جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
معهد العلمين للدراسات العليا
قسم القانون / فرع القانون العام

الغلطُ في الإباحة وأثرهُ علَى السلطةِ التقديريةِ للقاضي في تقديرِ العقوبةِ

رسالةٌ تَقدَم بِها

ثائر رحيم حسين

إلى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون العام

بإشراف
الأُستاذ الدكتور

خالد خضير دحام

١٤٤٥ هـ

٢٠٢٣ م

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ
بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ
وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ ﴾

صدق الله العلي العظيم

سورة البقرة: الآية (١٩٤)

الإهداء

* إلى صاحب النعمة عليَّ ومعلمي الأول، وصاحب الفضل في تعليمي، والدي (رحمه الله).

* من أتبارك بدعائها ، والدتي أمد الله في عمرها .

*من كانوا ولا يزالوا سنَدي الذي استند إليه أخوتي و أخواتي.

*من تشاركني الحياة بالسراء و الضراء زوجتي .

* من أرى المستقبل في عيونهم أبنائي

* كل العاملين في مجال القانون .

أهدي إليهم هذا الجهد العلمي المتواضع .

الباحث

شكر وعرفان

الحمد لله ربّ العالمين ، والصلاة والسلام على المصطفى الأمجد النبي محمد(صلى الله عليه وآله وسلم)، ومن سار على منهجهم إلى يوم الدين ، ونشهد بأنه أدى الأمانة وبلغ الرسالة وأنار فكر البشرية بالحق المنير.

الشكر هو الظل الظليل والكلمة الطيبة التي يفئ إليها الإنسان حينما يثقل كاهله واجب المعروف وعظيم الإحسان . وإذا كان الاعتراف بالحق فضيلة فأنَّ إسداء الشكر لمستحقه فريضةٌ وواجبٌ، وذلك إنطلاقاً من قول الرسول الكريم(صلى الله عليه وآله وسلم) "من لا يشكر الناس لا يشكر الله".

من هنا فلا يسعني في هذا المقام إلا أن أتقدم بخالص آيات التقدير الجليل والشكر الوفير المقرونين بالاحترام والتقدير لأستاذي القدير ومشرفي الجليل الأستاذ الدكتور (خالد خضير دحام)؛ لتفضله بقبول الأشراف على هذه الرسالة على الرغم من كثرة مشاغله ، فشملني بعلمه الغزير وخلقه الرفيع وفضله الوفير وهمته العالية . فكان العقل المنير الذي عبر معي ظلام الحيرة فأضاء بحثي حتى وصلنا معاً إلى شاطئ النور . وأنَّ حصانة الباحث وإرادته تكمن في البداية في أنْ يجد لبحثه مشرفاً جيداً ، يقترح عليه أفكاراً جيدةً ويساعدهُ على التقدم دون أنْ يلقنه كل شيء؛ مما يمنحه تقدير الباحثين لجهوده، ويساعده فيما بعد على أنْ يقف على قدميه كباحثٍ له استقلاليته وشخصيته . وكل ذلك توافر لي في أستاذي الموقر. وأنَّها شهادة حق ومقولة صدق شفعت لها الأفعال بالأقوال؛ إذ كان لنصائحه وتوجيهاته السديدة الأثر البالغ في أثراء هذه الرسالة على النحو الذي نروم أنْ تكون عليها. وقد تعامل مع هذا البحث ومنذ البداية بكل صدق وجد ومنحه الكثير

من وقته وعطائه وعلمه وخبرته وقد وجدت فيه العالم المتواضع بعلمه، والباحث الجيد، والناقد الموضوعي والمرشد الناصح . فله مني الشكر الجزيل ووافر العرفان والتقدير والاحترام .

كما أتقدم بالشكر والتقدير إلى أساتذتي في معهد العلمين للدراسات العليا ، كما لا يمكنني أن أنسى كل من مدّ لي يد العون لاسيما من الذين قابلتهم في سبيل إنجاز هذه الرسالة، مما سهلَّ عليّ إتمامها ، وكما أتقدم بالشكر إلى موظفي مكتبة كلية القانون، جامعة كربلاء، ومكتبة كلية القانون، جامعة بابل، ومكتبة معهد العلمين.

ولا يسعني في الختام إلا أنَّ الهج بالثناء والحمد لله سبحانه وتعالى على فيض فضله ووافر نعمته والشكر كل الشكر لكل فكر أسهم في إظهار هذه الرسالة إلى حيز الوجود .

الباحث

المستخلص

تتعلق هذه الدراسة بتسليط الضوء على الغلط في اسباب الإباحة وعلى سلطة القاضي الجنائي في الكشف عن الغلط في أسباب الإباحة، فالغلط بصورة عامة تصّورٌ غير الواقِع، وفي أسباب الإباحة يكون في أنه قد يرتكب الجاني جريمته وقد توافر لها واقترن بها سبب من أسباب الإباحة بكامل شروطه وعناصره، ولكن الجاني يعتقد على سبيل الغلط أنّ سبب الإباحة (غير متوافر) أو (غير مستكمل لعناصره)، فيعتقد أنَّه يحقُق بموجب فعله (جريمة) تقوم بها مسؤوليته الجنائية ويتحقق بها عقابه، وتسمى هذه الحالة (الجريمة الظنية أو الوهمية) أو(الغلط في عدم الإباحة). فمتى يصير الفعل مشروعاً بسبب وجود أحد أسباب الإباحة، فإن الفاعل لا تلحق به اية مسؤولية جنائية سواء علم بسبب الإباحة هذا ام غلط فيه؛ لأنَّ الفعل كان مباحاً وسقطت عنه الصفة الجرمية، فلا ينظر إلى علم الفاعل بتوافر الإباحة أو إلى غلطه فيها مادام العلم بها غير لازم قانوناً. أو يعتقد الفاعل بوجود سبب الإباحة لكنه غير موجود بالواقع، إذ إنَّ الجاني يرتكب جريمته ولا يتوافر لها، ويقترن بها سبب من أسباب الإباحة، أو إنه لم يستكملْ شروطه وعناصره، إلاَ أنَّ الجاني يعتقد على سبيل الغلط وجود سبب الإباحة واستكماله لشروطه وعناصره واقترانه بجريمته، على حين لا يكون هذا السبب متوافراً الا في ذهنه وخياله دون الواقع، فلا يكون الفاعل مسؤولاً مسؤولية جنائية أو مدنية في حال ثبوت أنهُ لم يرتكب الفعل إلاّ بعد اتخاذه الحيطه قبل ذلك، وكان أعتقادهُ مبنياً على مشروعية فعله، مؤسساً ذلك على أسبابٍ معقولةٍ تجعل من الشخص الاعتيادي يقع في الغلط نفسه الا من كان يسمو بذكائه وفطنته على المستوى الاعتيادي.

ونتيجة هذه الدراسة تبَّيَن أنَّ التشريع العراقي يعاني من قصور تشريعي في معالجة موضوع البحث، إذ خلا قانون العقوبات العراقي من نصّ عامٍ يبَّينَ حكمَ الغلطِ في الإباحة، ولكنَّه أورد بعض التطبيقات التي يمكن الركون اليها في كشف مناهجه، إذ أقرّ المساواة في الحكم بين الغلط

في الإباحة وبين الإباحة نفسها في حالتي اداء الواجب الواردة في المادة (٤٠) من قانون العقوبات، والدفاع الشرعي الواردة في المادة (١/٤٢) منه. واشترط المشرّع لقيام هذه المساواة في حالة اداء الواجب أنْ يكون الاعتقاد المشوب بالغلط قد صدر بسلامة نيّة، وبناءً على أسباب معقولة، وبعد اتخاذ الحيطة اللازمة. أما بالنسبة للدفاع الشرعي فلم يشترط أكثر من أنْ يكون الاعتقادُ مبنياً على أسبابٍ معقولةٍ.

فهرس المحتويات

الموضوع	المقدمة
المقدمـــــــة	١ – ٥
الفصل الاول: مفهوم الغلط في الإباحة	٦ – ٦٠
المبحث الاول :تعريف الغلط في الإباحة واساسه	٩ – ٣٦
المطلب الاول : مدلول الغلط في الإباحة	١٠ – ١٧
الفرع الاول : المدلول اللغوي للغلط في الإباحة	١١– ١٢
الفرع الثاني : المدلول الاصطلاحي للغلط في الإباحة	١٢ – ١٧
المطلب الثاني : اساس الغلط في الإباحة	١٧ – ٣٦
الفرع الأول : الاساس القانوني للغلط في الإباحة	١٩ – ٢٧
الفرع الثاني : الاساس الفلسفي للغلط في الإباحة	٢٧ – ٣٦
المبحث الثاني : ذاتية الغلط في الإباحة	٣٦ – ٦٠
المطلب الاول: نطاق وصور الغلط في الإباحة	٣٧ – ٤٧
الفرع الأول : الغلط في نطاق القانون الجنائي	٣٩ – ٤٢
الفرع الثاني: صور الغلط في الإباحة	٤٣ – ٤٧
المطلب الثاني : الغلط وتمايزه عما يشتبه معه	٤٧ – ٦٠
الفرع الأول: تمايزه عن الجهل في الإباحة	٤٩ – ٥٤
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للغلط في الإباحة	٥٤ – ٦٠

الفصل الثاني : حدود واثر الغلط على سلطة القاضي التقديرية	٦١ – ١١٣
المبحث الاول: حدود السلطة التقديرية للقاضي	٦٤ – ٨٦
المطلب الاول: مدلول السلطة التقديرية للقاضي	٦٥ – ٧٨
الفرع الأول : المدلول الاصطلاحي لسلطة القاضي التقديرية	٦٦ – ٦٨
الفرع الثاني: حدود السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الأدلة والعقوبة	٦٩ – ٧٨
المطلب الثاني : العوامل المؤثرة على سلطة القاضي في تقدير الغلط	٧٨ – ٨٦
الفرع الأول: العوامل الموضوعية في تقدير الغلط في الإباحة	٧٩ – ٨٤
الفرع الثاني : العوامل الشخصية في تقدير الغلط في الإباحة	٨٤ – ٨٦
المبحث الثاني : اثر الغلط بالإباحة على سلطة القاضي	٨٧ – ١١٣
المطلب الأول: الغلط واثره في أسباب الإباحة	٨٨ – ١٠٢
الفرع الأول: اثر الغلط في السلطة التقديرية للقاضي في حق الدفاع الشرعي	٨٩ – ٩٥
الفرع الثاني : اثر الغلط في السلطة التقديرية للقاضي في استعمال الحق وأداء الواجب	٩٥ – ١٠٢
المطلب الثاني : أثر الغلط في تقدير العقوبة	١٠٢ – ١١٣
الفرع الأول: أثر الغلط في تقدير عقوبة تجاوز الدفاع الشرعي	١٠٤ – ١١٠
الفرع الثاني: أثر الغلط في تقدير عقوبة تجاوز استعمال الحق وأداء الواجب	١١٠ – ١١٣
الخاتمة	١١٤ – ١١٦
قائمة المصادر	١١٧ – ١٢٧
Abstract	A – B