وحيث ان العمل غير قانوني في هاتين الحالتين، كان من المفروض أن يسأل القائم به، موظفا كان او مكلفاً بخدمة عامة، عنه جنائيا. ولكن المشرع رأى ضمانا لما يجب للموظفين او المكلفين بخدمة عامة من الطمأنينة في القيام بأعمالهم، اعفاءهم من المسؤ ولية الجنائية ولكنه قيد ذلك الاعفاء بقيدين او شرطين هما: (١) ان يكون حسن النية. (٢) وان اعتقاد الفاعل بمشروعية الفعل كان مبنيا على اسباب معقولة وانه لم يرتكبه الا بعد اتخاذ الحيطة المناسبة. مثال ذلك حالة قيام عمال البلدية بتهديم جدار منزل بناء على أمر صادر اليهم بذلك.

١ ـ حسن النية :

يشترط القانون توافر حسن النية في الفقرة (١) من المادة (٤٠) وهي الخاصة بتنفيذ الموظف او المكلف بخدمة عامة للقانون مباشرة في صورتيها الموافقة للقانون والمخالفة له . ويقصد بحسن النية ، ان لا يكون المنفذ مخفيا قصدا سيئا تحت ستار تنفيذ القانون في الظاهر . على ان النص يستلزم من الموظف او المكلف بخدمة عامة في جميع الاحوال الاعتقاد بمشروعية الفعل القائم هو بأجرائه ، وهو شرط لا يثار بالضرورة في الصورة التي يكون العمل فيها قانونيا ولكنه يثار في الصورة التي يكون فيها العمل غير قانوني سواء كان الموظف قد قام بتنفيذ امر رئيس أم كان ينفذ القانون مباشرة . والاعتقاد بمشروعية العمل هو حسن النية المطلوب هنا وهو يستلزم ان يكون الموظف او المكلف بخدمة عامة جاهلا ما انطوى عليه الامر الصادر اليه من مخالفة للقانون لان القانون لا يطلب من الموظف ان يطيع رئيسه فيما يعد جريمة . مما يترتب عليه انه اذا كان الموظف غير جاهل لما ينطوي عليه الامر من مخالفة للقانون ورغم ذلك نفذه فأنه في هذه الحالة يعاقب . ويكون الامر كذلك اذا كانت الوقائع التي أمر بها مما لا يمكن للرجل العادي الفهم ان يفترض فيها انها مما يجوز لرئيس أن يأمر مرؤ وسيه بارتكابها لخروجها عن الحدود.

كما لو كان الفعل تزويرا في اوراق انتخاب فأن وجه الاجرام فيه بديهيا[1] . وكذلك يكون الحكم في شأن العمل الذي يرتكبه الموظف بنفسه تنفيذا للقانون .

٢ ـ التثبت وأتخاذ الحيطة :

يستلزم نص المادة (٤٠) مارة الذكر بالاضافة الى حسن النية ان يثبت ان اعتقاد الفاعل بمشروعية الـ فعل كان مبنيا على اسباب معقولة ، وأنه لم يرتكبه الا بعد اتخاذ الحيطة المناسبة . فأذا كان ما وقع من المتهم عن طيش ولم يكن منبعثا عن اسباب معقولة فلا يصح له التمسك بهذه المادة . واثبات حسن النية والتثبت واتخاذ الحيطة يقع على عاتق الموظف نفسه .

ومع ذلك فلا عقاب في حالة وقوع الفعل تنفيذا لأمر صادر من رئيس تجب عليه طاعته او اعتقد ان طاعته واجبة عليه حتى وان لم يتثبت منها إذا كان القانون لا يسمح للموظف بمناقشة الامر الصادر اليه . كما هو الحال في الاوامر العسكرية .

المبحث الثالث

استعمال الحق

الحق هو المصلحة التي يعترف بها القانون ويسبغ عليها حمايته .ويقتضي تقرير الحق ان تكون وسيلة استعماله مباحة والا لاتكون له قيمة . ومتى وجد الحق وجدت معه الاباحة فليس من المستساغ ان يأذن المشرع بأمر او يوجبه ثم يفرض عليه الجزاء بأعتباره جريمة . ومثل هذه القاعدة لا تحتاج الى اي نص لكونها من القواعد المرعية المسلم بها[2] ولكن مع ذلك نصت عليها كثير من قوانين

---

(١) انظر نقض مصري ١٣ مايو ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية ج ٧ ن ١٥٤ ص ١٤٢ ـ ٣١ يناير ١٩٢٩ مجموعة القواعد القانونية ج ١ ن ١٤١ ص ١٥٤ .

(٢) ان استعمال الحق كسبب للاباحة مقرر في فرنسا ومأخوذ به رغم عدم وجود نص في قانون العقوبات الفرنسي ينص عليه . انظر جارو ، المرجع السابق ج ٢ ن ٤٥٩ .

العقوبات مقررة لها لاهميتها وهذا ما فعله قانون العقوبات العراقي ايضا حيث نص على استعمال الحق كسبب من اسباب الاباحة في المادة (٤١) بقوله : « لا جريمة اذا وقع الفعل استعمالا لحق مقرر بمقتضى القانون . ويعتبر استعمالا للحق :

١ ـ تأديب الزوج زوجته وتأديب الاباء والمعلمين ومن في حكمهم الاولاد القصر في حدود ما هو مقرر شرعا او قانونا او عرفا .

٢ ـ عمليات الجراحة والعلاج على اصول الفن متى اجريت برضاء المريض او ممثله الشرعي او اجريت بغير رضاء ايهما في الحالات العاجلة .

٣ ـ اعمال العنف التي تقع اثناء الالعاب الرياضية متى كانت قواعد اللعب قد روعيت .

٤ ـ اعمال العنف التي تقع على من ارتكب جناية او جنحة مشهودة بقصد ضبطه » .

من دراسة نص هذه المادة يظهر لنا انها تتضمن (اولا) تحديد الاستعمال الحق كسبب للاباحة وبيانا لشروط تحققه وقيامه (وثانيا) تطبيقات عملية له . وهذا ما سنتناوله بالبحث تباعا في مطلبين .

المطلب الاول

استعمال الحق كسبب عام للاباحة

ويقصد بأستعمال الحق الحالات التي يكون فيها الفعل المرتكب قد وقع إستعمالاً لحق خاص يقرره القانون لمرتكبه . ويشترط لتحقق ذلك :

(اولا) وجود الحق (وثانيا) ان تكون وسيلة استعماله مشروعة :

١ ـ وجود الحق :

لا بد لقيام حالة استعمال الحق ، كسبب للاباحة ، من وجود هذا الحق

وتحققه . وهو يتحقق عند وجود مصلحة يعترف بها القانون ويحميها . وتعتبر هذه المصلحة قائمة وموجودة ليس بالنسبة لمن يستفيد من الاباحة فقط بل قد تكون موجودة بالنسبة لغيره ايضا كما في حالة تاديب الاب لابنه أو المعلم للتلميذ فان المصلحة في ذلك ليست لمن يقوم بالتأديب وانما للاسرة وللمجتمع . وحالة العلاج الطبي فأن المصلحة في ذلك ليس للطبيب وانما للمريض وللمجتمع .

وينبغي الرجوع الى القانون للتأكد من وجود الحق فأن اعترف به وصانه اصبح صالحا كسبب للاباحة . وليس ضروريا ان يكون هذا الاعتراف في تشريع فقد يكون مصدره العرف وقد يكون مصدره الشريعة الاسلامية في الحدود التي تكون فيها الشريعة الغراء جزءا من النظام القانوني العام وبشرط ان لا يوجد نص تشريعي يخالف ذلك[1] . كظهور الناس في ملابس السباحة صيفا في اماكن السباحة وكحق الزوج في تأديب زوجته .

٢ ـ مشروعية وسيلة استعمال الحق :

وتكون وسيلة استعمال الحق مشروعة اذا ارتكب الفعل بحسن نية وفي الحدود المعقولة لاستعماله .

فمن حيث حسن النية : ان حسن النية الذي يتطلبه القانون هو استهداف صاحب الحق بفعله نفس الغرض الذي من اجله قرر الحق له . حيث انه من المعلوم ان الحقوق جميعا غائية ، اي يقررها القانون لاستهداف اغراض معينة وبالتالي فلا يعرف القانون حقوقا مجردة عن الغاية . فأن ثبت ان صاحبه يريد به غرضا آخر ، ولو كان غير مرذول في ذاته فهو سيء النية وليس له ان يحتج لاباحة فعله بذلك الحق ، اذ لم يكن الفعل مؤديا وظيفته الاجتماعية التي تحددها غاية الحق . فالملاكم الذي يضرب منافسه انما يستهدف المبارزة الرياضية المجردة عن كل شر ولكنه اذا سعى الى غاية سيئة ليست رياضية فعندئذ يتجرد فعله عن المشروعية . والاب الذي يضرب ابنه انما يريد بذلك التهذيب فأن انصرف قصده

---

(١) انظر ما سبق وبيناه عند الكلام عن القواعد العامة في اسباب الاباحة .

الى شيء اخر كالانتقام او مجرد الايذاء فلا يتحقق لعمله حسن النية وبالتالي فلا يعد عمله مشروعا وكذلك الطبيب الذي يجري عملية جراحية لغرض اجراء تجربة وليس لشفاء المريض .

ومما هو جدير بالذكر ان نص المادة (٤١) جاء خاليا من الاشارة الى شرط حسن النية وهذا قصور ونقص في القانون على المشرع ان يتلافاه عند تعديل القانون[١] .

ومن حيث التزام حدود الحق : فمن المعلوم ان القانون لا يعرف حقوقا مطلقة عن كل قيد ، اذ الحقوق جميعا نسبية ولذلك لابد هنا من التحقق من دخول الفعل في نطاق الحق محددا وفقا لكل ما يتطلبه القانون من شروط . وتتعلق هذه الشروط تارة بالشخص الذي يستعمل الحق كحق التأديب فأن ممارسته مقصورة على الزوج بالنسبة لزوجته والاب بالنسبة لابنه والمعلم بالنسبة لطلابه وبالتالي لا يجوز لغيرهم ان يستعمله . وتارة بجسامة الفعل ، فالتأديب مشروط بالضرب الخفيف فقط ، وتختلف القيود والشروط وباختلاف الحقوق دون ان تكون لها قاعدة عامة شاملة انما يبحث كل حق على حدة لاستخلاص شروطه وتحديد نطاقه[٢] .

المطلب الثاني

تطبيقات استعمال الحق

لقد نص قانون العقوبات العراقي في المادة (٤١) مارة الذكر على نماذج

---

(١) انظر المادة ٦٠ من قانون العقوبات المصري .

(٢) انظر الدكتور محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، ص ١٨٠ ن ١٧١ ـ الدكتور محمود محمود مصطفى ، المرجع السابق ن ٩٣ ص ١١٣ ـ الدكتور حميد السعدي ، المرجع السابق . ص ٣٢٦ .

اربعة لاستعمال الحق ، وجاء بها على سبيل المثال لا الحصر[1] وقد خصها بالذكر في القانون دون غيرها لشيوعها وكثرة وقوعها . ونحن هنا سنكتفي بدراسة هذه النماذج بالذات كتطبيقات لاستعمال الحق كسبب للاباحة وهي :

١ ـ حق التأديب :

تشير المادة (٤١) مارة الذكر بأنه : « . . . . . ويعتبر استعمالا للحق تأديب الزوج زوجته وتأديب الاباء والمعلمين ومن في حكمهم الاولاد القصر في حدود ما هو مقرر شرعا او قانونا او عرفا » . مما يعني ان حق التأديب انما يشمل وعلى سبيل الحصر الزوجة والاولاد .

آ ـ تأديب الزوجة :

من المتفق عليه طبقا لاحكام الشريعة الاسلامية ان للزوج حق تاديب زوجته بالضرب ضربا خفيفا على المعصية التي لم يرد بشأنها حد مقرر ، ولكن لا يجوز له اصلا ان يضربها ضربا فاحشا ولو بحق ، وهو ما يسمى بالولاية التأديبية للزوج على زوجته[2] . ويراد بالضرب الخفيف ، او البسيط كما يسميه البعض ، هو الضرب الذي لا يحدث الكسر او الجرح ولا يترك اثرا او لون ولا يتخلف عنه مرض . مما يعني انه اذا ضرب الزوج زوجته بغير حق ومن دون معصية ارتكبتها ولو ضربا بسيطا فأن فعله لا يعتبر مباحا وكذلك نفس الامر فيما لو ضربها ضربا شديدا (مبرحا) ولو لمعصية فأن فعله لا يعتبر مباحا ايضا . وبالتالي ينطوي في الحالتين تحت طائلة التجريم والمسؤولية . ولما كان مصدر هذا الحق هو الشريعة الاسلامية الغراء فأنه لا بد من الالتزام في الشروط التي وضعتها الشريعة لاستعماله

---

(١) ومن امثلة حالات استعمال الحق كسبب اباحة الاخرى . كاباحة افشاء السر والقذف بحق الموظف العمومي او من في حكمه وغيرها اذا ما توافرت شروطها كما نص عليها القانون .

(٢) اما اذا ورد بالمعصية حد فأن القاضي هو الذي يتكفل بمعاقبتها .

وهي ان يكون الضرب اخر المطاف اذ يجب ان يسبقه وعظ المرأة فأن لم ينفع فاللجوء الى هجرها في المضجع فأن لم ينفع فجواز اللجوء الى الضرب الخفيف[1] . ومع ذلك فلا يجوز اللجوء له ان كانت هناك وسيلة اخرى تنفع غيره .

والضرب هنا يجب ان يقيد بالغاية الاجتماعية المرجوة منه وهي التأديب فأن خرج من هذا القيد الى باعث آخر كالانتقام او الاستيلاء على المال او الدفع الى طلب الطلاق او الدفع الى الفحشاء او غيرها ، فأنه يتحول الى عمل اجرامي يزول به سبب الاباحة ويتحول الى جريمة يسأل عنها الزوج مسؤولية جنائية .

ب ـ **تأديب الاولاد القصر** :

تضمنت المادة (٤١) مارة الذكر منح حق تأديب الصغار (الاولاد القصر) الى الاباء والمعلمين ومن في حكمهم كالولي والوصي والاخ الكبير والام . وينبغي ان تفسر كلمة (المعلم) تفسيرا واسعا بحيث تشمل المعلم في المدرسة والمعلم لحرفة او صنعه او مهنة . وولاية التأديب هذه انما تتضمن اجازة استعمال الضرب الخفيف من اجل تعليمهم وتهذيبهم وتوجيههم عندما يحتاج الامر الى ذلك . وان يكون هذا الضرب مقيدا بالحدود المقررة شرعا او قانونا اوعرفا . والضرب المسموح به شرعا هنا ، وفقا لما يقرر فقهاء الشريعة هو الضرب باليد الذي لا يتجاوز ثلاث ضربات وفي مواضع ليست خطرة بحيث لا ينال الرأس او الوجه او القلب ، وان لا يكون شديدا من شأنه كسر العظم او شق الجلد كما لا يجوز مطلقا استعمال آلة او عصا او سوطا . ويراد بالولد القاصر ، هنا من لم يبلغ سن الرشد ولم يتحرر بعد من **الولاية** على النفس مما يترتب عليه ان الضرب الشديد لا يحقق سبب الاباحة وكذلك الضرب الذي لا يكون الغرض منه التعليم والتقويم حتى ولو كان خفيفا .

---

(١) قوله تعالى : « واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن ، فأن اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » . آية رقم ٣٤ من سورة النساء .

فالمعلم الذي يضرب القاصر انتقاما او ليحضه على جريمة او اي عمل مشين لا يتمتع بسبب الاباحة انما يسأل عن جريمته هذه مسؤولية جنائية .

٢ ـ عمليات الجراحة والعلاج الطبي :

من المعلوم ان المساس بجسم الانسان يكون اعتداء على حقه في سلامة جسمه . وهذا يكون جريمة تسمى الايذاء العمد او الضرب المفضي الى موت بحسب النتيجة التي يؤدي اليها الاعتداء . غيران اعمال الجراحة والمعالجة الطبية التي يجريها الاطباء على مرضاهم تخرج من نطاق هذا التجريم وتعتبر مباحة استنادا لنص القانون الذي رفع عنها الصفة الجنائية والى ذلك اشارت المادة (٤١) مارة الذكر بقولها : « ويعتبر استعمالا للحق عمليات الجراحة والعلاج على اصول الفن متى اجريت برضاء المريض او ممثله الشرعي او اجريت بغير رضاء ايهما في الحالات العاجلة » .

ولا يعتبر رضاء المريض اساساً في انتفاء مسؤولية الطبيب ، في هذه الحالة ، لان القاعدة العامة في القانون الجنائي ان ليس لرضاء المجني عليه من اثر في توافر المسؤولية الجنائية او عدم توافرها . كما لا يعتبر انتفاء القصد الجنائي لدى الطبيب اساساً لعدم مسؤوليته ، لان الواقع هو ان قصد الايذاء قائم عنده مادام يرتكب الفعل عن ارادة وعلم بأن من شأن فعله المساس بجسم المريض او بصحته . انما أساس ذلك هو ان الطبيب يستعمل حقا مقرر له بمقتضى القانون . فأجازة القانون للطبيب بهذه الاعمال هي الاساس في اباحتها له وعدم تحقق مسؤوليته الجنائية عنها[1] . ومع ذلك فأن لتحقق هذه الاباحة شروطا لا بد لتحققها حتى تقوم الاباحة وتتحقق هي :

---

(١) انظر في تفصيل ذلك الدكتور محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ن ١٨٢ ص ١٨٧ ـ الدكتور السعيد مصطفى السعيد ، المرجع السابق ص ١٦٢ .

آ ـ **الترخيص بالعلاج** : حيث يجب ان يكون مجرى العلاج او عمليات الجراحة مرخص له قانونا بأجرائها سواء كان طبيبا او غير طبيب كقابلة أو مولدة او ممرضة . وقد تكفل بيان ذلك قانون مزاولة مهنة الطب والقوانين الاخرى. فاذا لم يكن مرخصا بذلك تحققت مسؤ وليته الجنائية عن افعاله ونتائجها. فأن اجرى حلاق عملية جراحية لاخر او قلع له ضرساً فأنه يسأل عن عمله هذا جنائيا حسب تكييفه القانوني.

ب ـ **رضا المريض** :يعتبر رضاء المريض شرطا لتحقق الاباحة في عمليات الجراحة والعلاج الطبي بدونه يكون مجرى العلاج او العملية الجراحية مسؤولا جنائيا . والرضاء يكون شفاهاً او كتابة وقد يكون ضمنيا ويتحقق بمجرد لجوء المريض الى الطبيب لمعالجته . واذا لم يكن المريض ممن توافر لديه اهلية الرضا والقبول فيقوم مقامه ممثله الشرعي . ومع ذلك فقد يكون المريض في حالة خطر مما يتطلب الاسراع في معالجته او اجراء عملية جراحية له لانقاذ حياته ولا يكون في وسعه التعبير عن رضائه ويتعذر العثور على من ينوب عنه كممثل شرعي يعبر عن ارادته في هذه الحالة تقوم ضرورة يستطيع الطبيب بمقتضاها ان يتدخل ويجرى العملية او العلاج المذكور دون الحصول على رضا المريض[1]

جـ ـ **قصد العلاج** :

يجب ان يكون عمل الطبيب او المعالج مقصودا به علاج المريض . لان العلاج هو علة الاجازة القانونية وان استعمال الحق يجب ان يكون وفقا للغرض الذي من اجله وجد . فأن لم يكن قصد الطبيب العلاج كالاضرار بالمريض او تخليصه من واجب كالخدمة العسكرية او لتسهيل تعاطي المواد المخدرة او اجراء

---

(١) انظر الدكتور حميد السعدي ، المرجع السابق ص ٣٣١ .

تجربة علمية او القيام بعمل مخالف للنظام العام او الاداب العامة ، فأنه يسأل جنائيا عن عمله مسؤولية عمدية[1] . وهكذا فأن عملية « الاخصاء » تعتبر جريمة حتى وان كان المجني عليه راضيا . اما عمليات جراحة التجميل فأن الرأي السائد هو اعتبارها مشروعة .

د ـ اتباع اصول الفن :

على الطبيب عند اجرائه العملية او المعالجة ان يتبع اصول الفن المقرة علميا وان لا يجعل عمله العلاجي يسير في مجال غير مقر فنيا او لا يزال قيد التجربة والبحث . لان عمليات الجراحة والمعالجة المباحة هي تلك التي تعتبر لازمة لتحسين صحة المريض ليس غير . مما يترتب عليه انه اذا قام المعالج بأجراء عمل على مريض لا يقره علم الطب ولا تعترف به اصول فنه فأن عمله هذا يتجرد من صفة الاباحة ويصبح جنائيا . كما لو كان المريض مصابا بجرح بسيط فقام المعالج بكيه بقضيب ملتهب بالنار من الحديد . وما يقره جمهور الاطباء من اسلوب متبع او دواء معطى هو المعول عليه في تحديد اتباع اصول الفن من عدمه .

ويعتبر الخطأ الفاحش ، الذي لا تقره قواعد المهنة ، وكذلك الاهمال الذي لا يصح صدوره من معالج يلتزم بأصول فن العلاج من باب مخالفة اصول الفن وعدم إتباعها مما يحقق مسؤولية المعالج الجنائية ويزيل صفة الاباحة عن فعله . كما لو اجرى الطبيب عملية جراحية بآلات غير معقمة او اجراها وهو بحالة سكر .

٣ ـ ممارسة الالعاب الرياضية :

من الالعاب الرياضية ما يستلزم اعمال عنف قد يترتب عليها اصابات مما يقع

---

(١) انظر جاروج ٥ ن ١٩٨٥ ـ جارسون مادة ٣٠٩ ـ ٣١١ ن ٨٤ ـ الدكتور السعيد مصطفى السعيد ، المرجع السابق ، ص ١٦٥ .

تحت طائلة احكام قانون العقوبات كالمصارعة والملاكمة ولعبة الشيش والساس والتحطيب وغيرها .ومن المتفق عليه فقهاوقضاء ان الالعاب الرياضية لا تترتب عليها مسؤولية جنائية مادام اللاعب لم يخرج عن حدود اللعب وقواعده . وقد اقر المشرع العراقي ذلك فنص في المادة (٤١) مارة الذكر على اعتبار هذه الالعاب من صور استعمال الحق كسبب للاباحة حيث قال : « . . ويعتبر استعمالا للحق اعمال العنف التي تقع اثناء الالعاب الرياضية ، متى كانت قواد اللعب قد روعيت » .

والاساس الذي يقوم عليه انتفاء المسؤولية ، هنا ، هو الاباحة القانونية لهذه الالعاب ليس غير مما يترتب عليه ان من يمارس نشاطا رياضيا حتى وان كان عنيفا لا يسأل عما ينجم عنه من اضرار بالغير لانه يستعمل حقا اباحة القانون له . ومع ذلك فأن اباحة القانون هذه مقيدة بشروط لا بد لتحققها في اللعبة كي يتمتع لاعبها بسبب الاباحة وبالتالي يعفى من المسؤولية عن الاضرار التي احدثتها اللعبة وهذه الشروط هي :

آ ـ ان تكون اللعبة معترف بها : وتكون كذلك اذا كانت شائعة بصورة عامة او خاصة . فلعبة الساس تعتبر معترف بها لانها شائعة ولو بصورة خاصة .

ب ـ ان تحصل الاصابات اثناء ممارسة اللعبة الرياضية : مما يعني ان الاعتداء الذي يقع قبل البدء باللعبة او بعد انتهائها يخضع للمسؤولية والعقاب .

جـ ان تراعى في اللعب قواعده واصوله : حيث لكل لعبة قواعدها واصولها الفنية والرياضية واجبة الاتباع فأن لم تتبع من قبل احد اللاعبين بأن تعمد الخروج عليها واحداث اصابة بمنافسه تزول صفة الاباحة عن فعله مما يترتب عليه مسؤوليته الكاملة عنه . كما لو تعمد لاعب كرة القدم ضرب احد اعضاء الفريق المنافس فأنه يسأل مسؤولية عمدية عن ضربته هذه . اما اذا ترتبت

الاصابة نتيجة اهمال اللاعب فأنه يسأل مسؤولية غير عمدية مادام إهماله يكون خروجا على قواعد اللعب المعترف بها[1] .

٤ ـ استعمال العنف في القبض على المجرمين :

يقضي قانون اصول المحاكمات الجزائية بوجوب القبض على اي شخص يشاهد متلبسا بأرتكاب جريمة . وقد يتطلب هذا القبض استعمال الشدة والعنف مع المتلبس بالجريمة لشل مقاومته والحيلولة بينه وبين الهروب. ولاجل ان يمارس الناس هذا الواجب اعتبر القانون استعمال الشدة في هذه الحالة عملا مباحا حيث نص في المادة (٤١) سالفة الذكر انه : « . . . . . ويعتبر استعمالا للحق اعمال العنف التي تقع على من ارتكب جناية او جنحة مشهودة بقصد ضبطه » .

ولاجل تحقق سبب الاباحة ، في هذه الحالة، وبالتالي اعتبار فعل العنف المرتكب مباحاً لا بد من توافر الشروط التالية:

آ ـ ان تكون جريمة المجرم المراد القبض عليه من قبيل الجنايات او الجنح . مما يعني انه لا يجوز استعمال العنف في القبض على مرتكب المخالفة وبالتالي فأن استعمل يسأل صاحبه عن نتائج استعماله جنائيا .

ب ـ ان يكون المجرم متلبساً بالجناية او الجنحة : فالتلبس هو الذي يبرر للناس استعمال العنف في القبض مما يترتب عليه انه لا يجوز استعمال العنف في غير حالات التلبس ما لم يكن قد صدر امر بألقاء القبض على الشخص من جهة مختصة .

---

(١) انظر الدكتور السعيد مصطفى السعيد، المرجع السابق، ص ١٦٨ .

جـ ـ ان يكون القصد من استعمال العنف مع الجاني هو القبض عليه : فأن كان القصد هو الانتقام او الثأر فعندئذ تتجرد الواقعة من صفة الاباحة ويسأل بالتالي مرتكبها عنها .

المبحث الرابع
الدفاع الشرعي
LA LÈGITIME DEFENSE

أساس الدفاع ومشروعيته :

ان دفاع الانسان عن نفسه ضد ما يتهدده من الاخطار أمر طبيعي توحي به الغريزة . ومن اجل ذلك اتفقت الشرائع في جميع العصور على اعتبار الدفاع سببا مانعا من العقاب ، وان اختلفت في الاساس الذي يبنى عليه وفي حدوده وشروطه .

والاعفاء من العقاب في الدفاع يقوم على احدى فكرتين : احدهما ان الدفاع حق من شأنه اباحة ما يرتكب فلا يوصف بأنه جريمة . والثانية انه عذر مانع من المسؤولية الجنائية لا يمحو صفة الجريمة عن الفعل وان كان يسقط المسؤولية عن الفاعل . وقد ترددت الشرائع المختلفة على مدى العصور بين الفكرتين . فمنها ما إعتبر الدفاع حقاكالقانون الروماني ومنها ما اعتبره مجرد عذر مانع من العقاب كالقانون الكنسي والقانون الفرنسي السابق للثورة الفرنسية . غير ان الفكرة الحديثة في الدفاع هي انه حق ، وهذا ما اخذ به المشرع العراقي حيث سماه بحق الدفاع الشرعي [1] . على ان اساس كل من الفكرتين مختلف فيه ، فأعتبار

---

(١) انظر بهذا المعنى ايضا قانون العقوبات الفرنسي وقانون العقوبات المصري وقانون العقوبات الليبي .

الدفاع الشرعي حقا يقوم في نظر بعض الكتاب ، وخصوصا القدامى ، على انه حق يقرره القانون الطبيعي ، ومنهم من رده الى نظرية العقد الاجتماعي ، وآخرون يعتبرون ان حق الانسان في حماية نفسه هو الاصل وان حق الدولة في العقاب ليس الا ثانويا بالنسبة له يكمله اذا ثبت عدم كفايته ويمنع من التغالي فيه . ويرى اصحاب المذهب الواقعي ان الدفاع الشرعي حق لان دواعيه قانونية واجتماعية وان في الدفاع عن النفس دفاعا عن المجتمع . اما اعتبار الدفاع الشرعي مجرد مانع من المسؤولية فيرجعه بعض الكتاب الى فكرة تعارض المصالح وترجيح الاغلب منها . بمعنى انه اذا تعارضت مصلحتان بحيث كان الابقاء على احداهما يستلزم تضحية الاخرى فالمصلحة العامة توحي بتضحية اقلها قيمة والاعتداء بطبيعته مضحي لحق المعتدي إن لم يكن مهدراً له أمام حق المعتدي عليه ، ومن اجل ذلك لا يسأل هذا الاخير ويرجعه اخرون الى فكرة الاكراه الادبي . باعتبار ان الخطر الداهم يعدم حرية الارادة لدى من يتعرض له فتتحرك فيه غريزة المحافظة على النفس ويؤخذ عليها انه ليس صحيحا ان المهدد بالاعتداء يفقد حرية اختياره فأنه يحتفظ بها ويستطيع ان يتحمل الاذى ولا يدفعه بارتكاب الجريمة كما ان هذا الرأي يؤدي الى نتائج لا يمكن التسليم بها وهي انه على هذا الاساس لا يجوز الدفاع الا اذا كان لدفع خطر الموت او خطر جسيم على الأقل ، وانه يكون جائزا ضد كل فعل ولو كان مشروعا كما ان هذا الرأي لا يصلح لتعليل الدفاع عن الغير[1] .

والرأي الفضل لدينا هو ما قال به اصحاب المذهب الواقعي وهو ان الدفاع لشرعي حق دواعيه قانونية واجتماعية وان في الدفاع عن النفس دفاع عن المجتمع ذلك ان المصلحة الاجتماعية هي الاساس الذي يبرر قيام الشخص بالدفاع عن النفس و المال ضد الخطر الذي يهددها على اعتبار أن التنازع بين مصالح المعتدي

---

(١) انظر جارسون ، م ٣٢٨ ن ٢ وما بعدها ـ جاروج ٢ ن ٤٣٨ ـ فيدال ومانيول ، ج ١ ن ١٩١ وما بعدها ـ دوندية ديفابر ن ٣٩٣ وما بعدها ـ الدكتور محمد مصطفى القللي ، المسؤولية الجنائية ص ٣٠٣ وما بعدها ـ الدكتور السعيد مصطفى السعيد ، المرجع السابق ص ١٨٣ .

ومصالح المعتدي عليه يؤدي من الوجهة الاجتماعية الى تفضيل مصالح الاخير على مصالح الاول لان المعتدي باعتدائه قد بخس من قيمة مصالحه . ولذلك قبل ان المدافع في الواقع لا يستعمل حقا فقط وانما يمارس واجبا من واجبات العدالة (واجبا اجتماعيا) ، لان من يصد اعتداءا غير مشروع انما يكافح ، في الحقيقة ، من اجل الحق ويساهم بالنتيجة في الدفاع عن المجتمع حيث يعيد بدفاعه الحق الى نصابه . ولهذا السبب يتوافر حق الدفاع الشرعي ليس بالنسبة للمدافع فقط وانما بالنسبة للغير ايضا[1] .

وقد عرف الفقه الجنائي حق الدفاع الشرعي بأنه : « تولي الشخص بنفسه صد الاعتداء الحال بالقوة اللازمة لتعذر الاستعانة بالسلطة لحماية الحق المعتدي عليه » . وحق الدفاع الشرعي حقا عاما (اي ليس ماليا ولا شخصيا) يقرره القانون في مواجهة الكافة ويقابله التزام الناس باحترامه . وبذلك يعد غير مشروع كل فعل يعوق استعماله . وتحقق هذا الحق يجعل من الفعل المرتكب فعلا مباحا مشروعا لا يسأل مرتكبه عنه لانه ، وهو يقوم به ، في كنف سبب من اسباب الاباحة هو الدفاع الشرعي .

لقد نص قانون العقوبات العراقي على الدفاع الشرعي كسبب من اسباب الاباحة وبين احكامه في المواد من (٤٢) الى (٤٦) حيث تضمنت هذه المواد بيان شروط قيام حالة الدفاع الشرعي والقيود التي يتقيد بها هذا الدفاع والاثر المترتب على استعماله في حدوده القانونية واخيرا حكم تجاوز هذه الحدود وهو ما سنتناوله بالبحث تباعا .

---

(١) انظر الدكتور حميد السعدي ، المرجع السابق ص ٣٣٤ ـ حندي عبد الملك ج ١ ص ٨٤ ص ٥١٧ ـ ويرى بعض كتاب الفقه الجنائي في الدول الاشتراكية ان مشروعية الدفاع الشرعي تبنى على اساس تغليب المصلحة المشروعة فيه وذلك في اطار الصراع مع المصلحة المتصارع معها . فاذا تبين ان المصلحة التي يدافع عنها لا تتعارض مع اهداف المجتمع او انها المصلحة الجديرة بالحماية ، قياسا بالمصلحة المضحى بها فتقترن صفة المشروعية بالفعل . فلكي يعتبر الفعل عملا غير مشروع يتعين ثبوت تعارضه المادي مع نصوص القانون وذلك ببلوغه درجة معينة من الخطورة الاجتماعية من شأنها تهديد العلاقات الاجتماعية الاشتراكية . فالدفاع الشرعي ، كما انه لا تتوافر فيه الخطورة الاجتماعية فهو فعل يقصد منه درء العدوان والتصدي للجريمة . انظر درمانوف ، مفهوم الجريمة ص ٩٦ ـ الدكتور سامي النصراوي المرجع السابق ص ١٥٩ .