الحصر ثم يبين في المواد التالية الاحكام التفصيلية لهذه الاسباب[1] .

وستكون دراستنا لاسباب الاباحة في مباحث اربعة نبحث في الاول منها القواعد العامة التي تحكم جميع اسباب الاباحة ثم نبحث في المباحث الثلاثة الاخرى اسباب الاباحة الثلاثة التي نص عليها قانون العقوبات العراقي وهي أداء الواجب واستعمال الحق والدفاع الشرعي وهو ما سنتناوله تباعا .

المبحث الاول

القواعد العامة في اسباب الاباحة

نريد بالقواعد العامة في اسباب الاباحة ، تلك القواعد التي تحكم جميع أسباب الاباحة دون استثناء ، الامر الذي يؤدي الى انطباقها على كل سبب من اسباب الاباحة الى جانب القواعد الخاصة بذلك السبب[2] ، ولا يعطل تطبيقها الا اذا نص القانون على ذلك ، او أبت ذلك طبيعة سبب الاباحة نفسه .

١ ـ التعريف بأسباب الاباحة :

قلنا انه يشترط لتحقق الجريمة ، اية جريمة ، تحقق اركانها العامة ، وهي الركن المادي والركن المعنوي ، والركن الشرعي . وان الركن الشرعي يتحقق عندما يسبغ المشرع الصفة غير المشروعة على السلوك (الفعل) المرتكب ، وقلنا ان هذه الصفة انما تتحقق اذا نص القانون على السلوك بأعتباره جريمة ولم يتحقق سبب للاباحة بالنسبة له . مما يعني ان انتفاء اسباب الاباحة عنصر في الركن الشرعي

---

(١) وقد كان المشرع الكويتي في ذلك موفقا كل التوفيق حيث بين في المادة ٢٦ احكام العام لاسباب الاباحة ، وهو انتفاء الجريمة وعدد في المادة (٢٧) اسباب الاباحة ثم تكلم في المواد من ٢٨ الى ٣٩ عن الاحكام التفصيلية لكل سبب من الاسباب مبتدئا باستعمال الحق ثم الدفاع الشرعي ثم استعمال الموظف سلطته واخيرا رضاء المجني عليه .

(٢) اطلق بعض الكتاب اسم النظرية العامة للاباحة ، على هذه القواعد انظر محمود نجيب حسني ، اسباب الاباحة ص ١٣ .

للجريمة لازم لتحققه ، وبعكس ذلك فان قيام سبب اباحة وتحققه ينفي الصفة غير المشروعة للسلوك وبالتالي ينفي الركن الشرعي للجريمة مما ينفي الجريمة ذاتها ويصبح بذلك السلوك (الفعل) مباحا . ولذلك قيل ان اسباب الاباحة تخرج ، اذا ما تحقق احداها ، السلوك من نطاق نص التجريم وتخلع عنه الصفة غير المشروعة وترده الى فعل مشروع[1] . ولذلك نستطيع ان نعرف اسباب الاباحة بأنها « حالات انتفاء الركن الشرعي للجريمة بناء على قيود واردة على نص التجريم تستبعد منه بعض الافعال[2] .

وتقسم اسباب الاباحة ، بالنظر الى الجانب الموضوعي الى اسباب عامة واخرى خاصة . ويراد بالاولى ، الاسباب التي تبيح اية جريمة من الجرائم دون استثناء ، كالدفاع الشرعي واستعمال الحق واداء الواجب . لان كلا منهم ممكن تصوره في كل جريمة من الجرائم اذا ما توافرت شروطه . ويراد بالثانية الاسباب التي يسري مفعولها بالنسبة لجرائم معينة دون غيرها كحق الدفاع امام المحاكم ، اذ لا يبيح هذا الحق غير القذف والسب . وتقسم بالنظر الى الجانب الشخصي الى اسباب مطلقة واخرى نسبية . ويراد بالاولى الاسباب التي يستفيد منها كافة الناس ، كالدفاع الشرعي . ويراد بالثانية الاسباب التي لا يستفيد منها الا اشخاص معينون ، كالموظف الذي ينفذ امرا صادرا له من رئيس تجب عليه طاعته ، والخصم الذي يرتكب القذف بحق خصمه اثناء المرافعة .

٢ ـ علة الاباحة :

يمكن معرفة علة الاباحة بالالتجاء الى دراسة علة التجريم ، وذلك لان

---

(١) انظر الدكتور رؤوف عبيد ، المرجع السابق ص ٤١٠ ـ الدكتور محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات اللبناني ، القسم العام ، ن ١٦٠ ص ١٧٤ .

(٢) انظر جارو ، المرجع السابق ج ٢ ن ٤٣٣ ص ١ ـ فيدال وماتيول ، المرجع السابق ج ١ ن ١٨٥ ص ٣٤٤ .

العلتين مرتبطتين ومتلازمتين . ولما كانت علة التجريم هي حماية حق او مصلحة ، فعلة تجريم القتل هي حماية الحق في الحياة وعلة تجريم الضرب او الجرح هي حماية الحق في سلامة الجسم وعلة تجريم السرقة هي حماية الحق في الملكية ، فعلة الاباحة اذن هي انتفاء علة التجريم هذه . ويتحقق ذلك فيما اذا كان الفعل او السلوك المباح لا ينال بالاعتداء حقا او مصلحة ويكون ذلك في احدى حالتين :

آ ـ اذا ما ثبت ان السلوك الذي كان الاصل فيه ان يهدد حقا لم يعد منتجا هذا الاعتداء . فالقانون يجرم افعال الجرح حماية للحق في سلامة الجسم . ولما كانت اعمال الطب والجراحة لا تؤذي سلامة الجسم وان مست مادته فهي اذن لا تهدر مصلحته في أن يسير سيرا عاديا بل تصونها . وهكذا ينتفي الاعتداء على الحق وتزول علة التجريم ، وهذا ما يسمى « مبدأ انتفاء الحق » .

ب ـ اذا ما ثبت ان السلوك لا يزال ينتج الاعتداء ولكنه في الوقت نفسه يصون حقا أجدر بالرعاية والحماية . فالقانون يجرم القتل صيانة لحق المجني عليه في الحياة . ولكنه يبيح القتل بشروط معينة كالدفاع عن النفس او المال . وعلة الاباحة تقديره ان حق المعتدي عليه في الحياة اهم عند المجتمع من حق المعتدي . لان التجاء الاخير الى العدوان هبط بالقيمة الاجتماعية لحقه . وبالتالي فأن قتل المعتدي بالرغم من انه ينتج اعتداء على حقه في الحياة ولكنه يصون حق المعتدي عليه في الحياة ، والثاني اهم من الاول عند المجتمع وارجح كفة . وهذا ما يسمى « بمبدأ رجحان الحق » .

مما تقدم نستطيع القول بأن العلة في الاباحة والاصل في قيامها عند تحقق سبب من اسبابها هو انتفاء علة التجريم وهذا يكون اما عن طريق انتفاء الحق او عن طريق رجحان الحق[1] .

---

(١) انظر الدكتور محمود نجيب حسني ، اسباب الاباحة ، ص ١٦ .

٣ ـ مصادر الاباحة :

ذكرنا ان قانون العقوبات العراقي انما ذكر اسباب الاباحة وعينها على سبيل الحصر في ثلاثة هي اداء الواجب واستعمال الحق والدفاع الشرعي[٢]. فهل هذا يعني أن القاضي ليس له أن يتعدى ما في النصوص من اسباب اباحة؟ وهل هذا يعني انه ليس للقاضي ان يتوسع في تفسيره للنصوص الخاصة بأسباب الاباحة عندما يحتاج تطبيقها الى تفسير؟.

ان ذكر اسباب الاباحة في القانون على سبيل الحصر ، يعني تقييد القاضي بالاسباب الواردة في القانون وبالتالي فليس له ان يقضي بأباحة فعل بناء على سبب اخر . ومع ذلك فأن على القاضي ان يستظهر مدى تطبيق السبب وله في هذا السبيل ان يلجأ الى التفسير الواسع والى القياس بل والى مصادر اخرى كالعرف المتفق مع اهداف القانون . وعلة ذلك اننا في مجال الاباحة غير مقيدين بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، لان هذا المبدأ خاص بخلق الجرائم والعقوبات ولا علاقة له بأسباب الاباحة وبالتالي فأن اللجوء الى غير التشريع من مصادر القانون فيها ، وأعني في اسباب الاباحة ، كالقياس او العرف او غيرها أمر مقبول ولا غضاضة فيه . بل يرى البعض انه ليس بشرط ان يستند سبب الاباحة الى مصدر قانوني معين بل قد يستخلص من مجموع النصوص القانونية او قد يرجع فيها الى المبادىء العامة للنظام القانوني وروحه[٣] ، شرط ان لا يوجد نص يقول بخلاف ذلك . فتأديب الاب لابنه او المعلم للتلميذ او الظهور في المسابح بملابس الاستحمام افعال اباحها العرف في نطاق استعمال الحق . غير أنه اذا نص القانون على منع هذا التأديب أو بعضه او منع الظهور في المسابح بملابس الاستحمام بعد ساعة معينة من النهار

---

(١) ان غالبية قوانين العقوبات نصت على اسباب الاباحة على سبيل الحصر . وقلة منها هي التي تخول القاضي الفصل في تطبيق بعض التجريم او تعطيله واعتبار السلوك مباحا ومن هذه الاخيرة قانون العقوبات السوفيتي الصادر عام ١٩٦٠ (مادة ٧) .

(٢) انظر الدكتور محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات القسم العام ن ١٥٥ ص ١٦٧ .

مثلا ، عندئذ يزول ويتلاشى هذا الحق الذي اباحه العرف لان القانون جاء مقيدا لهذا العرف او لاغيا له .

تفسير نصوص الاباحة :

يراد بالتفسير ، تحديد المعني الذي يقصده الشارع من الفاظ النص لجعله صالحا للتطبيق على وقائع الحياة . ومن المتفق عليه فقها انه لا يجوز لمن يفسر نصا جنائيا ان يستعين بالقياس على تفسيره . وعلة ذلك هو مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات ، حيث ان هذا المبدأ يعطي سلطة خلق الجرائم والعقوبات الى المشرع وحده دون القاضي . ولما كان القياس قد يؤدي الى خلق جرائم وعقوبات ، اذن لا يمكن الاخذ به مع وجود مبدأ قانونية الجارئم والعقوبات ، والا اصبح من صلاحية مطبقه ، وهو القاضي خلق جرائم وعقوبات . غير ان حظر القياس على القاضي الجنائي عند تفسيره لقانون العقوبات انما يقتصر على النصوص الخاصة بخلق جرائم وعقوبات دون غيرها . ولما كانت النصوص القانونية الخاصة بأسباب الاباحة لا علاقة لها بخلق الجرائم والعقوبات ، اذن فأن للقاضي عند تفسيره لها ان يلجأ الى جميع وسائل التفسير وطرقه بدون استثناء ومنها اللجوء الى القياس .

٥ ـ طبيعة أسباب الاباحة :

ان اسباب الاباحة ذات طبيعة موضوعية ، ذلك لان الركن الشرعي للجريمة الذي تكون اسباب الاباحة جزءا فيه هو ذات طابع موضوعي . لانه مجرد تكييف قانوني منصب على الفعل يصفه بعدم المشروعية الامر الذي لا يتطلب بحثا في نفسية الجاني . ومع ذلك فأن بعض اسباب الاباحة تعتمد على عناصر شخصية ، كما هو الحال في حق التأديب الذي يفترض ان النية متجهة الى التهذيب ومباشرة الاعمال الطبية الذي يفترض باعثا متجها الى شفاء المريض .

٦ ـ آثار الاباحة ونطاقها :

اثر الاباحة ، هو ان يخرج السلوك من نطاق نص التجريم فيصير مشروعا . وعندئذ ينتفي الركن الشرعي للجريمة فتنتفي تبعا له الجريمة والمسؤولية ويصبح وكأنه فعل لم يخضع ابتداء لنص تجريم[1] . وينصب اثر الاباحة على الفعل لا على شخص الفاعل مما يترتب عليه ان أثره متعلق بالتكييف القانوني للفعل حيث يجرده من صفته غير المشروعة .

واذا توافر سبب الاباحة فصار الفعل مشروعا استفاد من ذلك كل من ساهم فيه لا فرق ، في الاصل ، بين فاعل وشريك . فمن يدافع عن نفسه او ماله يستفيد من الاباحة وكذلك من يدافع عن غيره بل ومن يحرض غيره على الدفاع او يساعده في ذلك . ذلك لان الفعل المشروع لا يصلح محلا للمساهمة الجنائية سواء كان المساهم فاعلا ام شريكا[2] .

٧ ـ الجهل بالاباحة والغلط فيها :

يراد بالجهل بالاباحة ، هو ان يتوافر سبب الاباحة بكامل شروطه التي يحددها القانون ، غير ان مرتكب الفعل ما كان يعتقد ذلك . كحالة الموظف الذي ينفذ امرا صحيحا بالقبض او التفتيش معتقدا انه باطل . فهل ان سبب الاباحة هذا ينتج اثره رغم الجهل به ؟

المبدأ كما ذكرنا ان اسباب الاباحة ذات طبيعة موضوعية ، مما يعني ان توافرها لا يتوقف على عناصر شخصية ، كالعلم . ولكن هناك بعض أسباب للاباحة انما تدخل فيها عناصر شخصية ، ومنها العلم ، فيكون متعيناً تطلب هذه العناصر كي تعد الاباحة متوافرة . كحالة استعمال الحق كسبب للاباحة اذ يشترط

(١) انظر الدكتور محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ن ١٥٦ ص ١٦٨ .
(٢) انظر فيدال ومانيول ، المرجع السابق ج ١ ن ١٣٨ ص ٢٠٥ .

فيه توافر حسن النية . مما يترتب عليه ان الاصل في الجهل في الاباحة انه لا يحول دون توافرها . ولكنه يحول دون ذلك اذا جعل القانون العلم من شروطها[1] .

ويراد بالغلط في الاباحة ، هو ان يتوهم الجاني توافر سبب للاباحة بكل شروطه في حين ان هذا السبب غير متوافر . كحالة ان يعتقد شخص ان خطرا يهدده فيقتل من ظن انه مصدر الخطر ، او يعتقد الموظف ان امرا صحيحا قد صدر اليه ممن تجب عليه طاعته بالقبض او بالتفتيش فيأتي الفعل والحقيقة انه لم يصدر له أمر بذلك او صدر باطلا . فهل ان الغلط في الاباحة يساوي سبب الاباحة ذاته من حيث الاثر المترتب عليه فينتج ذلك الأثر.

قلنا ان اسباب الاباحة ذات طبيعية موصوعية . اذن فسبب الاباحة لا ينتج اثره الا اذا توافر فعلا بأن اجتمعت له جميع شروطه .مما يعني أن الغلط في الاباحة لا يساوي سبب الاباحة ذاته وبالتالي لا ينتج اثره . فالفعل المرتكب نتيجة الغلط في الاباحة لا يعتبر مباحا مشروعا . ومع ذلك فأن تأثيره على القصد الجنائي واضح بين ، حيث ان تحقق الغلط في الاباحة انما ينفي القصد الجنائي مما يزيل المسؤولية الجنائية العمدية ويحولها الى المسؤولية عن الخطأ غير العمدى ان كان القانون يعاقب عن فعله بهذا الوصف . فأن انتفى الخطأ ايضا زالت المسؤولية الجنائية . وهكذا فهو يؤثر في الركن المعنوي للجريمة وليس في الركن الشرعي لها .

والحق ان نظرية الغلط في الاباحة تقوم على مبدأ عام في القانون مقتضاه ان الانسان لا يكلف بما ليس في وسعه . وهي من النظريات الحديثة في الفقه

---

(١) انظر الدكتور محمود نجيب حسني ، اسباب الاباحة ، ص ٣٢ ـ الدكتور محمود محمود مصطفى ، المرجع السابق ن ٨٣ ص ١٤٥ .

الجنائي . ولم نجد في قانون العقوبات العراقي نصا عاما يبين حكم الغلط في الاباحة كما هو الحال في بعض التشريعات الجنائية الحديثة كقانون العقوبات الايطالي (مادة ٥٩) وقانون العقوبات السويسري (مادي ١٩) غير انه توجد في قانون العقوبات العراقي بعض التطبيقات لحالة الغلط في الاباحة كما هو ظاهر في المادة (٤٠) التي تقول : « لا جريمة اذا وقع الفعل من موظف او شخص مكلف بخدمة عامة في الحالات التالية :

اولا : اذا قام بسلامة نية بفعل تنفيذ الما امرت به القوانين او اعتقد ان اجراءه من اختصاصه .

ثانيا : اذا وقع الفعل منه تنفيذا لامر صادر اليه من رئيس تجب عليه طاعته او اعتقد ان طاعته واجبة عليه» .

وكذلك المادتين (٤٣ و ٤٦) الخاصتين بحالة الدفاع الشرعي . ففي هذه المواد الثلاثة اقر قانون العقوبات العراقي المساواة في الحكم بين الغلط في الاباحة وبين الاباحة ذاتها في حالتي اداء الواجب والدفاع الشرعي حيث اعتد بالخطر الموهوم في الدفاع الشرعي وبحسن النية في اداء الواجب وبذلك جاء هذا القانون غير معترف للغلط في الاباحة بوصفه الصحيح في هذا المجال الامر الذي يجعله موضعا للنقد والتجريح[1] .

٨ ـ تخلف شروط الاباحة :

ان انتاج سبب الاباحة أثره مرهون بتحقق جميع الشروط التي يحددها القانون له . وبالتالي فأن تخلف احد تلك الشروط يؤدي الى انتفاء سبب الاباحة وبقاء الفعل خاضعا لنص التجريم . فأن كان الجاني قد تعمد

---

(١) وقد سلكت نفس هذا المسلك بعض قوانين العقوبات الحديثة كقانون العقوبات الكويتي المادتين (٣٤ و ٣٨) .

الخروج على الشروط التي يقررها القانون سئل عن فعله مسؤولية عمدية ، وان كان خروجه عليها ثمرة الخطأ غير العمدي سئل عن فعله مسؤولية غير عمدية . فمن يضرب ابنه ضربا شديدا متجاوزا حدود حق التأديب ، فيؤدي ذلك الى موته ، يسأل عن ضرب مفضي الى موت . ومن كان في حالة دفاع شرعي فصوب سلاحه ضد المعتدي عليه فقتل شخصا غيره تصادف مروره ، لعدم دقته في التصويب ، سئل عن قتل خطأ . ومع ذلك فقد ينص القانون صراحة على خلاف ذلك ، وعندئذ لا بد من اتباع ما نص عليه القانون . بأعتباره استثناء من القواعد العامة اراده المشرع فنص عليه مما اوجب احترامه مثال ذلك ما جاءت به المادة ٤٥ من قانون العقوبات العراقي . حيث جعلت من تجاوز حدود حق الدفاع الشرعي قصدا او خطأ سببا يجيز للمحكمة ان تخفف العقوبة حيث قالت : «لا يبيح حق الدفاع الشرعي احداث ضرر اشد مما يستلزمه هذا الدفاع . واذا تجاوز المدافع عمدا او اهمالا حدود هذا الحق او اعتقد خطأ انه في حالة دفاع شرعي ، فأنه يكون مسؤولا عن الجريمة التي ارتكبها وانما يجوز للمحكمة في هذه الحالة ان تحكم بعقوبة الجنحة بدلا من عقوبة الجناية وان تحكم بعقوبة المخالفة بدلا من عقوبة الجنحة»[1] .

٩ ـ تمييز اسباب الاباحة :

تختلف اسباب الاباحة ، كنظام قانوني ، عن انظمة اخرى تقترب منها ، لانها تتحد معها في الاثر ، وهو عدم توقيع العقاب ، كموانع المسؤولية وموانع العقاب .

فبالنسبة لتمييزها عن موانع المسؤولية فأن هذه الاخيرة ، كما بينا ، أسباب تعرض لمرتكب الفعل فتجعل إرادته غير معتبرة قانونا بأن تجردها من الادراك او

(١) انظر بنفس المعنى المادة ٢٦ من قانون العقوبات الكويتي .

الاختيار او 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 . بينما اسباب الاباحة ، كما بينا ، اسباب تعرض للفعل ذاته فتزيل عنه صفة عدم المشروعية ، وهي لذلك ذات طبيعة موضوعية ، ينصرف تأثيرها الى الركن الشرعي للجريمة فيهدمه ، ويتناول تأثيرها جميع من ساهم في الفعل المحرم اصلا . ولا يوجد ما يمنع من اجتماع سبب الاباحة ومانع المسؤولية. كما لو دافع مجنون عن نفسه او عن غيره دفاعاً شرعياً وعندئذ لا يوقع العقاب استنادا الى السببين، ولو ان اقتناع القاضي بتوافر سبب الاباحة يجعله في غنى عن البحث في مانع المسؤ ولية[1] .

وبالنسبة لتمييزها عن موانع العقاب ، فأن هذه الاخيرة ، تفترض توافر جميع اركان الجريمة ، ومع ذلك فأن المصلحة التي يحققها توقيع العقاب ، تقل ، من حيث القيمة الاجتماعية ، عن المصلحة التي تتحقق اذا لم يوقع . مما يعني ان السبب في امتناع العقاب ، في موانع العقاب ، ليس هو انتفاء ركن من أركان الجريمة ، وانما اعتبارات المنفعة الاجتماعية التي تحدد سياسة العقاب[2] . ومثال موانع العقاب الاعفاء الذي يقرره القانون للخاطف اذا تزوج بمن خطفها زواجا شرعياً ، وللمشترك بالاتفاق الجنائي اذا بادر باخبار السلطة بوجود هذا الاتفاق وبمن اشتركوا فيه قبل وقوع اية جريمة . اذن فالفرق بين اسباب الاباحة وموانع العقاب واضح وبين على الرغم من ان العقاب لا يوقع في الحالتين وهو ان اسباب الاباحة تنفي الركن الشرعي للجريمة وبالتالي تنفي الجريمة . اما موانع العقاب فلا تنفي هذا ولا تلك بل تبقى عليهما . واسباب الاباحة يمتد تأثيرها الى كل من ساهم في الجريمة ، في حين ان الاصل في موانع العقاب ان يقتصر تأثيرها على شخص من توافرت

---

(١) انظر الدكتور محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ن ١٦٢ ص ١٧٤ .
(٢) انظر فيدال ومانيول ، المرجع السابق ج ١ ن ١٣٨ ص ٢٠٥ .

فيه[1] .

المبحث الثاني

أداء الواجب

تباشر الدولة مجموعة من الاختصاصات يحددها الدستور والقانون . وبعض هذه الاختصاصات يفترض مساسا بالحقوق والمصالح التي يحميها قانون العقوبات ولكن هذا المساس هو في سبيل مصلحة المجتمع ولهذلك اقره القانون ونظمه . وهكذا ظهر اداء الواجب كسبب من اسباب الاباحة ، نصت عليه قوانين العقوبات الحديثة ونظمته وحددت شروطه ومنها قانون العقوبات العراقي[2] ، حيث نص على ذلك في المادتين ٣٩ و ٤٠ بقوله :

مادة ٣٩ : « لا جريمة اذا وقع الفعل قياما بواجب يفرضه القانون .

مادة ٤٠ : « لا جريمة اذا وقع الفعل من موظف او شخص مكلف بخدمة عامة في الحالات التالية :

اولا : اذا قام بسلامة نية بفعل تنفيذا لما أمرت به القوانين او اعتقد ان اجراءه من اختصاصه .

ثانيا : اذا وقع الفعل منه تنفيذا لامر صادر اليه من رئيس تجب عليه طاعته او اعتقد ان طاعته واجبة عليه .

ويجب في الحالتين ان يثبت ان اعتقاد الفاعل بمشروعية الفعل كان مبنيا على اسباب معقولة وانه لم يرتكبه الا بعد اتخاذ الحيطة المناسبة . ومع ذلك فلا عقاب في

---

١) انظر فخري الحديثي ، النظرية العامة في موانع العقاب ، رسالة ماجستير بغداد ١٩٧٣ .
٢) ومن هذه القوانين قانون العقوبات البلجيكي والايطالي والمصري والسوري واللبناني والاردني والليبي والكويتي .

الحالة الثانية اذا كان القانون لا يسمح للموظف بمناقشة الامر الصادر اليه » .

من دراسة النصين المتقدمين يظهر لنا ان الاول منهما جاء ليقرر مبدأ عاما لهذا السبب من اسباب الاباحة اما الثاني فقد جاء يتضمن تطبيقات عملية له بالنسبة للموظفين والمكلفين بخدمة عامة ، وهو ما سنتناوله بالبحث في فرعين مستقلين نتكلم في الاول منهما عن المبدأ العام لاداء الواجب كسبب للاباحة وفي الثاني عن تطبيقات المبدأ في اداء الموظفين لواجباتهم .

المطلب الاول

المبدأ العام لاداء الواجب

لقد تضمن نص المادة (٣٩) من قانون العقوبات العراقي مبدأ عاما غير مقيد بجريمة او جرائم معينة ويسري على جميع المواطنين سواء كانوا مكلفين بخدمة عامة او غير مكلفين بها يحكم اداء الواجب كسبب اباحة . وهو ان كل فعل (سلوك) يرتكب تنفيذا لواجب يأمر به القانون ويفرضه يعتبر مشروعا حتى وان كان في الاصل خاضعا للتجريم فالطبيب مثلا ملزم بالمحافظة على سر مريضه ولا يجوز له افشاءه حيث يعاقب ان افشاه جنائيا (مادة ٤٣٨ عقوبات عراقي) . غير ان القانون يفرض على الطبيب احيانا ان يكشف عن هذا السر ، كما لو كان المريض مبتليا بمرض وبيل معد ، او كما لو كانت المريضة مصابة بنزيف شديد نتيجة اجهاض او كان يقصد من ذلك الاخبار عن وقوع جريمة او منع وقوعها . ان افشاء السر هذا لا يكون جريمة حيث اصبح مباحا تنفيذا لامر القانون . وكذلك نفس الحال بالنسبة لحاكم التحقيق الذي يصدر أمرا بالقبض على متهم وتوقيفه او يأمر بتفتيش منزل ، او بالنسبة الى رجل الشرطة بل وحتى احد افراد الناس اذا قبض على مجرم في حالة تلبسه بالجريمة (مادة ١٠٢ اصول جزائية) .

وأساس الاباحة في هذه الحالة هو امر القانون ، اذ عن طريقه يتحول الفعل المجرم الى فعل مباح[1] .

المطلب الثاني

تطبيقات المبدأ في اداء الموظفين لواجباتهم

لم يكتف المشرع العراقي لتحديد اداء الواجب كسبب للاباحة بنص المادة (٣٩) مارة الذكر التي حددت المبدأ العام لذلك انما اردفها بالمادة (٤٠) التي تضمنت تطبيقات عملية للمبدأ المذكور بالنسبة لاعمال الموظفين والمكلفين بخدمة عامة .

ومن دراسة نص هذه المادة يتبين انها جاء لتحدد الحالات التي يعتبر فيها عمل الموظف او المكلف بخدمة عامة ، الذي هو في الاصل جريمة ، من الاعمال المباحة . وينبغي ان نفهم تعبير « الموظف » هنا بمعناه الواسع لا بمعناه الإداري الفني الدقيق ، مما يعني انه يعتبر موظفا ، لتطبيق هذه المادة ، من كان على ملاك الموظفين او على ملاك العمال من العاملين في الدولة او المؤسسات التابعة لها سواء كانت وظيفته دائمية ام مؤقتة . اما المكلف بخدمة عامة فهو كل من تناط به مهمة عامة في خدمة الدولة بأجر او بدونه كالخبراء في المحاكم أوغيرها والاشخاص الذين يتطوعون لتعداد النفوس وغيرهم . مما يترتب عليه انه اذا لم تتوفر بمرتكب الفعل صفة الموظف او المكلف بخدمة عامة فأنه لا يستفيد من الاباحة في هذه الحالة ، وان كانت تربطه علاقة طاعة بمن اصدر اليه الامر. فالابن ان نفذ امر والده والخادم امر مخدومه ليس له التمسك والاحتجاج بحكم هذه المادة .

اما الحالات التي تضمنها النص فهي أربع حالات يمكن ردها الى صورتين.

---

(١) لاحظ النص في بداية المبحث.

الاولى ويكون العمل الذي يقوم به الموظف او المكلف بخدمة عامة فيها قانونيا، والثانية ويكون العمل الذي يقوم به الموظف او المكلف بخدمة عامة غير قانوني.

١ ـ صورة العمل القانوني :

ويكون العمل الذي يقوم به الموظف او القائم بخدمة عامة، قانونيا ، اي مطابقا للقانون ، حسب نص المادة (٤٠) مارة الذكر في حالتين هما : (١) حالة ما اذا ارتكب الفعل تنفيذا لامر رئيس وجبت عليه طاعته (فقرة ب) . (٢) حالة ما اذا ارتكب الفعل تنفيذا للقانون **(فقرة أ)**

وتتفق الحالتان في ان الموظف او المكلف بخدمة عامة فيهما يقوم بواجب. ويختلفان في أن الموظف او المكلف بخدمة عامة في الحالة الثانية يتحمل مسؤولية العمل شخصيا اما في الاولى فأنه ينفذ فيها امرا يتحمل غيره مسؤوليته . وعلى اية حال يجب ان يكون العمل في الحالتين قانونيا :

فبالنسبة للحالة الاولى ، واعني حالة ارتكاب الفعل تنفيذا لأمر الرئيس ، فأن الامر ، حتى تجب على المرؤوس طاعته ، يجب ان يكون قانونيا . كمدير السجن الذي يحبس شخصا بمقتضى امر كتابي يجب ان يكون هذا الامر صادرا من محكمة وبحسب الاصول المنصوص عليها قانونا . وكمنفذ عقوبة الاعدام بناء على امر صادر اليه فأنه يجب ان يكون هذا الامر صادرا وفق القانون . فأن لم يكن الامر صادرا وفق القانون سواء من حيث موضوعه او من حيث الاختصاص بأصداره فأنه لا يدخل في هذه الصورة وبالتالي لا يخضع لحكمها .

وبالنسبة للحالة الثانية ، اعني حالة ارتكاب الفعل تنفيذا للقانون مباشرة . فالمفروض فيها ان الموظف او المكلف بخدمة عامة قام بواجب مفروض عليه قانونا ، وانه لم يخرج عن حدود واجبه . كقاضي التحقيق الذي يفتش منزل متهم بجناية . فأن اخطأ في فهم واجبه او معرفة حدوده خرج الفعل عن هذه

الصورة . وكذلك الامر في حالة دخول رجل الشرطة منزلا وهو يعقب مجرما ارتكب جناية مشهودة واصدار حاكم التحقيق امرا بتوقيف متهم.

ومما هو جدير بالذكر ، ان عبارة « تنفيذا لما أمرت به القوانين »الواردة في الفقرة (آ) من المادة (٤٠) مارة الذكر ليست دقيقة . اذا ليست بشرط لاباحة الفعل ان يأمر القانون بأجراءة بل يكفي ان يقره القانون ويجيزه . فالقانون لا يوجب على قاضي التحقيق توقيف المتهم دائما وانما يجيز له ذلك في بعض الحالات .

في هذه الصورة بحالتيها المتقدمتين لا يعتبر العمل القانوني المرتكب جريمة ، اذ ان امر القانون يجعله مباحا وبالتالي فلا تترتب عليه اية مسؤولية سواء كانت جنائية او مدنية[1] .

٢ ـ صورة العمل غير القانوني :

ويكون العمل غير قانوني ، حب نص المادة (٤٠) مارة الذكر في حالتين ايضا هما : (١) حالة ما اذا كان الموظف او المكلف بخدمة عامة قد ارتكب العمل تنفيذا لأمر ليس من الاوامر الواجب عليه العمل بها ، اما لان العمل المأمور به في ذاته غير جائز في القانون ، او لان الامر به صدر ممن لا يملك اصداره او لان الموظف الذي أمر به ليس رئيسا له في الحقيقة . ويكون الموظف قد ارتكب العمل رغم ذلك معتقدا بصحة الامر الصادر اليه وانه مكلف بتنفيذه كما لو قبض الموظف بحسن نية على انسان بمقتضى أمر بالقبض باطل من حيث الشكل . (٢) وحالة ما اذا اخطأ الموظف في معرفة واجبه وارتكب العمل بحسن نية اعتقادا منه انه من اختصاصه . كحالة الموظف الذي يقبض بحسن نية على انسان غير الذي عين في امر بالقبض مستجمع للشروط القانونية .

---

(١) انظر الدكتور السعيد مصطفى السعيد ، المرجع السابق ص ١٧٧ ـ الدكتور حميد السعدي ، المرجع السابق ص ٣٢٢ .