتبة على عمله غير القانوني إذا توافرت شروط معينة وهي حسن النية لدى الموظف أو المكلف الذي يعتقد بمشروعية عمله متى كان اعتقاده مبني على أسباب معقولة فضلاً عن إثباته أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحري⁽³⁾، ويراد من ذلك الشرط إن الموظف أو المكلف بخدمة عامة قد أتى عمله غير القانوني عن حسن نية أي إنه لا ينوي سوى تنفيذ أمر القانون أو أمر الرئيس الموافق للقانون جاهلاً بما ينطوي عليه الأمر من مخالفة لأن القانون لا يكلف الموظف أو المكلف بخدمة عامة بالقيام بعمل يشكل جريمة، وبالتالي فإن انتفاء تحقق هذا الشرط يؤدي إلى إخراج فعله من نطاق الإباحة إلى حيز التجريم لتحقيق سوء النية لديه في أداء الواجب كما لو كان الموظف أو المكلف بخدمة عامة عالماً بما أنطوى عليه فعله من جريمة فهنا لا يقوم أي شك في مسؤوليته كأن يصدر قاضي التحقيق أمراً بالقبض على شخص بريء لتوقيفه بقصد التشفي منه أو بسبب ضغينة يكنها له⁽⁴⁾، أو كأن يرتكب جريمة هناك عرض امرأة عن طريق القيام بتفتيشها بنفسه فهنا تترتب بحقه المسؤولية الجزائية بموجب (م⁸⁰)

(1) قرار رقم 1356/جنايات/ بتاريخ 27-4-1988، مجموعة الأحكام العدلية، يصدرها قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل العراقية، العدد الثاني، 1988، ص 117.

(2) د. ماجد راغب الحلو: القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، بدون سنة نشر، ص 307.

(3) للمزيد ينظر ص 76 من الرسالة.

(4) د. حكمت موسى سلمان: طاعة الأوامر وأثرها في المسؤولية الجزائية، مصدر سابق، ص 108.

من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم 23 لسنة 1971 والتي أوجبت أن يكون تفتيش الأنثى بواسطة أنثى أيضاً يندبها القائم بالتفتيش⁽¹⁾، مما تقدم يتضح أن تحقق سوء النية لدى الموظف أو المكلف بخدمة عامة عند أدائه لواجبه سبباً يكفي لمساءلته عن جريمته وفقاً للعقوبة المقررة لها قانوناً.

الفرع الثاني

سوء النية في استعمال الحق

إن الغاية من إباحة استعمال الحقوق هي لتمكين أصحابها من إدراك غاياتها على شرط أن يكون هذا الاستعمال بالقدر الذي يحقق تلك الغاية أما إذا انحرف عنها صاحبها أنتفت عندئذ علة الإباحة وأصبح الفعل مجزماً مما يتطلب إخضاعه لحدود التجريم فمثلاً عند أمعان النظر في (م^{1/41}) من ق.ع.ع. والتي تنص (لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون ويعتبر استعمالاً للحق 1- تأديب الزوج زوجته وتأديب الآباء والمعلمين ومن في حكمهم الأولاد القصر في حدود ما هو مقرر شرعاً أو قانوناً أو عرفاً)، نرى أن هذه المادة تستدعي وقفة متأنية إزاءها لأننا نلاحظ ومن خلال سياق النص إن هنالك فعلاً ما يشكل جريمة لكنه اكتسب بهيئة الحق فصار مرتكبه في منأى من طائلة العقاب، بمعنى آخر إذا استعمل الزوج أو الأب أو المعلم ومن في حكمهم حقهم في التأديب ضمن حدوده المشروعة وغايته الاجتماعية التي حددها المشرع فإنهم لا يسألون جزائياً عن أفعالهم لأنهم يستعملون حقاً أباحه لهم المشرع على أن يكون استعماله بحسن نية، أما إذا شاب استعمال الحق سوء النية أصبح الفعل جريمة عمدية يتوقف تكيفها وفق النموذج القانوني المحدد لها كما لو ضرب الزوج زوجته ليس لغرض تأديبها وإنما لأجل إجبارها على القيام بعمل غير مشروع فأدى ذلك إلى موتها فهنا يسأل الزوج عن جريمة الضرب المفضي إلى الموت وفق (م⁴¹⁰) من ق.ع.ع. أما إذا كان الضرب لغرض الإيذاء سئل الزوج عن جريمة إيذاء عمد⁽²⁾ وفق (م⁴¹²⁻⁴¹⁵) من ق.ع.ع.، وهذا ما أكدته أحكام القضاء العراقي أيضاً (أدعت المدعية (ع.م.ن) لدى محكمة الأحوال الشخصية في الكرخ بأن المدعي عليه زوجها الداخل بها شرعاً وقانوناً يعتدي عليها بالضرب الشديد وباستمرار إلى الحد الذي تفقد معه الوعي وبدون أي سبب شرعي مما أدى إلى إلحاق الأذى والضرر الكبير بها لذا فقد طلبت دعوتها لحضور المرافعة والحكم بالتفريق بينهما وتحمله كافة المصاريف واستناداً لذلك قررت المحكمة التفريق بينهما واعتبار التفريق الحاصل بمثابة الطلاق البائن بينونة صغرى بحيث لا تحل له إلا بعقد جديد ومهر جديد وبرضاها وعلى المدعية الالتزام بعقدتها الشرعية وبالبلغة ثلاثة قروء اعتباراً من تاريخ 12-9-1999)⁽³⁾.

كذلك الحال بالنسبة إلى الأبناء الذين لا تمكنهم البنية الجسدية من الدفاع عن أنفسهم ضد أي اعتداء يتعرضون له من قبل الآباء والمعلمين ومن في حكمهم كما لو ضرب الأب أبنته تحت

(1) نصت (م⁸⁰) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (23) لسنة 1971 (إذا كان المراد تفتيشه أنثى فلا يجوز تفتيشها إلا بواسطة أنثى يندبها لذلك القائم بالتفتيش بعد تدوين هويتها في المحضر).

(2) د. صباح سامي: حق المرأة في السلامة البدنية والنفسية، بحث منشور على شبكة الإنترنت على الموقع www.azzaman.com، 2008، ص4. سحر مهدي الياسري: حقوق الطفل، مقالة نشرت على شبكة الانترنت على الموقع www.alitthad.com، 2008، ص1.

(3) قرار رقم 999/3683 بتاريخ 12-9-1999. النشرة القضائية، تصدرها محكمة الكرخ، بغداد، العدد الأول، 2007، ص6.

ستار التأديب لكنه تسبب في وفاتها فهنا يسأل الأب عن جريمة الضرب المفضي إلى الموت⁽¹⁾، وهذا ما قرره محكمة النقض المصرية (قضت المحكمة بعقاب الوالد الذي ربط ابنته بحبل ربطاً محكماً في عضديها مما أحدث عندها غنغرينا سبب وفاتها)⁽²⁾، أما في مجال حق الأطباء في ممارسة عمليات الجراحة والعلاج والذي نصت عليه (م^{2/41}) من ق.ع.ع فإنه يجب أن يكون بقصد العلاج وأن يمارس بحسن نية أما إذا قصد الطبيب من مباشرة حقه تحقيق أغراض أخرى أعتبر عندها مسؤولاً من الناحية الجزائية عن النتائج المترتبة على فعله⁽³⁾، وهذا ما قضت به محكمة النقض السورية (أن الطبيب الذي يسيء استعمال حقه في وصف المخدر فلا يرمي من ذلك إلى علاج طبي صحيح بل يقصد من ذلك التجارب العلمية يجري عليه حكم القانون أسوة بسائر الناس ويطاله العقاب ولا يعفيه من ذلك ادعاؤه بأنه يقوم بإجراء بعض التجارب الطبية)⁽⁴⁾، ولا يختلف الأمر أيضاً بالنسبة إلى حق استخدام أعمال العنف في الألعاب الرياضية التي نصت عليه (م^{3/41}) من ق.ع.ع. حيث إذا استخدم بقصد الإيذاء تعرض اللاعب للمسؤولية الجزائية وسئل عن فعله طبقاً للمواد (412-415) من ق.ع.ع. كما لو قصد اللاعب ركل خصمه في بطنه⁽⁵⁾، هذا وقد أجازت الفقرة الرابعة من ذات المادة استخدام حق أعمال العنف من قبل المواطن العادي أو المأذون بالقبض إذا كان ذلك لغرض ضبط المتهم في جريمة مشهودة (جناية أو جنحة) وبمعنى آخر أن يكون الهدف من وراء استخدام هذا الحق هو لتحقيق الغاية التي أَرادها المشرع والمتمثلة بالقبض على كل من ضبط بارتكاب جناية أو جنحة مشهودة أما إذا كان قصد المأذون بالقبض هو الانتقام من المجني عليه أو الثأر منه فإنه يسأل جزائياً عن فعله وفقاً لنموذجه القانوني في قانون العقوبات⁽⁶⁾، وأخيراً فإن حسن النية أو سوءها انعكاساً لضمير الإنسان وهذا يجعلها شديدة الصلة بالقصد الجرمي إذ تدور معه وجوداً أو عدماً فمن حسنت نيته في استخدام حقه المشار إليه في (م⁴¹) من ق.ع.ع. انتفى لديه بالتأكيد القصد الجرمي ولكن متى أستخدمه بسوء نية لأجل الإضرار بالآخرين قاصداً من ذلك إحداث النتيجة المترتبة على فعله أصبح سيء النية وأستحق المساءلة القانونية عن جريمته.

الفرع الثالث

سوء النية في تجاوز حدود حق الدفاع الشرعي

تنشأ الجريمة التجاوزية في الدفاع الشرعي متى أستعمل المدافع قدراً من القوة يفوق ما يتطلبه رد العدوان وبحسب الحالة التي يكون فيها العنصر النفسي للركن المعنوي لأنه قد يتخذ صورة الخطأ غير العمدى أو صورة العمد وبالنسبة إلى الصورة الأولى فإنها تتحقق نتيجة عدم اتخاذ الشخص الحيطة والحذر المطلوبين مما يؤدي إلى حدوث نشاط إرادي فعلاً كان أو امتناعاً

- (1) سحر مهدي الياسري: حقوق الطفل، مصدر سابق، ص1.
- (2) قرار رقم 25 بتاريخ 1933: محمود زكي شمس: الموسوعة العربية للإجتهادات القضائية الجزائية، ج3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص871.
- (3) مؤمن الحديدي: المسؤولية الطبية، مقالة نشرت على شبكة الانترنت على الموقع www.jurispediorg.com، 2007، ص7.
- (4) قرار رقم 82/1253 بتاريخ 14-11-1984. مجلة المحامون، تصدرها نقابة المحامين السورية، العدد (1)، 1983، ص197.
- (5) د. محمد عبد غريب: شرح قانون العقوبات، مصدر سابق، ص345.
- (6) د. سامي النصراوي: المبادئ العامة في قانون العقوبات، مصدر سابق، ص201، د. علي حسين الخلف، سلطان عبد القادر الشاوي: المبادئ العامة في قانون العقوبات، مصدر سابق، ص268.

لم يقصده وكان بوسعه تجنبه كما لو صدر عن المدافع وبحسن نية خطأ مصدره التهور أو عدم الانتباه وهو يستخدم قوته لرد الاعتداء مما ينشأ عنه خطأ يعاقب عليه القانون بصورة الجريمة غير العمدية كما لو تفاجأ المدافع بحركة داخل منزله في أثناء نومه في الليل فيطلق على أثر ذلك عياراً نارياً من دون استفسار أو تروي وإذا به يصيب زوجته ويقتلها خطأ فهنا يسأل المدافع عن جريمة قتل خطأ وفقاً للقواعد العامة، وهذا ما أكدّه القضاء السوري في أحكامه (إذا تصرف الإنسان تصرفاً عادياً ونشأ عن عمله نتيجة ضارة فلا يكون مرتكباً لجريمة غير مقصودة ولا يسأل عنها ما لم يكن الخطأ قد نشأ عن إهمال أو قلة احتراز أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة)⁽¹⁾، أمّا الصورة الثانية فتتحقق عندما يكون المدافع قد أراد الفعل وهو على علم بجميع العناصر بما فيها النتيجة إلا أنه يتجاوزها إلى أكثر من القدر المطلوب وهنا يتعين التمييز بين نوعين من التجاوز في هذه الصورة لما له من أثر على درجة العقوبة المفروضة على المدافع:

أولاً: التجاوز بحسن نية: يتحقق هذا التجاوز عندما يخرج المدافع على حدود الدفاع الشرعي بحسن نية اعتقاداً منه بأنه يستخدم القدر الكافي من القوة لرد الاعتداء أي إنه حدد جسامة الخطر على نحو غير صحيح كما لو أقدم أحد المارة على انتزاع حجر من يد صبي أراد أن يرمي به أصحابه في اللعب ولكن المدافع لوى ذراع الصبي بقوة مما تسبب في كسرها فهنا يكون المدافع قد أراد الفعل والنتيجة دون إرادة التجاوز ومع ذلك يسأل عن جريمة عمديه إلا أنه يستفيد من مبدأ التخفيف وهذا ما أقرته (م⁴⁵) من ق.ع.ع. (...وإذا تجاوز المدافع عمداً أو إهمالاً حدود هذا الحق أو اعتقد خطأ أنه في حالة دفاع شرعي فإنه يكون مسؤولاً عن الجريمة التي ارتكبها وإنما يجوز للمحكمة في هذه الحالة أن تحكم بعقوبة الجنحة بدلاً من عقوبة الجناية وأن تحكم بعقوبة المخالفة بدلاً من عقوبة الجنحة)⁽²⁾، واستناداً إلى ما تقدم ذكره أرى أن المشرع العراقي لم يكن موفقاً في صياغة (م⁴⁵) من ق.ع.ع. أولاً لمساواته بين حالتي التجاوز العمدية والتجاوز غير العمدية في عبارة (... إذا تجاوز المدافع عمداً أو إهمالاً حدود هذا الحق) ثانياً إن الإهمال صورة من صور الخطأ المشار إليها في (م³⁵) من ق.ع.ع. لذا اقترح إعادة صياغة (م⁴⁵) من ق.ع.ع. بالشكل الآتي (لا يبيح حق الدفاع الشرعي إيقاع ضرر يزيد عما يتطلبه استخدام هذا الحق وإذا تجاوز المدافع عمداً حدود حقه في الدفاع أو أخطأ في استخدام حقه أو اعتقد خطأ أنه في حالة دفاع شرعي فإنه يكون مسؤولاً عن الجريمة التي ارتكبها وإنما يجوز للمحكمة في هذه الحالة أن تحكم بعقوبة الجنحة بدلاً من عقوبة الجناية وان تحكم بعقوبة المخالفة بدلاً من عقوبة الجنحة).

ثانياً: التجاوز بسوء نية: يقع هذا التجاوز إذا تعدد المدافع تخطي حدود حق الدفاع الشرعي أي أنه أراد إحداث ضرر أشد مما يستلزمه القانون وهذا يعني مساءلته عن جريمة عمدية وفقاً للقواعد العامة كما لو حمل المعتدي عصا وكان بمقدور المدافع أخذها منه إلا أنه لم يكتف بذلك وإنما أراد أن يجرحه جرحاً بليغاً فهنا يسأل المدافع عن جريمة الإيذاء العمد ومن تطبيقات القضاء العراقي لهذا النوع من التجاوز (لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة الثانية لمحكمة التمييز وجد من وقائع التحقيق والمحاكمة أن الحادث يتلخص أنه بتاريخ 3-6-1989 استأجرت الفتاة المدعوة (ه.س.ج) والبالغة من العمر خمسة وعشرين عاماً وهي في الصف

(1) قرار رقم 351/جنحة/392 بتاريخ 5-3-1977. مجلة المحامون، العدد (6-1)، تصدرها نقابة المحامين، سوريا، 1977، ص 563.

(2) ينظر قانون العقوبات المواد: (73) الليبي، (251) المصري

الرابع لمعهد إعداد المعلمات في البصرة سيارة للأجرة يقودها المجني عليه (ك.ق.ح) لغرض إيصالها إلى دارها في منطقة النهيرات ومعها الطفل أبين شقيقها وعند وصولهما إلى قرب دارها طلبت منه الوقوف لغرض النزول ألا أنه أمتنع وأخذ يسرع وأخبرته بأنها سوف ترمي بنفسها من السيارة إن لم يتوقف ألا أنه لم يكثرث لذلك وعندما شاهدت شخصاً عسكرياً وهو المتهم (ج.ي.م) استنجدت به وفعلاً تمكن المتهم المذكور من إيقاف السيارة وطلب من المجني عليه النزول وإعطائه الهوية ومفاتيح السيارة ألا أنه أمتنع عن ذلك بسبب حدوث مشاجرة بينهما على أثرها أطلق العسكري النار على السائق مما أدى إلى وفاته واستناداً إلى قرار التمييز المرقم 137/هيئة موسعة ثانية/90 تقرر إدانة المتهم (ج.ي.م) وفق أحكام (م⁴⁰⁵) من ق.ع.ع. لقتله المجني عليه (ك.ف.ح) رمياً بالرصاص الأمر الذي جعله متجاوزاً لحدود الدفاع الشرعي⁽¹⁾.

(1) قرار رقم 137/هيئة موسعة ثانية/1990 – إبراهيم المشاهدي: المختار من قضاء محكمة التمييز العراقية، مصدر سابق، ص47.

المصادر والمراجع

بعد القرآن الكريم

و الإنجيل القيس لوقا.

و الكتاب المقدس.

أولاً: الكتب

1. د. إبراهيم طه الفياض: القانون الإداري، مكتبة الفلاح، 1988.
2. د. إبراهيم عبد الرحمن: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، 2006.
3. أبو اليزيد متيت: جرائم الإهمال، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1986.
4. د. أحمد شوقي عمر: القانون الجنائي والطب الحديث، المطبعة العربية، القاهرة، 1986.
5. د. أحمد عبد اللطيف: الخطأ غير العمد في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، 2004.
6. د. أحمد عبيد الكبيسي: الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، المكتبة القانونية، بغداد، 2007.
7. د. أحمد فتحي الحسناوي: العلم بالقانون الجنائي، مطبعة دار الجماهير، بدون سنة طبع.
8. د. أحمد فتحي سرور: أصول قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972.
9. د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
10. د. أحمد فتحي سرور: المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، دار الشروق، ط3، القاهرة، 1988.
11. د. أحمد كامل سلامة: شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مطبعة نهضة الشرق، القاهرة، 1987.
12. د. آدم وهيب، هاشم الغزالي: تاريخ القانون، المكتبة الوطنية بغداد، 1989.
13. د. أكرم نشأت إبراهيم: الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، 1965.
14. د. أكرم نشأت إبراهيم: علم النفس الجنائي، مطبعة المعارف، ط3، بغداد، 1966.
15. د. السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار المعارف، ط4، مصر، 1973.
16. د. توفيق الشاوي: العقوبات الجنائية في التشريعات العربية، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة، 1959.
17. د. توفيق حسن فرج: أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، مطبعة الدار الجامعية، بيروت، 1980.
18. د. جعفر الخليلي: الملخص لكتاب العرب واليهود في التاريخ، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1979.
19. جعفر عبد الأمير ياسين، محمد علي السالم، أحمد مجيد حميد: العقوبات البدنية في قوانين العراق القديم، رقم الإيداع بدار الكتب والوثائق رقم 852 لسنة 2008.
20. د. جلال ثروت: نظرية الجريمة المتعدية القصد، دار المعارف، القاهرة، 1964.
21. د. جمعة سعدون الربيعي، أحكام الأحوال الشخصية للطوائف الغير إسلامية، مطبعة الحافظ، بغداد، 1965.
22. د. جورج بوبيه شمار: المسؤولية الجزائية في الآداب الآشورية والبابلية، ترجمة سمير الصويص، المكتبة الوطنية، بغداد 1981.

23. د. جورج شحاته: المسيحية والحضارة العربية، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، ط2، بيروت، 1984.
24. حسين الظاهري: دراسات في الأخلاق، دار التعارف للمطبوعات، بيروت، بدون سنة طبع.
25. د. حاتم موسى بكار: سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
26. د. حسني مصطفى: جرائم السرقة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987.
27. د. حسني مصطفى: جرائم الجرح والضرب في الفقه والقضاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1988.
28. د. حسني مصطفى: جريمة إعطاء شيك بدون رصيد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1989.
29. د. حكمت موسى سلمان: طاعة الأوامر وأثرها في المسؤولية الجزائية، المكتبة الوطنية، ط1، بغداد، 1987.
30. د. حمودي جاسم: شرح قانون العقوبات البغدادي، مطبعة الرشاد، بغداد، 1963.
31. د. حميد السعدي: شرح قانون العقوبات، مطبعة المعارف، بغداد، 1976.
32. د. حميد السعدي: شرح قانون العقوبات القسم الخاص في جرائم الأشخاص، مطبعة المعارف، بغداد، بدون سنة طبع.
33. د. خالد عبد الحميد فرج: شرعية الجرائم والعقوبات، دار المعارف، ط1، القاهرة، 1967.
34. د. داود العطار: تجاوز حدود الدفاع الشرعي، بدون مكان نشر، ط1، 1977.
35. د. رؤوف عبيد: جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، بدون مكان نشر، 1974.
36. د. رؤوف عبيد: مبادئ القسم العام من التشريع العقابي المصري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979.
37. د. رؤوف عبيد: جرائم التزيف والتزوير، مطبعة النهضة، ط3، القاهرة، 1997.
38. د. رمسيس بهنام: القسم الخاص في قانون العقوبات، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1974.
39. د. رمسيس بهنام: الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1977.
40. د. رمسيس بهنام: قانون العقوبات في القسم الخاص، منشأة المعارف، القاهرة، 1977.
41. د. رمسيس بهنام: النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، القاهرة، 1977.
42. د. رمسيس بهنام: قانون العقوبات جرائم القسم الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999.
43. د. سامي النصر اوي: المبادئ العامة في قانون العقوبات، مطبعة دار السلام، بغداد، 1977.
44. سعدون محمود، د. رشيد عليان: تاريخ الديانتين اليهودية والمسيحية، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، 1988.
45. سعيد الأعرجي: خطوات الشيطان، مطبعة شريعت، إيران، ط1، بدون سنة طبع.
46. سلطان عبد القادر الشاوي، د. علي حسين الخلف: المبادئ العامة في قانون العقوبات، المكتبة الوطنية، بغداد، بدون سنة طبع.
47. د. سليم إبراهيم حربه، عبد الأمير العكيلي: أصول المحاكمات الجزائية، ج1، المكتبة القانونية، بغداد، 1988.
48. د. سليمان عبد المنعم: نظرية الجزاء الجنائي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1999.
49. د. سليمان عبد المنعم: النظرية العامة لقانون العقوبات، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
50. سمير عبد السميع: مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004.

51. سيد حسن البغال: الظروف المشددة والمخففة في قانون العقوبات، دار الفكر العربي، القاهرة، 1982.
52. د. صبيح مسكوني: تاريخ القانون العراقي القديم، مطبعة شفيق، بغداد، 1971.
53. د. صفية محمد صفوت: القصد الجنائي والمسؤولية المطلقة، مطبعة دار زيدون، بيروت، 1986.
54. د. صوفي حسن أبو طالب: الوجيز في القانون الروماني، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.
55. د. ضاري خليل محمود: البسيط في شرح قانون العقوبات، المكتبة الوطنية، بغداد، 2002.
56. د. عادل حافظ غانم: جرائم تزيف النقد، دار النهضة العربية، 1962.
57. د. عادل حافظ غانم: جرائم تزيف العملة، الطبعة الثانية، القاهرة، 1966.
58. عادل عبادي علي: العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة وبدائلها، دار العالمية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2006.
59. د. عامر سلمان: القانون العراقي القديم دار الثقافة للشؤون العامة، بغداد، 1974.
60. د. عباس الحسني: شرح قانون العقوبات العراقي الجديد، مطبعة الإرشاد، ط2، بغداد، 1972.
61. د. عباس العبودي: تاريخ القانون، مديرية الكتب للطباعة والنشر، الموصل، 1988.
62. د. عبد الحميد الشواربي: الدفاع الشرعي في ضوء القضاء والفقه، المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1985.
63. د. عبد الحميد الشواربي: جرائم الإيذاء في ضوء القضاء والفقه، دار المطبوعات الجديدة، الإسكندرية، 1986.
64. د. عبد الحميد الشواربي: مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
65. د. عبد الحميد الشواربي: الأحكام العامة لقانون العقوبات في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
66. د. عبد الرحمن الجوراني: جريمة اختلاس الأموال العامة في التشريع والقضاء العراقي، مطبعة الجاحظ، بغداد، 1990.
67. د. عبد الرحمن الكيلاني: شريعة حمورابي، مطبعة الضاد، بغداد، 1958.
68. د. عبد الرحمن توفيق أحمد: محاضرات في الأحكام العامة لقانون العقوبات، ج2، دار المسيرة للنشر، عمان، 2006.
69. د. عبد الرحمن صديق: القانون الجنائي عند الفراعنة، مطبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1986.
70. د. عبد الستار الجميلي: جرائم الدم، ج1، المكتبة الوطنية، بغداد، 1972.
71. د. عبد العزيز عامر: شرح الأحكام العامة للجريمة، منشورات جامعة قان يونس، ليبيا، بدون سنة طبع.
72. د. عبد الفتاح خضر: النظام الجنائي، ج1، بدون مكان نشر، 1982.
73. د. عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الاسلامي مقارن بالقانون الوضعي، ج1، مكتبة دار العروبة، القاهرة، 1960.
74. د. عبد الهادي بابكر: حق الدفاع الشرعي، دار الجيل، لبنان، 1987.
75. د. عدلي خليل: جريمة السرقة والجرائم الملحقة بها، عالم الكتب، القاهرة، 1984.
76. د. عدنان الخطيب: محاضرات عن النظرية العامة للجريمة، مطبعة النهضة، مصر، 1957.
77. د. عفيف عبد الفتاح طيارة: اليهود في القرآن، مطبعة الأمير، إيران، بدون سنة طبع.
78. د. عكاشة محمد عبد العال: القانون الروماني، الدار الجامعية، القاهرة، 1988.

79. علي أحمد راشد: موجز في العقوبات ومظاهر تفريد العقاب، مطبعة لجنة التأليف والترجمة، القاهرة، 1969.
80. د. علي حسن ذنون: المبسوط في المسؤولية المدنية، ج2، مطبعة العزة، بغداد، 2000.
81. د. علي راشد: القانون الجنائي، دار النهضة العربية، ط2، القاهرة، 1974.
82. د. علي عبد القادر القهوجي: شرح قانون العقوبات العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.
83. د. علي عبد القادر القهوجي: قانون العقوبات القسم الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.
84. د. علي فاضل حسن: نظرية المصادرة في القانون الجنائي المقارن، عالم الكتب، القاهرة، بدون سنة طبع.
85. علي محمود علي حمودة: الغلط في القانون ومدى اعتباره مانعاً من المسؤولية الجزائية، بدون مكان نشر، ط1، 2003.
86. عمر إبراهيم الوقاد: الغلط في القانون في ضوء أحكام القانون الجنائي، المكتبة المصرية، القاهرة، 2000.
87. د. عمر شريف: درجات القصد الجرمي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
88. د. عوض محمد: قانون العقوبات القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1985.
89. د. غالب الداوري: شرح قانون العقوبات العراقي، دار الطباعة الحديث، ط1، 1968.
90. فاضل عبد الواحد علي: من ألواح سومر إلى التوراة، مطبعة دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، 1989.
91. د. فتوح عبد الله الشاذلي: قانون العقوبات القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1998.
92. د. فخري الدين الطريحي: مجمع البحرين، دار مكتبة الهلال، بيروت، بدون سنة طبع.
93. د. فخري عبد الرزاق الحديثي: الأعدار القانونية المخففة للعقوبة، المكتبة الوطنية، بغداد، 1979.
94. د. فخري عبد الرزاق الحديثي: شرح قانون العقوبات القسم الخاص، المكتبة الوطنية، ط2، بغداد، 2007.
95. د. فوزي رشيد: الشرائع العراقية القديمة، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، 1978.
96. د. فوزية عبد الستار: النظرية العامة للخطأ غير العمدية، مطبعة دار النهضة العربية، القاهرة، 1977.
97. كامل السامرائي: قانون العقوبات البغدادي، مطبعة الشفيق، بغداد، 1964.
98. لجنة من الباحثين العراقيين: حضارة العراق، ج2، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1985.
99. د. ماجد راغب الحلو: القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، بدون سنة طبع.
100. د. مازن الحنبلي: الحقوق وأنواعها ومدى التعسف في استعمالها، المكتبة القانونية، دمشق، 2003.
101. مازن ليلو راضي: الطاعة وحدودها في الوظيفة العامة، المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بدون سنة طبع.
102. د. مأمون محمد سلامة: قانون العقوبات القسم الخاص، ج2، دار النهضة العربية، مصر، 1968.
103. د. مأمون محمد سلامة: حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق العقوبة، مطبعة دار الفكر العربي، القاهرة، 1975.
104. د. ماهر عبد شويش: الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الحكمة للطباعة، الموصل، 1990.

105. د. ماهر عبد شويش: شرح قانون العقوبات القسم الخاص، المكتبة الوطنية، بغداد، 1990.
106. مجد الدين الجوزي: النهاية في غريب الحديث والأثر، ج4، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2000.
107. د. مجيد حميد العنكبي: اثر المصلحة في التشريعات، الدار العلمية الدولية، ط1، عمان، 2002.
108. محسن ناجي: الاحكام العامة في قانون العقوبات، بدون مكان نشر، ط1، 1974.
109. محمد إبراهيم الفلاحى: الاستقراز في التشريع العراقي والقضاء، للناسر صباح، ط1، بغداد، 2004.
110. د. محمد أبو حسان: أحكام الجريمة والعقوبة في الشريعة الإسلامية، مكتب المنار، الأردن، بدون سنة طبع.
111. د. محمد زكي أبو عامر، علي عبد القادر القهوجي: قانون العقوبات اللبناني القسم العام، الدار الجامعية، بيروت، 1984.
112. د. محمد زكي أبو عامر: قانون العقوبات القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1986.
113. محمد زكي محمود: آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، مطبعة دار الفكر العربي، بدون سنة طبع.
114. د. محمد سامي النبراوي: شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، منشورات جامعة قان يونس، ط3، بنغازي، 1995.
115. محمد سعيد العشماوي: أصول الشريعة، مطبعة الانتشار العربي، بيروت، 2004.
116. د. محمد شلال حبيب: أصول علم الإجرام، المكتبة القانونية، ط1، بغداد، 1985.
117. د. محمد صبحي نجم: قانون العقوبات القسم الخاص، دار الثقافة، عمان، 2006.
118. د. محمد عبد اللطيف: حسن نية القاذف في حالي نشر الأخبار والنقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
119. د. محمد عيد غريب: شرح قانون العقوبات، بدون مكان نشر، 1994.
120. محمد علي جواد: القضاء الإداري، بدون مكان نشر، بدون سنة طبع.
121. د. محمد علي السالم: شرح قانون العقوبات القسم العام، دار الثقافة، ط1، عمان، 2007.
122. د. محمد محمد مصباح: مبدأ حسن النية في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع.
123. محمد محمود سعيد: نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة، الدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
124. د. محمد محي الدين عوض: قانون العقوبات القسم العام، المطبعة العالمية، بيروت، 1971.
125. د. محمد مصطفى القللي: في المسؤولية الجنائية، مطبعة جامعة فؤاد، القاهرة، 1960.
126. د. محمود داود يعقوب: المسؤولية في القانون الجنائي، مكتب صفحات للدراسات والنشر، دمشق، 2001.
127. محمود علي حمودة: الغلط في القانون ومدى اعتباره مانعاً من المسؤولية الجزائية، بدون مكان نشر، 2003.
128. د. محمود نجيب حسني: أسباب الإباحة في التشريعات العربية، بدون مكان نشر، 1962.
129. د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، ط4، القاهرة، 1977.
130. د. محمود نجيب حسني: النظرية العامة للقصد الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978.

131. د. محمود نجيب حسني: دور الرسول الكريم في إرساء معالم النظام الجنائي الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.
 132. د. محمود نجيب حسني: العلاقة السببية في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة طبع.
 133. د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات اللبناني العام، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع.
 134. د. مدحت محمد عبد العزيز ابراهيم: النظرية العامة للعقوبة والتدابير الاحترازية، دار النهضة العربية، القاهرة 2007.
 135. د. مصطفى العوجي: القانون الجنائي العام، ج2، مطبعة نوفل، بيروت، 1992.
 136. د. مصطفى العوجي: النظرية العامة للجريمة، ج1، دار الخلود، بيروت، 1992.
 137. د. مصطفى العوجي: القانون المدني، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2، بيروت، 2004.
 138. د. مصطفى فهمي الجوهري: الحماية الجزائية للعملة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
 139. مصطفى كامل: شرح قانون العقوبات القسم العام، مطبعة الأهالي، بغداد، بدون سنة طبع.
 140. مصطفى محمد عبد المحسن: النظام الجنائي الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
 141. د. مصعب الهادي بابكر: حق الدفاع الشرعي، دار الجيل، بيروت، 1987.
 142. د. مصعب الهادي بابكر: الركنان المادي والمعنوي في قانون العقوبات السوداني، دار الجيل، بيروت، 1990.
 143. د. معوض عبد التّوّاب: الوسيط في شرح جرائم القتل والإصابة الخطأ، عالم الكتب، القاهرة، بدون سنة طبع.
 144. ممدوح عزمي: دراسة عملية في أسباب الإباحة وموانع العقاب، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2000.
 145. منصور عمر المعاينة: المسؤولية المدنية والجنائية في الاخطاء الطبية، مكتبة الملك فهد، الرياض، 2004.
 146. د. نبيلة محمد عبد الحليم: معالم التاريخ المصري والحضاري في مصر الفرعونية، مطبعة منشأة المعارف، الإسكندرية، 1975.
 147. د. نزار عبد اللطيف: محاضرات في التاريخ العربي، مطبعة جامعة بغداد، 1979.
 148. د. واثية داود السعدي: قانون العقوبات القسم الخاص، المكتبة الوطنية، بغداد، 1989.
 149. يوسف إلياس: مجموعة قوانين العقوبات العربية، مطبعة دار السلام، بغداد، 1973.
 150. د. يوسف جمعة يوسف: المسؤولية الجنائية عن اخطاء الاطباء في القانون الجنائي لدولة الامارات العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
- ثانياً: الكتب العامة في الشريعة الإسلامية**
- 1- أبي عبد الله محمد حسن محمد إسماعيل الشافعي: كتاب المبسوط، ج11، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
 - 2- أبي محمد الحسن بن محمد الدليمي: إرشاد القلوب، ج1، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، 2001.
 - 3- شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية: اعلام الموقعين عن رب العالمين، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع.
 - 4- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع.
 - 5- محمد باقر المجلسي: بحار الأنوار، ج71، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1983.

- 6- محمد باقر المجلسي: بحار الأنوار، ج75، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1983.
- 7- محمد باقر المجلسي: بحار الأنوار، ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2003.
- 8- محمد باقر المجلسي: بحار الأنوار، ج6، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2003.
- 9- محمد باقر المجلسي: بحار الأنوار، ج24، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2003.
- 10- نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، ج1، دار الكتاب العربي، ط2، بيروت، 1967.

ثالثاً: المعاجم

- 1- إبراهيم مصطفى وأحمد حسن الزيات وآخرون: المعجم الوسيط، ج1، المكتبة الإسلامية، تركيا، بدون سنة طبع.
- 2- جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور: معجم لسان العرب، ج1، دار صادر، بيروت للطباعة، 1968.
- 3- جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور: معجم لسان العرب، ج5، دار صادر، بيروت للطباعة، 1968.
- 4- جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور: معجم لسان العرب، ج6، دار إحياء التراث العربي، بدون سنة طبع.
- 5- جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور: معجم لسان العرب، ج11، دار صادر، بيروت للطباعة، 1968.
- 6- جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور: معجم لسان العرب، ج13، دار صادر، بيروت للطباعة، 1968.
- 7- جبرار كورتو ترجمة منصور القاضي: معجم المصطلحات القانونية، المؤسسة الجامعية، بيروت، 1998.
- 8- حنا غالب: كنز اللغة العربية، مكتبة لبنان، ط2، بيروت، 2003.
- 9- فخر الدين الطرحي: مجمع البحرين، دار مكتبة الهلال، ج1، بدون سنة طبع.
- 10- محمد أبي بكر الرازي: مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، 1979.

رابعاً: الرسائل والأطاريح

- 1- أحمد عبد العزيز سعيد: الإكراه وأثره في المسؤولية الجزائية في قانون العقوبات اليمني، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بابل، 1999.
- 2- إسراء محمد علي سالم: الأخبار عن الجرائم، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بابل، 1997.
- 3- أمل فاضل خشان: العنف ضد المرأة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 2002.
- 4- باسم جميل حسين: الإيذاء العمد في التشريع العراقي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بابل، 1997.
- 5- تحسين مكي صالح: الخطأ غير العمد في جرائم الإيذاء، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بابل، 1996.
- 6- تميم طاهر أحمد: بدائل العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد، 1988.
- 7- جاسم لفته سلمان: الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بابل، 2002.
- 8- جنان جميل سكر: ضوابط التقدير القضائي للعقوبة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد، 1972.
- 9- حاتم محمد صالح: جريمة الدس، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد، 1988.

- 10- حسن عودة زعال: إعطاء شيك بدون رصيد، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1983.
- 11- حسين عبد الصاحب عبد الكريم: الاعتداء على حق الإنسان في التكامل الجسدي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 2005.
- 12- خالد موسى عبد الحسيني: القانون وإدارة الدولة في وادي الرافدين، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الآداب، جامعة بغداد، 2002.
- 13- راسم مسير جاسم: أداء الواجب في القانون العراقي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد، 1983.
- 14- ردينة محمد رضا: مطاوعة الزوجة ونشوزها في الشريعة والقانون، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية صدام للحقوق، جامعة صدام (النهرين)، 2001.
- 15- سامية عبد الرزاق: التجاوز في الإباحة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد، 2005.
- 16- عادل يوسف عبد النبي: المسؤولية الجنائية الناشئة عن الإهمال، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة بابل، 2005.
- 17- عباس فاضل سعيد: الإكراه في القانون الجنائي العراقي، أطروحة دكتوراه، مقدمة إلى كلية القانون بجامعة الموصل، 2005.
- 18- عبد يحيى محمد الشاطبي: مبدأ شرعية التجريم والعقاب، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بابل، 2001.
- 19- علي غسان أحمد: القتل الخطأ دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة النهرين، 2003.
- 20- علي يوسف صاحب: مدلول الغلط في القوانين القديمة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد، 1997.
- 21- عمر فخري عبد الرزاق الحديثي: تجريم التعسف في استعمال الحق بوصفه سبباً من أسباب الإباحة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد، 2005.
- 22- غازي حنون خلف: استظهار القصد الجنائي في جريمة القتل العمد، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد، 2004.
- 23- مجيد خضر أحمد عبد الله: نظرية الغلط في قانون العقوبات، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد، 2003.
- 24- محمد علي سالم: اختصاص الشرطة في التحري عن الجرائم، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 1989.
- 25- معاذ جاسم محمد العسافي: دور الإرادة في المسؤولية الجزائية، أطروحة دكتوراه، مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد، 2007.
- 26- منى عبد العالي موسى: جريمة الإخبار الكاذب، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بابل، 1999.
- 27- ناصر كريمش خضر: نظرية التوبة في القانون الجنائي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بابل، 2007.
- 28- نجيب محمد سعيد: الحماية الجزائية للعملة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون بجامعة الموصل، 2003.
- 29- ندى صالح هادي: الجرائم الماسة بالسكينة العامة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد، 2003.
- 30- نشأت أحمد نصيف: جريمة قذف الموظف أو المكلف بخدمة عامة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد، 1999.

- 31- نوال طارق إبراهيم: جريمة قتل الأم لطفلها حديث الولادة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون بجامعة بغداد، 2003.

خامساً: البحوث المنشورة في المجلات

- 1- أنور محمد الفزيع: استرداد المنقولات المسروقة أو المفقودة من حائز حسن النية، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، الكويت، العدد (18)، 1994.
- 2- جبر محمود: الغضب وأثره في العقوبة، مجلة جامعة الشارقة، المجلس العلمي، الامارات، العدد (1)، 2005.
- 3- حسون عبيد هجيج: الحماية الجنائية للعملة والأوراق النقدية، مجلة العلوم الإدارية والقانونية جامعة بابل، العراق، العدد (6)، 2005.
- 4- حسون عبيد هجيج: القصد الجنائي في جريمة القتل، مجلة العلوم الإدارية والقانونية، جامعة بابل، العراق، العدد (6)، 2005.
- 5- خالد موسى عبد الحسيني: عقوبة الموت في قانون حمورابي، تصدرها مجلة السدير، كلية الآداب، جامعة الكوفة، العدد (5)، 2004.
- 6- زينب أحمد عوين: جرائم الصك في قانون العقوبات العراقي، مجلة كلية صدام للحقوق (النهرين)، العدد (10)، 2002.
- 7- ضياء الدين مهدي: أسباب الإباحة والجهل والغلط بها في القانون العراقي والألماني، مجلة القانون المقارن، تصدرها جامعة بغداد، العراق، العدد (22)، 1990.
- 8- طه الشخيلي: الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مجلة الشرطة، كلية الشرطة، العراق، العدد (6)، لسنة 1967.
- 9- ظافر الموصلي: الصك بدون رصيد، مجلة القضاء الحقوقية تصدرها نقابة المحامين، العراق، العدد (5)، السنة (7)، 1959.
- 10- عادل ناصر: تأديب الزوجة بين الحق والتعسف، مجلة كلية صدام للحقوق (النهرين)، العراق، العدد (5)، 2000.
- 11- عبد الستار البرزكان: العذر القانوني والظرف القضائي، مجلة القضاء، تصدرها نقابة المحامين، العراق، العدد (1)، 1990.
- 12- عبد السلام الترماني: مفهوم العدل والعدالة في الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق والشريعة تصدرها كلية الحقوق والشريعة، الكويت، العدد (1)، 1978.
- 13- عز الدين علي: حق الدفاع الشرعي، مجلة القضاء، جامعة بغداد، العدد (1)، 1969.
- 14- غسان جميل الوسواسي: حدود مسؤولية الاطباء عن أخطائهم في الشريعة والقانون، مجلة العدالة، تصدرها وزارة العدل، العراق، العدد (1)، لسنة 1999.
- 15- فتحية محمد قواري: مسؤولية الطبيب الجنائي في ضوء أحكام التشريع والقضاء، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، الكويت، العدد (3)، 2004.
- 16- محمد صبحي نجم: الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، الكويت، العدد (1)، 1988.
- 17- محمد تهناني: أهداف العقوبة وفلسفتها في الشريعة الإسلامية، مجلة القضاء، تصدر عن مركز الغدير للدراسات الإسلامية، لبنان، العدد (33)، 2004.
- 18- محمد هاشم العشّام: الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة الحقوق والشريعة، تصدرها كلية الحقوق والشريعة، الكويت، العدد (1)، 1979.
- 19- ناصر قربان: فلسفة العقوبات، مجلة المنهاج، تصدر عن مركز الغدير للدراسات الإنسانية، لبنان، العدد (24)، 2005.
- 20- نوفل علي عبد الله: سلطة القاضي في تخفيف العقوبة، مجلة الرافدين للحقوق، تصدرها كلية القانون بجامعة الموصل، العراق، العدد (20)، 2004.

سادساً: البحوث والمقالات المنشورة على الشبكة الدولية (الإنترنت)

- 1- إبراهيم الخليل، اسباب الاباحه وموانع العقاب، مقالة نشرت على شبكة الانترنت على الموقع www.rafatasman.com ، 2008.

- 2- إبراهيم عبد نايل: ماهية العقوبة، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع، www.keksdose.com ، 2008.
- 3- احمد احمد حمادة: حق الزوج في تأديب زوجته في الشريعة الاسلامية، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.jmuslim.naseej.com، 2008.
- 4- أنور أبو بندورة: حمورابي مشرع ومدون، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.diwanalarab.com 2008.
- 5- حسين علي سيد: رد الشبهات على بعض المغالطات، مقالة نشرت على شبكة الانترنت، على الموقع www.welateme.com، 2008.
- 6- حيدر البصري: العقوبة في التشريع الإسلامي والقانون الوضعي، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.annabaa.org.com، 2008.
- 7- خالد منتصر: تأديب الزوجة بالضرب هل هو فريضة اسلامية حقاً، مقالة نشرت على شبكة الانترنت على الموقع www.anewar.com، 2008.
- 8- رياض العصري: نظريات تفسير السلوك الإجرامي، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.jmuslim.nessj.com . ، 2008.
- 9- زهير كاظم عبود: قانون العقوبات القسم العام، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.thearabicopenuniversity.com، 2008.
- 10- سحر مهدي الياسري: حقوق الطفل، مقالة نشرت على شبكة الانترنت على الموقع www.alitthad.com، 2008.
- 11- سرور بن محمد العبد: مفهوم الدافع، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.cp.gov.com ، 2008.
- 12- سهيل قاشا: شريعة حمورابي، مقالة نشرت على شبكة الانترنت على الموقع www.wikipedia.org ، 2008.
- 13- صباح سامي: حق المرأة في السلامة البدنية والنفسية، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.azzaman.com، 2008.
- 14- عادل بطرس: كلمة حق الجهل بالقانون، مقالة نشرت على شبكة الانترنت على الموقع www.alqabas.com ، 2008.
- 15- عادل محمد صالح: حقوق الطفل من وجهة نظر الإسلام، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.gulfkids.com، 2008.
- 16- علي عبد الله الحمادة: الركن المعنوي في الجريمة غير المقصودة، مقالة نشرت على شبكة الانترنت على الموقع www.3dplice.mektoobblog.com ، 2008.
- 17- علي عبد الله الحمادة: الركن المعنوي للجريمة، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.3dplice.mektoobblog.com ، 2008.
- 18- عوض محمد: الاداب الشرعية في المعاصرة، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.bolagh.com، 2008.
- 19- عيسى بنتقريت: حقوق الاولاد، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.mohammadway.com، 2008 .
- 20- ليلي الاحدب: تأديب الزوجة الناشز، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.doroob.com 2008.
- 21- مؤمن الحديدي: المسؤولية الطبية، مقالة نشرت على شبكة الانترنت على الموقع www.jurispediaorg.com ، 2007.
- 22- ماجد يوسف داوي: العنف ضد الأطفال والنساء وانعكاسه على مفهوم الذات، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.majeddawe@hotmail.com ، 2008.

- 23- مازن الحنبلي: جرائم التزيف والتقليد والتزوير في المعاملات النقدية والذهبية والفضية والمعدنية والورقية والسندات والأوراق المالية الأخرى، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.Damascubararabic.com, 2005.
- 24- محسن خليل: في تأديب الاولاد، مقالة نشرت على شبكة الانترنت على الموقع، www.balagh.com, 2008.
- 25- محمد إبراهيم زيد: مشاكل الخطأ الغير عمدي في التشريعات المقارنة، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.sujdan.org/showros.com ، 2008.
- 26- محمد إبراهيم زيد: مشاكل الخطأ غير العمدي في التشريعات المقارنة، بحث منشور على شبكة الأنترنت: www.sjudaniorg/showres.com ، 2008.
- 27- محمد بجاد العتبي: السلطة التقديرية للقاضي في الامتناع عن النطق بالعقاب، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.moj.gov.com، 2006.
- 28- محمد خليفة الشيخ: رؤية إجرائية حول علاقة القاضي بالخبير القضائي في مسألة الاثبات الجنائي بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.aladel.gov.com, 2008.
- 29- محمد علي عادل: صور القصد الجنائي، مقالة نشرت على شبكة الإنترنت على الموقع www.barasy.com ، 2008.
- 30- مخلص الظفيري: المسؤولية الجنائية للأطباء، مقالة نشرت على شبكة الانترنت على الموقع www.alseyassan.com، 2008.
- 31- موفق اليغشي: جرائم تقليد وتزوير وتزييف العملات المعدنية والأوراق النقدية وترويجها، مقالة نشرت على شبكة الأنترنت على الموقع www.damascusbar.com 2005.
- 32- نادر شافي: حق الدفاع الشرعي عن النفس والمال، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.lebarmy.com ، 2008.
- 33- نزيه المعلوف: إباحة قتل النساء والدافع الشريف، مقالة نشرت على شبكة الأنترنت على الموقع www.nessasy.org.com ، 2008.
- 34- هاني عبد الله الجبير: الأخطاء الطبية في ميزان القضاء، بحث منشور على شبكة الأنترنت على الموقع: www.saaaid.com ، 2008.

سابعاً: الدساتير والقوانين

أ- الدساتير

- 1- الدستور العراقي لعام 2005.
- ب- قوانين العقوبات
 - 2- قانون الجزاء العثماني لعام 1859.
 - 3- قانون العقوبات البغدادي لعام 1918.
 - 4- قانون العقوبات السوداني لعام 1925.
 - 5- قانون العقوبات المصري لعام 1937.
 - 6- قانون العقوبات اللبناني لعام 1943.
 - 7- قانون العقوبات السوري لعام 1949.
 - 8- قانون العقوبات الليبي لعام 1956.
 - 9- قانون العقوبات العراقي لعام 1969.
 - 10- قانون العقوبات الإيراني لعام 1991.
 - 11- قانون العقوبات الصيني لعام 1997.
 - 12- قانون العقوبات الفرنسي لعام 2003.
- ج- قوانين الإجراءات
 - 13- قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني لعام 1948.

- 14- قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري لعام 1950.
- 15- قانون الإجراءات الجنائية المصري لعام 1950.
- 16- قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي لعام 1971.
- 17- قانون الإجراءات الجنائية الليبي لعام 1973.
- 18- قانون الإجراءات الجنائية السوداني لعام 1974.
- د- القوانين الأخرى
 - 19- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
 - 20- قانون الخدمة المدنية العراقي رقم 24 لسنة 1960.
 - 21- قانون إصلاح النظام القانوني العراقي رقم 35 لسنة 1977.
 - 22- قانون رعاية القاصرين العراقي رقم 78 لسنة 1980.
 - 23- قانون رعاية الأحداث العراقي رقم 76 لسنة 1983.
 - 24- قانون نقابة الأطباء العراقي رقم 81 لسنة 1984.
 - 25- قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام العراقي رقم 14 لسنة 1991.
 - 26- قانون تعديل الغرامات الواردة بقانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 النافذ والقوانين الخاصة الأخرى، رقم 6 لسنة 2008.

ثامناً: مصادر الأحكام والقرارات

أ- المراجع

- 1- إبراهيم المشاهدي: المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز القسم الجنائي، المكتبة القانونية، بغداد، 1990.
- 2- إبراهيم المشاهدي: المختار من قضاء محكمة التمييز القسم الجنائي، ج4، مطبعة الزمان بغداد، 1998.
- 3- جندي عبد الملك: الموسوعة الجنائية، ج2، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، 1932.
- 4- جندي عبد الملك: الموسوعة الجنائية، ج3، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، 1936.
- 5- جندي عبد الملك: الموسوعة الجنائية، ج4، مطبعة التراث العربي، لبنان، بدون سنة طبع.
- 6- جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ج5، مطبعة التراث العربي، لبنان، بدون سنة طبع.
- 7- حسن الفكهاني، عبد المنعم حسني، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية، ج5، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، بدون سنة طبع.
- 8- حسن الفكهاني، عبد المنعم حسني: الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية، ج6، الدار العربية، القاهرة، بدون سنة طبع.
- 9- حسن الفكهاني، عبد المنعم حسني، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية، ج10، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، بدون سنة طبع.
- 10- سعيد عبد الخالق، سامي عاشور: الموسوعة العشرية في أحكام النقض المدنية والجنائية، دار محمود للنشر، القاهرة، 1999.
- 11- لين صلاح مطر: موسوعة قانون العقوبات العام والخاص، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بدون سنة طبع.
- 12- لين صلاح مطر: موسوعة قانون العقوبات العام والخاص، ج10، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بدون سنة طبع.
- 13- محمود زكي شمس: الموسوعة العربية للإجتهادات القضائية الجزائية، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
- 14- محمود زكي شمس: الموسوعة العربية للإجتهادات القضائية الجزائية، ج3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
- 15- معوض عبد التواب: الموسوعة الشاملة للجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة وجرائم هتك العرض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1983.

- 16- النشرة القضائية، يصدرها المكتب الفني بمحكمة تمييز العراق، العدد (3)، 1973.
- 17- النشرة القضائية، تصدرها محكمة الكرخ، بغداد، العدد (1)، 2007.
- 18- مجموعة الأحكام العدلية، يصدرها قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل العراقية، العدد (4)، 1974.
- 19- مجموعة الأحكام العدلية، يصدرها قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل العراقية، العدد (3)، 1976.
- 20- مجموعة الأحكام العدلية، يصدرها قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل العراقية، العدد (4)، 1976.
- 21- مجموعة الأحكام العدلية، يصدرها قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل العراقية، العدد (2)، 1977.
- 22- مجموعة الأحكام العدلية، يصدرها قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل العراقية، العدد (2)، 1978.
- 23- مجموعة الأحكام العدلية، يصدرها قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل العراقية، العدد (1)، 1979.
- 24- مجموعة الأحكام العدلية، يصدرها قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل العراقية، العدد (2)، 1979.
- 25- مجموعة الأحكام العدلية، يصدرها قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل العراقية، العدد (3)، 1979.
- 26- مجموعة الأحكام العدلية، يصدرها قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل العراقية، العدد (3)، 1980.
- 27- مجموعة الأحكام العدلية، يصدرها قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل العراقية، العدد (2)، 1982.
- 28- مجموعة الأحكام العدلية، يصدرها قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل العراقية، العدد (2)، 1988.
- 29- مجموعة الأحكام العدلية، يصدرها قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل العراقية، العدد (3)، 1988.

ب- الدوريات:

- 30- مجلة ديوان التدوين القانوني، يصدرها ديوان التدوين القانوني في وزارة العدل، العراق، العدد (2)، 1962.
- 31- مجلة ديوان التدوين القانوني، يصدرها ديوان التدوين القانوني في وزارة العدل، العراق، العدد (3)، 1963.
- 32- مجلة القضاء، تصدرها نقابة المحامين، العراق، العدد (1)، 1970.
- 33- مجلة القضاء، تصدرها نقابة المحامين، العراق، العدد (4)، 1971.
- 34- مجلة المحامون، تصدرها نقابة المحامين، سوريا، الأعداد (1-6)، 1977.
- 35- مجلة المحامون، تصدرها نقابة المحامين، سوريا، العددان (4-5)، 1979.
- 36- مجلة المحامون، تصدرها نقابة المحامين، سوريا، العدد (1)، 1983.
- 37- مجلة العدالة، يصدرها قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل العراقية، العراق، العدد (4)، 2001.

ج- الأحكام والقرارات غير المنشورة:

- 38- حكم محكمة الأحوال الشخصية/النجف/قرار رقم 1165/ش/2007 اكتسب الدرجة القطعية بمضي المدة القانونية.
- 39- حكم محكمة الأحوال الشخصية/النجف/قرار رقم 1523/ش/2007 اكتسب الدرجة القطعية بمضي المدة القانونية.

- 40- حكم محكمة جنح النجف/قرار رقم 713/ج/2008 اكتسب الدرجة القطعية بمضي المدة القانونية.
- 41- حكم محكمة جنح النجف/قرار رقم 709/ج/2008 اكتسب الدرجة القطعية بمضي المدة القانونية.
- 42- حكم محكمة جنح النجف/قرار رقم 670/ج/2008 اكتسب الدرجة القطعية بمضي المدة القانونية.
- 43- حكم محكمة جنح النجف/قرار رقم 16/ج/2008 اكتسب الدرجة القطعية بمضي المدة القانونية.
- 44- حكم محكمة جنح النجف/قرار رقم 841/ج/2008 اكتسب الدرجة القطعية بمضي المدة القانونية.
- 45- حكم محكمة جنح النجف/قرار رقم 7/ج/2008 اكتسب الدرجة القطعية بمضي المدة القانونية.
- 46- حكم محكمة جنح النجف/قرار رقم 5/ج/2008 اكتسب الدرجة القطعية بمضي المدة القانونية.
- 47- حكم محكمة جنح النجف/قرار رقم 23/ج/2008 اكتسب الدرجة القطعية بمضي المدة القانونية.
- 48- حكم محكمة جنايات النجف/قرار رقم 347/ج/2006 المصادق عليه بقرار محكمة التمييز رقم 7582/هيئة جزائية/2007.
- 49- حكم محكمة جنايات النجف/قرار رقم 574/ج/2006، المصادق عليه بقرار محكمة التمييز رقم 1731/هيئة جزائية/2007.
- 50- حكم محكمة جنايات النجف/قرار رقم 576/ج/2006، المصادق عليه بقرار محكمة التمييز رقم 1580/هيئة جزائية/2007.
- 51- حكم محكمة جنايات النجف/قرار رقم 483/ج/2006، المصادق عليه بقرار محكمة التمييز رقم 5124/هيئة جزائية/2007.
- 52- حكم محكمة جنايات النجف/قرار رقم 454/ج/2006، المصادق عليه بقرار محكمة التمييز رقم 6705/هيئة جزائية/2008.
- 53- حكم محكمة جنايات النجف/قرار رقم 415/ج/2007، المصادق عليه بقرار محكمة التمييز رقم 1563/هيئة جزائية/2008.
- 54- حكم محكمة جنايات النجف رقم 306/ج/2007 المصادق عليه بقرار محكمة التمييز رقم 2043/هيئة جزائية/2008.
- 55- حكم محكمة جنايات النجف/قرار رقم 120/ج/2007 المصادق عليه بقرار محكمة التمييز رقم 4293/هيئة جزائية/2007.
- 56- حكم محكمة جنايات النجف/قرار رقم 343/ج/2007، المصادق عليه بقرار محكمة التمييز رقم 1664/هيئة جزائية/2008.
- 57- حكم محكمة جنايات النجف/قرار رقم 366/ج/2007 المصادق عليه بقرار محكمة التمييز رقم 2033/هيئة جزائية/2008.
- 58- حكم محكمة جنايات النجف/قرار رقم 266/ج/2007 المصادق عليه بقرار محكمة التمييز رقم 1570/هيئة جزائية/2008.
- 59- حكم محكمة جنايات النجف/قرار رقم 65/ج/2008 المصادق عليه بقرار محكمة التمييز رقم 2181/هيئة جزائية/2008.
- 60- حكم محكمة جنايات النجف/قرار رقم 4/ج/2008 المصادق عليه بقرار محكمة التمييز رقم 2162/هيئة جزائية/2008.

- 61- حكم محكمة جنايات النجف/قرار رقم 168/ج/2008 المصادق عليه بقرار محكمة التمييز رقم 4556/هيئة جزائية/2008.
- 62- حكم محكمة جنايات النجف/قرار رقم 3/ج/2008 المصادق عليه بقرار محكمة التمييز رقم 1554/هيئة جزائية/2008.
- 63- حكم محكمة جنايات النجف/قرار رقم 318/ج/2008 المصادق عليه بقرار محكمة التمييز رقم 607/هيئة جزائية/2008.
- 64- حكم محكمة جنايات النجف/قرار رقم 366/ج/2008، المصادق عليه بقرار محكمة التمييز رقم 2033/هيئة جزائية/2008.

د- قرارات مجلس قيادة الثورة (المنحل)

- 65- قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (1631) بتاريخ 1980/10/30، منشور بجريدة الوقائع العراقية، عدد (2208) بتاريخ 1980/11/10.
- 66- قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (1133) بتاريخ 1982/9/2، منشور بجريدة الوقائع العراقية، عدد (2902) بتاريخ 1982/9/20.
- 67- قرار صادر عن مدير سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (31) بتاريخ 2003/9/10، منشور بجريدة الوقائع العراقية، عدد (3980) بتاريخ 2003/9/31.

تاسعاً: الكتب الأجنبية

1- باللغة الإنكليزية

- 1- Dr. Daniel J. Capra: American criminal procedure, west group, America, 2001.
- 2- Ph. Dr. Fakir Abdul_Razzak, Widad Al-Mufit: A course in English, Baghdad, 1987.
- 3- Ph. Dr. Frank Schmallegger "Criminal Justice today" Upper Saddle River New Jersey, 1991.
- 4- Ph. Dr. George moore: Eccential of obstetrics and Gynecology, without place of print 1992.
- 5- Ph. Dr. Janet Dine, James Gobert, William Wilson: Criminal Law, Oxford, fifth edition, 2006.
- 6- William F. Ganong: Medical Physiology, New Work, 2003.

2- باللغة الفرنسية:

- 7- Elie Daskalakis "Reflexions Sur la Responsabilite Penale" Paris, 1975.
- 8- Marcel Rgaux & Paul-em Trousse "Le faux En Droit Penal Compare, Paris, 1957.

الخاتمة

من خلال دراسة وتحليل موضوع الرسالة توصلت الى العديد من النتائج والمقترحات أوجزها بالآتي:

أولاً: النتائج

- 1- الذية عبارة عن حالة ذهنية ذاتية مضمرة لكونها أمر مكنون في أعماق النفس لا يعرفها إلا صاحبها حيث تمثل الحقيقة المطلقة للنفس وإزاء ذلك يكتفي المشرع بما هو ظاهر للحكم على التصرفات القانونية دون الأخذ بالنوايا المجردة لما قد ينطوي عليها من إجحاف وتعسف بأصحابها مادامت في حالتها المعنوية حبيسة الصدر ولم تظهر الى الحيز المادي بأي مؤثر.
- 2- يرتبط مبدأ حسن النية بعامل الإرادة حيث يعتبر الأخير من العوامل المؤثرة على التصرفات القانونية وبمعنى آخر عندما يكون دور الإرادة ضعيفاً او منعدماً فإن دور مبدأ حسن النية يكون كذلك أيضاً.
- 3- إن تحرك الإرادة يكون نتيجة بواعث وإغراض عديدة منها ما هو مباشر ومنها ما هو غير مباشر ولكليهما تأثير على الإرادة الباطنية.
- 4- إن مدلول مبدأ حسن النية من الناحية القانونية يعني انتفاء القصد الجرمي اي انه يدور معه وجودا وعدما وهذا يعني ان العلاقة بينهما علاقة عكسية بمعنى آخر اذا تحقق وجود إحداها انتفى وجود الآخر أي أن من حسنت نيته انعدم لديه القصد الجرمي ومن ساءت نيته توافر لديه بلا شك القصد الجرمي.
- 5- يتحقق مبدأ حسن النية إذا كان التصرف الذي صدر من الشخص نتيجة جهله بحقيقة واقعة معينة او نتيجة غلطة في واقعة ما او اذا لم يقصد من فعله الإضرار بالآخرين.
- 6- إن الجهل بالقانون لا يمكن أن يكون سبباً من أسباب الإباحة كقاعدة عامة مهما حسنت نية الشخص، وإلا أصبح حبراً على ورق، وعلى الرغم من هذا فهناك بعض الاستثناءات الواردة على هذه القاعدة والتي أشرنا إليها في ثنايا الرسالة.
- 7- اذا كان مبدأ حسن النية ينفي المسؤولية العمدية فإنه قد لا ينفي المسؤولية غير العمدية الا اذا كان الخطأ الذي وقع فيه الجاني لا يعاقب عليه القانون او كان مبنياً على أسباب معقولة من الحيطة والحذر.
- 8- أداء الواجب في نطاق العمل المشروع لا يقتصر على الموظف أو المكلف بخدمة عامة فقط وإنما يشمل عامة الناس أيضاً إذ ألزم قانون العقوبات العراقي الفرد بأداء الواجب الذي يطلب منه من قبل أي جهة حكومية، وفي حالة امتناعه فإن ذلك يجب أن يبرر بعذر وتقدير العذر مسألة تستقل بها محكمة الموضوع بحسب ما جاء في المادتين (242) (370 / 1) من ق. ع. ع.
- 9- لكي لا يشكل فعل الموظف أو المكلف بخدمة عامة جريمة بموجب (م⁴⁰) من ق. ع. ع. فإنه لا بد أن يكون تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو تنفيذاً لأمر صادر من رئيس تجب طاعته أو اعتقد أن طاعته واجبة ويجب في الحالتين أن يثبت الفاعل انه قام بالعمل بسلامة نية وأنه لم يرتكبه إلا بعد اتخاذ متطلبات الحيطة والحذر.
- 10- كان المشرع العراقي موفقاً في نص (م⁴⁰) من ق. ع. ع. لأنه اكتفى بأمر القانون أو أمر الرئيس لإباحة عمل الموظف أو المكلف بخدمة عامة وهذا يعني عدم اشتراط اجتماع الأمرين معاً إلا إذا وجد نص يقضي بذلك.
- 11- إن لكل حق حدوداً شخصية ومادية وعلى صاحب الحق الالتزام بها لأنه إذا خرج عن الحدود الشخصية عد سيء النية أما إذا تعدى الحدود المادية عد متجاوزاً في استعمال حقه.

- 12- إن أساس استعمال الحق المنصوص عليه في (م⁴¹) من ق. ع. ع. هو الإباحة المنصوص عليها قانوناً والتي تنفي التجريم عن بعض الأفعال التي تعد في ظاهرها جرائم، لأنها ترتكب لأسباب معينة وفي ظل ظروف معينة.
- 13- يتحقق حسن النية لدى صاحب الحق متى استهدف من فعله تحقيق الغاية التي من أجلها تقرر الحق أما إذا تجاوز هذه الغاية فإنه يكون سيء النية، وهذا يعني إن حسن النية هو أحد شروط إباحة استعمال الحق سواء كان هذا الاستعمال لغرض (تأديب الزوجة أو الأولاد القصر، الأعمال الطبية، استعمال العنف في الألعاب الرياضية أو القبض على المتهمين).
- 14- إن تجاوز المدافع لاستعمال حق الدفاع الشرعي أما أن يكون بصورة عمدية أو غير عمدية وفي الصورة الأولى إما أن يكون المدافع المتجاوز حسن النية لأنه لم يقصد مخالفة القانون حيث أنه تصرف على نحو ضئلاً منه أنه السبيل الوحيد لاستخدام حقه، أو قد يكون المدافع المتجاوز لحقه سيء النية لأنه قاصد التجاوز وهنا يكون متعسفاً في استعمال حقه، وبالنسبة إلى الصورة الثانية "التجاوز غير العمدية" فإنها تتحقق نتيجة خطأ المدافع بصوره المختلفة (الإهمال، الرعونة، عدم الانتباه، عدم الاحتياط، مخالفة القوانين والأنظمة والأوامر).
- 15- إذا تجاوز المدافع حدود حقه في الدفاع الشرعي عمداً أو خطأً فإنه يتحمل مسؤولية نتائج فعله بصورة مخففة لحسن نيته عند استعمال الحق واستناداً لذلك تطبق عليه عقوبة الجنحة بدلاً من عقوبة الجناية وعقوبة المخالفة بدلاً من عقوبة الجنحة أما إذا كان قاصداً التجاوز فتطبق عليه العقوبة وفقاً للقواعد العامة.
- 16- لا يسمح القانون للأفراد باللجوء إلى استخدام حق الدفاع الشرعي ضد رجال السلطة العامة لأن الهدف من عملهم هو حفظ النظام العام حتى وإن كان في ذلك تخطي لأعمالهم الوظيفية بشرط أن يكون ذلك بحسن نية ومع ذلك إذا تخطى المكلف بخدمة عامة عمله بسوء نية كما لو كان القبض لغرض الانتقام أو الثأر بحيث نشأ تخوف لدى الشخص بحدوث موت أو جراح بالغة ففي هذه الحالة أجاز له القانون استخدام حقه في الدفاع عن النفس.
- 17- إن جريمة ترويج العملة المزيفة أو المقلدة أو المزورة من الجرائم الخطيرة لأنها تشكل اعتداءً على مصالح البلاد من الناحية السياسية والاقتصادية والاجتماعية لذا فإنّ المشرع اكتفى بالقصد الجرمي العام لتحقيقها والمتمثل بعلم الجاني بأن محل الجريمة عملة غير صحيحة وأن تتجه إرادته إلى التعامل بها عن طريق تداولها.
- 18- إن تحقق شرط حسن النية عند قبول العملة المزيفة ثم التعامل بها على الرغم من العلم بحقيقتها يترتب عليه أثر يتمثل بتغيير وصف الجريمة من جنائية إلى جنحة لأن الشخص كان ضحية خدعة وذنوب لا يد له فيه وهذا ما تضمنته (م²⁸⁴) من ق. ع. ع.
- 19- تحظى شخصية الجاني بأهمية في السياسة الجزائية الحديثة لما لها من دور في بيان مدى خطورته على المجتمع بالإضافة إلى كشفها عن النوايا التي تخالج نفسه ومن ثم أثرها على مقدار العقوبة المطبقة عليه.
- 20- لمبدأ حسن النية دور في تحقيق العدالة والإصلاح اتجاه الجاني وذلك من خلال النظر إلى نيته لأنها ربما تكون حسنة تدعو إلى الرأفة به عند فرض العقاب وقد تكون سيئة تدعو إلى تشديد عقوبته.
- 21- إذا ثبت للقضاء حسن النية لدى الجاني فإن ذلك سيترك أثره على العقاب من حيث الإعفاء أو التخفيف منه وبخلاف ذلك تطبق عليه العقوبة وفقاً للقواعد العامة.
- 22- جمع مبدأ حسن النية في ثناياه طبيعة كل من أسباب الإباحة من حيث رفع العقوبة والمسؤولية الجزائية عن الفاعل في (م⁴⁰) من ق. ع. ع.، وطبيعة كل من الأعدار القانونية والظروف القضائية من حيث تخفيف العقوبة المادة (م²⁸⁴) من ق. ع. ع.

مع بقاء مسؤوليته الجزائية الأمر الذي لا يمكن معه أن ينسب إلى أي فئة منها لاختلاف أثره بحسب موقعه من النص مما جعله يتّصف بطبيعة قانونية خاصة.

ثانياً: المقترحات

- 1- عرّف المشرّع العراقي القصد الجرمي في (م³³) بدلالة إرادة النتيجة دون الإشارة إلى العلم الذي هو احد عنصري القصد الجرمي، وكان من الأفضل الإشارة إليه وان لم يكن العنصر الرئيس لتحقيق القصد الجرمي وذلك لأجل منع كل تأويل او غموض قد يشوب النص واقتردت أن يكون تعريف القصد الجرمي كالآتي: (علم الفاعل بعناصر الجريمة وتوجيه إرادته إلى ارتكاب الفعل المكون لها هدفاً الى نتيجة الجريمة التي وقعت او أي نتيجة جرمية أخرى).
- 2- نص ق. ع. في (م¹³⁷) على حالة الجهل بالقانون الا انه لم يعالج حالة الجهل او الغلط في الوقائع بخلاف بعض التشريعات العربية التي نظمت هذه المسألة كما اشرنا إلى ذلك في ثنايا الرسالة، لذا اقترحت إيجاد نص يعالج هذه المسألة لأن العلم أو الغلط بالوقائع أمر جوهري لتأثيره على مدى وجود القصد الجرمي والذي يؤثر بدوره على مدى حسن او سوء نية الشخص
- 3- تضمنت (م³⁵) من ق ع ع تحديدًا لصور الخطأ غير العمدى من دون الإشارة إلى تعريفه لذا أقترح زيادة فقرة الى المادة السابقة لمعالجة هذا النقص بهدف تجنب الاجتهادات الفقهية والقضائية التي قد تؤدي الى اختلاف في الأحكام القضائية وأقترحت ان يكون تعريف الخطأ غير العمدى كالآتي (نشاط أرادي يفضي الى نتيجة غير مقصودة من الجاني لأنه لم يتوقع حدوث النتيجة الجرمية المترتبة على فعله أو قد توقع حدوثها إلا أنه لم يقبلها معتمداً في ذلك على الحيلة والحدز)
- 4- دعوت المشرع العراقي إلى إعادة صياغة (م¹³⁷⁰) من ق. ع. ع. لأنه قد حدد فيها حالات طلب المعونة من الأفراد بثلاثة (الحريق، الغرق، كارثة) وكان من الأفضل عدم تحديدها لذا اقترحت إعادة صياغة النص بالشكل الآتي: (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تزيد عن خمسين دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من امتنع أو توانى بدون عذر عن تقديم معونة طلبها موظف أو مكلف بخدمة عامة مختص).
- 5- لاحظت أن (م⁴⁰) أولاً من ق. ع. ع. والتي تنص (لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أو شخص مكلف بخدمة عامة....أولاً: إذا قام بسلامة نية بفعل تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو اعتقد أن إجراءه من اختصاصه) معيبة من حيث الصياغة للأسباب الآتية:
 - أ- احتوى النص السابق على كلمة " شخص " واعتقد إن هذه الكلمة زائدة لأن النص لا يتغير معناه إذا ما حذفت منه لذا اقترحت على المشرّع حذفها.
 - ب- استعمل المشرّع عبارة " بسلامة نية " في غير معناها اللغوي الفصيح، فالسلامة طبقاً لما أوردته معاجم اللغة تعني العافية من جميع الآفات والبراءة من العيوب والأمان، لذا من الأفضل والأدق لغوياً استعمال عبارة " حسن النية " لان الحسن ضد سوء ومن الناحية اللغوية يعني ضد القبح.
 - ت- إنها جمعت بين أسباب الإباحة التي تنفي الجريمة عن الفعل في عبارة (تنفيذاً لما أمرت به القوانين) وبين الفعل الذي لا يزيل الوصف الجرمي لأنه قد ينفي الركن المعنوي وقد لا ينفيه في عبارة (أو اعتقد أن إجراءه من اختصاصه) وكان من الأفضل الفصل بينهما مثلما فعل المشرّع في ق. ع. ع. في الفصلين الثالث والرابع (أركان الجريمة) و(أسباب الإباحة) واستناداً إلى ما تقدم اقترحت على المشرّع إعادة صياغة النص السابق بالشكل الآتي:

- (لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أو مكلف بخدمة عامة في الحالات التالية...
أولاً: أ- إذا قام بحسن نية بفعل تنفيذاً لما أمرت به القوانين.
ب- إذا اعتقد بحسن نية إن إجراءاته من اختصاصه.
- 6- دعوتُ المشرّع العراقي إلى إيراد شرط حسن النية في استعمال الحق صراحة في (م⁴¹) من ق.ع.ع. لأن النص عليه صراحة يمنع من حدوث أي اختلاف أو تضارب في وجهات النظر، واقتُرحت أن يكون النص بالشكل الآتي (لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون بحسن نية ويعتبر استعمالاً للحق...)
- 7- لم يكن المشرّع العراقي موفقاً كما يرى البعض في صياغة (م^{1/41}) من ق.ع.ع. لأنه جمع فيها كلا من تأديب الزوجة وتأديب الأولاد القصر وهذا لا يجوز لأنه من غير الصحيح القياس بين غير المتماثلين فضلاً عن أن مفهوم وشروط تأديب الزوجة تختلف عن مفهوم وشروط تأديب الأولاد القصر وبدوري أميل إلى تأييد هذا الرأي لذا اقترحتُ إعادة صياغة المادة السابقة بالشكل الآتي: (لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون بحسن نية ويعتبر استعمالاً للحق....
أ- تأديب الزوج زوجته الناشز.
ب- تأديب الآباء والمعلمين ومن في حكمهم الأولاد القصر في حدود ما هو مقرر شرعاً أو قانوناً أو عرفاً.
- 8- دعوتُ المشرّع إلى تشريع نص شامل يعالج جميع حالات التجاوز في الإباحة بدلاً من اقتصرها على حالة واحدة وهي تجاوز حدود الدفاع الشرعي، ففي الوقت الذي لا نجد فيه مبرراً لهذا النقص التشريعي لا نجد كذلك ما ينافي سريان الحكم على جميع حالات التجاوز في الإباحة استناداً لاتحاد العلة والمتمثلة في حماية المصلحة القانونية.
- 9- اتَّفقتُ مع الرأي الذي يذهب إلى إلغاء عبارة التداول العرفي المنصوص عليها في (م²⁸⁰) من قانون العقوبات العراقي لأنه لا يوجد في الوقت الحاضر أي عملة متداولة عرفاً داخل العراق كما إن هذا الأمر يؤدي إلى أن نصوص تزيف العملة لا تشمل أي أداة تعامل غير صادرة من الجهات الرسمية في الدولة ولو اعتاد الناس على التعامل بها في حالات معينة، لذا اقترحتُ إعادة صياغة نص (م²⁸⁰) بالشكل الآتي: (يعاقب بالسجن من قلد أو زيف سواء بنفسه أو بواسطة غيره عملة ذهبية أو فضية متداولة قانوناً في العراق أو في دولة أخرى أو اصدر العملة المقلدة أو المزيفة أو روجها أو ادخلها العراق أو دولة أخرى أو تعامل بها أو حازها بقصد ترويجها أو التعامل بها وهو في كل ذلك على بينة من أمرها...)
- 10- اقترحتُ على المشرّع إضافة فقرة إلى (م²⁸⁴) من ق.ع.ع. تقضي بإعفاء المروج من العقوبة في حالة قبوله بحسن نية لعملة غير صحيحة ثم القيام بترويجها من دون العلم بحقيقتها والعلة في ذلك انتفاء القصد الجرمي لديه.
- 11- اقترحتُ على المشرّع العراقي إعادة توحيد ترتيب صور التزيف، حيث لاحظتُ تقديم وتأخير في المواد التي عالجت ذلك وهي (280، 281، 284) من ق.ع.ع. وكان من الأفضل في رأيي مراعاة هذا الجانب.
- 12- دعوتُ المشرّع العراقي إلى إعادة صياغة (م⁴⁵) من ق.ع.ع. وذلك أولاً لمساواته بين حالتي التجاوز العمدى والتجاوز غير العمدى في عبارة (.... إذا تجاوز المدافع عمداً أو إهمالاً حدود هذا الحق) وثانياً إن الإهمال صورة من صور الخطأ المشار إليها في (م³⁵) من ق.ع.ع.ع. لذا اقترحتُ صياغة جديدة لنص (م⁴⁵) من ق.ع.ع.ع. بالشكل الآتي (لا يبيح حق الدفاع الشرعي إيقاع ضرر يزيد عما يتطلبه استخدام هذا الحق وإذا تجاوز المدافع عمداً حدود حقه في الدفاع أو أخطأ في استخدام حقه في الدفاع أو أعتد خطأً إنه في حالة دفاع شرعي فإنه يكون مسؤولاً عن الجريمة التي أرتكبها وإنما يجوز للمحكمة

في هذه الحالة أن تحكم بعقوبة الجنحة بدلاً من عقوبة الجناية وأن تحكم بعقوبة المخالفة بدلاً من عقوبة الجنحة).