استعمال الإباحة مثل هو (أمر القانون بأداء الواجب)

{ أداء الواجب }

الدولة استأثرت بحق التجريم والعقاب بموجب الدستور والقانون

تباشر الدولة مجموعة من الاختصاصات يحددها الدستور والقانون ، بعض هذه الاختصاصات يفترض مساساً بالحقوق والمصالح التي يحميها ق.ع ولكن هذا المساس هو في سبيل مصلحة المجتمع ولذلك أمره القانون ونظمه.

ولهذا ظهر أداء الواجب كسبب من أسباب الإباحة نصت عليه قوانين العقوبات الحديثة ونظمته وحددت شروطه ومن هذه القوانين ق.ع.ع في المادتين ٢٩ و ٤٠ . فالمادة (٢٩) تقرر { لا جريمة إذا وقع الفعل قياماً بواجب يفرضه القانون } . للاشخاص بصورة عامة

الموظف والمكلف م(٤٠) { لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أو شخص مكلف بخدمة عامة في الحالات التالية :-

جهل وغلط

أولاً / إذا قام بسلامة نية بفعل تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو اعتقد أن اجراءه من إختصاصه .

غلط

ثانياً / إذا وقع الفعل منه تنفيذاً لأمر صادر اليه من رئيسه تجب عليه طاعته أو اعتقد ان طاعته واجبة عليه .

قيد

ويجب في الحالتين أن يثبت أن إعتقاد الفاعل بمشروعية الفعل كان مبنياً على أسباب معقولة

ب) انه لم يرتكب الابعد اتخاذ الحيطة المناسبة .

ج) ومع ذلك لا عقاب بالنسبة للحالة الثانية اذا كان القانون تعديل لا يسمح للموظف بمناقشة الامر الصادر اليه }

من دراسة النصين المتقدمين يظهر لنا أن الاول جاء ليقرر مبدأ عام لهذا السبب من اسباب الاباحة ، أما الثاني فقد جاء يتضمن تطبيقات عملية له بالنسبة للموظفين والمكلفين بخدمة عامة .

{ المبدأ العام لاداء الواجب }

تضمن نص المادة (٢٩) مبدأ عام غير مقيد بجريمة أو جرائم معينة ويسري على جميع المواطنين سواء كانوا مكلفين بخدمة عامة او غير مكلفين بها . ضمن المبدأ العام يحكم اداء الواجب كسبب اباحة .

هذا المبدأ يتجسد بـ { ان كل سلوك يرتكب تنفيذاً لواجب يأمر به القانون ويفرضه يعد مشروعاً وان كان في الاصل خاضعاً للتجريم }

← فالطبيب مثلاً ملزم بالمحافظة على سر مريضه ولا يجوز له افشاءه والا عاقب وفق المادة (٤٢٨ ع) ، الا ان القانون يفرض على الطبيب احياناً ان يكشف عن هذا السر كما لو كان المريض مبتلياً بمرض معد ، او كانت المريضة مصابة بتزيف شديد ينتج إجهاض ، او كان يتمهد من ذلك الاخبار عن وقوع جريمة او منع وقوعها . هنا قيام الطبيب بافشاء السر لا يعد جريمة اذ أصبح مباحاً تنفيذاً لأمر القانون.

← كذلك بالنسبة لقاضي التحقيق الذي يصدر أمراً بالقبض على متهم وتوقيفه أو يأمر بتفتيش منزل ، كذلك بالنسبة لرجل الشرطة وكذلك لأي فرد من الناس اذا قبض على مجرم في حالة تلبس بالجريمة (م ١٠٢ اجراءات).

← اذن اساس الاباحة هنا هو { أمر القانون } اذ عن طريقه يتحول الفعل من مجرم الى مباح

{ تطبيقات المبدأ في اداء الموظفين لواجباتهم }

المادة (٤٠) تضمنت تطبيقات عملية للمبدأ السابق بالنسبة لاعمال الموظفين والمكلفين بخدمة عامة

ومن دراسة نص هذه المادة يتبين أنها جاءت لتحدد الحالات التي يعد فيها عمل الموظف أو المكلف بخدمة عامة، والذي هو في الاصل جريمة ، من الاعمال المباحة .

وينبغي ان نفهم تعبير الموظف في هذه الحالة بمعناه الواسع لا بمعناه الاداري الفني الدقيق . اذ يعد موظفاً لتطبيق هذه المادة / من كان على ولاية الموظفين أو على ولاية العمال من العاملين في الدولة أو المؤسسات التابعة لها سواء كانت وظيفته دائمة أم مؤقتة .

أما المكلف بخدمة عامة / فهو كل من تناط به مهمة عامة في خدمة الدولة بأجر أو بدون كالخبراء في المحاكم أو غيرها والاشخاص الذين يتطوعون لتعداد النفوس وغيرهم . مما يترتب عليه أنه اذا لم تتوافر بمرتكب الفعل صفة الموظف أو المكلف بخدمة عامة فانه لا يستفيد من الاباحة في هذه الحالة وان كانت تربطه علاقة قائمة بمن أصدر اليه الامر . فالابن الذي نفذ أمر والده والخادم أمر مخدومه ليس له التمسك والاحتجاج بحكم هذه المادة .

أما الحالات التي تضمنها النص فهي ٤ حالات يمكن أن تنضم إلى صورتين:

الأولى / يكون العمل الذي يقوم به الموظف أو المكلف بخدمة عامة مخالفاً قانوناً

الثانية / يكون العمل الذي يقوم به الموظف أو المكلف بخدمة عامة غير قانوني

أولاً / صورة العمل القانوني

ويكون العمل الذي يقوم به الموظف أو القائم بخدمة عامة (قانونياً) أي مطابقاً للقانون، ومن ثم نجد المادة (٤٠) حالتين هما:-

١) حالة ما إذا ارتكب الفعل تنفيذاً لأمر رئيسه تجب عليه طاعته

٢) " " " " " للقانون (م٣)

- تتفق الحالتان في أن الموظف أو المكلف بخدمة عامة (يقوم بواجب)
- ولكن تختلف الحالتان في أن الموظف أو المكلف بخدمة عامة في الحالة الثانية يتحمل مسؤولية العمل شخصياً، أما في الأولى فإنه ينفذ فيها أمراً يتحمل غيره مسؤوليته.

وعلى أية حال يجب أن يكون العمل في الحالتين قانونياً

← ففي الحالة الأولى أي حالة ارتكاب الفعل تنفيذاً لأمر الرئيس

{ حتى تجب على المرؤوس طاعة الأمر، يجب أن يكون الأمر قانونياً }

كمدير السجن الذي يحبس شخصاً بمقتضى أمر كتابي يجب أن يكون هذا الأمر صادراً من محكمة وحسب الأصول المنصوص عليها قانوناً. وكذلك منفذ عقوبة الإعدام بناء على أمر صادر فإنه يجب أن يكون هذا الأمر صادراً وفق القانون.

← وإذا لم يكن الأمر صادراً وفق القانون سواء ١) من حيث موضوعه أو ٢) من حيث الاختصاص بإصداره، فإنه لا يدخل في هذه الصورة وبالتالي لا يتمتع لحكمها.

— أما الحالة الثانية أي حالة ارتكاب الفعل تنفيذاً للقانون مباشرة

المفروض فيها أن الموظف أو المكلف بخدمة عامة قام بواجب مفروض عليه قانوناً وأنه لم يخرج عن حدود واجبه. كما في التحقيق الذي يفتش منزل متهم بجناية، فإن أخطأ في فهم واجبه أو معرفة حدوده فرمى الفعل عن هذه الصورة.

القانون أمر له حدود واجبة

وكذلك الامر في حالة دخول رجل الشرطة منزلاً وهو يعقب مجرماً إرتكب جناية مشهودة واصدر قاضي التحقيق أمراً بتوقيف المتهم.

(م ٢٠ أصول)

وبما هو جدير بالذكر ان عبارة (تنفيذاً لما أمرت به القوانين) الواردة في الفقرة أ من المادة (٤٠) ليست دقيقة. اذ ليس شرط لاباحة الفعل أن يأمر القانون بأجراءه بل يكفي ان يقره القانون ويجيزه. فالقانون لايوجب على قاضي التحقيق توقيف المتهم دائماً وانما يجيز له ذلك في بعض الحالات في هذه الصورة بالتبعية المتقدمتين لا يعد العمل القانوني المرتكب جريمة أن أمر القانون بجعله مباحاً وبالتالي فلا تترتب عليه أية مسؤولية سواء كانت جنائية أو مدنية.

ليس شرط الامر بل تكفي اجازة القانون للفعل

ثانياً / صورة العمل غير القانوني

١- عندما يرتكب العمل تنفيذاً لأمر ليس من الاوامر الواجب عليه العمل بها رغم اصدره من لا يملك حق إصداره أو كان ليس من الاوامر التي يجب عليه العمل بها أو كان الموظف الذي أمر به ليس رئيساً له في الحقيقة (حسن النية)
٢- عندما يخطئ الموظف في معرفة واجبه وارتكب العمل بحسن نية.

يكون العمل غير قانوني حسب نص (م ٤٠) في حالتين :-

الحالة الاولى / اذا كان الموظف او المكلف بخدمة عامة قد إرتكب العمل تنفيذا لامر ليس من الاوامر الواجب عليه العمل بها إما (أ) لأن العمل المأمور به في ذاته غير جائز في القانون. او (ب) لأن الامر به صدر ممن لا يملك إصداره أو (ج) لان الموظف الذي أمر به ليس رئيساً له في الحقيقة.

ويكون الموظف قد إرتكب العمل رغم ذلك معتقداً بصحة الامر الصادر اليه وانه مكلف بتنفيذه.

كما لو قبض الموظف بحسن نية على إنسان بمقتضى أمر بالقبض ولكنه باطل من حيث الشكل.

الحالة الثانية / اذا ما أخطأ الموظف في معرفة واجبه وارتكب العمل بحسن نية اعتقاداً منه انه من اختصاصه.

كحالة الموظف الذي يقبض (بحسن نية) على انسان غير الذي عُنيّ في الامر بالقبض الصحيح والمستجمع لشروطه القانونية.

القبض على انسان غير المعني في امر القبض القانوني (بحسن نية)

واذ ان العمل غير قانوني في حالتي الحالتين كان من المفروض ان

يسأل مرتكبه موظفاً كان او مكلفاً بخدمة عامة . ولكن المشرع رأى ضماناً لما يجب للموظفين أو المكلفين بخدمة عامة من الطمأنينة في القيام بعملهم أن يتم اعفائهم من المسؤولية الجنائية ولكنه قيد هذا الاعفاء بقيدين أو بشرطين هما :-

(١) أن يكون حسن النية — حسن النية

(٢) ان اعتقاد الفاعل بمشروعية الفعل كان مبنياً على اسباب معقولة — اعتبار معقولة

وانه لم يرتكب الا بعد اتخاذ الحيطة المناسبة . { كقيام عمال البلدية بتهديم جدار ينزل بناء على امر صادر اليهم بذلك } .

(١) حسن النية

يشترط القانون توافر حسن النية في المادة (٤٠) في الصورتين الموافقة للقانون والمخالفة له .

ويقصد بحسن النية / ان لا يكون المنفذ مخفياً قصداً سيئاً تحت ستار تنفيذ القانون في الظاهر ، علماً أن القانون يستلزم من الموظف أو المكلف في جميع الاحوال الا عتقاد بمشروعية الفعل الذي ارتكبه . وهذا الشرط لا يثار في الصورة التي يكون فيها العمل مطابقاً للقانون ، ولكنه يثار في الصورة التي يكون فيها العمل مخالف للقانون سواء كان الموظف قد قام بتنفيذ أمر رئيسه أم كان ينفذ القانون مباشرة .

والاعتقاد بمشروعية العمل هو حسن النية المطلوب هنا وهو يستلزم أن يكون الموظف أو المكلف بخدمة عامة جاهلاً لما ينطوي 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} بما ينطوي عليه الامر من مخالفة للقانون ورغم ذلك نفذه ، صار يعاقب .

ويكون الامر مخالف للقانون اذا كانت الوقائع التي أمر بها مما لا يمكن للرجل العادي الفهم أن يفترض فيها انها مما يجوز لرئيسه ان يأمر مرؤوسيه بارتكابها كخروج عن الحدود (كالامر بتعذيب معتقلين أو حرمانهم من الطعام) أو مداهمة منازل وقتل من فيها أو تزوير في اوراق انتخاب) هنا وجه الاجرام بديهي . بحيث لا يكون المكلف بتنفيذ الامر يعتقد ان العمل الذي يرتكبه الموظف بنفسه تنفيذاً للقانون (اي على اساس ان القانون يأمر بذلك)

جهل الموظف بعدم قانونية الامر

يفترض في الشخص العادي ان يعرف ان هذا الامر مما لا يجوز لرئيسه ان يأمر به

٢) التثبت واتخاذ الحيطة / الاعتقاد المبني على اسباب معقولة

اذ استلزم نص المادة (٤) اضافة لحسن النية أن يثبت ان اعتقاد الفاعل بمشروعية الفعل كان مبنياً على اسباب معقولة وانه لم يرتكبه الا بعد اتخاذ الحيطة اللازمة.

فأذا كان فاعل الفعل قد قام بالتثبت ولم يكن مخطئاً عن اسباب معقولة فلا يصح له التمسك بهذه المادة.

واضح أن اثبات حسن النية والتثبت واتخاذ الحيطة تقع على عاتق الموظف أو المكلف بالخدمة.

استثناء الاوامر التي لا تقبل النقاش

- مع ذلك فلا عقاب في حالة وقوع الفعل تنفيذاً لأمر صادر من رئيسه تجب طاعته او اعتقد انه طاعة واجبة عليه حتى وان لم يتثبت منها اذا كان القانون لا يسمح للموظف بمناقشة الامر الصادر اليه كما هو الحال في الاوامر العسكرية.

استعمال الحق

هو المصلحة التي يعترف بها القانون ويسبغ عليها حمايته. ويقتضي الحق أن تكون وسيلة استعماله مباحة والا لا تكون له قيمة.

وحيث وجد الحق وجبت معه الاباحة. فليس من المستساغ ان يأذن المشرع بأمر أو يوجبه ثم يفرض عليه الجزاء باعتباره جريمة. وتلك هذه القاعدة لا تحتاج الى اي نص لكونها من القواعد المرعية المسلم بها. ومع ذلك نصت عليها الكثير من قوانين العقوبات لأهميتها وهذا فعله ق ع ع اذ نص على استعمال الحق كسبب اباحة في المادة (٤١) بقوله:-

« لا جريمة اذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون. ويعتبر استعمالاً للحق:-

١- تأديب الزوج زوجته وتأديب الاباء والمعلمين ومن في حكمهم الاولاد القصر في حدود ما هو مقرر شرعاً او قانوناً او عرفاً.

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

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

٤ - اعمال العنف التي تقع على من ارتكب جناية أو جنحة مشهودة بقصد ضبطه.

من دراسة هذه المادة يظهر لنا أنها تتضمن :-

١- تحديد استعمال الحق كسبب للاباحة لشروط تحققه وقيوده

٢- تطبيقات عملية له

استعمال الحق كسبب عام للاباحة

وجود الحق
مشروعية وسيلة الاستعمال :-
١- من حيث حسن النية في الاستعمال
٢- من حيث الحدود المعقولة لاستعمال الحق

يقصد بأستعمال الحق الحالات التي يكون فيها الفعل المرتكب قد وقع إستعمالاً لحق خاص يقرره القانون لمرتكبه.

وسنتناول لذلك :-

١) وجود الحق ٢) ان تكون وسيلة استعمال الحق مشروعة

أولاً / وجود الحق

لابد من وجود الحق لكي يتم استعماله كسبب اباحة كما لابد من تحققه، وهو يتحقق عند {وجود مصلحة} يعترف بها القانون ويحميها. وتعد هذه المصلحة قائمة وموجودة لمن يستفيد من الاباحة ولغيره أيضاً كما في حالة تأديب الأب لابنه أو المعلم للتلميذ فالمصلحة هنا ليست لمن يقوم بالتأديب وانما للاسرة والمجتمع. كذلك في حالة العلاج الطبي المصلحة ليست للطبيب وانما للمريض والمجتمع.

يتحقق الحق عند وجود مصلحة يعترف بها القانون ويحميها

ليس صاحب الحق هو المستفيد بل الجهة (الغير) هو الذي يتحقق له المصلحة

ولابد من الرجوع للقانون للتأكد من وجود الحق فأن إعترف به وصانه أصبح صالحاً كسبب للاباحة. وليس ضرورياً أن يكون هذا الاعتراف في تشريع فقد يكون مصدره العرف أو الشريعة الاسلامية في الحدود التي تكون فيها الشريعة جزءاً من النظام القانوني العام وبشرط ألا يوجد نص تشريعي يخالف ذلك. كظهور الناسك فلابد السباحة مثلاً في اماكن السباحة وكحق الزوج في تأديب زوجته.

يعترف بالحق
١) من تشريع الشرع
٢) من تشريع العرف
٣) من الشريعة الاسلامية

ثانياً / مشروعية وسيلة إستعمال الحق

مستلزمات
١) حسن النية
٢) الحدود المعقولة لاستعمال الحق

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

- **فعلة حيث حسن النية** / ان حسن النية الذي يتطلبه القانون هو استهداف صاحب الحق بفعله نفع الغرض الذي من أجله قرر الحق له . ومن المعلوم ان جميع الحقوق غائية أي قرر ها القانون لاستهداف اغراض معينة وبالتالي فلا يعرف القانون حقوقاً مجردة من الغاية . فاذا شاء أن صاحب الحق يريد به غرضاً آخر غير المقرر له قانوناً حتى وان لم يكن مرذول في ذاته فسنا يعد هذا التعسف سعياً بالنية وليس له اذ يتبع لاباحة فعله بالحق ، اذ لم يكن الفعل مؤدياً وظيفته الاجتماعية التي تحدد هذا الحق . فالملاكم الذي يضرب منافسه انما يستهدف المبارزة الرياضية المجردة من كل شر ولكنه اذا سعى الى غاية سيئة ليست رياضية فعندئذ يجرد فعله عن المشروعية ، والاب الذي يضرب ابنه انما يريد بذلك التهذيب فان انحرف قصده الى شيء آخر كالانتقام او مجرد الايذاء فلا يتحقق لعمله حسن النية وبالتالي لا يعد عمله مشروعاً . كذلك الطبيب الذي يجري عملية جراحية لغرض اجراء تجربة وليس لشفاء المريض.

ومن الجدير ذكره ان نص المادة (٤١) جاء خالياً من ذكر (حسن النية) كشرط لاستعمال الحق وصنايعه قصور وتقصير في القضاء لا بد من تلافيه تشريعياً.

- **ومن حيث التزام حدود الحق** / القانون لا يعرف حقوقاً مطلقة عن كل قيد ، اذ الحقوق جميعاً نسبية ولذلك لابد صيانة الحقوق من دخول الفعل في نطاق الحق محدداً وفق كل ما يتطلبه القانون من شروط. وتتعلق هذه الشروط بـ :-

(١) تارة بالشخص مستعمل الحق (كحق التأديب فان ممارسته مشهورة على الزوج بالنسبة لزوجته والاب بالنسبة لابنه والمعلم لتلاميذه وبالتالي لا يجوز لغير هم أن يستعمله).

(٢) وتارة بجسامة الفعل (فالتأديب مشروط بالضرب الخفيف فقط ، وتختلف القيود والشروط وباختلاف الحقوق دون أن تكون لها قاعدة عامة شاملة وانما يبقى كل حق على حدة لاستخلاص شروطه وتحديد نظامه .

{تطبيقات إستعمال الحق}

قرر ق.ع.ع في المادة (٤١) نماذج أربعة لاستعمال الحق ، وكان توجه المشرع العراقي انه ذكر هذه النماذج على سبيل المثال لا الحصر اذ إنه أورد حالات أخرى لاستعمال الحق كسبب اباحة مثالها أباحة إفشاء السر والقذف بحق الموظف العمومي أو من في حكمه وغيرها اذا ما توافرت شروطها كما نص عليها القانون .

والنماذج التي ذكرتها المادة (٤١) هي الأكثر شيوعاً ووقوعاً وهي :-

أولاً / حق التأديب

اذ قررت المادة ٤١ أنه « لا جريمة اذا وقع الفعل إستعمالاً للحق . ويعتبر استعمالاً للحق تأديب الزوج زوجته وتأديب الاباء والمعلمين ومن في حكمهم الاولاد القصر في حدود ما هو مقرر شرعاً أو قانوناً أو عرفاً » . مما يعني ان حق التأديب يشمل {وعلى سبيل الحصر} الزوجة والاولاد .

① تأديب الزوجة

١- ان يكون خفيفاً ودون اثر
٢- ان يكون بسبب ارتكاب المعصية وعدم الطاعة المنصوص عليها في الشريعة الاسلامية
٣- ان تكون غاية التأديب لا غير

من المتفق عليه طبقاً لاحكام الشريعة الاسلامية أن للزوج حق تأديب زوجته بالضرب ضرباً خفيفاً على المعصية التي لم يرد بشأنها حد مقرر ، ولكن لا يجوز له أصلاً أن يضربها ضرباً فاحشاً ولو بحق وهو ما يسمى بالولاية التأديبية للزوج على زوجته .

ويراد بالضرب الخفيف أو البسيط {هو الضرب الذي لا يحدث الكسر أو الجرح ولا يترك أثراً أو لون ولا يتخلف عنه مرض} (ولكنهم نسوا الاثر النفسي)

وهذا يعني انه اذا ضرب الزوج زوجته بغير حق ومن دون معصية ارتكبت ولو ضرباً بسيطاً فأن فعله لا يعد مباحاً ، كذلك الامر لو ضربها ضرباً شديداً مبرحاً ولو لمعصية فأن فعله لا يعد مباحاً . وبالتالي فانه في الحالتين يخضع للمسؤولية والتجريم .

ولما كان مصدر هذا الحق هو الشريعة الاسلامية فأنه لابد من الالتزام بالشروط التي وضعتها الشريعة لاستعماله وهي أن يكون الضرب آخر الطاف اذ يجب ان يسبقه وعظ المرأة ، فأن لم ينفع ، فاللجوء الى هجرها في

المشجع ، فان لم ينفع ، فجواز اللجوء الى الضرب الخفيف . ومع ذلك فلا يجوز اللجوء له ان كانت هناك وسيلة أخرى تنفع بدلاً عن الضرب . والاعتبار

والضرب هنا يجب أن يقيد بالغاية الاجتماعية المرجوة منه وهي (التأديب) فاذا ما خرج من هذا القيد الى باعث آخر كالانتقام أو الاستيلاء على المال أو الدفع الى طلب الطلاق أو الدفع الى طريق الفاحشة أو غيرها ، فانه يتحول الى عمل إجرامي يزول به سبب الاباحة ويتحول الى جريمة يُسأل عنها الزوج مسؤولية جنائية .

٢ تأديب الاولاد القصّر

تضمنت المادة (٤١) منح حق تأديب الصغار الى الاباء والمعلمين ومن في حكمهم كالولي والوصي والاخ الكبير والام .

وينبغي أن تفسر كلمة (المعلم) تفسيراً واسعاً بحيث تشمل المعلم في المدرسة والمعلم لحرفة أو صنعة أو مهنة ، وولاية التأديب لهذه تتضمن إجازة استعمال الضرب الخفيف من أجل تعليمهم وتهذيبهم وتوجيههم عندما يحتاج الامر الى ذلك . وان يكون هذا الضرب مقيداً بالحدود المقررة شرعاً او قانوناً أو عرفاً .

والضرب المسموح به شرعاً هنا وفق الشريعة هو الضرب باليد الذي لا يتجاوز ثلاث ضربات وفي مواضع ليست خطرة بحيث لا ينال الرأس أو الوجه أو القلب ، وان لا يكون شديداً من شأنه كسر العظم أو شق الجلد ، كما لا يجوز مطلقاً إستعمال آلة او عصا أو سوطاً .

ويراد بالولد القاصر هنا من لم يبلغ سن الرشد ولم يتحرر بعد من الولاية على النفس مما يترتب عليه أن الضرب الشديد لا يحقق سبب الاباحة وكذلك الضرب الذي لا يكون الغرض منه التعليم والتقويم حتى وان كان خفيفاً .

فالمعلم الذي يضرب القاصر إنتقاماً منه أو ليعتدي على جريمة أو أي عمل مشين فانه لا يتمتع بسبب الاباحة وانما يُسأل عن جريمة مسؤولية جنائية .

ثانياً / عمليات الجراحة والعلاج الطبي

ان المساس بجسم الانسان يشكل اعتداء على حقه في سلامة جسده .

وهذا الاعتداء يشكل جريمة تسمى (الايذاء العمد أو الضرب المفضي الى موت) بحسب النتيجة التي يؤدي اليها الاعتداء.

الا أن أعمال الجراحة والمعالجة الطبية التي يجريها الاطباء على مرضاهم تخرج من نطاق هذا التجريم وتعد مباحة إستناداً لنص القانون الذي رفع عنها الصفة الجنائية والى ذلك أشارت المادة (٤١) بقولها:-

(ويعد استعمالاً للحق عمليات الجراحة والعلاج على أصول الفن متى اجريت برضاء المريض أو ممثله الشرعي أو اجريت بغير رضاء أيهما في الحالات العاجلة).

① وبصورة عامة، لا يعد رضاء المريض أساساً في انتفاء مسؤولية الطبيب في هذه الحالة لان القاعدة العامة في القانون الجنائي أن ليس لرضاء المجني عليه من أثر في توافر المسؤولية الجنائية أو عدم توافرها. (ليس لرضا المريض)

② كما لا يعد إنتفاء القصد الجنائي لدى الطبيب أساساً لعدم مسؤوليته لان الواقع هو أن قصد الايذاء قائم عنده مادام يرتكب الفعل عن ارادة وعلم بأن من شأن فعله المساس بجسم المريض أو بصحته. (وليس لانتفاء قصد الطبيب)

انما اساس ذلك هو أن الطبيب يستعمل حقاً مقرراً له بمقتضى القانون باجراء العلاج اللازم

(واما الاساس هو أساس المشروعية هو استعمال الطبيب حقه القانوني باجراء العلاج اللازم)

فاجازة القانون للطبيب بهذه الاعمال هي الاساس في اباحتها له وعدم تحقق مسؤوليته الجنائية عنها.

ومع ذلك فأن لتحقق هذه الاباحة شروطاً لابد من تحققها حتى تقوم الاباحة وهي:-

① التـرخيص بالعلاج:-

اذ يجب أن يكون الشخص الذي يجري العلاج او عمليات الجراحة مرخصاً له قانوناً باجراءها سواء كان طبيباً أو قابلة أو ممرضة. وهذا مابينه بشكل كامل قانون مزاولة المهن الطبية والقوانين الاخرى. فأذا لم يكن مرخص له بذلك تحققت مسؤوليته الجنائية عن افعاله ونتائجها. فالعلاج لا يحق له أجراء مثل هذه العلاجات مهما كان نوعها والا تحققت مسؤوليته.

② رضا المريض:-

يعد شرطاً لتحقق الاباحة في عمليات الجراحة والعلاج الطبي بدونه يكون

تُعفي العلاج أو العملية الجراحية مسؤولاً جنائياً .

شكل الرضا ← والرضاء يكون اما شفاهاً أو كتابة أو قد يكون ضمنياً ويتحقق بمجرد لجوء المريض الى الطبيب لمعالجته . واذا لم يكن المريض ممن توافر لديه أهلية الرضا والقبول فيقوم مقامه ممثله الشرعي

المريض في حالة خطر ← ومع ذلك فقد يكون المريض في حالة خطر مما يتطلب الاسراع في معالجته أو إجراء عملية جراحية له لانقاذ حياته ولا يكون في وسعه التعبير عن رضائه ويتعذر الحصول على من ينوب عنه كممثل شرعي يعبر عن ارادته، في هذه الحالة تقوم الضرورة ويستطيع الطبيب بمفتضاها أن يتدخل ويجري العملية أو العلاج المذكور دون الحصول على رضا المريض .

(٣) قصد العلاج :-

يجب أن يكون عمل الطبيب أو المعالج مقصوداً به علاج المريض اذ انه - العلاج - هو علة الاجازة القانونية وان استعمال الحق يجب ان يكون وفقاً للغرض الذي من أجله وجد . فإن لم يكن قصد الطبيب العلاج كأن يكون الاضرار بالمريض أو تخليصه من التزام كواجب الخدمة العسكرية أو لتسهيل تعاطي المواد المخدرة او إجراء تجربة علمية فأنه يسأل جنائياً عن عمله مسؤولية عمدية .

عمليات التجميل ← أما عمليات جراحة التجميل فأن الرأي السائد هو اعتبارها مشروعة .

(٤) إتباع أصول الفن :-

على الطبيب أو المعالج عند اجرائه العملية أو العلاج ، أن يتبع أصول الفن المقررة علمياً وان لا يجعل عمله العلاجي يسير في مجال غير مقنن فنياً أو لا يزال قيد التجربة والبحث . اذ أن عمليات الجراحة والعلاج الباحة هي تلك التي تعد لازمة لتحسين صحة المريض فقط .

← وهذا يترتب عليه انه اذا قام المعالج باجراء عمل على مريض لا يقره علم الطب ولا تعترف به اصول فنه فأن عمله هذا يتجرد من صفة الاباحة ويصبح جنائياً . كما لو كان المريض مصاباً بجرح بسيط فقام المعالج بكيه بالنار

← وما يقره جمهور الاطباء من أسلوب منتج و دواء معطى ، هو المعول عليه في تحديد اتباع أصول الفن من عدمه .

الخطأ الفاحش ← ويعد الخطأ الفاحش الذي لا تقره قواعد المهنة ، ولذلك الاعمال

الذي لا يمنع مسئوليته من يعالج بقدر أعلى من العلاج منه إذا خالف أصول اللعبة
وعدم إتباعها بما يوفق مسئولية المعالج الجنائية وترك مسئولية الإصابة عند حدوث
كما لو أجرى الطبيب عملية جراحية بآلات غير معقمة أو إجراء صورة بالأشعة

(٣) ممارسة الألعاب الرياضية

هناك من الألعاب الرياضية ما يستلزم أعمال عنف قد يترتب عليها إصابة
ما تقع تحت طائلة أحكام قانون العقوبات والمالكة والملاكمة المصارعة وغيرها
ومن المتفق عليه فقهاً وقضاءً أن الألعاب الرياضية لا تترتب عليها
مسئولية جنائية طالما أن اللاعب لم يخرج عن قواعد اللعب وقوانينه.
وقد أشار المشرع العراقي في المادة (٤٤) على عدم الإعفاء من
إستعمال الحق كسبب للإباحة إذ قال (... ويعد استعمالاً الحق أعمال العنف
التي تقع أثناء الألعاب الرياضية متى كانت قواعد اللعب قد روعيت)

والأساس الذي تقوم عليه إنتفاء المسئولية هنا هو (إباحة الفاعل
لهذه الألعاب) مما يترتب عليه أن من يمارس نشاطاً رياضياً حق وأن له
عنيفاً، لا يسأل عما ينجم عنه من أضرار إلا إذا يستعمل حقاً
أباحه القانون له.

ومع ذلك فإن إباحة القانون لهذه ممارسة مقيدة بشروط لابد من تحققها
في اللعبة كي يتمتع لاعبها بسبب الإباحة وبالتالي يعفى من المسئولية
عن الأضرار التي أحدثتها اللعبة. وهذه الشروط هي :-

① أن تكون اللعبة معترف بها / وهو كذلك إذا كانت شائعة بصورة عامة
أو خاصة.

② أن تحصل الإصابة أثناء ممارسة اللعبة الرياضية / فالاعتداء الذي يقع
قبل البدء باللعبة أو بعد انتهائها يخضع للمسئولية والعقاب.

③ أن تراعى في اللعب قواعده وأصوله / إذ لكل لعبة قواعدها وأصولها
الفنية والرياضية الواجبة الإتباع فإن لم تتبع من قبل أحد
اللاعبين بأن تعمد الخروج عليها واعتدى إصابة بمنافسه تزول
صفة الإباحة عنه فعله مما يترتب عليه مسئولية كاملة. كما لو تعمد
لاعب كرة القدم ضرب أحد أعضاء الفريق المنافس فأن مسئوليته تبقى كاملة
عن عملية العنف.

أعمال

أما إذا وقعت الإصابة نتيجة إهمال اللاعب بمراعاة أصول اللعب فإنه يسأل مسؤولية غير عمدية.

٤ إستعمال العنف في القبض على المجرمين

يقرر قانون أصول المحاكمات الجزائية وجوب القبض على أي شخص يشاهد متلبساً بارتكاب جريمة.

وقد يتطلب هذا القبض استعمال الشدة والعنف مع المتلبس بالجريمة لشل مقاومته والحيلولة بينه وبين الهروب. ولأجل أن يتمكن الناس من استخدام هذا الحق وتأدية هذا الواجب عدّ القانون استعمال الشدة في هذه الحالة عملاً مباحاً إذ نص في المادة (٤١) على «... ويعد استعمالاً للحق أعمال العنف التي تقع على من ارتكب جناية أو جنحة مشهودة بقصد منيله».

ومتى يتحقق سبب الإباحة هذا لابد من توافر الشروط الآتية:-

١- أن تكون جريمة المجرم المراد القبض عليه من قبيل الجنايات والجنح (الجريمة جناية أو جنحة)

وهذا يعني انه لا يجوز استعمال العنف في القبض على مرتكب المخالفة والا عدّ مستخدمها في حالة المخالفة مسؤولاً جنائياً عن نتائجها.

٢- أن يكون المجرم متلبساً بالجناية أو الجنحة (متلبسها)

فالتلبس هو الذي يبرر للناس استعمال العنف في القبض بما يترتب عليه انه لا يجوز استعمال العنف في غير حالات التلبس (والم يكن قد صدر أمر بالقاء القبض على الشخص من جهة مختصة).

٣- ان يكون القصد من استعمال العنف مع الجاني هو القبض عليه (القصد هو القبض الجاني)

فان كان القصد هو الانتقام أو الثأر فعندئذ تتجرد الواقعة من الصفة المباحة وبالتالي تسأل مرتكبها جزائياً.