٥- ما الحكم لو تخلف أحد شروط الإباحة؟

يتوقف إنتاج أثر الإباحة على تتحقق جميع الشروط التي يحددها القانون له، ومن ثم فأن تخلف أحد تلك الشروط يؤدي الى انتفاء سبب الإباحة وبقاء الفعل خاضعا لنص التجريم.

فإن كان الجاني قد تعمد الخروج على الشروط التي يقررها القانون سئل عن فعله مسئولية عمديه، وأن كان خروجه نتيجة خطأ غير عمدي سئل عن فعله مسؤولية غير عمديه، فمن يضرب ابنه ضربا شديدا متجاوزا حدود حق التأديب فيؤدي ذلك إلى موته، يسأل عن ضرب مفضي إلى موت، ومن كان في حالة دفاع شرعي فصوب سلاحه ضد المعتدى عليه فقتل شخصا غيره تصادف مروره لعدم دقته في التصويب، سئل عن قتل خطأ.

ومع ذلك فقد ينص القانون صراحة على خلاف ذلك، وعندئذ لابد من إتباع ما نص عليه القانون، باعتباره استثناء من القواعد العامة أراده المشرع فنص عليه مما أوجب احترامه مثال ذلك ما جاءت به المادة (٤٥) من قانون العقوبات العراقي، حيث جعلت من تجاوز حدود حق الدفاع الشرعي قصدا أو خطأ سببا يجيز للمحكمة أن تخفف العقوبة حيث نصت بأنه ((لا يبيح حق الدفاع الشرعي إحداث ضرر اشد مما يستلزم هذا الدفاع، وإذا تجاوز المدافع عمدا أو إهمالا حدود هذا الحق أو أعتقد خطأ أنه في حالة دفاع شرعي، فأنه يكون مسئولا عن الجريمة التي ارتكبها ويجوز للمحكمة في هذه الحالة أن تحكم بعقوبة الجنحة بدلا من عقوبة الجناية وأن تحكم بعقوبة المخالفة بدلا من عقوبة الجنحة)).

٦- ما الفرق بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية الجنائية أو موانع العقاب؟

أسباب الإباحة هي أسباب ذات طبيعة موضوعية تعرض للفعل ذاته فتزيل عنه صفة عدم المشروعية، ينصرف تأثيرها إلى الركن الشرعي للجريمة فيهدمه، ويسري تأثيرها إلى جميع من ساهم في الفعل المحرم أصلا.

بينما موانع المسؤولية هي أسباب تعرض لمرتكب الفعل فتجعل إرادته غير معتبرة قانونا بأن تجردها من الإدراك أو الاختيار أو منهما معا، وهي لذلك ذات طبيعة شخصية ينصرف تأثيرها الى الركن المعنوي للجريمة فيهدمه وينحصر تأثيرها فيمن توافرت فيه ولا يمتد الى غيره ممن ساهم معه في الجريمة، ولا يوجد ما يمنع من اجتماع سبب الإباحة ومانع المسئولية، كما لو دافع مجنون عن نفسه أو غيره دفاعا شرعيا، وعندئذ لا يوقع العقاب استنادا الى السببين.

أما الفرق بين أسباب الإباحة وموانع العقاب فهو واضح على الرغم من أن العقاب لا يوقع في الحالتين، وهو أن أسباب الإباحة تنفي الركن الشرعي للجريمة ومن ثم تنفي الجريمة، أما موانع العقاب فلا تنفي الركن الشرعي للجريمة ولا تنفي الجريمة بل تبقي عليهما.

ومن حيث النطاق فأن أسباب الإباحة يمتد تأثيرها الى كل من ساهم في الجريمة، في حين أن موانع العقاب يقتصر تأثيرها على شخص من توافرت فيه، كما تفترض موانع العقاب توافر جميع أركان الجريمة.

التساؤل هنا ما هو السبب في أمتناع العقاب في موانع العقاب؟ أن السبب في أمتناع العقاب في موانع العقاب ليس هو انتفاء ركن من أركان الجريمة، وإنما اعتبارات المنفعة الاجتماعية التي تحدد سياسة العقاب، ومثال موانع العقاب الإعفاء الذي يقرره القانون للخاطف إذا تزوج بمن خطفها زواجا شرعيا، وللمشترك بالاتفاق الجنائي إذا بادر بأخبار السلطة بوجود هذا الاتفاق وبمن اشتركوا فيه قبل وقوع آية جريمة.

٧- ما هو الأساس الفلسفي لفكرة الإباحة؟

تجد فكرة الإباحة أساسها الفلسفي في فكرة انتفاء الحق أو المصلحة وفي فكرة رجحان الحق.

أ- ماذا نعني بمبدأ انتفاء الحق؟

يراد بذلك أن النشاط في الظروف التي ارتكب فيها لا يشكل اعتداء على حق أو مصلحة يحميها القانون، ومن هنا تنتفي علة التجريم طالما ثُبت أن هذا النشاط قد حافظ على الحق أو المصلحة ولم يهدده.

مثال ذلك المشرع يعاقب على أفعال الجرح وإعطاء المواد الضارة ولا شك أن الأعمال الطبية تتم بهذه الأفعال ومن ثم فهي تشكل جريمة في القانون، ولكن إذا توفرت شروط ممارستها، فإنها لا تؤدي الى إهدار للمصلحة المحمية وإنما تتجه الى حمايتها، ومن ثم لا يكون هناك مبرر لتجريمها.

ب- ماذا نعني بمبدأ رجحان الحق؟

يراد بها أن النشاط الجرمي يشكل اعتداء على مصلحة يحميها القانون ولكنه في الوقت ذاته يحمي مصلحة أرجح وأهم، ومن ثم لا بد من التضحية بالمصلحة المرجوحة في سبيل حماية المصلحة الراجحة.

وأوضح الأمثلة على ذلك في الدفاع الشرعي، حيث نجد أن نشاط المدافع ينتج اعتداء على المعتدي ولكنه في الوقت ذاته يحمي مصلحة المدافع في الحياة أو سلامة جسده أو ماله، ومن ثم فإن مصلحته راجحة ومصلحة المعتدي مرجوحة، ذلك لأن باعتداء المعتدي قد هبط بقيمة حقه أو مصلحته، ومن ثم وجب التضحية بحقه أو مصلحته في سبيل حماية مصلحة أو حق المدافع.

٨- ما هي مصادر الإباحة؟

أن قانون العقوبات العراقي ذكر أسباب الإباحة على سبيل الحصر في ثلاثة هي إداء الواجب واستعمال الحق والدفاع الشرعي، وهذا يعني التقيد بالأسباب الواردة في القانون ومن ثم ليس للقاضي أن يقضي بإباحة فعل بناء على سبب آخر.

ومع ذلك فأن على القاضي أن يستظهر **مدى** تطبيق السبب وله في هذا السبيل أن يلجأ الى التفسير الواسع والى القياس، بل والى مصادر أخرى كالعرف المتفق مع أهداف القانون، وعلة ذلك أننا في مجال الإباحة غير مقيدين بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، ذلك لأن هذا المبدأ خاص بخلق الجرائم والعقوبات ولا علاقة له بأسباب الإباحة، ومن ثم يجوز اللجوء الى غير التشريع من مصادر القانون الأخرى كالقياس أو العرف أو الشريعة الإسلامية أو المبادئ العامة للنظام القانوني وروحه، شرط ألا يوجد نص يقضي بخلاف ذلك.

فتأديب الأب لأبنه أو المعلم للتلميذ أو الظهور في المسابح بملابس الاستحمام أفعال أباحها العرف في نطاق استعمال الحق، غير أنه إذا نص القانون على منع هذا التأديب أو بعضه أو منع الظهور في المسابح بملابس الاستحمام بعد ساعة معينة من النهار مثلا، عندئذ يزول ويتلاشى هذا الحق الذي أباحه العرف، لأن القانون جاء مقيدا لهذا العرف أو لا غيا له.

٩- هل يجوز تفسير نصوص الإباحة؟

يراد **بالتفسير**، هو إعطاء النص الجنائي المعنى الذي قصده المشرع من ألفاظه لكي يصبح صالحا للتطبيق على وقائع الحياة، مثال ذلك تعبير البدء بالتنفيذ باعتباره أحد أركان الشروع في الجريمة أو النية الإجرامية أو القصد الجرمي أو ظرف الليل في جريمة السرقة، **والتساؤل الذي يطرح في هذا المقام ماهي الاسباب في اللجوء الى التفسير في القانون الجنائي؟** للإجابة على هذا التساؤل هناك سببين أساسيين وهما:

الأول- إن من سمات عالمنا المعاصر هي تعدد القوانين التي تنظم صور الحياة المختلفة، وهذه القوانين مع كثرتها لا تبدو واضحة ومحددة في الغالب، بسبب تعقد الموضوعات التي

تحكمها وحركيتها الدائمة، فهي كالرمال المتحركة يصعب ضبط إيقاعها ومعالم حركتها كقوانين حماية البيئة والجرائم المعلوماتية.

الثاني– إن المشرع في بعض الأحيان لا يلجأ عند وضع نص جديد الى الإلغاء الكلي للنصوص الجنائية السابقة التي تتعارض مع هذا القانون، بمعنى أدق أن المشرع يذكر عبارة " وتلغى كافة الأحكام التي تتعارض مع هذا القانون"، وهذه العبارة تفيد أن القانون السابق لم يلغى كاملا وإنما فقط نصوصه التي تتعارض مع القانون الجديد، وهنا تثار مشكلة تحديد النصوص التي قد تتعارض، ومن ثم ينبغي إلغاؤها وتلك التي لا تتعارض مع القانون الجديد، ومن ثم تظل على قيد الحياة وقابلة للتطبيق الى جانب القانون الجديد.

والتساؤل الأخر هنا هل يجوز للقاضي مع وجود مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات الاستعانة بالقياس عند تفسيره لنص جنائي؟

من المتفق عليه فقها أنه لا يجوز وعلة ذلك هو أن هذا المبدأ يعطي سلطة خلق الجرائم والعقوبات الى المشرع وحده دون القاضي، ولما كان القياس قد يؤدي الى خلق جرائم وعقوبات، إذن لا يمكن الأخذ به مع وجود مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات وإلا أصبح من صلاحية القاضي خلق جرائم وعقوبات.

غير أن حظر القياس على القاضي الجنائي عند تفسيره لقانون العقوبات لا يشمل النصوص الخاصة بأسباب الإباحة التي لا علاقة لها بخلق الجرائم والعقوبات، ومن ثم فأن للقاضي عند تفسيره لنصوص أسباب الإباحة له أن يلجأ الى جميع وسائل التفسير وطرقه بدون استثناء ومنها اللجوء الى القياس.