Journal of Al-Farabi for Humanity Sciences Volume (9), Issue (1) January (2026)

ISSN: 2957-3874 (Print)
Journal of Al-Farabi for Humanity Sciences (JFHS)
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/95
مجلة الفارابي للعلوم الإنسانية تصدرها جامعة الفارابي

التجاوز في الإباحة والآثار التي تترتب عليه

م.د فواز جبير فتيخان
جامعة الفراهيدي/كلية القانون

altajawuz fi al'iibahat walathar alati tataratab ealayh

iraqanpar@gmail.com
Dr.Fawwaz Jubair ftaikhan

المستخلص

تم اختيار عنوان البحث (التجاوز في الإباحة والآثار التي تترتب عليه) وتم تقسيم البحث إلى ثلاث مطالب الاول منها, الجريمة التجاوزية ووصفها القانوني وقسم الى فرعين الأول موقف الفقه أما الفرع الثاني فقد كان موقف القوانين العقابية و المطلب الثاني المسؤولية الجزائية عن التجاوز وطبيعتها في الاباحة وقسم المطلب الى فرعين تناول في الفرع الأول المسؤولية الجزائية عن التجاوز العمدي ، أما الفرع الثاني المسؤولية الجزائية عن التجاوز غير العمدي والمطلب الثالث التجاوز في الاباحة والعقوبة المقررة له وقسم الى فرعين الفرع الأول حدود عقوبة التجاوز في الإباحة أما الفرع الثاني العلاقة بين العقوبة وانتفاء الخطورة الاجرامية . وأخيراً أنهى الباحث دراسته بخاتمة تضمنت أهم الاستنتاجات والتوصيات التي خرج فيها الباحث من هذه الدراسة. الكلمات المفتاحية:١-*التجاوز في الاباحة، ٢-*الاباحة واثارها، ٣-*التجاوز في الاباحة واثارها، ٤-*اثار التجاوز في الاباحة،٥-*الاباحة والتجاوز فيها.

Abstract

tama aikhtiar eunwan albahth (altajawuz fi al'iibahat waluathar alati tataratab ealayhi) watama taqsim albahth 'iilaa thalath matalib alawl minha, aljarymat altajawuziat wawasafaha alqanunyu waqism ala fareayn al'awal mawqif alfiqh 'amaa alfare althaani altajawuz fi alabahat waleuqubat almuqararat lah waqism ala fareayn alfare al'awal hudud euqubat altajawuz fi al'iibahat 'amaa alfare althaani alealaqat bayn aleuqubat waintifa' alkhuturat alajramia . wakhyraan 'anhaa albahith dirasatah bikhatimat tadamanat **keywords:**1-*Exceeding comfort, 2-*Permissibility and its effects, 3-*Exceeding permission and its effects, 4-*Effects of transgression in permission, 5-*Permissibility and transgression therein.

المقدمة

ان تقدير قيام سبب الاباحة او التجاوز فيه، هو مسالة موضوعية متروكة لسلطة محكمة الموضوع تفصل فيها حسب ما هو معروض امامها من وقائع، وعلى وفق مبدأ الاقتناع اليقيني للقاضي، فلها نفي سبب الاباحة اصلا"، او القول ببقاء صاحب الحق في حدود حقه، او بتعدي تلك الحدود، وهذه الحالة الاخيرة تستلزم الفصل فيما اذا كان التعدي بنية سليمة ام بسوء نيه. فاذا كان المتجاوز حسن النية، فعلى المحكمة ان تعده معذورا" على وفق (المادة ٤٥) من قانون العقوبات العراقي، او ان تحكم بالعقوبة المقررة اصلا" للجريمة اذا كان المتجاوز سئ النية، وذلك يقتضي من المحكمة، دقة النظر وسلامة التقدير، وبناء الحكم على الجزم واليقين لا مجرد الظن والتخمين.

اولاً : اهمية البحث

نظرا لأهمية هذا الموضوع، وجدنا من الضروري ان يتم بحثه بصورة معمقة، وذلك لان الدراسات السابقة كانت قد عالجت جانبا" واحدا" من اسباب الاباحة، الا وهو حالة الدفاع الشرعي فقط، اما التجاوز في مجال اداء الواجب واستعمال الحق، فلم نجد له حضورا، كما اعرضت عن النص عليه قوانين عديدة، تاركة حكمه للقواعد العامة واسباب الاباحة هو اخراج الفعل من نطاق نص التجريم، وخلع الصفة غير المشروعة عنه ورده إلى اصله من المشروعية.

ثانياً : مشكلة البحث

دقة التمييز بين وجود الاباحة ابتداء"، وحدوث التجاوز فيها، وصعوبة تحديد لحظة انتهاء الاباحة وبدء التجاوز فيها وتتمثل تلك المشكلة في شطرين الاول ان القانون نص على التجاوز في الدفاع الشرعي فقط، كأداء الواجب واستعمال الحق، اما الشطر الثاني، فهو ان حالة التجاوز تعد من اعقد و اخطر المشاكل الجنائية، من خلال صعوبة وضع معيار دقيق ومطلق يستهدي به القضاء للقول بوجود التجاوز من عدمه ، هذا من جهة، وتكييف الواقعة محل التجاوز، وتأثير ذلك في العقوبة.

ثالثاً: منهجية البحث

بالرغم من عدم الكتابات في هذا الموضوع، وقلة القرارات القضائية المتعلقة به، فقد بذلنا ما وفقنا الله تعالى إليه لجمع شتات ما عثرنا عليه، بالإضافة إلى بسط ما جاء في القانون والقضاء والفقه بطريقة منهجية مقارنة وقد التزمنا في هذا البحث سبيل التوفيق بين الاسلوبين الوصفي والتحليلي لما في الوصف من تمهيد لتحليل الاحكام والمسائل.

رابعاً: خطة البحث

اتبعنا في دراسة هذا البحث خطة تنبسط على ثلاثة مطالب ، خصصنا المطلب الاول منها الجريمة التجاوزية ووصفها القانوني ، وفي المطلب الثاني استعرضنا المسؤولية الجزائية عن التجاوز وطبيعتها في الاباحة اما المطلب الثالث والاخير ، فقد بينا فيه التجاوز في الاباحة والعقوبة المقررة له ، وقد انتهينا بخاتمة اوجزنا فيها اهم الاستنتاجات والتوصيات .وعلى هذا الاساس فان التجاوز في الإباحة والآثار التي تترتب عليه ، منها ما يتعلق بالوصف القانوني، ومنها ما يتعلق بالمسؤولية الجزائية ، وما يستحقه من عقاب ، وهذا ما سنفصله على ثلاثة مطالب ، هي المطلب الأول الجريمة التجاوزية ووصفها القانوني.المطلب الثاني : المسؤولية الجزائية عن التجاوز وطبيعتها في الاباحة.المطلب الثالث : التجاوز في الاباحة والعقوبة المقررة له.

المطلب الأول الجريمة التجاوزية ووصفها القانوني

الجريمة التجاوزية، وان المتجاوز يخلق بطبيعته جريمة جديدة، فيخرج صاحب الحق ابتداءاً من دائرة المشروعية إلى دائرة الفعل غير المشروع، فما هو الوصف القانوني لهذه الجريمة الجديدة؟ان الوصف القانوني بصورة عامة هو عملية قانونية يقوم بها القاضي بالبحث عن الوصف القانوني الذي يتعين لصقه على الفعل الذي دخل بحوزته، او هو استبدال اسم قانوني للفعل المنسوب إلى المتهم باسم واضح يتميز به عن غيره، وهذا معناه ان الوصف القانوني هو علاقة بين الافعال ونصوص القانون [١].وهنا يفترض المشرع لواقعة معينة عقوبة معينة، ثم يعود فيسمح للقاضي بسلطة تقديرية، متى توافرت للجريمة او الجاني اعتبارات معينة، كأن يسمح بتوقيع عقوبة الجنحة على واقعة كانت في الاصل جناية، او بتوقيع عقوبة المخالفة على فعل كان بحسب الاصل جنحة، وذلك حيث يتوافر ظرف قضائي مخفف، او عذر قانوني مخفف[٢] وعليه نقسم هذا المطلب الى فرعين ، هما : **الفرع الأول : موقف الفقه. الفرع الثاني : موقف القوانين العقابية.**

الفرع الأول موقـــف الفقـــه

اختلف الفقه في تحديد طبيعة مادة التجاوز، فيما اذا كانت تمثل عذراً قانونياً ام ظرفا" قضائياً، و اثر ذلك على نوع الواقعة فيما اذا كانت تبقي على اصلها ام تتغير.**الاتجاه الأول**[٣]: يرى اصحاب هذا الاتجاه ان التجاوز بنية سليمة، لايعدو كونه ظرفا قضائيا مخففا، وذلك بسبب ما يتمتع به القاضي من سلطة تقديرية واسعة في تخفيف العقاب، او عدم تخفيفه، كما هو الحال في جميع احوال التخفيف الجوازي، وعليه تبقي الجريمة التجاوزية على اصلها، ذلك ان التخفيف طبقا للظروف القضائية ليس وجوبياً، بل هو متروك لتقدير القاضي على حسب الأحوال[٤]**الاتجاه الثاني**[٥]: يذهب اصحاب هذا الاتجاه الى ان التجاوز هو عذر قانوني، من شأنه ان يؤثر في طبيعة الواقعة ونوع الجريمة ، ويعلل رأيه بالقول، انه اذا كان عذر التجاوز هو ظرف مخفف**الاتجاه الثالث**[٦]: يرى هذا الاتجاه ان التجاوز في الواقع هو عذر من نوع خاص جمع معاني كلاً من النوعين معاً، الظروف القضائية المخففة والاعذار القانونية المخففة، الا انه يختلف عنها كلها، فهو يتفق مع الاعذار القانونية في ان المشرع خصه بالنص وقصره على حالة معينة وهي تجاوز المدافع حدود حقه، ويختلف عنها في ان التقدير في اختياري مرجعه إلى القاضي وما يراه بحسب ظروف الواقعة. **الاتجاه الرابع**[٧] : يذهب إلى ان عذر التجاوز هو عذر اختيارى يمتاز بخصائص تميزه عن غيره، ومقتضى هذا الرأي ان التجاوز هو عذر غير ملزم للقاضى بل جوازي بغير اخلال بصفته عذرا" لا ظرفا" قضائيا" مخفف من نوع خاص، لذا فان الفعل يبقى على حاله ولا ينقلب.ومن جانبنا نعتقد وتأكيداً للصفة المختلطة لهذا العذر، ان السلطة الممنوحة للقاضي في (المواد ٤٥ عراقي و ٢٥١ مصري)، هي ليست في التخفيف او عدم التخفيف كما يذهب إلى ذلك اصحاب الاتجاه الاول ، ومن ثم اضفاء صفة الظرف القضائي المخفف فقط ، او القول بعدم إلزامه للقاضي

بشيء، حسب رأي اصحاب الاتجاه الرابع، وانما السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي ، تكمن في استظهار ذلك العذر، أي استجلاء التجاوز من خلال ما معروض امامه من وقائع وما يحيط بها من ظروف شخصية وموضوعية .

الفرع الثاني موقـف القوانيـن العقابيـة

الوصف القانوني للجريمة الاصلية ولا تأثير لتخفيض العقوبة عليها والتي حسمها المشرع في القانون العراقي لهذا الخلاف بنصه في (المادة ٢٤) منه على بقاء، سواء كان التخفيف راجعاً لعذر ام لظرف بقولها (لا يتغير نوع الجريمة اذا ما استبدلت المحكمة بالعقوبة المقررة لها عقوبة من نوع اخف سواء كان ذلك لعذر مخفف ام لظرف قضائي مخفف ما لم ينص القانون على غير ذلك)أما قانون العقوبات المصري، فقد خلا من نص مماثل لنص (المادة ٢٤) من قانون العقوبات العراقي، الا ان احكام محكمة النقض مستقرة، رغم تسليمها بصفة العذر القانوني لا الظرف القضائي المخفف لتخفيف العقوبة عند التجاوز ، الا انها لا تضفي على هذا التخفيف اية صفة ملزمة للقاضي وتعد ما ورد في (المادة٢٥١) هو عذر قانوني جوازي استنادا" إلى نص هذه المادة الذي يقول (لا يعفى من العقاب بالكلية من تعدى بنية سليمة حدود حق الدفاع الشرعي استعماله اثناء استعماله اياه دون ان يكون قاصداً احداث ضرر اشد مما مما يستلزمه هذا الدفاع ، ومع ذلك يجوز للقاضي اذا كان الفعل جناية ان يعده معذوراً اذا رأى لذلك محل وان يحكم عليه بالحبس بدلاً من العقوبة المقررة في القانون) ، وعليه فهي لا ترتب على هذه الصفة الجوازية اية اثر على طبيعة الجريمة بل تظل الواقعة جناية مادام القانون يقرر لها عقوبة الجناية[٨]وهذا ما نصت عليه (المادة ٢٢) من مشروع قانون العقوبات المصري لسنة ١٩٦٧ بقولها (يعد تجاوز حدود الاباحة بحسن نية عذراً مخففاً، ويجوز الحكم بالعفو اذا رأى القاضي محلاً لذلك)[٩]وبهذا الصدد ذهب جانب من الفقه المصري [١٠] (ان التخفيف وهو مقرر في مجال الدفاع الشرعي بنص المادة ٢٥١ من قانون العقوبات المصري يجوز ان يتقرر دون حاجة إلى نص حتى في حدود الظروف الاخرى الشبيهة بالدفاع الشرعي مبيحة كانت ام معفية، وذلك قياساً على المادة ٢٥١ عينها، وبذات الشروط المقررة فيها، ومع التزام نفس المدى الذي حددته للتخفيف).

المطلب الثاني المسؤولية الجزائية عن التجاوز وطبيعتها في الاباحة

وكما سبق بيانه ان تعمد الجاني تجاوز حدود الاباحة، أي ارادة احداث ضرر اشد مما يستلزمه القانون، مما يتوافر معه سوء نيته، لا يمكن عده متجاوزاً عمداً لحدود الاباحة، وانما يصح اعتباره متعسفا في استعمال حقه، مما يخرجه من نطاق الاباحة مطلقاً، ويسأل مسؤوليةً كاملةً عما سببه من اضرار ، فمن يقصد التجاوز لا يتساوى مع من لا يقصد التجاوز، ومما لا شك فيه ان السلوك التجاوزي يحقق بذاته اعتداءاً على حق يحميه القانون، وهذا الاعتداء أو السلوك التجاوزي، لا يكون بنسبة واحدة ، وانما يختلف قرباً او بعداً من حدود الاباحة، فقد يتعمد الجاني ذلك الاعتداء، بانصراف ارادته إلى احداث النتيجة المعاقب عليها قانوناً، فيكون التجاوز عمدياً، اما اذا لم يتعمد احداث النتيجة، وانما انصرفت ارادته إلى اتيان السلوك فقط، عندئذ يكون التجاوز غير عمدي. وعليه سنبين المسؤولية الجزائية عن صورتي الطبيعة والتجاوز في الاباحة، وذلك على فرعين، هي:**الفرع الأول : المسؤولية الجزائية عن التجاوز العمدي.الفرع الثاني : المسؤولية الجزائية عن التجاوز غير العمدي.**

الفرع الأول المسؤولية الجزائية عن التجاوز العمدي

المسؤولية الجزائية في الجريمة التجاوزية العمدية متى استوفت ركنيها المادي والمعنوي، حيث تنشأ حالة واقعية متمثلة في علم الجاني بحقيقة فعله، وثبوت ارادته احداث النتيجة[١١]، وذلك بانصراف ارادة المتجاوز حسن النية، إلى احداث السلوك التجاوزي ونتيجته، حيث يقدر ظروف الواقعة على نحو غير صحيح، معتقداً انه يمارس حقه، كأن يغلط في تقدير كمية القوة المستعملة، او في تقدير الوسيلة المناسبة، فهو لم يقصد التجاوز بدليل حسن النية لديه[١٢]ومما لا شك فيه ان قيام المسؤولية مرهون بتحقق ذلك السلوك التجاوزي المقترن بطبيعة الحال بالخطأ، والذي هو شرط لازم في التجاوز سواء كان عمديا" ام غير عمدياو كما لو تعمد الملاكم الخروج على حدود اللعب، فأصاب الخصم عمداً في مكان من جسمه لا يجوز اللكم فيه، او ان ينهال عضو الضبط القضائي ضرباً على المتهم المقبوض عليه بقصد الحصول على اعترافه، او ان يتجاوز الزوج حقه الشرعي في تأديب زوجته وضربها ضرباً احدث اثراً، فأنه يكون مسؤولاً مسؤولية جزائية ومدنية بحسب النتيجة، لكنه وان تعمد الاصابة الا انه لم يقصد التجاوز. كما يذهب جانب آخر من الشراح[١٣] الى ان كل قانون وضع لتحقيق هدف معين،واحترامه يكون في التقيد بذلك الهدف، فان كان الشخص قد اراد استغلال القانون في تحقيق غاية اخرى بعيدة عن مرامي المشرع فانه لا ينتفع باسباب الاباحة.وعلى العموم فان من يتجاوز حدود الاباحة ، لا تطبق عليه المسؤولية الجزائية العادية دائماً، وانما له حكم خاص يختلف بحسب اتجاه كل تشريع، ففي قانون العقوبات العراقي تخفف مسؤولية المتجاوز، سواء كان التجاوز عمدياً او غير عمدي، او اعتقد انه في حالة دفاع شرعي، وهذا ما نصت عليه (المادة ٤٥) بقولها (لا يبيح حق الدفاع الشرعي احداث ضرر اشد مما يستلزمه هذا الدفاع ، واذا تجاوز المدافع عمداً او اهمالاً حدود هذا الحق، او اعتقد خطأ انه في حالة دفاع

شرعي فأنه يكون مسؤولاً عن الجريمة التي ارتكبها، وإنما يجوز للمحكمة في هذه الحالة ان تحكم بعقوبة الجنحة بدلاً من عقوبة الجناية، وان تحكم بعقوبة المخالفة بدلاً من عقوبة الجنحة)وذلك ايضا" ما نصت عليه (المادة ١٣١ / ٢/ ب) من قانون العقوبات السوداني لسنة ١٩٩١ بقولها (يعد القتل قتلا" شبه عمد، اذا ارتكب الجاني القتل متجاوزاً بحسن نية الحدود المقررة قانونا" لممارسة حق الدفاع الشرعي)وهذا يعني وبمفهوم المخالفة للنصوص المتقدمة، ان من يتعدى حدود الدفاع الشرعي بسوء نية، أي يكون قاصدا" التجاوز، وقاصدا" مخالفة القانون، بأحداثه ضرر اشد مما ستلزمه الدفاع، فانه لا يستفيد من الاباحة ومن ثم من التخفيف ويخضع لحكم القواعد العامة.

الفرع الثاني المسؤولية الجزائية عن التجاوز غير العمدي

اذا كان التجاوز نتيجة اهمال وعدم احتياط المتجاوز الذي اراد نتيجة، غير النتيجة التي حصلت بسبب اهماله، تنشأ المسؤولية غير العمدية عن التجاوز، متى امكن نسبة الخطأ غير العمدي الى مرتكب الجريمة التجاوزية، ومن ثم حرمانه من تمتعه بسبب الاباحة، كالطبيب الذي يجري عملية جراحية لمريض، ونتيجة لاهماله يترك اداة من ادوات الجراحة في جسم المريض، فاذا مات هذا الاخير، سأل الطبيب عن قتل خطأ [١٤].او ان يترك صاحب المنزل الكلب الذي وضعه لحراسة منزله حراً، دون اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع خطره، فان ذلك يعد تجاوزاً لحدود الاباحة، مما يرتب مسؤولية غير عمدية، عما يسببه ذلك الكلب من اضراراً للاخرين، أو ان يخطئ الملاكم الهدف ويضرب زميله في موضع لا يجوز الضرب فيه، فانه يسأل عن اصابة خطأالفعل المتعمد[١٥] استناداً لقوله تعالى ﴿ ... **وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُم**﴾[١٦] . وهذا الاستثناء مرده إلى ان الشريعة الاسلامية اجازت العقوبة على الخطأ في جريمة القتل الخطأ فقط ، بالنص عليه صراحة في قوله تعالى ﴿**وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِناً إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ**﴾[١٧] ، وبهذا الصدد يذهب جانب من الفقه الاسلامي ، الى (ان هذا النوع من القتل لا ياثم اثم القتل وانما يأثم اثم ترك التحرز)، وهذا ما قال به ايضا" فقهاء القانون الوضعي من ان السلوك المقترن بهذه الصفة هو اقل خطورة ، وذلك لانعدام القصد في احداث النتيجة ، عنه في الجرائم العمدية وما دمنا بصدد البحث عن مسؤولية المتجاوز، فلا بد من الاشارة الى مسألة تعويض الضرر الناشئ عن الجريمة التجاوزية، ذلك ان الجريمة التجاوزية تنشئ المسؤوليتين الجزائية والمدنية. حيث يرى جانب من الشراح[١]، انه لابد من الحكم على المتجاوز بالتعويض اصلاحاً للضرر، ولكن بعد تخفيض هذا التعويض على وفق قواعد الخطأ المشترك، وذلك بسبب نشوء الضرر عن خطأين، فيتقاسم كل من المعتدي والمتجاوز تبعة هذا الخطأ، اما الحكم على المتجاوز بكامل التعويض دون انقاصه فهو امر مخالف للقانون.

المطلب الثالث التجاوز في الاباحة والعقوبة المقررة له

ان تجاوز الاباحة تترتب مسؤولية على فاعلها، سواء كانت عمدية ام غير عمدية، واساس العقاب هو حماية مصلحة قانونية مهددة بالخطر او الاعتداء، فالسلوك التجاوزي غير مشروع بطبيعته، ويمثل خروجا" صريحا" على قاعدة المشروعية، عليه فالعقوبة تخضع لنوع الخطأ المقترن بذلك السلوك. فاذا كان التجاوز بحسن نية فان من مقتضيات العدالة ان تخفف عقوبة المتجاوز، فلا يصح ان توقع العقوبة بحدها الاقصى، اما اذا كان التجاوز بسوء نية، فأن المتجاوز كان يقصد التجاوز ويقصد مخالفة القانون، فهو مسؤول مسؤولية عمدية كاملة دون تخفيف والعقوبة التي تفرض بحق المتجاوز، وذلك ما سنتطرق الي في فرعين متتابعة، هي:**الفرع الأول : حدود عقوبة التجاوز في الإباحة.الفرع الثاني : العلاقة بين العقوبة وانتفاء الخطورة الاجرامية.**

الفرع الأول حدود عقوبة التجاوز في الإباحة

فقد نصت كثير من القوانين على تخفيف عقوبة التجاوز في الاباحة، وان تباينت مواقفها من حيث النص عليها، سواء في مقدار العقوبة او في نوعها، فمنها ما رأت لزوم تخفيف العقوبة والنزول عن حدها الاقصى المقرر لها في حالتها الاعتيادية، وبدرجات متفاوتة ايضاً، كالقانون العراقي (المادة ٤٥) عقوبات والمصري (المادة ٢٥١) عقوبات، ان يعاقب الفاعل على تجاوزه بالعقوبة المقررة للجريمة المرتكبة، لكن العدالة تقضي ايضاً، ان تراعى ظروف التجاوز، بوصفها ظروف اباحة، ويتم تخفيف العقوبة على اساس تلك الظروف، في حالة وقوع تجاوز تعد الجريمة غير عمدية، اذا كان القانون يعاقب عليها بهذه الصفة.

اولاً: تخفيف عقوبة التجاوز العمدي سبق ان بينا ان التجاوز العمدي ، ينشئ جريمة تجاوزية عمدية، وذلك بانصراف ارادة المتجاوز حسن النية إلى احداث السلوك التجاوزي ونتيجته، ومتى استظهرت المحكمة ذلك فان عليها ان تعد المتهم معذوراً، على وفق نص (المادة٤٥) من قانون العقوبات العراقي ، كما يمكن ان يحكم بعقوبة المخالفة [١٨] بدلاً من عقوبة الجنحة، اذا كان التجاوز العمدي قد نتج عنه جريمة الجنحة ، متدرجاً بين حديها الاقصى والادني، طبقاً لقناعته ومن خلال ما عرض عليه من ادلة ووقائع، وهذا ما قضت به محكمة التمييز في العراق في قرار لها (

بادانة المتهم على وفق المادة (٤٠٥) من قانون العقوبات العراقي وبدلالة المادة (٤٥) منه لقتله المجنى عليه، وحكمت عليه بالحبس الشديد لمدة سنتين ، لتجاوزه حق الدفاع الشرعي)[١٩] .

ثانياً: تخفيف عقوبة التجاوز غير العمدي ان تحقق التجاوز في الاباحة بنشاط غير عمدي امر طبيعي، بأن يكون ذلك ناتجاً عن اهمال، فليس من المنطقي ان يطالب المتجاوز بالتمهل، ووزن افعاله بميزان دقيق عليه تتجه اغلب القوانين إلى تخفيف عقوبة المتجاوز بأهمال، بالنص على ذلك صراحة، كالقانون العراقي في (المادة ٤٥) منه بقولها (واذا تجاوز المدافع عمدا او اهمالاً...)، وسواءاً أكانت محصلة هذا الاهمال جناية ام جنحة، فان للقاضي النزول بالعقوبة المقررة للجريمة.

ثالثاً : تخفيف عقوبة التجاوز المبني على اعتقاد خاطئانفرد قانون العقوبات العراقي بالنص صراحة على اباحة الدفاع الشرعي المبني على اعتقاد خاطئ وبشرط توافر الأسباب المعقولة ، في (المادة١/٤٢) منه ، كما أنه تميز بالنص على حالات ثلاث للتجاوز في (المادة ٤٥) ، فضلاً عن نصه على حالة التجاوز العمدي وحالة التجاوز بأهمال، فانه لم يغفل ان يقع التجاوز من شخص اعتقد خطأ انه في حالة دفاع شرعي ، وما يدلل على ذلك ، انه سبق هذه الحالات بعبارة (واذا تجاوز) ثم اتبعها بعبارة (فانه يكون مسؤولاً) وهذا ان دل على شئ ، فإنما يدل على ان المشرع اراد بيان مسؤولية الشخص الذي يعتقد انه في حالة دفاع شرعي ، وبالطبع بعد ان يكون ذلك الأعتقاد قد بني على أسباب معقولة، وإلا فلا قيام لحالة الدفاع الشرعي أصلاً، ومن ثم فلا مجال للحديث عن التجاوز فيما بعد.

الفرع الثاني العلاقة بين العقوبة وانتفاء الخطورة الإجرامية اصبح اساس الدراسات الجنائية، هو الانسان المجرم فكرةً مجردة، لتحديد خطورته الاجرامية بناءاً على بواعث وشواهد اجرامية، كشخصية المجرم وسوابقه وسلوكه السابق واللاحق للجريمة، وظروفه الخاصة والعائلية، بالاضافة إلى الجريمة، ومن ثم تقدير وتحديد عقوبته الغرض من فرض العقوبة الجزائية، هو منع الجاني من ارتكاب جريمة اخرى، ذلك ان الجريمة تهدد حياة المجتمع وسلامته، طبقاً لما هو مستقر في السياسة الجنائية الحديثة، فان تلك العقوبة يجب ان يتوقف وجودها على قدر الخطورة الاجرامية للفاعل وجوداً وعدماًوبهذا الصدد يذهب جانب من الفقه[٢٠](ان الهدف الذي ترمي إليه العقوبة وتعمل على القضاء عليه هو الجرم نفسه، لذلك يجب ان تفصل عليه دائما وتقاس على قدره، كما يفصل الثوب على صاحبه)، ويذهب جانب آخر [٢١] (انه ينبغي ان نتخذ موقفاً وسطاً يحقق التوازن بين النظام الاجتماعي وسلطة الدولة في العقاب من ناحية والمحافظة على استقلال الفرد وكفالة حرياته الاساسية من ناحية اخرى، وذلك يقتضي ان لا تتعدى الدولة في التجريم والعقاب، حدود تغطية الخطر الحقيقي والحال لتهديد المصالح المشتركة)وكما بذلك يذهب جانب من الفقه (انه بدون التحليل الدقيق لشخصية المجرم، لن يكون ممكنا اجراء تحديد العقوبة وتقديرها، فالامران يستلزمان ان تأخذ المحكمة في اعتبارها فحص شخصية المحكوم عليه وسوابقه الجنائية، وظروف ارتكاب الجريمة). والخطورة الاجرامية هي حالة نفسية تتكون لدى الشخص، نتيجة عوامل داخلية وخارجية تجعله اكثر ميلاً لأرتكاب جريمة في المستقبل[٢٢]، او هي حالة شخصية تشير إلى المستقبل وليس إلى الماضي، فهي تتعلق بأحتمال تحقق جرائم جديدة في المستقبل[٢٣]، هذه الحالة الشخصية يترتب عليها آثار قانونية متمثلة في تطبيق التدابير التي تهدف اساسا" إلى الدفاع عن المجتمع ضد وقوع جرائم جديدة، من خلال تقويم المجرم او علاجه او تهذيبه وليس زجره او ردعه[٢٤].وبهذا الصدد يذهب جانب من الفقه، ان الهدف الذي يجب ان ترمي إليه العقوبة هو ليس المنع العام و الخاص، وليس هو توقيع جزاء عادل على المجرم مقابل اعتدائه على حق اجتماعي، وبهذا الصدد يذهب جانب من الفقه (ان التجاوز بحسن نية، يدخل في عداد الاجرام العرضي، الذي يتورط فيه بعض الناس بحكم ظروف قاسية، أو تحت ضغط عوامل وانفعالات نفسية فتغلبه على امره)، كما يذهب جانب آخر من الفقه (ان الخطورة على درجات ، فهناك خطورة اشد، وخطورة اخف، حسب اهمية الحق الذي يحتمل ان يكون محل الاعتداء من جانب الشخص الخطر ، وعما اذا كان دائماً ام عرضياً.

الخاتمة

في ختام هذا البحث وبعد عرض مواقف القوانين والآراء الفقهية والاحكام القضائية، يلزم بنا بيان النتائج التي اسفرعنها البحث، ذلك ان التجاوز في الاباحة رغم ما يمثله من اهمية قصوى في حياة الفرد والمجتمع، من الناحية العلمية والواقعية، فقد عزف عنه الباحثون، وتضاربت فيه مواقف التشريعات، وتعارضت فيه احكام القضاء.

اولاً: الاستنتاجات

١- توصلنا إلى ان الطبيعة الشخصية او الموضوعية تتوقف على طبيعة كل سبب من اسباب الاباحة.

٢- تعدي حدود الشيء او الخروج عليه، بينما جاء اجماع فقهاء القانون على ان التجاوز يعني الخروج على حدود الاباحة المرسومة قانوناً.

٣- سبب الاباحة ابتداءاً بكامل شروطه المنصوص عليها في القانون، أو كما عبرنا عنها بالشروط المنشئة لسبب الاباحة، ومن ثم حصول خروج على حدود ذلك السبب.

٤- الآراء الفقهية التي قيلت بذلك الشأن والمتباينة بين عده عذراً قانونياً وظرفاً قضائياً.

٥- التجاوز في الاباحة، اتضح انه يحدث بأحدى صورتين، صورة العمد، أو صورة الخطأ غير العمدي.

٦- بيان الوصف القانوني للجريمة التجاوزية، ومدى تأثير عذر التجاوز في نوع الواقعة التجاوزية.

ثانياً: التوصيات

١- نقترح ضرورة وضع نص شامل يعالج جميع حالات تجاوز الإباحة بدلاً من اقتصارها على حالة واحدة وهي تجاوز حدود حق الدفاع الشرعي.

٢- تعويض الضرر الناجم عن التجاوز، والمقترح لأعفاء المتجاوز من التعويض والأكتفاء بتحقق المسؤولية الجزائية.

٣- الأعتقاد الخاطئ بوجود الدفاع الشرعي، ذلك ان المشرع العراقي ساوى بين الخطر الحقيقي والخطر الوهمي فلابد من مساواة المسؤولية والعقوبة ايضاً.

٤- ان التجاوز بسوء نية او التعسف في استعمال الحق، يفضي الى خروج صاحبه عن غاية الحق، مما يصار الى جعل جريمته جريمة عادية غير مشمولة بالتخفيف.

٥- نقترح أنه يمكن للقاضي وبموجب سلطته التقديرية ان يطبق (المادة ١٣٠) من قانون العقوبات العراقي.

المصـــادر والمراجـــع

أولاً: القرآن الكريم

١-سورة الاحزاب/ اية (٥).

٢-سورة النساء/ اية (٩٢).

ثانياً :

١. الرازي، فخر الدين محمد بن عمر الشافعي – التفسير الكبير، ج ٦، بيروت، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٠.

٢. الزيلعي الحنفي، فخر الدين عثمان بن علي – تبيين الحقائق – شرح كنز الدقائق، بيروت، دار المعرفة، ١٣١٥ هـ.

٣. الكاشاني، ابو بكر مسعود – بدائع الصنائع، ط١، ج٢، باكستان، المكتبة الحبيبية، ١٩٨٨.

٤. بن قدامه، عبدالله بن احمد بن محمد – المغني، ج١٠، بيروت، دار الكتاب العربي، دون تاريخ.

٥. د. عبد الخالق النواوي – التشريع الجنائي في الشريعة الأسلامية والقانون الوضعي، بيروت، منشورات المكتبة العصرية، دون تاريخ.

ثالثاً :

أ : الكتب

١. احمد صفوت – شرح القانون الجنائي – القسم العام، مطبعة حجازي، دون تاريخ.

٢. جندي عبد الملك – الموسوعة الجنائية، ج ١، القاهرة، مطبعة دار الكتب المصرية، ١٩٣١.

٣. داوود سلمان العطار – تجاوز الدفاع الشرعي في القانون المقارن، القاهرة، جامعة القاهرة، ١٩٧٧.

٤. د. هشام فريد – الدعائم الفلسفية للمسؤولية الجنائية، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨٧.

٥. د. حسنين ابراهيم صالح عبيد – النظرية العامة للظروف المخففة، القاهرة دار النهضة العربية، ١٩٧٠.

٦. د. حسن صادق المرصفاوي – قواعد المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية، الاسكندرية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، ١٩٧٢.

٧. د. يسر أنور علي و د. علي راشد – شرح النظريات العامة للقانون الجنائي، القاهرة، مطبعة الاستقلال الكبرى، ١٩٧٣.

٨. د. محمد نعيم فرحات –النظرية العامة لعذر تجاوز حدود حق الدفاع الشرعي، القاهرة، ار النهضة العربية ،١٩٨١.

٩. د. محمود ابراهيم اسماعيل – شرح الاحكام العامة في قانون العقوبات، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٥٩.

١٠. محمد فرج بشير – الاسباب المسقطة للمسؤولية الجنائية في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، طرابلس، المنشأة العامة للنشر والتوزيع، ١٩٨٦.

١١. محمد شلال حبيب – الخطورة الاجرامية، بغداد، دار الرسالة للطباعة، ١٩٨٠.
١٢. مصطفى العوجي – القانون الجنائي العام – المسؤولية الجنائية، بيروت، مؤسسة نوفل، ١٩٨٥.
١٣. سيد حسن البغال – قواعد الضبط والتفتيش والتحقيق في التشريع الجنائي، القاهرة، دار الاتحاد العربي للطباعة، ١٩٦٦.
١٤. السعيد مصطفى السعيد – الاحكام العامة في قانون العقوبات، ط٤، القاهرة، دار المعارف، ١٩٦٢.
١٥. د. عبد الحميد الشواربي – اذن التفتيش في ضوء القضاء والفقه، الاسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٨٨.
١٦. أ. عبد الأمير العكيلي و د. سليم ابراهيم حربة – اصول المحاكمات الجزائية، ج١و٢، بغداد، جامعة بغداد، ١٩٨٨.
١٧. د. عبد العظيم مرسي وزير – دور القضاء في تنفيذ الجزاءات الجنائية، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧٨.
١٨. د. فخري الحديثي – شرح قانون العقوبات – القسم العام، بغداد، مطبعة الزمان، ١٩٩٢.
١٩. د. رمسيس بهنام – نظرية التجريم في القانون الجنائي، الاسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٧٧.

ب: الرسائل الجامعية

١. فخري الحديثي – الاعذار القانونية المخففة للعقوبة، رسالة دكتوراه، بغداد، جامعة بغداد، ١٩٧٩.

ج: البحوث

١. مدحت حافظ ابراهيم – حق الدفاع الشرعي في القانون المصري – مجلة ادارة قضايا الحكومة، ع٢، س٢٧، القاهرة، ادارة قضايا الحكومة، ١٩٨٣.
٢. د. عادل عازر – تكييف طبيعة اسباب العقاب – المجلة الجنائية القومية، ع١، مج١٥، مصر، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، ١٩٧٢.
٣. عبد الستار البزركان – العذر القانوني والظرف القضائي – مجلة القضاء، ع١، بغداد، نقابة المحامين، ١٩٩٠.

د: القوانين

١. قانون العقوبات البغدادي لسنة ١٩١٨ الملغي.
٢. قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.
٣. قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١.

هوامش البحث

(١) قرار رقم ٦٤/جنح/٢٠٠٤ في ٢٠٠٤/٨/٢١ (غير منشور).

(٢) د. عبد الحميد الشواربي/ سلطة المحكمة الجنائية في تكييف وتعديل وصف الاتهام، الاسكندريه، منشأة المعارف ،١٩٨٩، ص٢٠ وما بعدها، جواد الرهيمي/ التكييف القانوني للدعوى الجنائية، دون مكان، دون ناشر، ٢٠٠٤، ص ٤٨ وما بعدها، د. محمد محمود ابراهيم / النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، القاهرة، دار الفكر العربي ١٩٨٢، ص ٦٢ وما بعدها.

(٣) د. عادل عازر / تكييف طبيعة اسباب تخفيف العقاب – المجلة الجنائية القومية، ع١، مج١٥، مصر المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، ١٩٧٢، ص١٠٣، د. رؤوف عبيد / مبادئ القسم العام من التشريع العقابي المصري، ط٣، دون مكان، دار النهضة العربية، ١٩٦٥، مدحت حافظ ابراهيم / المرجع السابق، ص١٠٣، علي زكي العرابي / المرجع السابق، ص٨٤.

(٤) احمد صفوت / المرجع السابق، ص ٢٢٢.

(٥) د. السعيد مصطفى السعيد / الاحكام العامه فى قانون العقوبات، ص٥٠، مدحت حافظ ابراهيم / المرجع السابق ، ص١٠٤.

(٦) فقد فرق جانب من الشراح بين العذر القانوني والظرف القضائي، وتأثر العذر القانوني بنوع الجريمة دون الظرف القضائي، فاذا كان التخفيف راجعاً لوجود عذر قانوني مخفف فهو يغير من نوع الجريمة، اما اذا كان التخفيف راجعاً لوجود ظرف قضائي فتبقى الجريمة على اصلها، وسندهم في ذلك ان التخفيف لعذر وجوبي بنص القانون، اما التخفيف لظرف قضائي فليس وجوبياً عليه فتبقى الجريمة على اصلها، جندي عبد الملك / الموسوعة الجنائية، ج٣، القاهرة، مطبعة الاعتماد، ١٩٣٦، ص ٨٨.

(٧) سيد حسن البغال / الظروف المشددة والمخففة في قانون العقوبات فقهاً وقضاءاً، دون مكان، دار الفكر العربي، دون تاريخ، ص ٢١٨.

(٨) د. رؤوف عبيد / المشكلات العملية، ج١، ص ٤١.

(٩) د. رؤوف عبيد / المشكلات العملية الهامة، ج١، ص ٣٩، جندي عبد الملك / المرجع السابق، ص٢٠، د. محمد مصطفى القللي/ المرجع السابق، ص ٣٧٠.

(١٠) المادة /٥١ تتعلق بأستعمال الحق واداء الواجب، المادة /٥٢ تتعلق بالدفاع الشرعي، المادة /٥٣ تتعلق بالاستعمال الشرعي للسلاح، المادة /٥٤ تتعلق بحالة الضرورة.

(١١) د. رمسيس بهنام / النظرية العامة للقانون الجنائي، ص ٤٦٩.

(١٢) د. رمسيس بهنام / المرجع نفسه، ص٤٦٦.

(١٣) د. مصطفى العوجي / المرجع السابق، ص١٢، د. هشام محمد فريد / الدعائم الفلسفية للمسؤولية الجنائية، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨١، ص ٤٩٢ وما بعدها، د. مصطفى ابراهيم الزلمي / المسؤولية الجنائية في الشريعة الاسلامية، ج١، بغداد، مطبعة اسعد، ١٩٨٢، ص٩.

(١٤) د. حسن صادق المرصفاوي / قواعد المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية، الاسكندرية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، ١٩٧٢، ص ١٠٩

(١٥) الزيلعي / المصدر السابق، ج ٦ ، ص ١٠١، الكاشاني / المصدر السابق، ج ٧، ص٥٢، جمعة محمد فرج بشير / الاسباب المسقطة للمسؤولية الجنائية في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، طرابلس، المنشأة العامة للنشر والتوزيع، ١٩٨٦، ص ٩٢، د. عبد المجيد الذيباني / المسؤولية في الفقه الجنائي الاسلامي، بنغازي، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والاعلان ،١٩٩٣، ص١٩٤، عبد الخالق النواوي / التشريع الجنائي في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي ، بيروت، منشورات المكتبة العصرية، دون تاريخ، ص ٣٥٢ وما بعدها.

(١٦) سورة الاحزاب / اية " ٥ "

(١٧) سورة النساء / اية "٩٢".

(١٨) الحبس البسيط من اربع وعشرين ساعة إلى ثلاثة اشهر او الغرامة، المادة /٢٧) عقوبات عراقي.

(١٩) قرار رقم ١٣٩٠ / ١٣٩١ / الهيئة الجزائية الثانية / ٩٨ في ٢٥ /٥/ ٩٨ (غير منشور).

(٢٠) د. علي عبد الواحد وافي / المسؤولية والجزاء، مصر، دار احياء الكتب العربية، ١٩٤٥، ص١٣٣.

(٢١) د. عبد العظيم مرسي وزير / دور القضاء في تنفيذ الجزاءات الجنائية، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧٨، ص٤٩.

(٢٢) محمد شلال حبيب / الخطورة الاجرامية، بغداد، دار الرسالة للطباعة، ١٩٨٠، ص٣٢.

(٢٣) د. يسر انور علي وآمال عبد الرحيم عثمان / علم العقاب، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧٢، ص٩٠.

(٢٤) د. يسر انور علي / النظرية العامة للتدابير والخطورة الاجرامية . مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ع١، س١٣، القاهرة، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٧١، ص٢٠٠.