

أساس وطبيعة أسباب التبرير ومصادرها

The basis and nature of the reasons for justification and their source

علي قاسم فياض

ا.د. رامي عبد الحي

المستخلص

ان أسباب التبرير او الافعال المبررة هي أسباب موضوعية تتعلق بالفعل لا بالفاعل ، منها كل من يسهم في الفعل المبرر من فاعلين أصليين وشركاء ومتدخلين ، ولأنها تلغي الصفة غير المشروعة عن الفعل لذلك لا تترتب على فاعله أي مسؤولية جزائية او مدنية ، فنصوص التجريم ليست مطلقة ؛ لان هناك قيود تحد من نطاقها فتخرج أفعالا كانت داخلة في دائرة التجريم وتعدّها أفعالا مشروعة وهذه القيود هي أسباب الإباحة او التبرير .
الكلمات المفتاحية: أساس، طبيعة، أسباب، التبرير.

Abstract

The reasons for justification or justified actions are objective reasons related to the action, not the actor, including everyone who contributes to the justified action, whether original actors, partners, or interveners. Because they eliminate the unlawful nature of the action, no criminal or civil liability is incurred on the actor. Criminal texts are not absolute, because there are restrictions that limit their scope, so they exclude actions that were included in the circle of criminalization and consider them legitimate actions. These restrictions are the reasons for permissibility or justification.

Keyword: nature, basic, causes, justification.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين حمدا كثيرا يوازي نعمه ، والصلاة والسلام على اشرف الخلق وخاتم الانبياء والمرسلين محمد صلى الله وعلى اله وصحبه .

اما بعد ..

ان أسباب التبرير او الافعال المبررة هي تلك الأسباب التي اذا ما توافرت في الفعل او السلوك الاجرامي أخرجه من نطاق التجريم الى نطاق الإباحة ، وهي أسباب موضوعية تتعلق بالفعل لا بالفاعل ، لذا يستفيد منها كل من يسهم في الفعل المبرر من فاعلين أصليين وشركاء ومتدخلين ، ولأنها تلغي الصفة غير المشروعة عن الفعل لذلك لا تترتب على فاعله أي مسؤولية جزائية او مدنية ، فنصوص التجريم ليست مطلقة ؛ لان

هناك قيود تحد من نطاقها فتخرج أفعالا كانت داخلة في دائرة التجريم وتعدّها أفعالا مشروعة وهذه القيود هي أسباب الإباحة أو التبرير ، وهي واردة في القوانين على سبيل الحصر حسب الرأي السائد في الفقه والقضاء وبالتالي لا يجوز للقاضي أن يقضي بإباحة فعل استنادا الى سبب آخر غير منصوص عليه قانونا، وان جاز لو اللجوء الى التفسير الواسع او القياس او للعرف المتفق مع القانون، وقد حدد المشروع لكل سبب شروط معينة يلزم توافرها لتنتج أثارها وان تخلف أي شرط من هذه الشروط كان تجاوزا في استعماله مما يترتب عليه انتفاء سبب الإباحة ذاته ليبقى الفعل غير مشروع يستوجب المسؤولية الجنائية .

أن الحديث عن الأحكام العامة لأسباب التبرير أو الإباحة يقتضي بنا بيان أساس هذه الأسباب وبيان ما جاء من آراء الفقهاء فيها وكذلك طبيعة هذه الأسباب ثم بيان مصادر أسباب التبرير أو الإباحة، لذلك سنتناول هذه المواضيع في ثلاث مطالب ، سنتطرق في المطلب الأول الى أساس أسباب التبرير أو الإباحة وفي المطلب الثاني سنسلط الضوء على الطبيعة القانونية لأسباب التبرير أما في المطلب الثالث سنخصصه الى مصادر أسباب التبرير أو الإباحة .

المطلب الأول

أساس الإباحة أو التبرير

أما أسباب الإباحة أو التبرير هو مصطلح قانوني تعنى بحالات انتفاء الركن القانوني للجريمة استنادا الى القيود التي ترد على نص التجريم لتخرج منه بعض الأفعال ، او هي ضوابط تلزم بعض نصوص التجريم فتمنع تطبيقها في ظروف خاصة ^١ ، وتأكيدا لذلك قضت محكمة التمييز الجزائية في لبنان على ان (ان اسباب التبرير ...تنزع من الافعال المدعى بهاأي طابع جرمي)^٢.

وحيث ان الجريمة او الامتناع المعاقب عليها قانونا اذا لم يكن بسبب او مسوغ يبيحه او يبرره ، فلا يكون الفعل او الامتناع مجرما اذا خلعت عنه الصفة الجرمية بسبب مشروع يبرره بأحد أسباب التبرير او الإباحة ^٣. وبخلاف ذلك يبقى الفاعل مسؤولا عما ارتكبه اذ لم يستند الى سبب مشروع يبرره ، وقد يكون الفعل مباحا او مبررا وتزول عنه الصفة الجرمية وتخرجه من نطاق التجريم الى نصوص التبرير او الإباحة ، ومعنى ذلك انعدام الركن الشرعي ^٤، والركن الشرعي هو الصفة غير المشروعة التي يصفها الشارع على

^١ - د. علي حسين الخلف ود. سلطان الشاوي ، المبادئ العامة في قانون العقوبات ، ط٢، العاتك للكتاب ، بغداد ، ٢٠١٠. ص ١٥٠ ، د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، دار النهضة العربية، ط٥، القاهرة ، ١٩٨٢، ص ٥١، د. د. فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي، شرح قانون العقوبات - القسم العام، ط٢، العاتك للكتاب، بغداد ، ٢٠١٠، ص ١٠٣.

^٢ - محكمة التمييز الجزائية ، الغرفة السادسة، قرار رقم ١٤٣ تاريخ ٢٧ ٢٠٠٤ ايار، نقلا عن الياس ابو عيد ، قانون العقوبات بين النص والاجتهاد والفقه ، دراسة مقارنة ، ج ٤ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ص ٣٧ .

^٣ - د. جاسم خريبط خلف ، شرح قانون العقوبات القسم العام، منشورات زين الحقوقية ، ط١، بيروت ، ٢٠١٧، ص ٢٠٣.

^٤ - د. عباس الحسني ، شرح قانون العقوبات الجديد ، مطبعة الرشاد، ط٢، بغداد ، ١٩٧٢، ص ١٠٥.

الفعل اذ لا قيام للجريمة الا اذا اتصف الفعل الذي تقوم به بأنه غير مشروع ، ولا جريمة اذا كان الفعل مشروعاً^٥.

ان تشريع القوانين نتاج لما يعبر عن الواقع الاجتماعي ومتطلباته الفعلية ليضفي عليها الحماية القانونية وفق طبيعته الاجتماعية ، وان يستجيب المشرع للواقع بما لا يخالف طبيعة الأشياء وان تكون الأفعال غير المشروعة من عناصر طبيعية واقعية ضمن ما يحدث في الحياة الاجتماعية ، وان متطلبات المصلحة العامة أو الاستقرار القانوني وفي سبيل المحافظة عليها دعت المشرع الى العزوف في بعض الحالات أو الظروف عن هذا لمبدأ بحيث لا تجرم هذه الأفعال غير المشروعة وخلع عنها الصفة الجرمية^٦ كما في قانون العقوبات^٧.

وقد تعددت أسباب التبرير أو الإباحة ولم يجمع الفقه الجنائي على رأي معين بشأن تأصيل أسباب الإباحة أو التبرير حيث أنها أسباب كثيرة وتختلف في الأحكام التي تخضع لها اختلافاً كبيراً .
والسؤال الذي يمكن طرحه هل يمكن ردها الى أساس أو أصل واحد أم الى أسس أو أصول متعددة تبين طبيعتها وتحدد الطرق لبيان أحكامها ؟. وقد تعددت الآراء واختلفت بعضها البعض ، وللإجابة عن هذه التساؤلات سنستعرض هذه الآراء وسنخصص لكل رأي فرع نتناولها تباعاً فيما يلي :

^٥- د. محمود نجيب حسني ، د. محمود نجيب حسني ، أسباب الإباحة في التشريعات العربية ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٦٣ ، ص ٢.

^٦- د. احمد فتحي سرور ، أصول السياسة الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٢ ، ص ٤٤.

^٧- يعرف قانون العقوبات بأنه مجموعة من القواعد القانونية التي تحدد الأفعال المجرمة وتبين الجزاءات التي تطبق على مرتكبيها ، أي انه القانون الذي يحدد الجرائم ويبين العقوبات المقررة لها. للمزيد ينظر: د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص ١-٣. وتختلف التشريعات على تسمية قانون العقوبات ومن الفقهاء من أطلق عليه تسمية (قانون الجزاء) كالقانون الكويتي أو القانون الجزائي والشرعية الجزائية كالقانون العماني والبعض الآخر يطلق عليه قانون العقوبات كالقانون اللبناني والعراقي والمصري والسوري والفرنسي ، ويطلق عليه القانون التونسي بـ (المجلة الجنائية) . ومهما اختلفت التسميات فإن من الثابت لدى فقهاء القانون بأنها مترادفة وان المقصود منها بانه القانون الذي يحدد الجرائم والعقوبات ، للمزيد ينظر: د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات القسم العام ، ط ٢، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٦ ، ص ٦. وكذلك ينظر النقد لتسمية (القانون الجنائي) وعلى الرغم أن اغلب التشريعات العربية قد احتفظت بتسمية (قانون العقوبات) فإن كثيراً منها يطلق على الإجراءات الجنائية عبارة (أصول المحاكمات الجزائية) كما في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي واللبناني والسوري والأردني . للمزيد ينظر: د. محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، ط ٩ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٤ ، ص ٤. ويرى البعض الآخر ان مصطلح القانون الجنائي هو أصوب من مصطلح (قانون العقوبات) في لغتنا العربية الفصحى ، وان وصف الجنائي مشتق من لفظ (جنائية) وهو كفاية عن (الجريمة) بصفة عامة والجنائية لغة هي من جنى ، يجني أي اكتسب ، والمراد هنا هو اكتساب الشر ، فهي أصلاً مصدر ، فالجنائية بمعنى المجني من الاثم والشر ، والجنائية هي الفعل وان العقاب هو الأثر المترتب عليها الجزاء ، والجنائية هي ظاهرة في المجتمعات بمعنى الأجرام وان الشريعة الإسلامية تستخدم مصطلح الجنائيات للدلالة على القسم الجنائي فيها بمقابل مع الأقسام الأربع الأخرى وهي (العبادات ، المعاملات ، الزواج وما يلحق بها ، المواريث) ، وما يعبر عنها في التشريعات الحديثة في القانون المدني . للمزيد ينظر : د. علي راشد ، مبادئ القانون الجنائي ، المدخل وأصول النظرية العامة ، دار النهضة ، ط ٢ ، القاهرة ، ١٩٧٤ ، ص ٩.

الفرع الأول

فكرة استعمال الحق أساس أسباب التبرير

يرى أصحاب هذا الرأي من الفقهاء ان أصل الإباحة يرجع الى فكرة استعمال الحق وهذا مرده ان الفعل يكون مباحا اذا استند الى سبب مشروع وهذا السبب هو استعمالا للحق ، وبذلك لا مجال لقيام سبب التبرير في غير حالات استعمال الحق^٨ ، وقد تعرض هذا الرأي الى النقد من ان الفكرة التي تبرر لهذه الأسباب لا تشمل او تستوعب لكل أسباب التبرير ، فمثلا استعمال الموظف العام سلطته مستندة الى سبب مشروع وهو أداء الواجب ، او يقوم على فكرة مباشرة الاختصاص وهذه لا تجتمع فيها عناصر الحق حيث ان الاختصاص ليس مقررًا لمصلحة الموظف ولا يمكن له التنازل عنه غير أن يتصرف به وفق القانون، كما وان هذا الرأي لا يكشف أو يبين اعتراف الشارع لبعض الحقوق وارتقائه وتفضيلها باعتبارها أولى مصلحة ورعايتها على نصوص التجريم^٩.

فالموظف العام حينما يؤدي أعمال وظيفته التي أجازها القانون أنما يؤدي واجبا مفروضا عليه فلا يمكن أن يتساوى مع من يستعمل حقا من حقوقه المعتبرة قانونا ؛ لان هناك فرق بين الحق والواجب ، فالحق سلطة محددة معينة تمنح لصاحب الحق على محل الحق ، فحق التأديب يعطي للزوج سلطة على محل التأديب وهو الزوجة أو سلطة الأب على الأب ، والأصل أن صاحب الحق يستطيع أن يستعمله أو يتنازل عنه فهو ما يجوز فعله ولا عقاب على تركه ، أما الواجب فانه تركه يعرض المكلف للعقوبة لأنه ملزم بتأديته ولا يجوز له أن يتنحى عنه ؛ لأنه غير مقرر لمصلحته^{١٠} ، وبذلك فان هذا الرأي لا يتسع لكل أسباب التبرير او الإباحة .

الفرع الثاني

أساس التبرير وسائل ملائمة لأدراك غرض مشروع

المقصود من هذه الفكرة باعتبارها الأساس لتقرير أسباب التبرير ، ان الشارع اذا اعترف لغرض معين فهو يبرر كل الوسائل الملائمة لإدراكه وتحقيقه ولو كان الأصل بها محرمة أو مجرمة ، فالقانون يجرم ممارسة أفعال الإيذاء او الضرب على كل شخص لكنه يبرره او يبيحه استثناء فيقرر شرعية ضر الزوج لزوجته باعتباره غرضا مشروعا يتضمن مصلحة أسمى وأعلى وهي صلاح الأسرة ومن ثم صلاح المجتمع

^٨ - د. علي راشد ، مرجع سابق ، ص ٢٣١ ، د. رؤوف عبيد ، القانون الجنائي القسم العام ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٥ ، ص ٤١٠ .

^٩ - د. السعيد مصطفى السعيد ، قانون العقوبات القسم العام ، القاهرة ، ١٩٦٢ ، ص ١٦٧ . د. عثمان سعيد عثمان ، استعمال الحق كسبب من أسباب الإباحة ، دون طبع ، القاهرة ، ١٩٦٨ ، ص ٣١٢ .

^{١٠} - عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ، ج ١ ، دار الكتاب العرب ، ص ٤٧١ .

وكذلك يبرر أو يبيح القانون المساس بجسم الإنسان كعلاج وهذه وسيلة ملائمة لتحقيق الشفاء واسترداد صحة جسم الإنسان وهذا هو سبب لغرض مشروع^{١١}.

وجدنا ان هذا الرأي تعرض للنقد على الرغم من وضوحه وعدم غموضه غير انه لم يحدد المعيار الذي يبرر الشارع في اعترافه لبعض هذه الأغراض دون البعض الآخر ولم يحدد أيضا الشروط التي يمكن توافرها لكي يصبح الفعل وسيلة ملائمة لأدراك غرض اعتراف الشارع به^{١٢}.

الفرع الثالث

انتفاء القصد الجنائي أساس الإباحة

ان ما جاء به بعض الفقهاء في أساس الإباحة أو التبرير هو انتفاء القصد الجنائي لدى مرتكب الفعل غير المشروع فلا تنهض المسؤولية الجنائية الا بتوافر القصد الجنائي لدى الفاعل ،ويتوافر هذا القصد اذا وجه الفاعل أرادته الآثمة الى ارتكاب سلوك معين مع علمه ان هذا السلوك مجرم قانونا واستنادا لذلك فان الفاعل الذي يقدم على فعل معين معتقدا انه فعلا مبررا يكون قد أجمع لديه عنصر الإرادة وعنصر العلم بالوقائع، لكن انعدام العلم بكون الفعل مجرم قانونا ، واعتقاد الفاعل بأنه ارتكب فعلا مشروعاً مبرراً ، فان عناصر القصد الجنائي تكون غير متكاملة لديه ،وبناء عليه يصبح الفعل ذاته مبرراً او مشروعاً لأنعدام احد عناصر القصد الجنائي^{١٣}.

ويستند أصحاب هذا الرأي على ان بمقتضى القواعد العامة لا عقاب على فعل تجرد من نية الأجرام وبذلك لا مانع من تقرير هذا المبدأ وإيراده بنصوص القانون ،وقد ظهرت موجه من الانتقادات لهذا الرأي بان من يأتي بفعل معين عالما ان القانون يجرمه تتوافر لديه عنصر الإرادة في القصد وكذلك عنصر العلم بالوقائع ثم أن انتفاء القصد الجنائي يعد من موانع المسؤولية ،وان كان هناك تشابه بين موانع المسؤولية وأسباب التبرير في عدم إيقاع العقاب الا أنهما فيما عدى ذلك هناك فروقات رئيسية لا يمكن فيها اعتبار أساس الإباحة هو انتفاء القصد الجنائي لان أسباب الإباحة أو التبرير هي عينية وان أسباب موانع المسؤولية شخصية ، وبذلك لا يتوقف وجودها على العلم بعناصر الفعل المبرر أو المباح^{١٤} ، وإذا كان الفعل يخضع

^{١١} - د. محمد محمد مصباح القاضي ، قانون العقوبات القسم العام ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٤ ، ص ١٥١.

^{١٢} - د. محمود نجيب حسني ، أسباب الإباحة في التشريعات العربية ، مرجع سابق ، ص ١٩.

^{١٣} - د. رؤوف عبيد ، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي المصري ، دار الفكر العربي ، ١٩٦٦ ، ص ٤٩٧ . لذلك قضت محكمة النقض المصرية (بان انتفاء المسؤولية الجنائية عن الوالد الذي يضرب ابنه في الحدود المعقولة تأديبا له لا يرجع الى انتفاء القصد الجنائي عنده لسلامة نيته وابتغاء الخير لأبنه ، وإنما يرجع الى الإباحة التي نص عليها القانون) . ينظر : محكمة النقض المصرية ، نقض جنائي ، مج ١ ، ق ٢١ ، ص ١٧٤ ، نقلا عن د. السيد عتيق ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، ج ١ ، دار النهضة العربية ، ط ٣ ، القاهرة ، ١٩٩٠ ، ص ٤٦٨ .

^{١٤} - بعض الفقهاء يساند هذا الرأي بما جاء في المادة (٥٥) التي أضيفت الى قانون ١٤ فبراير لسنة ١٩٠٤ الى قانون العقوبات المصري القديم حيث ورد فيها لتأديب الوالد لولده مثلا فان هذا الفعل يعتبر جريمة ضرب في نص المادة ١٠٦ من القانون

الى أسباب التبرير وموانع المسؤولية فان عدم إيقاع العقاب على الفاعل في هذه الحالة يعود سببه الى أباحة الفعل في ذاته وليس لانتفاء القصد الجنائي^{١٥}.

ومن جانب آخر ان القصد الجنائي يعتبر متطلبا غير واضحة حدوده في نفي المسؤولية إضافة الى انه لا يجوز للفاعل ان يقدر في تحديد سلوكه او أباحته أمرا يتوقف على وجود القصد الجنائي او عدم وجوده لديه، مما يؤدي الى الاختلاف في الأحكام القضائية علاوة على ذلك فان وفق المسؤولية الجنائية فانه يتم بيان وذكر أسباب الإباحة أو التبرير وتحديد حصرها لضمان حماية حقوق المجتمع وتحقيق العدالة فيه^{١٦}.

مما تقدم من الانتقادات أعلاه تبين انه لا يمكن أن يكون انتفاء القصد الجنائي أساس لأسباب الإباحة لانه لا يستوعب كافة أسباب التبرير او الاباحة .

الفرع الرابع

الباعث الشريف أساس التبرير

يرى أصحاب هذا الرأي الباعث الشريف هو الحافز الذي يدفع الفاعل على ارتكاب الجريمة متأثرا بالعادات والمبادئ الكريمة السائدة في المجتمع والتي تعتبر عوامل خارجية تدفع الفاعل الى ارتكاب الجريمة دفعا ، ولما كان الباعث هو القوة المحركة للنشاط الإرادي والدافع الى ارتكاب الجريمة^{١٧}، فان الدوافع او البواعث السامية لها التأثير في العقوبة من حيث تشديدها او تخفيفها والتي تختلف من حيث كونها ذات غاية شريفة أو دنيئة لدى الفاعل مما دفع أصحاب هذا الرأي باعتبار الباعث الشريف أساس تقوم عليه أسباب الإباحة^{١٨}.

وتعرض هذا الرأي الى الانتقاد بالرد أنما هو ثابت قانونا ان الباعث لا يمكن اعتباره ركنا في الجريمة وهو لا يترتب عليه عدم إيقاع العقاب على مرتكب الجريمة بصرف النظر عما إذا كان الباعث شريفا أم دنيا، وطنيا أم سياسيا، إنسانيا أم اقتصاديا ، وسواء كان الغرض منه انتقاما أو أخذ الثأر حتى وان في بعض هذه الدوافع قد يعد الباعث الشريف عذرا مخففا للعقوبة لا ملغيا فيها ، ثم أن الباعث لما كان واقعا هو حالة نفسية تختلف من شخص لآخر فهي بذلك غير محددة أو منضبطة كقاعدة جنائية وأنها لا تحتوي لكل أسباب الإباحة ومثال ذلك من يقتض بحبس مال مدينه الذي تحت يديه استعمالا لحقه ، فقد يكون المدين بحاجة لهذا

اعلاه ، وما جاء من ظاهر النص ، غير انه وفق القواعد العامة لا عقاب عليه لانتفاء القصد الجنائي لدى الوالد بضرب ولده ينظر : د. رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي المصري، دار الفكر العربي، ١٩٦٦، ص ٤٩٧ .

^{١٥} - القاضي عبد الستار البزركان ، قانون العقوبات القسم العام بين التشريع والفقه والقضاء ، ط١، المكتبة القانونية ، بغداد، ٢٠٠٢، ص ١٦١.

^{١٦} - القاضي عبد الستار البزركان ، مرجع سابق، ص ١٦١.

^{١٧} - د. جلال ثروت ، نظم القسم العام في قانون العقوبات ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠١٢، ص ١٩٠.

^{١٨} - القاضي عبد الستار البزركان ، مرجع سابق، ص ١٦٠.

المال والحابس يعلم به ، ومع ذلك يقوم بحبس المال الذي تحت يديه اقتضاء لحقه ، ولا ينهض هنا شرف الباعث أو سموه ^{١٩} ، وبهذه الانتقادات لا يمكن الركون لأصحاب الرأي بجعل الباعث الشريف هو أساس التبرير أو الإباحة.

الفرع الخامس

المصلحة المعتبرة أساس التبرير

البعض من فقهاء القانون الجنائي يرى بأن التأسيس الحقيقي لأسباب التبرير أو الإباحة هو حماية المصلحة المعتبرة التي تقوم عليه الأسباب المشروعة في نظرية أسباب التبرير ، وحماية هذه المصالح المعتبرة للأشخاص وللمجتمع هو هدف نصوص التجريم ، فقد يرتكب الفعل غير المشروع في ظروف لا يصح تطبيق نص التجريم لأنه لا يحقق في تلك الظروف حماية هذه المصالح المعتبرة ، أو لأن إباحة الجريمة تحقق حماية مصلحة اجتماعية جديرة بالحماية القانونية ^{٢٠} .

وتبين هناك تلازم وترابط بين نصوص التجريم ونصوص الإباحة فالأولى تعين الجرائم وتحدد العقوبات لها ، وهدف المشرع فيها حماية حق أو مصلحة ، والثانية نصوص الإباحة أو التبرير فتبدو متعينة حينما لا يكون الفعل هو اعتداء على حق أو مصلحة اجتماعية محددة حيث تنتقي العلة التي من أجلها جرم العمل غير المشروع وهذا يتحقق في إحدى الفكرتين ^{٢١} الأولى فكرة تجرد الفعل من صفة العدوان أو كما يسمى (مبدأ انتفاء الحق) ^{٢٢} ويكون ذلك حينما يتبين ان الفعل الذي سبق ان البسه المشرع الوصف الجرمي ويشكل عدوانا على حق أو مصلحة اجتماعية محمية جزائيا أصبح وفي ظروف معينة غير معرضة للاعتداء ولم يعد منتجا له ^{٢٣} ، فالمشرع يجرم أفعال الجرح حماية للحق في سلامة الجسم ، غير أن إعمال الطب والجراحة على جسم المريض لا تهدر مصلحته بل تصونها من أجل هدف أعظم هو لضمان صحة المريض وهكذا ينتقي الاعتداء على الحق أو المصلحة ويبرر الفعل وتزول علة التجريم وهذه فكرة تجرد الفعل من صفة العدوان ويقوم الأساس الذي تستند إليه أسباب التبرير أو الإباحة ^{٢٤} .

أما الفكرة الثانية فهو فكرة رجحان الحق أو (مبدأ رجحان الحق) ^{٢٥} وهو إذا ما ثبت ان السلوك لا يزال ينتج الاعتداء بوصفه عمل غير مشروع لكنه يحقق مصلحة أولى بالاعتبار من المصلحة التي يهدرها وهو بذلك أجدر بالحماية القانونية حيث ان الفعل أهدر مصلحة وصان مصلحة أخرى وان المشرع وجد أن المصلحة

١٩ - د. عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب أباحة ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٦٩ ، ص ٣١٢ .

٢٠ - د. فخري عبد الرزاق الحديثي، مرجع سابق ، ص ١٠٣ ، د. محمود نجيب حسني ، أسباب الإباحة في التشريعات العربية ، ص ١٩ ، وكذلك ينظر د. محمد مصباح القاضي ، مرجع سابق ، ص ١٥٢ .

٢١ - د. محمود محمود مصطفى ، مرجع سابق ، ص ١٤٤ .

٢٢ - ينظر د. علي حسين الخلف ، د. سلطان الشاوي ، مرجع سابق ، ص ٢٤٣ .

٢٣ - د. فخري عبد الرزاق الحديثي ، مرجع سابق ، ص ١٠٤ .

٢٤ - د. محمد محمد مصباح القاضي ، مرجع سابق ، ص ٧٥ .

٢٥ - د. علي حسين الخلف ، د. سلطان الشاوي ، مرجع سابق ، ص ٢٤٣ .

الأولى أجدد بالحماية الجزائية من المصلحة الثانية وان حمايتها لا تتحقق الا بإهدار المصلحة الثانية كما يجرم القانون القتل لكنه يبيح القتل بشروط معينة دفاعا عن النفس أو المال^{٢٦}.

فأن علة الإباحة تتمثل بمصلحة المعتدى عليه وهو أجدد بالحماية القانونية من مصلحة المعتدي لان بأعتدائه قد هبط بالقيمة القانونية لمصلحته وبذلك ان حق المعتدى عليه في الحياة هي أهم عند المجتمع من حق المعتدي بالرغم من انه ينتج اعتداء على حقه بالحياة لكنه يصون حق المعتدى عليه في الحياة وان حياته أهم وأرجح كفة وأولى بالرعاية القانونية^{٢٧}.

واذا ما نظرنا الى التشريع اللبناني والعراقي فان السبب المشروع للتبرير تحدده النصوص التشريعية في استعمال الحق وتطبيقاته وفي أداء الواجب او حالات تنفيذ القانون وأوامر السلطة وفي الدفاع الشرعي والمشروع^{٢٨} ، والسبب المشروع للتبرير الأول وهو استعمال الحق ويراد بالحق بأنه مكنة أو سلطة يعترف بها القانون للفرد كي يستعملها ويتمتع بها^{٢٩} ، وقد تبنى هذا المعنى للحق والدفاع عنه أصحاب القانون الطبيعي والمذهب الفردي بخلاف اصحاب المدارس الواقعية والاجتماعية وان هؤلاء يرون في ذلك المعنى او التعريف شيوع النزعة الفردية المخالفة لعقيدهم ، فحاولوا أجهزة هذه الفكرة واستبدالها بنموذج اخر بها يكون فيها المركز القانوني بعيدا عن فكرة الحق ، وتقوم فيه فكرة الواجب او الوظيفة الاجتماعية بديلا عن فكرة الاستثناء او تسلط الفرد^{٣٠} ، ولتوضيح هذه الاتجاهات الفلسفية لأنصار هاتين المدرستين في صدد وجود الحق وتعريفه سنستعرضها بما يلي :

أولا أنصار فكرة الحق

ان أصحاب هذا الاتجاه هم الأغلبية من الفقهاء والفلاسفة الذين تعرضوا لنظرية الحق ، بمنهم من وسع في تعريف الحق ، وآخرون وضعها وفق محددات وضوابط ، وللدفاع عن الحق الفردي يصنفه الفقه وفق ثلاث نظريات هي النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية والنظرية المختلطة ، فالنظرية الشخصية في الأصل تمثلها نظرية الارادة التي يتزعمها الفقيه الايطالي (سافيني) الذي يرى ان الحق من خلال شخصيته وهو

^{٢٦} - د.جاسم خريبط خلف ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، ط١ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٧ ، ص ٢٠٤ .

^{٢٧} - د.فخري عبد الرزاق الحديثي ، مرجع سابق ، ص ١٠٤ ، د. اكرم نشأت ابراهيم القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن ، الدار الجامعية ، دون سنة ، دون طبع ، ص ١٣٤ .

^{٢٨} - هذه الاسباب المشروعة للتبرير متفق عليه الفقه الجنائي ، اما عن حالة الضرورة ورضا المجنى عليه فهي محل خلاف وسوف نتطرق لها في الفصل الثاني من الباب الثاني من هذه الدراسة ، وان كان بعض الفقهاء يرون ان رضا المجنى عليه استعمالا للحق ، للمزيد ينظر : د. محمود محمود مصطفى ، مرجع سابق ، ص ١٥٩ .

^{٢٩} - د.محمد محمد مصباح القاضي ، مرجع سابق ، ص ١٧٥ ، وينظر المادة ١٨٣ والمادة ١٨٦ من قانون العقوبات اللبناني (ممارسة الحق وتطبيقاته) وكذلك المادة (١٤١) من قانون العقوبات العراقي المقررة لاستعمال الحق .

^{٣٠} - د. ثروت انيس الاسيوطي ، نشأت المذاهب الفلسفية وتطورها ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الثالث ، ١٩٦٣ ، ص ٣٦٤ .

قدرة إرادية يمنحها القانون لشخص معين في نطاق محدد ، فالقانون حينما ينظم العلاقات الفردية فهو يرسم لكل شخص مجالا تدور فيه إرادته مستقلا عن إرادات الآخرين وهو ما يترتب عليه وجود الحق ^{٣١}.
أما النظرية الموضوعية وزعيمها الألماني (أهرنج) فهي تنظر الى الحق وتعرفه بأنه مصلحة مشروعة يحميها القانون ، فالمصلحة هي العنصر الجوهرى للحق وغايته ، وقد أعدم هذا التعريف أي دور للإرادة ، والمصلحة فيها قد تكون مادية كما هو في حق الملكية حيث تكون للمصلحة قيمة مادية وكما يمكن ان تكون معنوية ، فالحق في الحرية او في الشرف حيث يتضمن قيمة معنوية لا تقل شأنًا عن المصالح المادية ان لم تكن أعلى قيمة منها ، وقد أضاف الفيلسوف (أهرنج) الى المصلحة عنصرا شكليا ثانيا وهو الحماية القانونية التي يضيفها القانون على المصلحة وهو الحق في التقاضي ^{٣٢}.

بينما أنصار النظرية المختلطة الذين يجمعون بين نظرية الإرادة ونظرية المصلحة ويعرفون الحق بأنه إرادة ومصلحة ، الا انهم اختلفوا فيمن يرجح عنصر الإرادة ومنهم يقدم عنصر المصلحة ويرجحها على الإرادة ، فالذي رجح الإرادة يعد الحق هو سلطة للإرادة يعترف بها القانون ويحميها سواء كانت ترد على مال او مصلحة ، وجوهر الحق هو تلك السلطة او الإرادة وليس المصلحة ، اما من رجح عنصر المصلحة فيعرف الحق بأنه مصلحة يحميها القانون بالاعتراف بقدرة الإرادة على تمثيلها والدفاع عنها ، فعنصر الحق الغالب هي المصلحة وقدرة الإرادة هي وسيلة لحماية المصلحة والدفاع عنها ^{٣٣}.
وهناك نظرية للفقهاء (دابان) يرى فيها ان الحق يجمع أساسا الاستثناء والتسلط ، وان الاستثناء هو من يحدد ويسبب التسلط ويميز الحق ، أي ان الحق ينشأ علاقة بين صاحب الحق ومحلّه ، فالحق ليس المصلحة وان وفر لها القانون الحماية وإنما الاستثناء لمصلحة أي هو الاستثناء بشيء يمس الشخص ويهمه بصفته ان الشيء يخصه وحده سواء كان مستفيدا او له ان يستفيد منه ^{٣٤}.

ثانياً أنكار فكرة الحق

تصدر نظرية (ديجي) هذا الاتجاه ، اذ يرى الفقيه الفرنسي (ليون ديجي) في تعريفه للحق بأنه سلطة تخول للفرد مكنة فرض إرادته على المجتمع وعلى بقية الافراد ، والحق اما ان يكون على هذا النحو او لا يكون شيئا على الإطلاق وأتباعا لهذا المفهوم لا يتصور الحق الا بإرادة أسمى من الإرادة الأولى تفرض ذاتها وت ، ولكي يعطي (ديجي) الدليل لنظريته ، فإنه يقدم فروض لا يتمتع الشخص فيها بحقوق ، وان

^{٣١} - عبد الحي حجازي ، نظرية العقد ، ط ٢ ، ١٩٥١ ، ص ١١ وما بعدها ، د. عبد المنعم البدر اوي ، مبادئ القانون ، ١٩٧٢ ، بند ٧٧ ، ص ٢١٦. منصور حجازي منصور ، المدخل للعلوم القانونية ، نظرية الحق ، ١٩٦١ ، ص ٩.

^{٣٢} - د. توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، النظرية العامة للحق ، دار الثقافة الجامعية ، القاهرة ، ١٩٧٥ ، ص ٣٢١.

^{٣٣} - د. حسين عامر ، التعسف في استعمال الحق ، ط ١ ، دون دار نشر ، بغداد ، ١٩٦٠ ، ص ١ ، و د. منصور مصطفى منصور ، مرجع سابق ، ص ١٥.

^{٣٤} - د. ثروت انيس الاسيوطي ، نشأت المذاهب الفلسفية وتطورها ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الثالث ، ١٩٦٣ ، ص ١٨.

النظام القانوني يضمن اللجوء للدعوة القضائية عندما تقع جريمة جنائية ، فإن أجهزة الدولة هي التي تقوم بدورها بالبحث عن الفاعل كي تثبت ارتكابه الفعل الجرمي وأدانته ثم تحكم عليه وأخيرا يطبق عليه العقاب، وبذلك لا مجال في تقدير (ديجي) للحديث عن حق في مثل هذا الفرض^{٣٥}.

اما السبب المشروع للتبرير الثاني وهو أداء الواجب او حالات تنفيذ القانون واوامر السلطة ، فإن المشرع يضيف صفة المشروعية على بعض الممارسات عندما يكون القصد منها لتحقيق مصلحة اجتماعية وان كانت هذه الممارسات ماسة ببعض المصالح المحمية قانونا ، والغاية من أضفاء صفة المشروعية على هذه الممارسات التي تتصدى لمصلحة محمية هو أنها أجدر بالحماية من المصالح المهذورة وبذلك اذا كانت هذه الممارسات قياما بواجب يفرضه القانون^{٣٦}.

فالتعدي على المصالح المعتبرة المحمية قانون تعد افعالا مجرمة توجب العقاب ، الا اذا كانت هذه الأفعال إنفاذا لنص القانون او اوامر السلطة او أداء الواجب ، فهذه الأفعال تستهدف حماية مصالح أولى بالحماية وتفوق المصالح المضحية بها أهمية مما يجعل هذه الأفعال غير المشروعة ان تكون مباحة او مبررة ؛ لانه لا يمكن ان يأمر القانون بتنفيذ أمر معين أو يطلب من الموظف اطاعة السلطة أو عمل واجب ثم يجعل من هذه الممارسات أو الأفعال غير مشروعة لأن ف هذه الحالة يجعل النظام القانوني مختلا وغير متناسقا ومتناقضا في أهدافه وغاياته.

اما ما يخص الدفاع المشروع او الشرعي فان الرأي الراجح أنه ذات صلة وثيقة بالحق او الحرية محل الحماية فاذا كان الدفاع المشروع دفاعا عن الحق في الحياة او في سلامة الجسم او الحرية الشخصية او الحق في الملكية كان وثيق الصلة بالحق او الحرية محل الحماية بالنظر الى جوهرها وفحواها بالفقدان ، على ان يكون الدفاع عن هذه الحقوق والحريات ضمن الشروط التي وضعها القانون وفيها حماية مصلحة المعتدى

^{٣٥} - د. حسن كيره ، أصول القانون ، دار المعرف ، ط٢ ، مصر ، ١٩٥٨ ، ص ٥٦.

^{٣٦} - ينظر المادة (١٨٥) من قانون العقوبات اللبناني الصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم ٣٤٠ تاريخ ١٩٤٣/٣/ التي نصت على ان (لا يعد جريمة الفعل المرتكب إنفاذا لنص قانوني او لأمر شرعي صادر عن السلطة ، وكذلك ينظر المادة (٣٩) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل التي نصت على ان (لا جريمة اذا وقع الفعل قياما بواجب يرفضه القانون)، وكذلك نص المادة (٤٠) منه على ان (لا جريمة اذا وقع الفعل من موظف او شخص مكلف بخدمة عامة في الحالات التالية : ١- اذا قام بسلامة نية بفعل تنفيذا لما امرت به القوانين او اعتقد ان اجراءه من اختصاصه ٢- اذا وقع الفعل منه تنفيذا لامر صادر اليه من رئيس تجب عليه طاعته او اعتقد ان طاعته واجبة عليه ويجب في الحالتين ان يثبت ان اعتقاد الفاعل بمشروعية الفعل كان مبني على اسباب معقولة وانه لم يرتكبه الا بعد اتخاذ الحيطة المناسبة ومع ذلك فلا عقاب في الحالة الثانية اذا كان القانون لا يسمح للموظف بمناقشة الامر الصادر اليه).

عليه أولى من حماية المعتدي^{٣٧}. وبالنسبة الى رضا المجنى عليه فقد يعده بعض الفقهاء بأنه يدخل ضمن أستعمال الحق وقد اختلف الفقه الجنائي حول أعتباره سببا للإباحة^{٣٨}. استخلاصا لما سلف من آراء الفقهاء فإننا نؤيد آراء فقهاء الاتجاه بان المصلحة المعتبرة أو الأجدر بالرعاية أو الحماية هي أساس أسباب التبرير كونها تتلائم مع ما تقوم به جميع أسباب الإباحة أو التبرير من مقومات وكونه أكثر دقة وانضباطا ويستوعب لكل أسباب الإباحة أو التبرير.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لأسباب التبرير

ان كل فعل مجرم يعاقب عليه القانون يعد فعلا مشروعاً وغير خاضع للتجريم ولا للعقاب الا اذا اقترن بسبب من الأسباب الموضوعية ، لان كل سبب من هذه الأسباب اذا توفر ، يؤدي الى انعدام الصفة غير المشروعة والى عدم ايقاع العقاب حيث تعد الجريمة عملاً مشروعاً وفعلاً مبرراً ، وعليه يعتبر سبب الاباحة او التبرير عقبة امام الجريمة من جهة وعائقاً أمام العقوبة من جهة اخرى^{٣٩} ، وأن أسباب التبرير هي محددات على نصوص التجريم ، أي أنها مرتبطة بالركن القانوني او الشرعي للجريمة إذ يترتب على وجود هذا السبب المشروع انعدام هذا الركن الشرعي وبهذا الوصف يجعل أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية لا يتطلب بحثاً في نفسية الجاني^{٤٠}.

ولكن هذا الوصف ليس مطلقاً فبعض أسباب الإباحة تعتمد على عناصر شخصية ولا يمكن الركون اليه بالمطلق لأنه يؤدي بذلك الى نتائج غير صحيحة ، وهذا ما يؤكد بعض الفقهاء في ايطاليا وألمانيا وسويسرا إذ يرون بأن تلك الأسباب تشتمل على عناصر شخصية تتعلق بالحق القانوني وحسن النية في استعماله وعدم تجاوز حدوده^{٤١}.

^{٣٧} - د. محمود محمود مصطفى ، مرجع سابق ، ص ٢١٧ ، وما بعدها ، د. علي جبار شلال ، مرجع سابق ، ص ١٤٦ ، و د. فخري صليبي الحديثي ، مرجع سابق ، ص ١١٤ وما بعدها ، ينظر نص المادة (١٨٤) من قانون العقوبات اللبناني والتي نصت على ان (يعد ممارسة حق كل فعل قضت به ضرورة حالية لدفع تعرض غير محق ولا مثار على النفس او الملك او نفس الغير او ملكه ، ويستوي في الحماية الشخص الطبيعي والشخص المعنوي . اذا وقع تجاوز في الدفاع امكن اعفاء فاعل الجريمة من العقوبة في الشروط المذكورة في المادة ٢٢٨) وتقابلها نص المادة (٤٢) من قانون العقوبات العراقي التي نصت على ان (لا جريمة اذا وقع الفعل استعمالاً لحق الدفاع الشرعي ويوجد هذا الحق اذا توافرت الشروط الآتية : ١- اذا واجه المدافع خطر حال من جريمة على النفس او على المال او اعتقد قيام هذا الخطر وكان اعتقاده مبني على اسباب معقولة . ٢- ان يتعذر عليه الالتجاء الى السلطات العامة لاتقاء هذا الخطر في الوقت المناسب ٣- ان لا يكون امامه وسيلة اخرى لدفع هذا الخطر . ويستوي في قيام هذا الحق ان يكون التهديد في الخطر موجهاً الى نفس المافع او ماله او موجهاً الى نفس الغير او ماله)

^{٣٨} - د. محمود محمود مصطفى ، مرجع سابق ، ص ١٥٩.

^{٣٩} - Stefani, Levasseur et Boulloc: Droit penal general. Editions Dalloz-Delta ١٩٩٧, No, ٣٧١, Pag ٢٩٣

^{٤٠} - د. مأمون محمد سلامة ، مرجع سابق ، ص ٨٩٧ ، د. محمد محي الدين عوض ، القانون الجنائي مبادئه الأساسية ونظرياته العامة في التشريعين المصري والسوداني ، الطبعة العالمية ، القاهرة ١٩٦٣ ، ص ٥٧٦ ، د. احمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات - القسم العام ، مرجع سابق ، ص ٣٩٦ ، د. محمد ابو حسان ، أحكام الجريمة والعقوبة في الشريعة الإسلامية ، مكتبة المنار ، الاردن ، ١٠٨٧ ، ص ١٩٨.

^{٤١} - هذا ما تضمنته بعض القوانين العربية منها نص المادة (١٨٣) من قانون العقوبات اللبناني والمادة (٤١) من قانون العقوبات العراقي والمادة (٦٠) من قانون العقوبات المصري والمادة (٢٩) من قانون العقوبات اليمني والمادة (٥٤) من قانون

فان هؤلاء الفقهاء يناصرون هذا الاتجاه المتزايد في الأوساط الفقهية نتيجة شيوع النظرية الشخصية في التجريم ، غير أنهم يميزون في نطاق هذا المذهب في اتجاهين الاول يرون بعض فقهاء هذا الاتجاه بأن العنصر الشخصي في الإباحة يذكر بنص صريح في القانون، وان عدم النص عليه لا مجال لأعماله، بحجة ان طبيعة أسباب الإباحة في الأصل هي الموضوعية وان العنصر الشخصي يورد استثناء حين يقرره الشارع بنص صريح وهذا هو رأي أغلب الفقهاء في مصر^{٤٢}.

اما الاتجاه الثاني يرى مؤيدوه بان العنصر الشخصي وما يعبر عنه (بحسن النية) هو عنصر مفترض وجوده في أسباب الإباحة سواء ان ذكر بنص صريح أم لم يذكر ، ولا يمكن تصور سبب الإباحة دون وجود العنصر الشخصي في جميع أسباب الإباحة دون استثناء ، ووجدنا بعض الفقهاء لهم رأي آخر بان أسباب التبرير توجب العنصر الشخصي وان لم ينص عليه القانون؛ لأنه امر تفرضه طبيعة أسباب التبرير القانونية كما يلزمه الأصل المنطقي الذي يبيح تواجد هذه الأسباب وإيرادها بنص القانون، فاذا كان الأصل في أسباب الإباحة هو رعاية مصلحة او حق وإهدار أخرى بحجة أحقية الرعاية للأولى دون الثانية، فانه ليس من السهولة ان توجد تلك المصالح الجديرة بالرعاية لشخص ما حاول استغلال النصوص القانونية للظفر بمكاسب خاصة بطرق غير مشروعة ، وان كان من العسير أثبات فكرة سوء النية أو حسناتها بحيث تجعل هذا الفكرة ضئيلة الأهمية عمليا ، الا انه من غير الممكن عدم تقدير القاعدة السليمة لأن قيمتها التي ظهرت في الحياة العملية ذات أهمية في مجال الإباحة^{٤٣} .

ومن الناحية الجنائية لا يمكن الإقرار بأن حسن النية يببرر الفعل لأنه لا يمثل عنصر الإباحة بمفرده دون الالتزام بحدودها ذات الطبيعة الموضوعية والتي لا تكفي لوحدها أيضا دون تواجد حسن النية ، وهذا الرأي لا يخالف جانب كبير من الفقه الجنائي من الناحية العملية لا أسباب التبرير في القانون واردة على سبيل الحصر ، وقد تضمنت غالبيتها اشتراط حسن النية وهو واضح الشأن في استعمال الحق وأداء الواجب^{٤٤} .

وبعض الفقهاء يرون بان أسباب التبرير ظروف شخصية ذات أثر موضوعي^{٤٥}، بينما يذهب غالبية الفقهاء ان ما دامت أسباب التبرير تنهض في دائرة عدم المشروعية وتنفي الصفة الجرمية على أفعالها المرتكبة وبما أن عدم المشروعية ذات طابع موضوعي لذلك فان أسباب التبرير ذات طبيعة موضوعية بحتة

العقوبات الأردني والمادة (٢٨) من قانون العقوبات الكويتي والمادة (١١) من قانون العقوبات البحريني، ينظر: محمد محمد مصباح القاضي، مرجع سابق، ص ١٥٤.

٤٢ - د. محمد محمد مصباح القاضي، مرجع سابق، ص ١٥٤.

٤٣ - د. محمد محمد مصباح القاضي، مرجع سابق، ص ١٥٥.

٤٤ - المرجع نفسه، ص ١٥٥.

٤٥ - د. علي راشد، مرجع سابق، ص ٤٩٩.

فلا مجال فيها لأي عنصر شخصي وان الفعل يكون مباحا او مبررا بتوافر الشروط الموضوعية للإباحة بصرف النظر أن كانت بسوء النية او بحسن النية^{٤٦}.

وبهذه الطبيعة الموضوعية لأسباب التبرير فان الفاعل الذي يرتكب الفعل ترفع عنه الصفة الجرمية ويستفيد منها كل مسهم بالجريمة شريكا كان أم محرضا أم مت دخلا ، فمن يدافع عن نفسه يستفيد من تبرير الفعل ، ومن يحرضه او يساعده على الدفاع المشروع يستفيد من ذلك أيضا وعليه فلا مجال للمساءلة الجنائية أو المدنية^{٤٧}.

وتأسيسا على ما تقدم ان الطبيعة الموضوعية او الشخصية لأسباب التبرير تعتمد وتحدد على طبيعة كل سبب مشروع من أسباب التبرير ، فإذا كانت الأسباب المشروعة أو المباحة ترجع الى استعمال الحق أو أداء الواجب فان الصفة الشخصية ملاصقة لكل منها ، وان توافر عنصر حسن النية يكون جوهريا في إطار استعمال الحق كي يصبغ على الفعل المشروعية، وان إباحة الأفعال والملائمة لذلك الاستعمال والتصرف المشروع شريطة مراعاة عنصر حسن النية حتى يؤدي الحق وظيفته الاجتماعية^{٤٨} ، وهذا العنصر يأخذ مكانة في استعمال السبب وليس في السبب نفسه فينقلب الفعل المجرم بنص القانون ليعد فعلا مشروعا مبررا لا يتصف بأنه فعلا مجرما ، وان المدافع دفاعا مشروعا ولو لم يكن في حالة دفاع مشروع يعد شخصا بريئا لا مجرما وكأنه لم يرتكب أي فعل غير مشروع^{٤٩}.

وبهذا الصدد فان عنصر حسن النية الذي يتطلبه القانون هو استهداف صاحب الحق بفعله نفس الغرض الذي من اجله تقرر الحق له حيث ان الحقوق المقررة قانونا لاستهداف إغراض معينة فلا يمكن للقانون ان يضع حقوقا مجردة عن الغاية فاذا كان صاحبه قاصدا غرضا اخر وثبت ذلك فانه يكون سيء النية ويجوز له التمسك والاحتجاز بتبرير فعله استعمالا للحق لأنه لم يكن لفعله ان يحقق الأهداف الاجتماعية لاستعماله للحقوق المقررة قانونا ، فالأب الذي يضرب ابنه إنما يريد بذلك تهذيب الصغار فان أنصرفت نيته الى شيء آخر كالانتقام أو الإيذاء فلا تتوافر فيه حسن النية فلا يعد عمله مشروعا وكذلك الطبيب الذي يجري عملية جراحية لغرض إجراء تجارب طبية وليس لشفاء المريض^{٥٠}.

ومن جدير بالذكر ان قانون العقوبات اللبناني والعراقي لم ينصا صراحة على شرط حسنة النية^{٥١}.

^{٤٦} - د. مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ص ١٧٠، د. رمسيس بهنام، الاتجاه الحديث في نظرية الفعل والفاعل والمسؤولية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، مطبعة جامعة الاسكندرية، العدد الثالث والرابع، سنة التاسعة، ١٩٦٠، ص ٢٢، د. يسر انور علي، مرجع سابق، ص ٥٢٧.

^{٤٧} - د. سمير عالية، د. ترتيل تركي، مرجع سابق، ص ٣٩٢ وما بعدها، د. سامي جميل الفياض الكبيسي، مرجع سابق، ص ٥٤.

^{٤٨} - محمد فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدول في تقيده، ط ٣، مؤسسة الرسالة، ١٩٨٤، ص ١٩٣ وما بعدها، القاضي عبد الستار البزركان، مرجع سابق، ص ١٧٠.

^{٤٩} - د. محمود نجيب حسني، الوسيط في قانون العقوبات - القسم العام - ، مرجع سابق، ص ١٧٥.

^{٥٠} - د. جاسم خريبط خلف، شرح قانون العقوبات القسم العام، منشورات زين الحقوقية، ط ١، بيروت، ٢٠١٧، ص ٢٠٥.

^{٥١} - ينظر نص المادة ١٨٦ من قانون العقوبات اللبناني، نص المادة ٤١ من قانون العقوبات العراقي حيث لم ينص المشرع فيهما على حسن النية صراحة وبالمقابل ينظر قانون العقوبات المصري في المادة (٦٠) منه .

أما من ناحية أداء الواجب فشرط حسن النية يتطلب توافره في الموظف أو المكلف بخدمة عامة حيث اعتقاده وهو بسلامة النية بفعل تنفيذا لنص القانون أو امرا مشروعا صادر عن سلطة باختصاص وهذا الاعتقاد بمشروعية الفعل هو حسن النية ^{٥٢} فقد أشتراط المشرع العراقي عنصر حسن النية في المادة (٤٠/أولا) من قانون العقوبات العراقي نصت على ان (لا جريمة اذا وقع الفعل من موظف أو شخص مكلف بخدمة عامة في الحالات التالية : ١- اذا قام بسلامة نية بفعل تنفيذا لما أمرت به القوانين أو اعتقد أن أجراه من اختصاصه) .

بينما المشرع اللبناني لم يشترط حسن النية بشكل صريح حيث جاءت نص المادة (١٨٥) من قانون العقوبات اللبناني (لا يعد جريمة الفعل المرتكب أنفاذ لنص قانوني أو لأمر شرعي صادر عن السلطة، وإذا كان الأمر غير شرعي برر الفاعل اذا لم يجر القانون له ان يتحقق من شرعيته) ، وان من يقوم بأداء الواجب بتنفيذ عملا قانونيا فهو قام بحسن نية ، وان قيامه بعمل غير قانوني فانه يكون مسؤولا عنه وعليه إثبات حسن النية عند قيامه بعمله ^{٥٣} .

اما حسن النية في الدفاع المشروع الذي يعد السبب الأكثر أهمية لأسباب التبرير ذات الطبيعة الموضوعية فان المدافع بنية سليمة من انه يواجه خطرا حالا من جريمة ومدركا جسامة هذا الخطر وبأستطاعته رده بوسيلة مناسبة دون أحداث ضررا أشد مما يستلزمه حق الدفاع المشروع ، أي ان يكون الجاني منصرفا الى الدفاع وان اعتقاده مبني على أسباب معقولة وهذا الاعتقاد هو حسن النية عندما يواجه الاعتداء ودفعه ، وبخلاف ذلك فإنه يكون مسؤولا عن الجريمة التي ارتكبها ^{٥٤} .

على هدى ما تقدم يمكننا القول ان أسباب الإباحة تمتاز بالطبيعة الموضوعية بالنسبة الى أصلها وأثرها وعناصرها ، ويرى بعض الفقهاء ان أسباب التبرير ذات طبيعة موضوعية للدلالة الواضحة عليها من خلال نص المادة (١٨٣) من قانون العقوبات اللبناني الذي جاء فيها (لا يعد جريمة الفعل المرتكب) مما يعني ان طابع هذه الأسباب اي أسباب التبرير ينصب على الفعل وليس على شخص الفاعل كون هذه الأسباب هي عنصر في الركن القانوني للجريمة ^{٥٥} .

ومن حيث الأصل او الأساس فإنها تستند على حماية المصلحة الأجر بالراعية والحماية من حق المعتدي لا بناء على بواعث شخصية ، ومن حيث أثرها فانه يتصف بالفعل الإجرامي فيرفع عنه صفته الإجرامية دون الفاعل ، أما من حيث عناصرها فإنها تستند الى عناصر موضوعية دون احتواء كيانها على عناصر شخصية أو ارتباط لها بنفسية الجاني أو المجني عليه ، واستثناء من ذلك قد يشترط القانون عنصرا شخصيا في بعض

^{٥٢} - د. فخري صليبي الحديثي، مرجع سابق ، ص ١٢٤ .

^{٥٣} - د. علي جبار شلال ، المبادئ العامة في قانون العقوبات ، مرجع سابق ، ص ١٥٢ .

^{٥٤} - د. فخري صليبي الحديثي، مرجع سابق، ١٢٣ وما بعدها، د. محمود محمود مصطفى، مرجع سابق، ص ٢٥٣ وما بعدها.

^{٥٥} - Rene Garraud: Traite theorique et pratique du droit penal. Tome II. No ٤٣٥. Page ٥ .

أسباب الإباحة أو التبرير كحسن النية في استعمال الحق ورضا المريض عند استعمال الطبيب للحق في العلاج وبذلك فإن العناصر لا تدخل في كيان أسباب الإباحة الا استثناء وان الأصل فيها أنها ذات طبيعة موضوعية .

المطلب الثالث

مصادر أسباب التبرير

وفقا لما يتطلبه مبدأ الشرعية الجزائية ينص المشرع على الأفعال غير المشروعة التي يعدها جرائم لكونها تشكل خروقات أو اعتداءات على المصالح الاجتماعية المعتبرة التي يراد بها المشرع توفير الحماية الجزائية لها ، ألا أن بحالات وبظروف معينة على المشرع أن يبيح للفرد المساس بتلك المصالح لتشريع أو بنص لبيانها بما يترتب حصر هذه الحالات أو الأسباب لذلك يرى جانب واسع من الفقهاء والقضاء على أن الشارع نص على أسباب التبرير على سبيل الحصر^{٥٦}.

وبذلك يطرح الباحث تساؤلاته هل يجوز للقاضي ان يتعدى النصوص التشريعية لأسباب التبرير او الإباحة ؟ وهل هي وحدها مصدر لأسباب التبرير ؟ وهل يجوز للقاضي إن يتوسع في تفسيره للنصوص التشريعية لأسباب التبرير ؟.

للإجابة ينطوي التشريع الجنائي الحديث مبدأ (شرعية الجرائم والعقوبات) ويقضي هذا المبدأ بحصر مصادر التجريم والعقاب بنصوص القانون ، بتحديد الأفعال المجرمة وبيان أركانها وبيان العقوبة المحددة لها ، وليس للقاضي سوى تطبيق ما قرره المشرع ، وان حصر مصادر التجريم والعقاب بنصوص القانون يستوجب استبعاد المصادر الأخرى كالعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية او مبادئ القانون الطبيعي او قواعد العدالة ، وأستنادا على هذا الحصر يكون القاضي ملزما بهذه الأسباب الواردة بنص القانون فلا يجوز له أن يقضي بإباحة الفعل بناء على سبب آخر^{٥٧} ، ولكن عليه أن يستظهر مدى السبب وله في هذا المسار أن

^{٥٦} - فخري عبد الرزاق الحديثي ، مرجع سابق، ص ١٠٥، د. علي حسين خلف ، د. سلطان الشاوي ، مرجع سابق ، ص ٢٤٤، د. سامي جميل الفياض الكبيسي ، مرجع سابق ، ص ٥٢، د. سمير عالية ود. ترتيل تركي الدرويش ، مصدر سابق ، ص ٣٩٩، د. مأمون سلامة ، قانون العقوبات - القسم العام - ط ٣ ، دار الفكر العربي ، ١٩٩٠، ص ١٨٤، د. السيد عتيق ، شرح قانون العقوبات - القسم العام ، ط ٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠ ، ص ٤٦٩ .

^{٥٧} - د. محمود نجيب حسني ، أسباب الإباحة في التشريعات العربية ، مرجع سابق ، ص ٢٢ وما بعدها .

يلجأ الى التفسير^{٥٨} الواسع والى القياس^{٥٩}، بل له أن يلجأ الى مصادر أخرى غير القانون المكتوب فإذا كان القانون المدون هو المصدر الوحيد بالنسبة الى قواعد التجريم والعقاب فإنه ليس كذلك بالنسبة لقواعد الإباحة.

بمعنى انه يجوز اللجوء الى تفسير النص الى مصادر أخرى حقيقية كالعرف الذي ينسجم مع أهداف القانون ، فأستعمال الحق كسبب عام للإباحة يدخل فيه أباحة النقد واستعمال العنف في الألعاب الرياضية وان لم ينص عليه القانون^{٦٠}.

والسؤال المطروح هل يجوز الاستعانة بالقياس في الإباحة والتجريم ؟ للإجابة على هذا التساؤل ،سنوضح بالتفصيل الآتي :

التجريم بالقياس يعرف بأنه تطبيق نص قانوني على واقعة لا يتضمنها النص، اي سد سلطان نص قانوني على واقعة خارجة عنه بالاستناد الى محاكمة عقلية تعتمد الروح الخفية لهذا القانون وتنطلق من مبدأ التماثل بين نص علة واقعة راهنة لا يطالها النص وإنما كان المشرع يود معاقبتها لو انه تذكرها حين وقع القانون ، فهو اذن محاكمة مستندة الى أسس النظام القانوني الجنائي منظورا اليه كوحدة متكاملة وليس طريقة من طرق تفسير النص ، لذلك وجب أخراجه من بين أنواع التفسير لأن التفسير يتضمن البحث في مدى نص القانون وفي مضمونه^{٦١}.

والتشريعات العقابية المعاصرة تأخذ أجمالا بقاعدة قانونية الجرائم والعقوبات لذلك فإنها تفرض القياس لتعارضه مع تلك القاعدة ، الا ان تشريعات محددة لدول ذات أنظمة دكتاتورية وأخرى ذات أنظمة ديمقراطية أقرت التجريم بالقياس ، كما ان العديد من المؤتمرات الدولية رفضت التجريم بالقياس ؛ لأنه

^{٥٨} - التفسير هو محاولة ملائمة النصوص الجزائية بطبيعتها العامة والمجردة على الوقائع التي تحدث بالنظر الى كل واقعة على حدة فإذا كان المشرع هو الذي يضع النصوص التشريعية الجزائية فان القاضي هو من يتولى تطبيقها والنظر فيما اذا كانت الوقائع تندرج ضمن النصوص الجزائية النافذة او لا تندرج فيها ، فالتفسير هو بيان المعنى الحقيقي الذي يقصده المشرع من ألفاظ وعبارات النص ليصبح منسجما ملائما للتطبيق العملي على الوقائع، فالتفسير ينصب على الألفاظ وعبارات النص القانوني والبحث عن إرادة المشرع واضع النص وتبرز أهمية تفسير النص في حالات غموضه وعدم وضوحه فلا اجتهد مع وضوح النص اذ يتعين تطبيق النص على الوقائع المعروضة أمام المحكمة ، والتفسير قد يكون تشريعي او رسمي ،وتفسير قضائي وفقهي ، للمزيد ينظر: د. جاسم خريبط خلف، مرجع سابق، ص ٣١ وص ٣٣.

^{٥٩} - القياس هو وسيلة عملية هدفها استكمال ما يعترض القانون من نقص وذلك عن طريق إيجاد الحل لمسألة لم ينظمها أي هو البحث عن حالة لم ينص عليها في القانون حكم حالة منصوص عليها فيه لاتحاد العلتين، للمزيد ينظر : د. ضاري خليل محمود، مرجع سابق، ص ٢٠. ولابد من الإشارة ان القياس اثار جدلا في الفقه لكون غالبية التشريعات الجنائية لم تنص صراحة على حضره او اباحته وهناك ثلاثة اتجاهات بشأن الاباحة الاول يرفض القياس مطلقا في حالة اذا كان لمصلحة المتهم او ضده ؛بكونه نتيجة منطقية لمبدأ الشرعية، ويرى اصحاب الاتجاه الثاني بجواز القياس مطلقا لمصلحة المتهم او ضده على السواء لكونه يرى ان القياس وسيلة من وسائل تفسير القاعدة الجنائية او بما يسمى التفسير بواسطة القياس اما الاتجاه الثالث فان يفرق عند الاخذ بالقياس اذا كان لمصلحة المتهم ومحظور اذا كان ضده اي ان القياس مجاله عند القاعدة الجنائية المباحة او المخففة اما القواعد الجنائية المجرمة فلا يمكن الاخذ بالقياس بشأنها . ينظر : د. فخري عبد الرزاق الحديثي ، مرجع سابق ، ص ٥٥.

^{٦٠} - د.محمود مصطفى، مرجع سابق، ص ١٥١.

^{٦١} - د. اكرم نشأت ابراهيم ، السياسية الجنائية - دراسة مقارنة - دار الفقه الفكر العربي ، ط ٢ ، بغداد ، ١٩٩٩ ، ص ٤٩ وما بعدها ، د. عبد الوهاب حومد ، دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن ، الكويت ، ١٩٨٣ ، ص ٤٦٥.

يخلق جرائم وعقوبات جديدة منها مؤتمر الجمعية الدولية بقانون العقوبات ، والمؤتمر الدولي الرابع للعلوم الجنائية المنعقد في باريس سنة ١٩٣٧ ، والمؤتمر الهولندي لقانون العقوبات المنعقد في ذات السنة ، ومؤتمر فقهاء امريكا الجنوبية المنعقد في بوينس ايرس في سنة ١٩٣٩ ، والمؤتمر الدولي الثالث المنعقد في لاهاي سنة ١٩٧٣^{٦٢}.

ولكن القياس يجوز في النصوص الجزائية غير التي تجرم سلوكا وتقرر عقابا لعدم خضوع تلك النصوص لمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة بغير نص) كالنصوص الخاصة بأسباب الاباحة او التبرير وموانع المسؤولية الجنائية وموانع العقاب اذ لا مساس في ذلك بحقوق المتهم ؛ لا ن القياس في هذه النصوص يخرج من دائرة العقاب وكذلك لا اضرار بالمجتمع ؛ لان المفسر لا يأخذ بالقياس الا بعد تأكده أن الأخذ بالقياس يطابق قصد المشرع^{٦٣}.

وللإحاطة بالتشريعات العقابية للأنظمة التي أقرت التجريم بالقياس سنكشف عنها في النقاط الآتية:

أولا : التجريم بالقياس في دول ذات أنظمة دكتاتورية

ان بعض الأنظمة الدكتاتورية خولت القضاة التجريم بالقياس لتحقيق المزيد من الحماية لنظامها السياسي والاجتماعي كما كان عليه الحال في اسبانيا خلال نظام (فرانكو) وفي الاتحاد السوفيتي طوال الفترة الممتدة منذ الثورة البلشفية حتى سنة ١٩٥٨ وفي المانيا أثناء الحكم النازي ، وفي اسبانيا اصدر الجنرال (فرانكو) قانونا يقر التجريم بالقياس لمعاقبة الجرائم المخلة بأمن الدولة الداخلي والخارجي^{٦٤} ، وفي الاتحاد السوفيتي كانت القواعد الأساسية للجمهورية الاتحادية لروسيا السوفيتية التي أصدرها قوميسار الشعب للعدل في ١٩١٩/٢/١٢ مصدرا لأول قانون عقوبات سوفيتي صدر في ١٩٢٢ / ٦ / ١ نصت المادة العاشرة منه على ان (اذا كان الفعل غير المنصوص عليه صراحة في هذا القانون مكونا خطر اجتماعي فأن أساس حدود مسؤولية فاعل هذا الفعل يجري تحديده وفقا لمواد هذا القانون التي تنص على الجرائم الأكثر شبها بالفعل المذكور) وبنفس هذه الصيغة جاءت المادة السادسة عشر من قانون العقوبات السوفيتي لسنة ١٩٢٦ الذي حل محل قانون ١٩٢٢^{٦٥} ، غير ان النص المذكور أصبح لاغيا بصدر قانون اصول التشريع الجنائي السوفيتي في ١٩٥٨ / ١١ / ٢٥ حيث قضت المادة الثالثة منه بأتباع قاعدة قانونية الجرائم والعقوبات اذ نصت على ان (لا يعتبر الشخص مرتكبا الجريمة الا اذا قام عمدا او اهمالا بارتكاب اي من الافعال الاجتماعية الخطرة التي تحددها القوانين الجنائية)^{٦٦}.

^{٦٢} - عبد الواحد حومد ، دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن، مرجع سابق ، ٤٧٤

^{٦٣} - د. علي راشد ، القانون الجنائي - اصول النظرية العامة ، القاهرة ، ١٩٦٨ ، ص ٤٧.

^{٦٤} - عبد الواحد حومد ، دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن، مرجع سابق، ٤٧٣.

^{٦٥} - د. صالح محسوب ، التفسير والقياس في التشريعات العقابية الحديثة ، بغداد ، ١٩٥٣ ، ص ١١٣.

^{٦٦} - قانون اصول التشريع الجنائي للاتحاد السوفيتي ، ترجمة هنري رياض وآخرون ، الخرطوم ، ١٩٦٨ ، ص ١٠ نقلا عن دكتور اكرم نشأت ابراهيم ، السياسة الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٥٢.

وفي المانيا كان قانون العقوبات الالمانى لسنة ١٨٧٠ يلتزم بمبدأ قانونية الجرائم والعقوبات فقد أصدر الحكم النازي في ٢٨ / ٦ / ١٩٣٥ قانون بتعديل المادة الثانية من قانون العقوبات المذكور على النحو التالي (يعاقب كل من ارتكب فعلا ينص القانون على عقابه ، وكذلك كل من استحق العقاب وفقا للفكرة الأساسية لنص عقابي ووفقا للشعور الشعبي السليم فاذا لم يطبق اي نص على هذا الفعل بصورة مباشرة فان عقاب هذا الفعل يكون وفقا للفكرة الأساسية للنص العقابي الذي يكون أكثر انطباقا عليه)^{٦٧}.

وان القياس قد يؤدي لخلق جرائم وعقوبات فلا يمكن الأخذ بها مع وجود هذا المبدأ حتى لا يصبح لصلاحيته من يطبقه ان يخلق جرائم وعقوبات وان هذا الحضر على القاضي الجنائي عند تفسيره لقانون العقوبات الذي ينحصر فقط بالنصوص الخاصة بخلق جرائم وعقوبات دون غيره^{٦٨} وهو نص يعطي القاضي سلطة واسعة تجيز له تجريم الافعال وتوقيع العقوبات عليها بالقياس ، الا ان المادة الثانية المذكورة اعلاه قد ألغيت بالقانون رقم ١١ في ٣٠ / ١ / ١٩٤٦ الصادر من (مجلس القيادة الحليف) بعد استسلام المانيا للحلفاء بلا قيد ولا شرط كذلك جاء في تصريح صادر من هذا المجلس بأنه (لا يجوز لأي محكمة ان تعتبر أي فعل معاقبا بالاستناد الى القياس او عاطفة الشعب المنورة المزعومة)^{٦٩}.

ثانيا : التجريم في القياس في دول ذات أنظمة ديمقراطية

تشريعات بعض الدول ذات الأنظمة الديمقراطية منحت القضاة سلطة التجريم لأعتقادها أن ذلك يحقق عدالة على نحو أفضل^{٧٠} ، كقانون العقوبات الدنماركي الصادر سنة ١٩٣٠ الذي تنص المادة الاولى منه على ان (لا يمكن فرض عقوبة على احد الا اذا كان القانون ينص على معاقبة الفعل الذي ارتكبه او الأفعال التي تماثل هذا الفعل تماثلا مطلقا)^{٧١}. ويدافع الفقهاء الدنماركيون عن الأخذ بمبدأ التجريم بالقياس على أساس ان هذا المبدأ قائم منذ قانون ١٨٦٦ دون الإساءة لأستعماله (وأنه لا خطورة في السماح بالقياس لمعالجة الحالات التي يكون المشرع قد غفل عنها فإنه أفضل من ان تكون نصوص القانون فضفاضة وهو أمر أدى الى حدوث اذا كان القياس ممنوعا) ، ومن الامثلة التي تذكر ان المحاكم التي أخذت فيها بالقياس في الدنمارك تطبيق المادة (٢٦٣ / ١) من قانون العقوبات الدنماركي التي تنص على جريمة انتهاك سرية المراسلات، على أستراق السمع تلفونيا)^{٧٢}.

^{٦٧} - د. صالح محسوب ، التفسير والقياس في التشريعات العقابية الحديثة ، بغداد ، ١٩٥٣ ، ص ١٢٣.

^{٦٨} - د. علي حسين خلف ، د.سلطان الشاوي ، مرجع سابق ، ص ٢٤٥.

^{٦٩} - د. عبد الوهاب حومد ، دراسات معمقة ، مرجع سابق ، ص ٤٠٧١.

^{٧٠} - د. أكرم نشأت إبراهيم ، السياسية الجنائية ، ص ٥٢.

^{٧١} - د. عبد الوهاب حومد ، دراسات معمقة ، مرجع سابق ، ص ٤٧٢.

^{٧٢} - د. صالح محسوب ، مرجع سابق ، ص ١٠٧ و ص ١٠٨.

وكذلك يرى شراح القانونين السويدي والنرويجي ان القضاء في السويد والنرويج يتولى التجريم بالقياس فعلا دون ان يكون في قانوني عقوبات السويد والنرويج نص يسمح بذلك^{٧٣}.

ولا بد من الإشارة أن الفقه الجنائي متفق بعدم الجواز الاستعانة بالقياس عند تفسير نصا جنائيا وذلك وفقا لمبدأ (قانونية الجرائم والعقوبات) يكون المشرع وحده الذي يشرع الجرائم والعقوبات دون غيره^{٧٤}، أي أن القياس جائز لتفسير النصوص الجزائية التي لا تجرم السلوك وتعاقبه لعدم خضوع تلك النصوص لمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص) ومنها النصوص الخاصة بأسباب الإباحة أو التبرير، وموانع المسؤولية الجنائية وموانع العقاب لأنها لا تمس بحقوق المتهم كون التفسير بالقياس لهذه النصوص يخرجها من دائرة العقاب دون الأضرار بالمجتمع وتتناسب مع إرادة المشرع^{٧٥}.

وفي نفس الصدد يرى بعض الفقهاء بان المشرع لم يحدد أسباب التبرير على سبيل الحصر وإنما أوردها على سبيل المثال وليس بشرط أن ينص على أسباب التبرير أو الإباحة بنصوص صريحة سواء في نصوص قانون العقوبات أو أي قانون آخر^{٧٦}، وذلك كون النظام القانوني فيه تناسق لقواعده ولا تناقض فيه فإذا نص المشرع على إلزام أو ترخيص فعل يعد مشروعاً وبذلك تكون نصوص الإلزام أو الترخيص قيد على نصوص التجريم^{٧٧}، وحيث ان نصوص الإلزام أو الترخيص مشتتة أو مبعثرة بين نصوص القوانين ولا يوجب على المشرع أن تكون النصوص صريحة فقد تستخلص بالقياس أو بالتفسير لضرورة منطقية وقد تطابقت رؤى المشرع الجنائي في قانون العقوبات بهذه الحقيقة حينما اعتبر استعمال الحق المقرر

^{٧٣} - د. أكرم نشأت إبراهيم، السياسية الجنائية، ص ٥٣.

^{٧٤} - بالرغم من أهمية مبدأ (قانونية الجرائم والعقوبات) وحرص التشريعات والقضاء والفقه الجنائي الغالب على الالتزام التام به فإن بعض قوانين الدول تخول القضاء سلطة التجريم بالقياس لسد النقص الذي يقع به المشرع أو يغفل عنه عند الضرورة ومثال على ذلك ما اخذ به القضاء الدنماركي بالقياس عند تطبيقه نص المادة (٢٦٣ / ١) من قانون العقوبات الدنماركي والتي نصت على ان (انتهاك سرية المراسلات، على استراق السمع تلفونيا) للمزيد ينظر: د. أكرم نشأت إبراهيم، مرجع سابق، ص ٨٤.

^{٧٦} - د. علي راشد، مرجع سابق، ص ٤٧.

^{٧٧} - د. محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص ٢٣، د. محمد محمد مصباح القاضي، مرجع سابق، ص ١٧٤. د. ضاري خليل محمود، مرجع سابق، ص ١٠٦، د. علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات - القسم العام - منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨، ص ٢٠٣، وقد تم تطبيق هذا المبدأ في محكمة استئناف الجناح في لبنان الجنوبي الذي جاء فيه (ان أسباب التبرير لم يحددها الشارع على سبيل الحصر بل يجوز التوسع في تفسيرها والقياس عليها، اذا ان ذلك لا يمس مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات حيث انه يجوز ان يقاس على فقدان الشيك حالة سرقة واغتصابه او الحصول عليه بالاحتيال او أساءة الائتمان بشانه، فاذا اصدر الساحب منعا بالدفع في احدى هذه الحالات فلا جريمة في فعله وكذلك اذا اعتقد بتوافر اخر هذه الحالات ولم تكن متوفرة في الواقع)، ينظر: قرار محكمة استئناف الجناح في لبنان الجنوبي، رقم القرار (٦٩) بتاريخ ١٢ / ٥ / ١٩٨٨، وبذات المعنى قرار محكمة جزاء بيروت بتاريخ ٧ / ٢ / ١٩٩٢، مجلة العدل ١٩٩٣، ص ٣١٦، نقلا عن د. سمير عالية، شرح قانون العقوبات - القسم العام - مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، لبنان، ٢٠٠٢، ص ٣٦٦. ولتطبيقات القضاء المصري قضي بأنه (من المقرر ان القياس في أسباب الإباحة أمر يقرره القانون بغير خلاف، ولذا يمكن ألحاق حالتي تبديد الشيك والحصول عليه بطريقة النصب من حيث إباحة حق المعارضة في الوفاء بقيمته بحالتي ضياع الشيك وسرقته لأنها جميعا من جرائم سلب المال وورقة الشيك فيها متحصلة من جريمة، ينظر قرار الهيئة العامة لمحكمة النقض المصرية بتاريخ ١ / ٢ / ١٩٦٣، مجموعة أحكام النقض (س ١٤ ص ١ رقم ١). نقلا عن د. عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات - القسم العام، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٨، ص ٢٠٣.

^{٧٧} - د. أكرم نشأت إبراهيم، مرجع سابق، ص ١٣٤.

بنصوص الشريعة الإسلامية سبب أباحة دون تحديد هذه الحقوق مكتفياً بإحالتها الى فروع أخرى من القانون بكل ما تحتويه من قواعد وما تقرره من مصادر أخرى كالعرف المتفق مع أهدافها أو اللجوء الى القياس وحقوق أخرى نتاج المبادئ العامة للقانون لن يتضمنها أي نص بل هو تلازم وتناسق فهو غير مقيد في مجال الإباحة بمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص)^{٧٨}.

أن أسباب التبرير تستخلص بمفهوم المخالفة من احد نصوص التجريم او مجموعها ، ففي الحالة الاولى يفترض تحديد معنى الحق المعتدى عليه وبيان عناصره ونطاقه ثم بعد ذلك القول بأن الفعل لا ينتهك الحق. اما في الحالة الثانية وهو بإجراء مقارنة النصوص المختلفة وترجيح البعض على البعض الآخر ومن ثم القول بان الفعل الذي يهدر حقاً هو صيانة لحق آخر وفي الحالتين لا يعتقد أن تضمهما نصوص صريحة تحدد كل ما تقدم ، وإذا كانت أسباب التبرير غير محددة بنصوص فهي من الضروري أن تكون غير محصورة فيها لذلك ان القانون لم ينص على أسباب التبرير على سبيل الحصر^{٧٩}.

ومن الجدير بالذكر ان اغلب التشريعات تنص على أسباب التبرير او الإباحة وتحدد شروطها ونطاقها كقانون العقوبات اللبناني والعراقي والمصري والقليل من التشريعات لا تنص على أسباب التبرير أو الإباحة وتترك للقاضي السلطة التقديرية في تطبيق نصوص التجريم أو إباحة الأفعال غير المشروعة كقانون العقوبات الروسي الصادر عام ١٩٦٠ حيث ينص في المادة (٢/٧) منه (مع وجود نص لتجريم فعل فان هذا الفعل لا يعد جريمة اذا تجرد من الخطر الاجتماعي بسبب قلة أهميته)^{٨٠}.

ونحن نرى أن مصادر الإباحة لا تنحصر في نصوص قانون العقوبات كما هو الحال في نصوص التجريم او تحديد العقوبات او بيان أنواع التدابير ففي الإباحة يجوز اللجوء الى القياس وليس في ذلك تعطيل لمبدأ الشرعية حيث نرى أن ذلك لا يجرم فعلاً مباحاً إضافة الى ذلك يجوز الاستناد الى قواعد العرف أو الشريعة الإسلامية او أي نصوص تشريعية أخرى لتقرير وجود سبب أباحة وهذا ما يؤيد رأينا بأن أسباب التبرير وردت في نصوص قانون العقوبات على سبيل المثال والحصر .

^{٧٨} - د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات ، مرجع سابق ، ص ١٥٤، د. جاسم خريبط خلف ، مرجع سابق ، ص ٢٠٤.

^{٧٩} - د. فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي ، ص ١٠٥ ، د. علي حسين خلف ود. سلطان الشاوي ، مرجع سابق ، ص ٢٤٤، د. سامي جميل الكبيسي ، مرجع سابق ، ص ٥٢، د. جاسم خريبط خلف ، مرجع سابق ، ص ٢٠٤ ، د. محمد مأمون سلامة ، قانون العقوبات - القسم العام - دار الفكر العربي، ط ٣ ، القاهرة ، ١٩٩٠، ص ١٨٤، د. السيد عتيق ، مرجع سابق ، ص ٤٦٩ ، د. سمير عالية ، ود. ترتيل تركي الدرويش ، مرجع سابق ، ٣٩٩.

^{٨٠} - د. اكرم نشأت ابراهيم ، مرجع سابق ، ص ١٣٤.

الخاتمة

بعد توصلنا في خاتمة بحثنا الموسوم (أساس وطبيعة أسباب التبرير ومصادرها) الى جملة من النتائج والمقترحات وهي على النحو الآتي :

أولاً : الاستنتاجات

- ١- تحيط بأسباب التبرير ظروف موضوعية لصيقة بماديات الجريمة ، تمثل قيوداً على نصوص التجريم ، ويترتب عليها انتفاء الركن الشرعي للجريمة اي أنها تدخل على الفعل المجرم فتزيل عنه الصفة المجرمة التي علقت به وتجعله فعلاً مشروعاً في الظروف التي ارتكب فيها .
- ٢- تعتبر أسباب التبرير من وسائل تحقيق العدالة وهي واردة في القانون العراقي واللبناني على سبيل الحصر ولا يجوز للقاضي بإباحة فعل استناداً على سبب آخر غيرها .
- ٣- ان الأصل في الافعال هو الإباحة والتجريم استثناء على هذا الأصل وتأتي أسباب الإباحة استثناء على هذا التجريم لترجع بالفعل الى أصله من المشروعية بعد ان كان مجرماً وترفع المسؤولية الجنائية والمدنية معا ، وبذلك فان أسباب الإباحة هي استثناء على الإباحة الأصلية .
- ٤- أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية تنتج أثرها بمجرد تواجدها بشروطها وقيودها .
- ٥- ان المشرع حدد لكل سبب من أسباب الإباحة شروط ومحددات معينة يجب توافرها وعدم التجاوز عليها لكي تنتج أثرها ، وان تجاوز حدود الإباحة يعني أن الجاني أصبح فعلاً غير مشروع ويخضع للعقاب.

المقترحات

- ١- ندعو المشرع الى وضع تعريف لأسباب الإباحة حتى تتضح ماهيته ولا يكون مثار للخلاف بين الفقهاء
- ٢- ندعو المشرع اللبناني لتغيير مصطلح الدفاع المشروع وجعله (الدفاع الشرعي) كسبب من اسباب التبرير لأنه الأكثر انسجاماً مع هذه الاسباب .

المصادر:

- ١- الياس ابو عيد، قانون العقوبات بين النص والاجتهاد والفقه، دراسة مقارنة، ج، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- ٢- د.السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار المعارف، ط٤، مصر، ١٩٦٢.
- ٣- د. أكرم نشأت ابراهيم القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، الدار الجامعية، دون سنة.
- ٤- د. اكرم نشأت ابراهيم، السياسية الجنائية- دراسة مقارنة- دار الفقه الفكر العربي، ط٢، بغداد، ١٩٩٩.
- ٥- د. السيد عتيق، شرح قانون العقوبات - القسم العام، دار النهضة العربية، ط٣، القاهرة، ١٩٩٠.
- ٦- د. احمد فتحي سرور، اصول السياسة الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢.
- ٧- د. احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط١، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٢.
- ٨- د. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات - القسم العام، دار النهضة العربية، ط٦، ١٩٩٦.
- ٩- القاضي عبد الستار البزركان، قانون العقوبات القسم العام بين التشريع والفقه والقضاء، ط١، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٢.
- ١٠- د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للحق، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٧٥.
- ١١- د. حسين عامر، التعسف في استعمال الحق، ط١، دون دار نشر، بغداد، ١٩٦٠.
- ١٢- د. حسن كيره، أصول القانون، دار المعارف، ط٢، مصر، ١٩٥٨.
- ١٣- د. جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠١٢.
- ١٤- د. جلال ثروت، قانون العقوبات القسم العام، طبعة المعارف، ط١، القاهرة، ١٩٨٩.
- ١٥- د. جاسم خريبط خلف، شرح قانون العقوبات القسم العام، منشورات زين الحقوقية، ط١، بيروت، ٢٠١٧.
- ١٦- د. جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ج٣، مطبعة الاعتماد، طبعة ٢، مصر، ١٩٤٨.
- ١٧- د. جاسم خريبط خلف، شرح قانون العقوبات القسم العام، منشورات زين الحقوقية، ط١، بيروت، ٢٠١٧.
- ١٨- د. رؤوف عبيد، القانون الجنائي القسم العام، ط٢، دار النهضة العربية، ١٩٨٥.
- ١٩- د. رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي المصري، دار الفكر العربي، ١٩٦٦.
- ٢٠- د. سمير عالية، د. ترتيل تركي الدرويش، شرح قواعد القسم العام في قانون العقوبات، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، بيروت، ٢٠٢٣.
- ٢١- د. سامي جميل الفياض الكبيسي، رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الإباحة، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٥.
- ٢٢- د. صالح محسوب، التفسير والقياس في التشريعات العقابية الحديثة، بغداد، ١٩٥٣.
- ٢٣- د. ضاري خليل محمود، البسيط في شرح قانون العقوبات - القسم العام، ط١، الناشر صباح، بغداد، ٢٠٠٢.
- ٢٤- د. علي حسين الخلف ود. سلطان الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، ط٢، العاتك للكتاب، بغداد، ٢٠١٠.
- ٢٥- د. عباس الحسني، شرح قانون العقوبات الجديد، مطبعة الرشاد، ط٢، بغداد، ١٩٧٢.
- ٢٦- د. عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات - القسم العام، منشورات الحلبي، بيروت ٢٠٠٨.
- ٢٧- د. علي راشد، مبادئ القانون الجنائي، المدخل وأصول النظرية العامة، دار النهضة القاهرة، ١٩٧٤.
- ٢٨- عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب من أسباب الإباحة، دون طبع، القاهرة، ١٩٦٨.
- ٢٩- د. عبد الحي حجازي، نظرية العقد، ط٢، ١٩٥١.

- ٣٠- د. عبد المنعم البدر اوي ، مبادئ القانون ، ١٩٧٢ ، بند ٧٧ .
- ٣١- د. عثمان سعيد عثمان ، استعمال الحق كسبب أباحة ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٦٩ .
- ٣٢- عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ، ج ١ ، دار الكتاب العرب .
- ٣٣- د. علي جبار شلال ، المبادئ العامة في قانون العقوبات ، ط ٢ ، مكتب زكي للطباعة ، بغداد ، ٢٠١٠ .
- ٣٤- د. علي حسين خلف ، د. سلطان الشاوي ، بيروت ، ١٩٧٧ .
- ٣٥- د. علي راشد ، القانون الجنائي - اصول النظرية العامة ، القاهرة ، ١٩٦٨ .
- ٣٦- د. عبد الوهاب حومد ، دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن ، الكويت ، ١٩٨٣ .
- ٣٧- د. فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي ، شرح قانون العقوبات - القسم العام ، ط ٢ ، العاتك للكتاب ، بغداد ، ٢٠١٠ .
- ٣٨- د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، دار النهضة العربية ، ط ٥ ، القاهرة ، ١٩٨٢ .
- ٣٩- د. مأمون محمد سلامة ، قانون العقوبات القسم العام ، ط ٢ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٦ .
- ٤٠- محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، ط ٩ ، مطبعة جامعة القاهرة ، القاهرة ، ١٩٧٤ .
- ٤١- د. محمد مأمون سلامة ، قانون العقوبات - القسم العام - دار الفكر العربي ، ط ٣ ، القاهرة ، ١٩٩٠ .
- ٤٢- د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، دار النهضة العربية ، ط ٥ ، القاهرة ، ١٩٨٢ .
- ٤٣- د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات اللبناني ، القسم العام ، ط ٢ ، بيروت ، ١٩٧٥ .
- ٤٤- د. محمود نجيب حسني ، اسباب الاباحة في التشريعات العربية ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٦٣ .
- ٤٥- منصور حجازي منصور ، المدخل للعلوم القانونية ، نظرية الحق ، ١٩٦١ .
- ٤٦- د. محمد محمد مصباح القاضي ، قانون العقوبات - القسم العام - ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٤ .
- ٤٧- د. محمد ابو حسان ، أحكام الجريمة والعقوبة في الشريعة الإسلامية ، مكتبة المنار ، الاردن ، ١٠٨٧ .
- ٤٨- د. محمد محي الدين عوض ، القانون الجنائي مبادئه الأساسية ونظرياته العامة في التشريعين المصري والسوداني ، الطبعة العالمية ، القاهرة ١٩٦٣ .

- ٤٩- د. محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات - القسم العام ، ط ٩ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٤ .
- ٥٠- محمد فتحي الدريني ، الحق ومدى سلطان الدول في تقيده ، ط ٣ ، مؤسسة الرسالة ، ١٩٨٤ .
- ٥١- د. مأمون سلامة ، قانون العقوبات - القسم العام - ط ٣ ، دار الفكر العربي ، ١٩٩٠ .
- ٥٢- د. يسر انور علي ، شرح قانون العقوبات ، النظريات العامة ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٧ .

المجلات والدوريات

- ١- د. رمسيس بهنام ، الاتجاه الحديث في نظرية الفعل والفاعل والمسؤولية ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، مطبعة جامعة الاسكندرية ، العدد الثالث والرابع ، سنة التاسعة ، ١٩٦٠ .
- ٢- د. ثروت انيس الاسيوطي ، نشأت المذاهب الفلسفية وتطورها ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الثالث ، ١٩٦٣ .

القوانين

١. قانون العقوبات اللبناني الصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم ٣٤٠ بتاريخ ١/٣/١٩٤٣
٢. قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل
٣. قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ المعدل بقانون رقم ١٤٧ لسنة ٢٠٠٦



٤. قانون العقوبات الأردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠

٥. قانون العقوبات البحريني رقم ١٥ لسنة ١٩٧٦

القوانين الاجنبية

^١ -Rene Garraud: Traite theorique et pratique du droit penal. Tome II. No ٤٣٥ .

^٢ -Stefani, Levasseur et Bouloc: Droit penal general. Editions Dalloz-Delta ١٩٩٧, No, ٣٧١.