**محاضرة الدفاع الشرعي**

**}}الدفاع الشرعي كسبب من أسباب الإباحة{{**

**مفردات المحاضرة**

**أولاً:- المقصود بالدفاع الشرعي**

**ثانياً:- طبيعة الدفاع الشرعي والإتجاهات الفقهية**

**ثالثاً:المصلحة المعتبرة من الدفاع الشرعي**

**رابعاً:- أساس الدفاع الشرعي**

**خامساً:- عناصر الإعتداء**

* العنصر المادي
* العنصر المعنوي

**سادساً:- صور الإعتداء والإتجاهات الفقهية**

* الإعتداء الإيجابي والإعتداء السلبي
* الإعتداء الحقيقي والإعتداء الوهمي
* الإعتداء العمدي والإعتداء غير العمدي

**سابعاً:- شروط الإعتداء**

* وجود الإعتداء أو الخطر وأن يكون حالاً
* خطر الإعتداء غير مشروع
* خطر الإعتداء على النفس أو المال

**ثامناً:- أسئلة متفرقة**

**المقصود بالدفاع الشرعي:-**

هو عبارة عن حالة يرفع فيها المشرع يده من تجريم تلك الأفعال التي تدخل في صميم ردة الفعل الإنسانية في الدفاع عن النفس وإن ردة الفعل هذه ليس فقط إنسانية وإنما هي كونية ممن أن توجه حتى للحجر أو الحيوان فتكون لهما ردة فعل، وهذه ردة الفعل حاول المشرع أن يقننها حتى لا تخرج عن إطارها الفطري ولا تحسب إنتقاماً.

**طبيعة الدفاع الشرعي:-**

هناك إختلافات فقهية بصدد طبيعة الدفاع الشرعي وهي:-

**الإتجاه الأول:-**

يعتبر الدفاع الشرعي من موانع المسؤولية حيث يستندون في رأيهم إلى فكرة الإكراه المعنوي على إن الإعتداء الواقع على شخص يسبب له حالة من الإضطراب والإنفعال وإذا دافع فإنما يكون عاملاً بالميل الغريزي الذي يدفعه إلى المحافظة على نفسه.

**الرد على هذا الإتجاه:-**

لقد وجه النقد لهذا الرأي الفقهي بالقول إن المشرع قد أخذ بالدفاع الشرعي كسبب من أسباب الإباحة وليس كمانع من موانع المسؤولية كالإكراه المعنوي كون إن الفاصل فيما بين الإثنين (الدفاع الشرعي والإكراه المعنوي) هو (فاصل أو عنصر زمني) أي بمعنى إن مقدار الضعف في حرية الإختيار بين الإثنين كبير جداً حيث إن الإكراه المعنوي توجد مسافة أو مساحة للتفكير للشخص المكره أما في حالة الدفاع الشرعي تكون هذه المسافة أضيق حيث إن حالة الإرتباك تكون أكبر من الإكراه المعنوي لأن الخطر يدعو الشخص إلى إتخاذ القرار بسرعة أي حالة توجب المدافع توجيه الدفاع إلى مصدر الخطر أما في الإكراه المعنوي فيكون توجيه السلوك لأي أمر يستوجب دفع الخطر الذي ينتج منه الإكراه المعنوي، فإن **الظروف الزمانية والمكانية والشخصية قد تختلف من شخص لآخر ومن زمان لآخر ومن مكان لآخر،** لأن حالة الدفاع الشرعي تقاس بمقياس شخصي وإن كانت ذات طبيعة معنوية.

فالمتعلم يدافع بطريقة مختلفة عن غير المتعلم (الجاهل)

أهل الريف يدافعون بطريقة مختلفة عن أهل المدينة

وقت الليل يكون فيه الدفاع أكبر من وقت النهار

**الإتجاه الثاني:-**

يعتبرون إن الدفاع الشرعي تفويضاً قانونياً بإستعمال السلطة بوصفه مما يقوم به رجل الأمن لمنع وقوع الجرائم أي إن الشخص الذي يقوم بالدفاع يقوم مقام رجل الأمن حيث لا يستطع الإستعانة به لدفع هذا الإعتداء.

**الرد على هذا الإتجاه:-**

إن الدفاع الشرعي وفقاً لهذا الرأي فإنه يساوي بين إستعمال السلطة الوظيفية في أداء الواجب القانوني فهنا يكون سبب الإباحة هو إباحة العنف الذي يستخدمه الموظف العام أما الدفاع الشرعي فهو سبب لإباحة العنف الذي يستخدمه شخص عادي.

**المصلحة المعتبرة من الدفاع الشرعي:-**

إنالمصلحة المعتبرة من الدفاع الشرعي هي ليس رد الإنتقام أو رد الإعتداء وإنما الغاية منه هي **صد الإعتداء** أي إيقاف الإعتداء عند حدود معينة وحسب القدرات الممكنة وحسب ظروف وملابسات القضية وتختلف شدة الصد بإختلاف الظروف الزمانية والمكانية والشخصية للمدافع فقد يتحقق بمجرد **الإحتماء بمانع** وهو أبسط أنواع الدفاع الشرعي وقد تكون بصيغة إستخدام القوة المؤدية إلى الموت وقد حاول المشرع العراقي أن يقنن الحد الأعلى من الدفاع الشرعي من حدود القوة المستخدمة كما حدد المشرع حالات التجاوز للدفاع الشرعي بإعتبار إن اللحظات التي يمارس فيها الدفاع الشرعي هي لحظات غير مدروسة لا بل هي غير مدركة تضعف فيها حرية الإختيار وعلى هذا الأساس جاءت عملية الإعفاء من العقاب وإعتبارها سبب من أسباب الإباحة.

**أساس الدفاع الشرعي:-**

إن أساس الدفاع الشرعي يأتي من فكرة الموازنة بين المصالح المتعارضة وإيثار مصلحة أولى بالإعتبار تحقيقاً للمصلحة العامة وهي هدف كل نظام قانوني.

والمصلحة هي الحق التي يحميها القانون فإذا وقع تعارض بين مصلحتين وكان الإبقاء على إحداهما يستلزم إهدار الأخرى فالمصلحة تقتضي التضحية بأقلهما أهمية، وبذلك فإن حق المعتدي تقل قيمته بمجرد الإعتداء ويجب أن يهمل أمام حق المعتدى عليه المهدد.

إذن يقوم الدفاع الشرعي على أساسين هما **الإعتداء والدفاع** ويشترط لتوافر **الإعتداء** وقوع فعل يهدد **بخطر غير مشروع وحال** يهدد بإرتكاب جريمة ضد النفس أو بعض جرائم الإعتداء على المال التي يحددها القانون، فلا يقوم حق الدفاع الشرعي من دون إعتداء يهدد حقاً يحميه القانون كما إنه المقدمة اللازمة للدفاع ولولاه ما سمي الدفاع دفاعاً فهو فعل يفضي إلى هذه النتيجة وتعريف الإعتداء لغة هو **الظلم ومجاوزة الحد.**

يعتبر الإعتداء ركن جوهري في الدفاع الشرعي وإن كان ظلماً بمعناه العام فهو مجاوزة للحد بمعنى معين وللإعتداء عناصر سنتطرق لبيانها مع الخلافات الفقهية إتجاهها:-

**عناصر الإعتداء**

**أولاً/ العنصر المادي:-**

ويقصد به النشاط الذي يصدره المعتدي ويشكل خطراً على حق يحميه القانون ويقصد بالإعتداء عند فقهاء القانون هو الإعتداء الذي يعد جريمة إلا إن الأخذ بهذا التعبير يؤدي بنا إلى القول إن الدفاع لا يقوم إلا بعد وقوع الإعتداء **وهذا يتعارض مع المعنى الذي من أجله شرع الدفاع الشرعي** وهو صد الإعتداء قبل وقوعه فإذا كان الدفاع بعد الإعتداء كان هذا العمل إنتقاماً غير مشروع.

**ثانياً/ العنصر المعنوي:-**

ويقصد به القصد الجرمي وهو تعمد إتيان الفعل أو تركه مع العلم إن الشارع يحرم الفعل أو يوجبه وهذا في الجرائم العمدية وقد يتكون العنصر المعنوي من مجرد الخطأ وهو وقوع الشي على غير إرادة فاعله وإنما يقع من غير إرادته وبخلاف قصده.

فهناك رأي فقهي يقول **لا يجوز الدفاع أمام من شاب إرادته عيب من عيوب الأهلية كالإكراه ومن لم تكتمل أهليته كالصغير.**

والرأي المضاد للرأي أعلاه يقول **يكفي لتوافر الإعتداء غير المشروع في المعنى اللازم لقيام الحق في الدفاع الشرعي أن يهدد فعل المعتدي حقاً يحميه القانون حتى ولو توافر للمعتدي ظرف من الظروف التي ترفع عنه المسؤولية أو عذر من الأعذار القانونية المخففة** ففعل المجنون أو المكره أو من يتمتع بعذر قانوني مخفف يهدد بإعتداء على حق يحميه القانون يجيز من ثم الدفاع الشرعي.

**والرأي الأخير هو الرأي الراجح فضلاً عن إنه يتفق ونصوص قانون العقوبات كما يجوز إستعمال الدفاع الشرعي ضد المعتدي الذي هو مصدر الخطر غير المشروع حتى وإن كان معدوم المسؤولية كالمجنون والصغير كما يجوز ممارسة حق الدفاع الشرعي ضد الخطر الحاصل من شخص توفر بحقه عذر قانوني مخفف إلا إذا وجد نص قانوني يقضي بغير ذلك كما هو الحال في المادة (409) قانون العقوبات العراقي النافذ.**

**صور الإعتداء**

قد يكون الإعتداء إيجابي أو سلبي وقد يكون إعتداء حقيقي وإعتداء وهمي وقد يكون إعتداء عمدي وإعتداء غير عمدي.

1. **الإعتداء الإيجابي والإعتداء السلبي:-**

ثار خلاف بين فقهاء القانون حول أن يكون الإعتداء إيجابي أو سلبي فهناك من يرى **وجوب الإعتداء فقط في حالة الإعتداء الإيجابي** وهذا ما أخذت به بعض المحاكم المصرية فقضت بأنه **يشترط لقيام حالة الدفاع الشرعي أن يكون قد وقع فعل إيجابي يخشى المتهم منه وقوع جريمة** وأن يكون المتهم قد إعتقد على الأقل وجود خطر حال على نفسه أو نفس غيره أو ماله أو مال غيره.

**أما الفريق المضاد للرأي أعلاه** فإنه يرى جواز الدفاع الشرعي في حالة الإعتداء السلبي إذ يستوي في ذلك السلوك أن يكون إيجابي أو سلبي طالما إنه يصدق عليه وصف إعتداء **فالأم التي تمتنع عن إرضاع طفلها مما يخشى معه وفاته أو إصابته بضرر يباح فعل الدفاع ضدها لحملها على إرضاعه.**

1. **الإعتداء الحقيقي والإعتداء الوهمي:-**

الأصل في الخطر غير المشروع ان يكون خطراً حقيقياً ولكن قد يعتقد شخص إنه مهدد بخطر حال فيقوم بالدفاع الشرعي ثم يتبين إن هذا الخطر لم يكن له وجود إلا في مخيلته فهل يجوز له الإحتجاج بالدفاع الشرعي لإباحة فعله؟ ومثال ذلك أن يرى شخصاً يمشي نحوه في الظلام وبيده شيء يحسبه سلاحاً موجهاً إليه فيقوم بإطلاق الرصاص عليه فيقتله ثم يتبين له إن هذا الشخص هو صديقه كان يمازحه وإن ما يحمله لم يكن سوى مسدس فارغ من الرصاص فهل يعتد بالخطر الوهمي للإحتجاج بالدفاع الشرعي؟

**يرى فريق من الفقهاء** إن معيار التمييز بين الخطر الوهمي والخطر الحقيقي هو معيار موضوعي فإذا إشترط في الخطر أن يكون حالاً وحقيقياً فمعنى ذلك وجود الخطر حقيقة وليس في مخيلة المدافع وهذا الشرط راجع إلى طبيعة الدفاع الشرعي ومضمونه لأنه **يحقق وظيفة إجتماعية معينة وهذه الوظيفة لا تؤدى إلا إذا وجد إعتداء في الواقع وليس في إعتقاد المعتدى عليه لذا لا يجوز الدفاع الشرعي ضد الخطر الوهمي.**

**أما الفريق المضاد** ذهب إلى الخطر التصوري أو الوهمي وهو نص المادة (42/1) (...أو إعتقد قيام هذا الخطر..) فالإعتقاد أو التخوف هنا هو حالة نفسية يمكن أن يبنى على الحقيقة كما يمكن أن يبنى على الوهم فإذا كان الخطر حقيقي يستند إلى أسباب معقولة أي إن هذا الإعتقاد يمكن أن يقع فيه الشخص المعتاد فليس هناك وجه لمساءلة من قام بالدفاع عن نفسه لأن الظروف الموضوعية المحيطة به تؤكد وجود خطر وشيك الوقوع تجعله يعتقد بأنه كان عرضة للإعتداء.

أما إذا كان الخطر لا يستند إلى أسباب معقولة أي إن المعتاد لا يقع في مثل هذا الغلط ففي هذه الحالة يسأل من قام بالدفاع مسؤولية جنائية غير عمدية إذ إن الغلط ينفي القصد الجرمي ولكن يبقى الخطأ غير العمدي متوافر.

وعلى هذا الأساس يتفرع موضوع مهم جداً ألا وهو في حالة **الخطر الوهمي** هل يجب أن يكون الدفاع إستباقي لخطر وهمي قد يعتقده في مخيلته مثال ذلك (قيام المدافع بمد أسلاك كهربائية على سياج المنزل أو كهربة الأبواب الداخلية للمنزل)؟

للإجابة عن هذا السؤال نقول قديماً كان يؤخذ بهذا الدفاع لكن محكمة التمييز في الوقت الحالي تراجعت عن هذا الإتجاه بإستخدام السلك الكهربائي كوسيلة للدفاع كونه قد يؤدي إلى قتل أحد الأشخاص غير القائمين بالإعتداء مثال ذلك (طفل) أو أي شخص آخر، إذن لا يجوز إستخدام التيار الكهربائي كوسيلة للدفاع الشرعي وهذا ما إستقر عليه الفقه والقضاء.

**موقف المشرع العراقي من الخطر الوهمي**

إعترف المشرع العراقي بالخطر الوهمي لكن بموضعين مختلفين فتارة ورد **بصيغة الدفاع** وهو ما ورد بنص المادة **(42/أولاً)** حيث نصت على **(إذا واجه المدافع خطر حال من جريمة على النفس أو على المال أو إعتقد قيام هذا الخطر وكان إعتقاده مبنياً على أسباب معقولة)** وتارة أخرى بصيغة التجاوز وهو ما ورد بنص المادة **(45)** التي نصت على **(لا يبيح حق الدفاع الشرعي إحداث ضرر أشد مما يستلزم هذا الدفاع وإذا تجاوز المدافع عمداً أو إهمالاً حدود هذا الحق أو إعتقد خطأ إنه في حالة دفاع شرعي فإنه يكون مسؤولاً عن الجريمة التي إرتكبها وإنما يجوز للمحكمة في هذه الحالة أن تحكم بعقوبة الجنحة بدلاً من عقوبة الجناية وأن تحكم بعقوبة المخالفة بدلاً من عقوبة الجنحة).**

والمقصود بالحالة الأولى **(الدفاع)** أن يكون مبني على أسباب معقولة وهي (المعقولية) السبب الدافع المعقول للأشياء المدركة التي تنسجم مع الواقع التي يدركها بنسبة لا تزيد على (90%) من البشر في حدود الإمتياز، **أي تلامس العقل قبل أن تلامس الحواس (المعقولية)،** والأشياء المعقولة هي التي لا يختلف عليها إثنان.

أما الخطأ في **التجاوز** لحالة الدفاع الشرعي فهنا تكون شروط الخطر موجودة وشروط فعل الدفاع موجودة لكن يوجد خطأ أي إنه يوجد خلل إما بالتناسب أو اللزوم، إذن كيف نميز في حالة الخطأ وحالة التجاوز والوهم، هنا الوهم يكون نسبي يختلف من شخص لآخر.

والخطأ الذي يقصده المشرع هو ردة فعل تخرج عن نطاق المعقول خروج نسبي (بنسب محدودة) وهذا راجع إلى سوء التقدير بمعنى إن هناك فعلاً يوجد شيء يستوجب حالة التوهم لكن ردة الفعل كانت مبالغ فيها.

أما في الإختلال في حالة التناسب فتكون ردة الفعل قد خرجت عن إطار المعقولية.

**إذن الخطأ والتجاوز والتوهم نسبي.**

وهناك حالة أخرى من حالات التوهم العمدي هنا لا يعتبر دفاع شرعي لإنها خرجت عن إرادة المعقولية بشكل مطلق فهي حالة من حالات التجاوز العمدي وتعد جريمة يعاقب عليها القانون.

1. **الإعتداء العمدي والإعتداء غير العمدي:-**

الإعتداء قد يكون عمدي وقد يكون غير عمدي فالعمدي يتوفر فيه القصد الجرمي والثاني لا يتوفر فيه القصد الجرمي.

فالإعتداء غير العمدي هو أن يخطيء الطبيب فيملأ المحقن الذي سيحقن به المريض أمامه مادة سامة بدلاً من الدواء فيمكن للمريض الذي لاحظ هذا الخطأ أن يمنعه بالقوة دفاعاً عن نفسه ضد هذا الإعتداء.

فالفقه يعرف نوعين من الخطأ **متولد وغير متولد.**

**الخطأ المتولد:-**

وهو ما يتولد عن فعل مباح أو فعل أتاه الفاعل وهو يعتقد إنه مباح والخطأ المتولد إما أن يكون **مباشر** كمن **يرمي جندي في صفوف الأعداء أو عليه لباسهم معتقداً إنه من العدو ثم يتبين إنه من جنود الوطن** وإما أن يكون **بالتسبب** مثال ذلك **من يحفر بئراً في الطريق العام بإذن من ولي الأمر ولا يتخذ الإحتياطات لمنع المارة من السقوط فيه.**

**الخطأ غير المتولد:-**

وهو إما يكون **خطأ مباشر** فيقع عن المخطيء مباشرة دون واسطة كما **لو تقلب نائم على صغير بجواره فقتله** وإما أن يكون **خطأ بالتسبب** وهو ما تسبب فيه المخطيء دون أن تقع فيه مباشرة كما **لو حفر شخص بئراً في الطريق العام دون إذن ولي الأمر فوقع فيه أحد المارة.**

ويصطلح الفقهاء على **الخطأ المباشر المتولد** لفظ **الخطأ** ويسميه بعضهم **الخطأ المحض،** أما **الخطأ المباشر غير المتولد والخطأ بالتسبب متولداً وغير متولد** فيسمونه إصطلاحاً **ما جرى مجرى الخطأ.**

والتشريعات الوضعية تجيز دفع كل خطر يعتبر جريمة والخطر قد يكون عمدي وقد يكون غير عمدي.

**شروط الإعتداء**

إذن لكي يصبح الإعتداء على الغير مبرراً يجب أن تتوافر فيه عناصر محددة كما ذكرناها وكذلك يجب أن تتوفر فيه شروط محددة وهي **أن يكون دفعاً لإعتداء خطر يهدد النفس أو المال أو يكون الإعتداء حال وعلى وشك الوقوع وأن يكون هذا الإعتداء غير مشروع.**

1. **وجود الإعتداء أو الخطر وأن يكون حالاً:-**

وجود خطر الإعتداء وأن يكون غير مشروع بمعنى أن يكون بفعل يعد بحد ذاته جريمة بنظر القانون ويراد بالخطر كل إعتداء محتمل وقوعه ولا يشترط أن يشكل الإعتداء جريمة تامة **لأنه في هذه الحالة نكون أمام حالة إنتقام المجنى عليه من المعتدي حيث إن الغاية من الدفاع الشرعي هي رد العدوان وليس لعقاب المعتدي** وبالتالي تتحقق المسؤولية الجنائية للمجنى عليه.

إذن إن الدفاع الشرعي يتحقق في حالة وجود خطر غير مشروع وأن يكون هذا الخطر على وشك الوقوع أو إنه وقع ولم ينته بعد، فإذا أطلق المتهم النار على المجنى عليه لمنعه من مواصلة الإطلاق نحوه وقتله فإنه يكون في حالة دفاع شرعي عن النفس.

**وينقسم الخطر الحال في الدفاع الشرعي إلى:**

1. **الخطر الداهم ويقصد به الخطر الذي بدأ ولم ينته بعد**
2. **الخطر الوشيك ويقصد به الذي لا يفصله بينه وبين وقوعه سوى برهة يسيرة والبرهة اليسيرة هي (الدقائق المعدودة أو اللحظات المعدودة)**
3. **أن يكون الخطر غير مشروع:-**

أي لا يستند إلى حق أو إلى أمر صادر من سلطة أو من القانون فإذا كان الخطر ناجم عن إستعمال الحق أو السلطة أو من القانون فإنه يكون مشروعاً ومباحاً وإن كان يشكل خطراً على النفس أو المال كقيام الأب بتأديب إبنه أو الزوج لزوجته أو قيام الطبيب إجراء عملية جراحية أو قيام رجل الشرطة بالقبض على متهم صادر بحقه أمر القبض من جهة مختصة فإن كل هذه الأفعال لا تعتبر جريمة وإنما تعتبر **أعمال مباحة مشروعة** وبالتالي **لا يجوز الدفاع إتجاهها** وإن حصل فإنه لا يأخذ صفة الإباحة ومن ثم لا يعتبر دفاعاً شرعياً وهذا يعتبر **قيد على مباشرة حق الدفاع** ولكن القانون أوجب على رجل الشرطة في مثل هذه الحالة **عدم تخطي حدود وظيفته** وإذا ما تخطاها **إشترط القانون أن يكون حسن النية** ومع ذلك أباح المشرع حق الدفاع ضد رجل الشرطة في مثل هذه الحالة **إذا ما أخيف من فعل رجل الشرطة أن ينشأ عنه موت أو جراح بالغة وكان لهذا التخوف سبب معقول** كما تشير إلى ذلك المادة (46) .

1. **خطر إعتداء على النفس أو المال:-**

ينبغي لقيام حالة الدفاع الشرعي أن يتوافر فعل يهدد بخطر إحدى المصالح المحمية بقانون العقوبات فلا يكفي مجرد السكوت أو الإمتناع البحت ولا يشترط في الفعل المهدد بالخطر أن يكون عملاً إيجابياً بل يكفي مجرد الإمتناع الذي يعتبره القانون جريمة ويقتضي إباحة الدفاع الشرعي وروده على أمر غير مشروع وهو حالاً يتوافر عندما يكون الإعتداء قائماً على فعل يهدد **بخطر مشروع** والضابط في عدم مشروعية الخطر هو تهديده بإرتكاب جريمة **فمن يشرع سكين ليغرسه في جسد المدافع أو من يضع يده داخل حقيبة ليستولي على محتوياتها فلا شك إن هذه الأفعال تهدد بالإعتداء على حق الحياة والمال وماساً بحق الملكية وتلك الحقوق محمية بنص القانون.**

وإذا توافر في الإعتداء سبباً من أسباب الإباحة فلا يجوز الدفاع الشرعي ضده لأن هذه الأسباب تضفي على الأفعال وصف الإباحة على الفعل مما يجرده من عدم المشروعية **فلا يجوز الدفاع الشرعي ضد من تتوافر لديه حالة الدفاع الشرعي أو حالة الضرورة أو من يؤدي واجبه على إنه إذا تجاوز المدافع حدود الإباحة فإنه يصبح معتدياً ويجوز للمعتدى عليه أن يرد هذا الإعتداء دفاعاً عن نفسه.**

ولا يقيد المدافع حقه في الدفاع الشرعي **إذا كان قد تسبب بإستفزازه في صدور الإعتداء من المعتدي ومتى كان الخطر مهدداً بجريمة** ولا يحول دون توافر حق الدفاع الشرعي **أن يكون المعتدي متمتعاً بالحصانة الدبلوماسية لأن هذه الحصانة يقتصر أثرها على إعفائه من الخضوع لسلطان القضاء الوطني** ولكنها لا تحول دون خضوعه لقانون العقوبات وإضفاء صفة التجريم على أفعاله المخالفة للقانون.

**أسئلة متفرقة**

**س/ هل توجد شططات في طريقة صياغة المشرع العراقي في الدفاع الشرعي (أي أخطاء في صيغة النص القانوني)؟**

**ج/** نعم يوجد عيب صياغي في المادة (43) والمادة (44) حين ذكر المشرع في الفقرة (1) من المادة (43) **(فعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو جراح بالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة)** وجاء وذكر نفس العبارة في المادة (44) الفقرة (4) منها.

فمن الناحية الموضوعية لا توجد مشكلة أما من الناحية الشكلية فتوجد مشكلة أي المشكلة تكون في الصياغة وليس في مضمون أو روح النص أي موضوع الإباحة.

**س/ هل أغفل المشرع جانب من جوانب الدفاع عن النفس حين ذكر عبارة (الموت أو جراح بالغة)؟ فهل حاول المشرع أن يختصر المصالح المعتبرة في الجراح البالغة وهل كان موفقاً في ذلك؟ أو هل نعتقد إن المشرع قد أخفق المصالح المعتبرة التي حماها مسبقاً؟**

**ج/** للإجابة على هذا السؤال ينبغي أن نعرف ما هي الجراح البالغة

**الجراح البالغة تتضمن**

**التكامل الجسدي**

**التحرر من الألم**

**السلامة الجسدية**

**فهل يعني إن المشرع قد أخرج العاهات المستديمة من هذا النص في حالة الدفاع الشرعي وقد كرر المشرع عبارة (الجراح البالغة) في المادة (46)؟**

إذن هناك توجه فقهي يقول إن المشرع العراقي لم يغفل هذه الحقوق لأن بهذه الصياغة قد حدد الحد الأدنى والحد الأعلى للدفاع الشرعي كما موضح أدناه:-

الجراح البالغة --- أقل من العامة المستديمة

الموت --- الحد الأعلى

الجراح البالغة --- الحد الأدنى

إذن صياغة المشرع قد ذكرت حالات وسطية تدخل بين الموت والجراح البالغة ومفهومة من روح النص القانوني، ونستدل على ذلك من خلال التفسير العقلي والتفسير المنطقي.

**س/ هل يوجد خلل صياغي آخر في عبارة أن يتعذر على المدافع اللجوء إلى السلطات العامة فهنا يعتبر تناقض كبير في الحديث؟**

**ج/** نرى المشرع العراق قد تدارك هذا الخلل الصياغي بوروده عبارة (لإتقاء هذا الخطر في الوقت المناسب) حيث إن في الوقت الحاضر لا يستطيع المدافع اللجوء إلى السلطات العامة أو مجيء السلطات العامة المتمثلة بالشرطة بالسرعة اللازمة، فهنا يكون المقصد التشريعي إذا كان المجنى عليه أو المدفاع في أماكن نائية يصعب وصوله إلى السلطات العامة.

**س/ ما الفرق بين الغرض والغاية والباعث؟ وهل إعتد بهم المشرع العراقي من عدمه؟**

**ج/ الباعث** يقصد به هو العامل النفسي الدافع إلى إتيان فعل معين مصدره إحساس الجاني أو مصلحته.

**والغاية** يقصد بها الغرض البعيد الذي يهدف إليه الجاني متوسلاً بجريمته.

أما **الغرض** فيقصد به الهدف الفوري المباشر الذي تتجه إليه الإرادة ويتمثل بالنتيجة التي يحددها القانون بالنسبة للجريمة.

المشرع العراقي أخذ بالغاية وإعترف بها في الجرائم الإرهابية، أما الباعث في الأصل لم يعتد به لكن نص عليه في حالات معينة أي في بعض الجرائم مثل (الباعث الدنيء في القتل) و(الباعث السياسي في الجرائم السياسية).

**إذن فالباعث يختلف من جريمة إلى أخرى، والغرض تتوحد به الجريمة.**