



إقليم كردستان - العراق

مجلس الوزراء

وزارة العدل

رئاسة الادعاء العام

النظام القانوني للخطأ في استعمال الحق

بحث مقدم إلى مجلس القضاء في إقليم كردستان - العراق

من قبل المدعي العام

ههلمهت سامي جبار

كجزء من متطلبات الترقية من الصنف الثاني الى الصنف الأول من أصناف الادعاء العام

إشراف

المدعي العام : شكر قادر حمدامين

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا ﴿٢٨٦﴾

صدق الله العظيم

سورة البقرة جزء من الآية ٢٨٦

السادة رئيس وأعضاء لجنة مناقشة بحوث الترقية المحترمون

توصية المشرف

تم اعداد هذا البحث بعنوان (النظام القانوني للخطأ في استعمال الحق) للمدعي العام (ههلمهت سامي جبار) المنتدب لرئاسة هيئة الإشراف العدلي المقدم الى مجلس القضاء في إقليم كردستان -العراق كجزء من متطلبات الترقية من الصنف الثاني الى الصنف الأول من أصناف الادعاء العام تحت إشرافي ومتابعتي وإنه جدير بالمناقشة والقبول.

المشرف

شكر قادر حمدامين

المدعي العام في رئاسة الإدعاء العام

٢٠٢٠/٦/٨

الإهداء

أهدي هذا الجهد المتواضع

إلى

- روح والداي أسأل الله أن يتغمدهما برحمته في جنات النعيم .

المدعي العام

ههلمهت سامي جبار

الشكر والتقدير

اقدم جزيل شكري وتقديري الى الاستاذ (شكر قادر حمد امين) المدعي العام في رئاسة الادعاء العام المشرف على اعداد هذا البحث لما بذل من جهد ووفر من الوقت لإبداء آرائه وملاحظاته القيمة والمفيدة لإتمام وإعداد هذا البحث، اسال الله العلي الكريم ان يوفقه ويمنحه الصحة والعافية .

المقدمة

مما لا شك فيه أنه إذا كان تحقيق العدالة بين أطراف النزاع من صميم رسالة القضاء . فإن تأمين العدل للإنسان هو جوهر مسؤولية الدولة التي عليها كفالة حق التقاضي لأفراد المجتمع وتبسيط إجراءاته ، وكذلك بذل السبل وتهيئة الوسائل التي تكفل القضاء على المعوقات التي تحول دون الوصول إليها لاسيما وأن ذلك يعد حقا دستوريا يجب كفالاته وفق أسس وقواعد عامة تسري على الجميع .

عند تفكيري في إختيار موضوع البحث شرعت في إستعراض العديد من الموضوعات التي تستدعي دراستها والخوض في تفاصيلها والتي يمكن من خلالها دراسة المشاكل المتعلقة بالقضاء وتطبيقاتها لاسيما وأني عضو في الإدعاء العام هذا الجهاز المهم والذي ينبغي عليه الإلمام بها في سبيل إذلال العقبات التي تحول دون إقامة العدالة بين أفراد المجتمع عامة وأطراف النزاع خاصة.

أهمية الموضوع

أهمية هذا الموضوع تكمن فيما لامسناه من خلال عملنا اليومي في المحاكم كون الخطأ في إستعمال الحق يؤثر سلبا على حقوق الأفراد في المجتمع خاصة من حيث ممارسة الحق القانوني لهم والممنوحة لهم بموجب أحكام المادة (٤١) من قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل مع التقيد التام بشروطها وقواعدها دون التجاوز عليها خاصة وأنه يفترض إستعمال الحق كسبب من أسباب الإباحة وإخراج الفعل من نطاق التجريم وخلع الصفة الجرمية عنه وإكتسابها صفة المشروعية من خلال التقيد بها حيث يرى المشرع في بعض الأحوال أن الواقعة المرتكبة لا تحقق الضرر أو الخطر الذي من أجله وضع النص التجريمي لها وبالتالي ينفي الصفة الجرمية عنها وفق ظروف وضوابط معينة يحددها في متن القوانين الجزائية .

سبب اختيار الموضوع

ومن خلال إستعراض المواضيع رأيت مسألة الخطأ في إستعمال الحق جديرة بالإهتمام والدراسة فيها وإتخاذها عنوانا لبحثي هذا لاسيما في ظل الأوضاع الراهنة التي أصبحت فيها مسألة الخطأ في إستعمال الحق من المسائل الأساسية التي تواجهها القضاء لما فيها من دقة في الأمور وجزئياتها التي تستدعي تناولها بالبحث والدراسة،ولذا أستقرت على إختيار عنوان النظام القانوني للخطأ في إستعمال الحق موضوعا لدراستي هذه لعلي أوفق في بيانها لما فيه خير المجتمع وتكون إضافة قانونية في هذا المجال متبعا في ذلك المنهج الوصفي التحليلي في دراسة المواد القانونية المنظمة لتلك الحالات محاولا قدر الإمكان إجرائها كدراسة مقارنة بين القانون العراقي وتطبيقاتها القضائية ومثيلاتها في إقليم كردستان العراق إكمالا للفائدة وإغناء لموضوعها.

وطالما كان المشرع هو الذي يحدد الأفعال غير المشروعة فمن الطبيعي أن يكون هو دون غيره الذي يقدر الظروف التي يبيح للفرد التقيد بها وممارسة حقه في ذلك ، لاسيما وأن أسباب الإباحة واردة على سبيل الحصر وبالتالي فإن القاضي ملزم ومقيد بالأسباب الواردة في القانون وليس حرا في إباحة الفعل استنادا على أسباب غير مذكورة في القانون .

ومن كل ماتقدم ومما لاحظنا من خلال ممارستنا العملية في القضاء وأروقة المحاكم أن ضعف الثقافة القانونية والوعي القانوني لدى أفراد المجتمع لحقوقهم ، مالمهم وماعليهم من الناحية التشريعية كل ذلك دفعنا الى إختيار عنوان (النظام القانوني للخطأ في إستعمال الحق) كموضوع

لبحثنا هذا عسى أن نوفق فيه لمعالجته ومن ثم تسليط الضوء عليه كنوع من الثقافة القانونية وبالمشاركة مع منظمات المجتمع المدني لمعالجة هذه الظاهرة التي باتت في إزدياد داخل المجتمع وإعتباره خطوة في مسيرة الألف ميل لنشر الوعي القانوني لإبرازها داخل المجتمع وذلك بتنظيم السيمينارات والحلقات الدراسية بمشاركة كافة المعنيين بهذه المسألة من القضاة وأعضاء الإدعاء العام والمحامين وضباط الشرطة والمنظمات القانونية ذات الإهتمام المشترك لما فيه ضمان حق الأفراد وأمن المجتمع في الإقليم .

خطة البحث

لابد لكل دراسة من موضوع يجب الإحاطة به و بيان الغاية منه ،وحيث أن موضوعنا يتعلق بدراسة النظام القانوني للخطأ في استعمال الحق وبهدف تحقيق الغاية من دراستنا إتبعنا المنهج التحليلي للمواد القانونية المنظمة لحالات استعمال الحق كسبب من أسباب الإباحة ومن ثم بيان الأراء الفقهية واستعراض التطبيقات القضائية .

وعلى ضوء ما تقدم فإننا سوف نتناول موضوع الدراسة في ثلاثة مباحث وبالكيفية أدناه :-

المبحث الأول نخصه لبيان تعريف الخطأ وبيان عناصره حيث نتطرق اليه من خلال مطلبين،في المطلب الأول نتعرض لتعريف الخطأ وبيان عناصره في القانون والمطلب الثاني نخصه لمعيار الخطأ وصوره .

في حين نخصص المبحث الثاني لماهية استعمال الحق ومصادره من خلال مطلبين نتناول في المطلب الأول ماهية الحق ونطاق استعماله والمطلب الثاني صور الخطأ في تطبيقات استعمال الحق .

ونخصص المبحث الثالث للأثار القانونية للخطأ في استعمال الحق وذلك في مطلبين، نتناول في المطلب الأول استعراض المسؤولية الجزائية والمطلب الثاني دراسة المسؤولية المدنية .

المبحث الأول

ماهية الخطأ وبيان عناصره

يقسم هذا البحث الى مطلبين يخصص اولهما لتعريف الخطأ وبيان عناصره في القانون والثاني الى معيار الخطأ وصوره.

المطلب الأول

تعريف الخطأ وبيان عناصره في القانون

من أجل بيان تعريف الخطأ وبيان عناصره في القانون سنقوم في الفرع الاول بتعريف الخطأ، اما في الفرع الثاني سنتطرق الى عناصر الخطأ.

الفرع الأول : تعريف الخطأ

لا تتضمن غالبية التشريعات نصوصا تحدد العناصر العامة للخطأ غير العمدي أو تضع تعريفا له وإن حرص بعضها على وضع تعريف للخطأ غير العمدي تتضح منه عناصره وأحكامه العامة.

فانواع الأول من التشريعات يغفل وضع تعريف للخطأ إكتفاء بما يورده من لفظ السلوك الخاطئ التي تعبر عن مدلوله وتكشف عن معناه ومن أمثلة هذا المذهب قانون العقوبات الفرنسي الصادر سنة ١٨١٠ والألماني الصادر سنة ١٨٧٠ والجزائري سنة ١٩٦٦ والعراقي سنة ١٩٦٩، من أمثلة هذا المذهب أيضا قانون العقوبات المصري سنة ١٩٣٧ الذي أستخدم ألفاظا مختلفة للدلالة على معنى الخطأ والتعبير عن صور السلوك الخاطئ كالاهمال وعدم الاحتراز وعدم مراعاة القوانين والقرارات واللوائح والأنظمة.^(١)

أما النوع الثاني من التشريعات فإنه يحرص على وضع تعريف عام للخطأ بنص قانوني في القسم العام لقانون العقوبات. وأبرز مثال لهذه التشريعات القانون الايطالي الذي عرف الجريمة غير العمدية بأنه عندما لا يريد الفاعل النتيجة ولو كانت متوقعة فتحدث بسبب إهمالها أو عدم احتياطه أو رعونته أو بسبب عدم مراعات القوانين واللوائح والأوامر والأنظمة.^(٢)

ويعرف القانون الروماني الصادر ١٩٦٨ الخطأ بقوله في المادة (٢-١/١٩) يعتبر الفعل مرتكبا بخطأ الجاني:-

١- إذا كان قد توقع نتيجة فعله دون أن يقبلها معتقدا دون أي أساس أن هذه النتيجة تحدث .

٢- إذا لم يتوقع نتيجة فعله بينما كان يجب عليه وكان في استطاعته توقعها.^(٣)

كما عرفت المادة ٣/٦٣ من قانون العقوبات الليبي لسنة ١٩٥٣ الخطأ بأنه (ارتكاب جنائية أو جنحة عن طريق الخطأ عندما لا يكون الحادث مقصودا ولو كان الفاعل يتوقعه إذا وقع عن إهمال أو طيش أو عدم دراية أو عدم مراعاة القوانين أو اللوائح أو الأوامر أو الأنظمة).^(٤)

وتنهض المسؤولية الجزائية بناء على حادثة معينة يطلق عليها (السبب) وتوصف بالخطأ ويفسر ذلك بأن الجريمة هي كل فعل يعاقب عليه القانون حيثما تتحقق عناصره القانونية لكونه

(١) د. أحمد عبداللطيف، الخطأ غير العمدي في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة ٢٠٠٤ ص (١٢٨) .

(٢) المصدر نفسه، ص (١٣٠-١٣١) .

(٣) المصدر نفسه، ص (١٣١) .

(٤) د. فوزية عبدالستار علي، النظرية العامة للخطأ غير العمدي دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص (١٠) .

مخالف للقانون ويتضمن عنصر الخطأ ، حيث انه حينما يكون الفعل مخالفا للقانون يجب أن يكون قد صدر نتيجة خطأ من الفاعل لكي يصار الى فرض العقاب بحقه .

إن الخطأ لغة : ضد الصواب أو ضد العمد ، أو عدم إصابة الهدف أو العثر أو الغلط.^(١)

أما الخطأ شرعا يعني وقوع الشيء على خلاف ما أريد .

والخطأ : هو ما ليس للإنسان فيه قصد ، وهو عذر صالح لسقوط حق الله تعالى إذا حصل عن اجتهاد، ويصير شبهة في العقوبة حتى لا يؤثم الخاطئ.^(٢)

أما الخطأ حكما : نص القرآن صراحة على أن الخطأ لا يكون أساسا – أي سببا للمسؤولية الجزائية وإنما يصح أن يكون سببا للمسؤولية المدنية إذا ترتب عليه ضرر^(٣) وذلك مصدقا لقول الله تعالى ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فِدْيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾.^(٤)

يفهم من ذلك أن الخطيئة أو الإثم كما هو عمدي يصح أن يكون غير عمدي ، وبناء على هذا الخطأ بمعناه الواسع يحدد المسؤول عن الجريمة .

شرح الكثير من فقهاء القانون الجنائي في تعريف الخطأ بصفة عامة والخطأ المهني بصفة خاصة

مفهوم الخطأ بصفة عامة :

هناك رأي يعرف الخطأ بأنه إتجاه إرادة الشخص الى إتيان سلوك خطر دون القيام بما هو واجب عليه من التدبير والحيطة^(٥) يعرفه رأي ثان بأنه عدم مراعاة القواعد العامة أو الخاصة للسلوك والتي من شأن مراعاتها تجنب وقوع النتائج غير المشروعة الضارة بمصالح وحقوق الآخرين المحمية جنائيا ، أو تجنب الوقوع في غلط في الواقع يؤدي الى تحقيق النتيجة طالما كانت تلك الأخيرة يمكن توقعها وتجنبها في الوقت ذاته.^(٦)

في حين يعرفه رأي ثالث بأنه اخلال الجاني عند تصرفه بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون وعدم حيلولته تبعا لذلك دون أن يقضي تصرفه الى إحداث النتيجة الاجرامية في حين كان ذلك في إستطاعته وكان واجبا عليه.^(٧)

ومن كل ماتقدم نستنتج أنه ليس هناك شك في أن المحاكم لها مطلق الحرية حينما لاتكون مرتبطة ببعض التعريفات العامة للخطأ غير العمدي ولعل طبيعة الخطأ باعتبارها من مسائل

(١) د. جمال إبراهيم الحيدري، الوافي في شرح أحكام قانون العقوبات، القسم العام ، الناشر مكتبة السنهوري بيروت ٢٠١٢ ص(٦٢٧) .

(٢) د. مجيد خضر السبعواوي، نظرية الغلط في قانون العقوبات المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة ٢٠١٣ ، ص(١٢٧) .

(٣) د. جمال إبراهيم، المصدر السابق، ص(٦٢٨) .

(٤) [سورة النساء الآية (٩٢)]

(٥) د. محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٥، ص(٧٧) .

(٦) المصدر نفسه، ص(٧٧) .

(٧) شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص(١١) .

مكون النفس يجعل من الصعب توصيل القاضي الى مفاتيح الكشف عنها لتفسير النص التشريعي . ذلك إن ترك أية إمكانية للقاضي لإستخلاص مكون النفس البشرية وإستخلاص الظروف الموضوعية والشخصية هو أقرب الى الواقع ، ذلك إنه لايمكن لأي قانون أن يتنبأ مسبقا وأن يحددها فحرية التمييز المعطاة للقاضي ترتكز على معرفة حقيقة الأشياء وعلى درجة كبيرة بادراكهم للأمر .

الفرع الثاني : عناصر الخطأ

يقوم الخطأ على عنصرين :

الأول : خمول الإرادة عن توقع النتيجة غير المشروعة كأثر للفعل أو الامتناع الذي اتجهت إليه وانصبت عليه .

الثاني : هو قدرتها على توقع هذه النتيجة والحيلولة دون حدوثها .

ويعبر هذان العنصران عن وجهي الصلة النفسية والذهنية التي تقوم بين الجاني وبين النتيجة في الخطأ غير العمدى، فالعنصر الأول: تعبير عن الوجه السلبي لهذه الصلة من حيث أنه يقوم على قعود الجاني عن توقع النتيجة ، والعنصر الثاني تعبير عن الإيجابي لها من حيث إنه يفيد قدرة الجاني على توقع النتيجة^(١) وبعبارة أخرى يمكن القول أن عناصر الخطأ هي :-

١- التعدي : بالإنحراف عن السلوك ، ومسلك الرجل المعتاد من نفس مهنة الجاني وهو في نفس الظروف الخارجية له كالزمان والمكان.

حيث قضت محكمة النقض المصرية في احدى جلساتها بتاريخ ١١/٢/١٩٧٣ (بمسؤولية الطبيب الذي أجرى جراحة مبتكرة في عيني مريض مما فقد المريض بصره وبرغم أن الجراحة في ذاتها ليست خطأ ، وإنه كان يجب على الطبيب المعتاد بتجربة الجراحة في عين واحدة إن نجحت أجريت الجراحة في العين الثانية ولم يفعل ذلك وخاطر بالأتنين معا) .

٢- الإدراك : بأن يكون الجاني (مميزا) يستطيع التفرقة بين الخير والشر، فإذا ارتكب الخطأ (مجنون) لايسأل لعدم استطاعته التمييز أو الاختيار^(٢)

وقد تطرق الفقه الى بيان موضوع عناصر الخطأ في الفعل بأنها عبارة عن: خمول الإرادة عن توقع النتيجة غير المشروعة مع قدرتها على توقعها .

أولا : خمول الإرادة عن توقع النتيجة

يعبر هذا العنصر عن الوجه السلبي للصلة النفسية التي تقوم فيه خطأ بين إرادة الجاني وبين نتيجة فعله وأهمية هذا العنصر واضحة فبه ظل الخطأ صورة من صور الإرادة الإجرامية يدور وجودا وعدما مع قعودها عن توقع النتيجة غير المشروعة وبدونه لا يكون ثمة محل لقيام صلة نفسية بين الخطأ وبين هذه النتيجة تبرر خلع الصفة الإجرامية عليها^(٣)

(١) د. أحمد عبد اللطيف، المصدر السابق، ص (١٣٧) .

(٢) السيد عبدالوهاب عرفة، المسؤولية الجنائية والمدنية والتأديبية للطبيب والصيدلي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص (٢٧) .

(٣) د. أحمد عبد اللطيف، المصدر السابق، ص (١٣٨) .

ثانيا : إمكان توقع النتيجة

يعبر إمكان توقع النتيجة عن الوجه الإيجابي للصلة التي تقام في الخطأ بين إرادة الجاني ونتيجة فعله ، وأهمية هذا العنصر واضحة فيه تكتمل مكونات الخطأ وتتوفر الصلة النفسية التي تربط بين إرادة الجاني ونتيجة فعله ، ذلك إن خمول الإرادة عن توقع النتيجة لايقوم به في ذاته خطأ بل يجب أن تكون هذه النتيجة فضلا عن ذلك متوقعة^(١)

وبه أيضا يتضح وجه الخطأ في مسلك الجاني ، فعندما تكون النتيجة متوقعة يكون في أمكانه توقعها والحيلولة دون حدوثها ، وبه تستقيم الحدود التي تميز بين الخطأ وبين الحادث الفجائي فحيث يستحيل توقع النتيجة تنتفي المسؤولية الجنائية عنها وتخرج الواقعة برمتها من دائرة الخطأ وتدخل في نطاق الحادث الفجائي .

هناك حالات أخرى تترتب عليها المسؤولية عن ارتكاب الخطأ ذاته أي مخالفة القانون وهي المخالفات التي لايشترط فيها حصول أي ضرر فعلي، وإنما يعاقب الشارع عليها ليمنع ارتكابها تخليص للمجتمع مما قد يترتب عليه من أذى . ف جرائم الخطأ إنما يعاقب عليها القانون في الأصل على النتيجة لم يرددها الفاعل ولم يقصد تحقيقها، ولكنها بسبب أفعاله الإرادية وإن المشرع فرض عليها العقاب: لأن الفاعل لم يتوقع هذه النتيجة المترتبة على فعله أو لأنه قد توقع حدوثها ولم يعمل على تداركها في حين إن في مقدوره أو من واجبه أن يتوقعها أو يتداركها قبل وقوعها^(٢) وبذلك يمكن الجزم بالقول أن الحالة النفسية والذهنية للجاني في المسافة الزمنية التي تبدأ باتخاذ القرار بالسلوك الخاطئ، وتنتهي بمباشرة الحركة العضوية اللازمة عنه. ففي هذه المسافة يكتشف عيب الإرادة المكون للخطأ وتتضح معالمه وتقع عن توظيف العلم في قراءة المستقبل، وفي التنبؤ بالحدث الذي هيئات لوقوعه وفي رسم صورة ذهنية له ذاته وفي علاقته اوبالسلوك تستطيع في ضوءها أن تحول دون حصوله سواء بالإمتناع عن هذا السلوك كلية أو بدرء الخطورة الكامنة في حال اتيانه.^(٣)

وبالرجوع لاي الأحكام العقابية فيما يتعلق بموضوعنا نجد أن المشرع العراقي قد حدد الجريمة غير العمدية في المادة (٣٥) من قانون العقوبات حيث نصت على أنه ((تكون الجريمة غير عمدية إذا وقعت النتيجة الإجرامية بسبب خطأ الفاعل سواء كان هذا الخطأ إهمالا أو رعونة أو عدم إنتباه أو عدم احتياط أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة والأوامر)) وعليه وفق هذا النص فإن الجريمة تكون غير عمدية في حالة حصول النتيجة الجرمية بسبب خطأ الفاعل من دون أن تتجه إرادته إليها وعلى أساس ذلك فإن المسؤولية المترتبة على الجريمة غير العمدية توصف بأنها مسؤولية غير عمدية .

من الملاحظ أن الجرائم غير العمدية ،جاءت في القانون على سبيل الحصر وليس منها مايعد جناية بل إنها من الجرح والمخالفات، وهذا يعني إنها أقل جسامة من الجرائم العمدية، ويكفي لتحقق المسؤولية غير العمدية وقوع إحدى الصور المنصوص عليها في المادة (٣٥)ق.ع المتمثلة بالإهمال والرعونة وعدم الإنتباه وعدم الاحتياط وعدم مراعات القوانين والأنظمة والأوامر .

(١) د. أحمد عبد اللطيف، المصدر السابق،ص(١٤٦) .

(٢) د. عباس حسني،شرح قانون العقوبات ، القسم العام،مطبعة الأزهر، بغداد، ١٩٧٠،ص(٩٨) .

(٣) د.نبيل مدحت سالم،شرح قانون العقوبات،القسم الخاص دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠ ص(٨٢)

وكذلك توافر العلاقة النفسية بين إرادة الجاني والنتيجة الجرمية المترتبة على فعله والتي تتجسد هذه العلاقة ، كما أشرنا سابقا في حالتين هما:

الحالة الأولى (الخطأ مع عدم توقع) : وهي عدم توقع الجاني حدوث النتيجة الجرمية التي يؤدي إليها فعله وكان ذلك بوسعه ومن واجبه ويتمثل الخطأ في هذه الحالة بالإهمال وعدم الإنتباه .

أما الحالة الثانية (الخطأ مع التوقع) : وفيها أن الجاني يتوقع حدوث النتيجة الجرمية لفعله ولكنه لم يقبلها ولم يرددها، وكان يحسب أن بوسعه أن يتجنبها بإتخاذ إحتياط غير كاف لمنع حدوثها^(١)، وبصورة عامة نلاحظ أن الخطأ نوعان : قد يتخذ صورة الخطأ العام ، وصورة الخطأ الخاص (الإهمال والرعونة ، عدم الاحتياط ، عدم مراعات أو مخالفة القوانين واللوائح) .

فالخطأ العام : فهو مخالفة الجاني للقوانين واللوائح والقرارات والأنظمة .

والخطأ الخاص فهو الإهمال والرعونة وعدم الإحتياط أو (عدم الانتباه) التي تصاحب الفعل الصادر من المتهم، وبيان تلك الصور هي على النحو التالي :

١- **الإهمال:** هو محض سلوك سلمي صادر من الجاني إذ كان يتعين على الجاني أن يتخذ من الإحتياطات ما يحول دون أن يكون الفعل خطرا يمكن أن يترتب عليه نتيجة ضارة قد تلحق بالغير أذى لا يمكن إصلاحه ، ففي الإهمال يقف الفاعل موقفا سلبيا أزاء ما يستوجب الحيطة والحذر وتكون النتيجة ترك أو إمتناع أو عدم الإنتباه^(٢)

٢- **الرعونة:** ويقصد بها سوء التقدير ونقص الخبرة والمهارة اللازمة بشأن الفعل الذي يقوم به الجاني وهو سوء تقدير يرجع الى جهل وعدم إتران وعدم حذق وكفاءة وسوء تصرف من الجاني بشأن هذا الأمر الذي يقوم به^(٣)

٣- **عدم الإحتياط:** هو إقدام الجاني على أمر ما كان يجب عليه أن يمتنع عنه في مثل تلك الظروف إذ إن النشاط الإيجابي الصادر من المتهم يتميز بعدم الحذر وبتدبر العواقب وكان لا بد من إتخاذ وسائل وقائية وإن الجاني لا يتخذ الإحتياطات اللازمة بالرغم من ضرورتها حتى يكون الفعل محفوا بالمخاطر على الغير^(٤)

٤- **عدم المراعات للقوانين والأنظمة والأوامر:** ويتحقق ذلك بمجرد قيام الجاني بسلوك على خلاف السلوك الذي يستلزمه المشرع، فإن المسؤولية غير العمدية تتحقق في حالة مخالفة القوانين والأنظمة والأوامر، والتي تمثل صورة للخطأ إذ إنها مستقلة وقائمة بذاتها فإن الفاعل يعاقب بمجرد ارتكابه الفعل المخالف لهذه القوانين والأنظمة^(٥)

(١) د. جمال إبراهيم الحيدري، المصدر السابق، ص(٦٨٦ و ٦٨٨) .

(٢) د. عباس حسني، المصدر السابق ، ص(٩٨) .

(٣) د. أمير فرج يوسف، خطأ الطبيب العمدي وغير العمدي، المكتب الجامع الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٩ ، ص(٦٧)

(٤) المصدر نفسه، ص(٦٧) .

(٥) د. عباس حسني، المصدر السابق، ص (٩٨) .

المطلب الثاني

معيار الخطأ وصوره

نعرض في هذا المطلب معيار الخطأ في القانون الوضعي، وكذلك معياره في الشريعة الإسلامية الغراء، و نتناول صورتا الخطأ فيكل من القانون الوضعي والشريعة الإسلامية

الفرع الأول : معيار الخطأ في القانون

إن لمعيار الخطأ أهمية بخصوص التفرقة بين الخطأ وبين الحادث الفجائي ، ولكن إختلف الفقه حول تحديد المعيار الواجب الإتباع لمعرفة قدرة المتهم على توقع النتيجة غير المشروعة في الخطأ أو عجزه عن توقعها ، ونعرض في هذا الصدد ثلاثة معايير: الموضوعي والشخصي والمختلط .

أولاً : المعيار الشخصي

ومفاده أن ننظر الى الفاعل ذاته وهل نزل في تصرفه الواقعي عما إعتاده في سلوكه المعتاد فإن كان هذا السلوك أو التصرف أقل حيطة وحذراً مما اعتاد في مثل الظروف التي أتى فيها سلوكه، نسب إليه الاخلال بواجبات الحيطة والحذر ، أما إذا كان هناك تشابه أو تطابق بين حذره واحتياطه في سلوكه الواقعي وبين الاحتياط الذي إعتاد الالتزام به في حياته العامة ، فلا يمكن أن ينسب إليه أي اخلال.^(١) أي إننا نقيس تصرف الفاعل وما يتخذه من حذر وحيطة على تصرفاته السابقة وما إعتاده من حيطة وحذر عند ممارسة أنشطة مختلفة في حياته العامة.

ولكن هذا المعيار منتقد ولا يمكن التسليم به لأنه يهدد مصلحة المجتمع، حيث تتطلب هذه المصلحة التزام الأفراد قدرأ أدنى من الحيطة والحذر دون الالتفات الى ما ألفه الفاعل في السلوك المعتاد ، كما إنه يصطدم بالعدالة لأن الأخذ به يؤدي الى التفرقة بين المتهمين دون السند القانوني.^(٢)

ثانياً : المعيار الموضوعي

والمعيار الثاني هو المعيار الموضوعي ، قوامه الشخص العادي، أي يقاس السلوك الواقعي للمتهم بسلوك شخص مجرد، وعلى وفق هذا المعيار يصح أن ينسب الإخلال بواجب الحيطة والحذر الى المتهم إذا نزل عن مستوى الحيطة والحذر الذي يلتزم الشخص العادي بصرف النظر عما يلتزمه المتهم عادة في سلوكه.^(٣) ويؤخذ على هذا المعيار إنه يتنافى ومبادئ العدالة ذلك لأنه يهمل الظروف او العوامل الشخصية – الداخلية للفاعل ويعتد بالعوامل الخارجية، حيث إنه ما يجافي العدل أن يلام الشخص لأن غيره في نفس ظروفه الخارجية كان يتخذ مسلكاً آخر.^(٤)

(١) د. ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، الناشر العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة بلا سنة طبع ص(٢٠٤)

(٢) المصدر نفسه، ص(٢٠٤)

(٣) د. فخري عبدالرزاق صليبي الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٩ ص (١٧٣)

(٤) د. ماهر عبد شويش الدرة، المصدر السابق، ص(٢٠٥)

ثالثاً : المعيار المختلط :

يذهب أنصار هذا المعيار الى المزج بين المعيار الموضوعي والمعيار الشخصي لينتج معياراً جديداً يأخذ من هذا وذلك فتشكل المعيار المختلط . وهذا مزيج في المعيارين المتقدمين إذ يأخذ شخص متوسط من عامة الناس ولكنه يراعي في نفس الوقت الظروف التي يباشر فيها الفاعل سلوكه أي يجب أن نتصور ذلك الشخص المعتاد قد وجد في ذاته الظروف التي أحاطت بالفاعل ، ثم نتساءل عما كان يقوم به هذا الشخص المعتاد. ونصدر الحكم على سلوك الفاعل، فإذا تصرف ذلك الشخص كما تصرف الفاعل فإن الأخير لا يعتبر مقصراً ولا يسأل ، أما إذا تصرف على نحو أفضل أعتبر الفاعل مقصراً واستحق المساءلة على أساس الخطأ.^(١)

وإن الشخص المعتاد الذي يتخذ معياراً لقياس الخطأ ليس هو الشخص العادي على وجه العموم وإنما هو المعتاد من نفس الفئة التي ينتمي إليها والتي تحيط به نفس الظروف الخارجية والشخصية التي كانت تحيط بالمتهم وقت ارتكاب الفعل.^(٢) ومن خلال مقارنة المعيارين أعلاه فإننا نؤيد وجهة النظر القائلة بالأخذ بالمعيار المختلط حيث إنها، جديرة بالأخذ بها وتبنيه في مجال الخطأ وذلك إنه يرعى مصلحتين متقابلتين جديرتين بالإعتبار وهما مصلحة المجتمع ومصلحة الفرد، ويتحدد مدى وجوب إتخاذ العناية بمعيار موضوعي بينما يتحدد مكان إتخاذ القرار بمعيار شخصي .

الفرع الثاني : معيار الخطأ في الشريعة الإسلامية

الأصل إن كل إنسان مسؤول عن فعله ، فإذا أضر بغيره فالتزمين يكون في ماله لقوله تعالى {كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ} .^(٣) وقوله تعالى {وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى} .^(٤)

في الشريعة الإسلامية تكون المسؤولية الجنائية عن فعل متعمد حرمه الله سبحانه وتعالى فقط ولا تكون على الخطأ لقوله تعالى {وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ} .^(٥)

ولقول الرسول ﷺ (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)^(٦) . ولكن الشريعة الإسلامية أجازت العقاب على الخطأ إستثناء من الأصل العام ومن ذلك قوله تعالى {وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ} .^(٧) وقد رتب الفقه الإسلامي على ذلك إن كل جريمة عمدية يعاقب عليها فاعلها إذا أتاها عمداً ولا يعاقب عليها إذا أتاها مخطئاً مالم يكن الشارع قد قرر عقوبة لمن أتاها مخطئاً .

واتفق فقهاء الشريعة عامة على قاعدتين عامتين يحكمان مسؤولية الجاني في الخطأ، وتطبيقهما يمكن القول بأن شخصاً ما أخطأ أو لم يخطئ .

القاعدة الأولى: إن كل ما يلحق ضرراً بالغير يسأل عنه فاعله أو المتسبب إذا كان يمكن التحرز منه، ويعتبر أنه تحرز إذا لم يهمل أو يقصر في الإحتياط والتبصر ، فإذا كان لا يمكن التحرز منه إطلاقاً فلا تقع عليه ثمة مسؤولية .

(١) د. ماهر عبد شويش الدرة، الأحكام العامة في قانون العقوبات، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الموصل، ١٩٩٠ ص (٣١٧) .

(٢) د. أحمد عبد اللطيف، المصدر السابق، ص (١٨٦) .

(٣) [سورة المائدة، الآية: ٣٨]

(٤) [سورة الإسراء، الآية ١٥]، [وسورة فاطر، الآية: ١٨] .

(٥) [سورة الأحزاب، الآية ٥]

(٦) علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي. الأحكام في أصول الأحكام، دار الحديث، القاهرة، ٢٠١١، ج (٥)، ص (١٤٩)

(٧) [سورة النساء] الآية ٩٢

القاعدة الثانية : إذا كان الفعل غير مأذون فيه ، أي غير مباح شرعا، وأتاه الفاعل دون ضرورة ملجئة فهو تعد من غير ضرورة وماتولد منه يسأل عنه الفاعل سواء كان مما يمكن التحرز عنه أو مما لا يمكن التحرز عنه^(١) فالمعيار في الفعل المباح إذا تسبب عنه ضرر أنه يمكن التحرز منه ببعض اليقظة والانتباه ، المعيار في الفعل غير المباح إذا تسبب عنه ضرر يسأل عنه سواء كان يمكن التحرز منه أو لم يمكن ذلك، وقد ضرب فقهاء الشريعة الإسلامية بعض الأمثلة على حالات يتوفر فيها الخطأ في الحالتين ، ومن هذه الأمثلة: ^(٢)

١- من كان يمشي في الطريق حاملا خشبة فسقطت منه على إنسان فقتلته فهو مسؤول عن قتله لأنه يستطيع أن يتحرز ويحتاط فلم يفعل ولكن الغبار الذي يثيره مشي الإنسان في الطريق إذا جاء في عين إنسان فأتلفها لايسأل عنه الماشي لأن إثارة الغبار عند المشي مما لايمكن التحرز منه .

٢- وقوف الدابة في الطريق العام ليس بمأذون فيه شرعا ، إنما جعل الطريق للمرور ، فإذا كان الوقوف لها ضرورة ما تولد منه يكون مضمونا عليه سواء كان مما يمكن التحرز منه أم مما لايمكن التحرز منه .

ومن ربط دابة في غير ملكه فهو مسؤول عما أصابته من شئ بيدها أو رجلها وعما عطب بروثها أو بولها أو لعابها لأنه متعد في الوقوف في غير ملكه .

٣- إذا أوقفها في ملكه فلا ضمان عليه إلا فيما وطئت بيدها أو رجلها وهو راکبها ، وإذا كان موقفا في محل مخصص لذلك كموقف معد للحيوانات في الشارع العام أو كموقف الحيوانات في السوق العام فهو كما لو أوقفت الدابة في ملكه الخاص .

٤- ولو نفرت الدابة أو إنفلتت من صاحبها بالرغم منه فما أصابت في نفاها وانفلاتها فلا مسؤولية عنه ، لقول النبي ﷺ (العجماء جبار) أي البهيمة جرحها جبار ولأنه لا صنع له في نفاها وإنفلاتها ولم يكن في إمكانه أن يتحرز عن فعلها .

٥- إذا أشعل نار في داره أو في أرضه وكان من المتوقع أن يصل الشر الى دار غيره أو أرضه لهبوب الرياح قبل إشعال النار فهو ضامن لها لما احترقت في دار جاره أو أرضه لعدم تبصره ولعدم احتياطه .

٦- إذا سقى أرضه حتى أضر السقي بأرض جاره، أو كان بأرض شق فنزل الماء في أرض جاره فهو ضامن لعدم تبصره ولعدم احتياطه وتقصيره .

٧- إذا رش الطريق فجاوز المعتاد في الرش فهو ضامن.

٨- لو تناهى في الاحتياط والتبصير والتحرز فجرت حادثة لانتوقع أو صاعقة فسقط فيها من ملكه كميزاب أو شرفة وأتلف إنسانا أو شيئا فلا مسؤولية ولاضمان^(٣) والأمثلة سالفة الذكر ظاهر منها أن المسؤولية عن الخطأ تختلف في حالة إذا كان الفعل مباحا عنها في حالة ما إذا كان الفعل غير مباحا فالمسؤولية أساسها التقصير الذي يرجع الى الإهمال وعدم الاحتياط والتحرز أو عدم التقصير. أما إذا كان الفعل غير مباح فأساس المسؤولية هو ارتكاب الفعل غير المباح ولو كان لم يحدث منه تقصير.

(١) د. احمد عبد اللطيف، المصدر السابق، ص (١٩٠) .

(٢) المصدر نفسه، ص (١٩١) .

(٣) راجع الأمثلة السابقة - د.عبدالقادر عودة التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج٢ ص (١٠٥) المشار اليه في كتاب الخطأ غير العمدي ، د. أحمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص (١٩٢ و١٩٣) .

المبحث الثاني

ماهية استعمال الحق ومصادره

سنتطرق في هذا المبحث الى كل من ماهية استعمال الحق ومصادره في المطلب الاول، ونخصص المطلب الثاني لصور الخطأ في تطبيقات استعمال الحق.

المطلب الأول : ماهية الحق ونطاق استعماله

نقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الاول الى تعريف الحق، ونخصص الفرع الثاني لاستعمال الحق وشروطه.

الفرع الأول : تعريف الحق

لقد كان تعريف الحق مثار خلاف كبير بين الفقهاء وذلك لإختلاف وجهات نظر الفقهاء وإختلاف المعنى الذي يقصدونه من الحق ويمكن بصورة عامة الإشارة الى تلك التعاريف من خلال النظريات التالية :-

اولا- نظرية الإرادة : حيث يقصد بالحق بموجب هذه النظرية بأنها القدرة أو السلطة الإرادية التي يمنحها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معلوم .

ثانيا- نظرية المصلحة : ويعرف الحق وفقا لهذه النظرية بأنه مصلحة يحميها القانون.

ثالثا- النظرية الحديثة يعرف الحق بأنه ميزة يمنحها القانون للشخص وتحميها بالطرق القانونية.^(١)

وتعريف الحق قانونا : بأنه المصلحة التي يعترف بها القانون ويسبغ عليها حمايته.^(٢)

عليه بمقتضى تقرير الحق أن تكون وسيلة إستعماله مباحة، وإلا لا تكون له قيمة لأنه (متى وجد الحق وجد معه الإباحة) فليس من المستساغ أن يأذن المشرع بأمر أو يوجبه ثم يفرض عليه الجزاء باعتباره جريمة . وهذا ما فعله المشرع العراقي حيث أورد في قانون العقوبات العراقي المرقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل في المادة (٤١) التي نصت على أنه (لأجريمة إذا وقع الفعل استعمالا لحق مقرر بمقتضى القانون) ويراد باستعمال الحق الحالات التي يكون فيها الفعل المرتكب قد وقع استعمالا لحق خاص يقرره القانون لمرتكبه.^(٣)

ونستخلص من كل التعاريف الواردة أعلاه بخصوص الحق أن المقصود بالحق من الناحية القانونية هو كل ميزة يمنحها القانون لشخص ما ويحميها بطرق قانونية .

الفرع الثاني : مدى استعمال الحق وشروطه

أولا : مدى استعمال الحق

من المسائل المهمة التي تجعل الحق سببا من أسباب الإباحة ، إلزام الشخص عند ممارسته لحقه بالحدود التي رسمها القانون لاستعمال ذلك الحق .

واستعمال الحق يقصد من ورائه المشرع إذا قرر حقا معيننا لابناء على اعترافه بمصلحة معينة وحماية لها فإنه يترتب على ذلك إباحة كل الأفعال التي تقع استعمالا لهذا الحق حتى وإن كانت

(١) د.عبدالباقي البكري ود.علي محمد بيدروزهيريبيشمدرمدخل لدراسة القانون، دار الكتب للطباعة والنشر، موصل، ١٩٨٢ ص(٢٥٥-٢٥٧).

(٢) د. علي حسين خلف، د. سلطان عبدالقادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، دار العاتك، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ٢٥٧

(٣) المصدر نفسه، ص(٢٥٧-٢٥٨).

في الأصل غير مشروعة . إذ ليس من قبول في سياسة التجريم ، تقرير الحق وتجرير وسائل إستعماله .

والجدير بالذكر إن الصفة الجرمية لاتنسلخ عن الفعل المرتكب إستعمالا لحق ما لم يقع هذا ضمن حدود الحق فإن لم يلتزم بتلك الحدود انتفت عنه صفة استعمال الحق وسقط بانتفاء ذلك السبب الذي برر الإباحة^(١).

وإن أساس إعتبار السلوك محل التجريم استخداما لحق في ظرف معين، هو أن القانون يغلب في هذا الظروف بالذات مصلحة صاحب السلوك على مصلحة من يتخذ السلوك في مواجهته أو الاضرار به، فيعتبر تلك أعلى شأنًا من هذه وبالتالي يقرر حمايته.

وذلك النهج نلاحظه في موقف المشرع العراقي الذي ضمنه في أحكام قانون الأحوال الشخصية الذي يعتبر فرعًا من القانون الخاص، وبإعتبار مصدره هو الشريعة الإسلامية جعل للولي حق تأديب الصغير بالضرب ، بشرط أن لا يترك أثرا وإن التأديب المباح شرعا لا يجوز أن يتعدى الضرب البسيط الذي لا يحدث كسرا أو جرحا، ولا يترك أثرا أو لا ينشأ عنه مرض .

ومع ذلك يجب أن لانغفل عن مسألة هي غاية في الأهمية التي تجعل الحق سببا من أسباب الإباحة وهي التزام الشخص – عند ممارسة الحق – بالحدود التي رسمها القانون لاستعمال ذلك الحق أو فيما جرى عليه العرف ، فإذا خرج الفرد من تلك الحدود فإنه يكون تجاوز في إستعمال الحق ويخرج من نطاق الحماية المقرر قانونا وقد نصت المادة (٤١) من قانون العقوبات العراقي المرقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل: (لأجرية إذا وقع الفعل استعمالا لحق مقرر بمقتضى القانون ويعتبر استعمالا للحق :

١- تأديب الزوج زوجته، وتأديب الأباء والمعلمين ومن في حكمهم الأولاد القصر في حدود ما هو مقرر شرعا أو قانونا أو عرفا.

٢- عمليات الجراحة والعلاج على أصول الفن متى أجريت برضاء المريض أو ممثله الشرعي أو أجريت بغير رضا أيهما في الحالات العاجلة .

٣- أعمال العنف التي تقع أثناء الألعاب الرياضية متى كانت قواعد اللعب قد روعيت.

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

ثانيا : شروط استعمال الحق : من خلال ما تقدم ذكره يمكن أن نقول أن هناك أربعة شروط لممارسة الحق وهي وجوده قانونا ، والالتزام بحدوده واستعماله وحسن النية وعدم اساءة استعمال الحق والتي سوف نتناولها تفصيلا بالكيفية أدناه :

١- وجود الحق قانونا

لابد لقيام حالة إستعمال الحق في كسب الإباحة من وجود الحق وتحققه، كما عرفنا الحق سابقا بأنه ميزة يمنحها القانون لشخص ما ويحميها بطرق قانونية أو مصلحة يقرها القانون ويحميها .

(١) جاسم العبود، التجريم والعقاب في إطار الواقع الإجتماعي، دار الحكمة للطباعة، أربيل، ١٩٩٠، ص (٥٤ و ٥٥).

ويجيز تبعا لذلك الأفعال الملائمة لتحقيقها وإستخلاص ما تنطوي عليه من مزايا، والقانون في تلك الحالة يوازن حقين ويهدر حقين أحدهما صيانة للأخر، فالمشرع يختار من بين مجموعة المصالح المتعارضة تلك التي يراها جديرة بأن يوفر لها حماية جزائية.^(١)

وينبغي الرجوع الى القانون للتأكد من وجود الحق فإن اعترف به وصانه أصبح صالحا وكسبب من أسباب الإباحة وليس ضروريا أن يكون هذا الاعتراف في التشريع ، فقد يكون مصدره العرف وقد يكون الشريعة الاسلامية في الحدود التي تكون فيها الشريعة الغراء جزءا من النظام القانوني العام وبشرط أن لا يوجد نص تشريعي يخالف ذلك.^(٢)

٢- الالتزام بحدود الحق

إن الحقوق جميعا حقوق نسبية، فالقانون لا يعرف حقا مطلقا إذ إنه يحدد حدودا معينة لكي يدخل الفعل في نطاق الحق لكن هذه القيود والحدود تختلف باختلاف الحقوق دون أن تكون لها قاعدة عامة وشاملة، إنما يبحث كل حق على حدة لاستخلاص شروطه وتحديد نطاقه.^(٣)

وإن القانون يستلزم جملة من الشروط، منها ما يتعلق بالشخص إذ قد يقدر القانون الحق لشخص بالذات، وفي هذه الحالة يتعين ممارسة الحق بواسطة من يملكه ولا يقبل من غيره^(٤) مثال على ذلك حق مزاولة مهنة الطب يقرره القانون لمن كان طبيبا، ولا يجوز لغير الطبيب أن يعالج المرضى، ولو كان لديه من الخبرة قدرا يفوق ما يكون لدى الطبيب .

وفي كل الأحوال يجب أن يكون استعمال الحق بالحدود المقررة للحق معنى ذلك إذا تجاوز صاحب الحق أو أخطأ في حقه يرفع القانون الحماية عنه .

٣- استعمال الحق بحسن النية

إن حسن النية الذي يتطلبه القانون هو إستهداف صاحب الحق بفعله نفس الغرض الذي من أجله قرر الحق له ، فإن ثبت أن صاحبه يريد به غرضا أحر أي إنه ليس بحسن النية في هذه الحالة ليس له أن يحتج لإباحة فعله بذلك حق.^(٥) ومثال على ذلك الملاك الذي يضرب منافسه إنما يستهدف المباراة الرياضية المجردة عن كل نية سيئة ولكنه إذا سعى إلى غاية سيئة ليست الرياضة فعندئذ يتجرد فعله عن المشروعية ، وكذلك الطبيب الذي يجري عملية جراحية لغرض إجراء تجربة وليس لشفاء المريض .

ومما هو جدير بالذكر إن نص المادة (٤١) من قانون العقوبات العراقي جاء خاليا من الإشارة الى شرط حسن النية ، وهذا قصور ونقص في القانون على المشرع أن يتلافاه عند تعديل القانون.^(٦)

(١) د. فخري عبدالرزاق صليبي الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الناشر المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٩٢، ص (١٢٧) .

(٢) د. علي حسين الخلف وسلطان عبدالقادر، المصدر السابق، ص (٢٥٨ - ٢٥٩) .

(٣) د. جمال إبراهيم الحيدري، المصدر السابق، ص (٨٠٤ - ٨٠٥) .

(٤) د. فخري عبدالرزاق صليبي الحديثي، المصدر السابق، ص (١٣٠)

(٥) د. علي حسين الخلف وسلطان عبدالقادر، المصدر السابق، ص (٢٥٩ - ٢٦٠) .

(٦) المصدر نفسه ، ص (٢٦٠) .

٤- عدم اساءة استعمال الحق

لم يبين قانون العقوبات المقصود من هذا الشرط، لهذا يتعين علينا الرجوع الى أحكام القانون المدني باعتباره القانون العام الذي يجب الاستعانة به لسد كل نقص أو استجلاء كل غموض ينتاب أحكام قانون العقوبات.^(١) وقد حددت الفقرة الثانية من المادة السابعة من القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ الحالات التي يكون فيها استعمال الحق غير المشروع على النحو التالي :

أ- إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الإضرار بالغير .

ب- إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الأهمية لانتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

ج- إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الإستعمال الى تحقيقها غير مشروعة.^(٢)

(١) د . كامل سعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار النشر للطباعة، عمان، سنة ٢٠٠٢، ص (١٤٠)

(٢) أنظر المادة ٧، فقرة ٢ أ ب- ج من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وتعديلاته .

المطلب الثاني

صور الخطأ في تطبيقات استعمال الحق

الفرع الأول : حق التأديب

أولاً : حق تأديب الزوج لزوجته

إن هذا التأديب أساسه مسؤولية الزوج البدنية والمالية لحماية الزوجة من الأعتداء على حياتها أو سلامتها أو عرضها ومن الانفاق عليها، ونحو ذلك، وتندرج تحت هذه الشمولية حماية سلوكها وقيمها وأخلاقها ومنع إخلالها بالتزامها تجاه الزوج والأولاد وغيرهم.^(١)

إن حق تأديب الزوج لزوجته مقرر في الشريعة الإسلامية الغراء، فقد ورد في القرآن الكريم ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾.^(٢)

إن علة الإباحة في هذا التأديب تكمن في إن مصلحة الأسرة تقتضي أن يكون لبعض أفرادها سلطة على بعضهم الآخر، وأن تدعم هذه السلطة بالحق في توقيع الجزاء على من يخرج عليها والغاية من حق التأديب هي تهذيب من يخضع له وحمله على السلوك الذي يتفق مع مصلحة الأسرة والمجتمع.^(٣)

فالتأديب إذن كما رتبته الآية الكريمة لا يكون إلا باتباع وسيلة من الوسائل الثلاثة وحسب الترتيب التالي:

١- الوعظ والإرشاد.

٢- الهجر في المضاجع.

٣- الضرب .

والضرب هنا يجب أن تكون الغاية منه تأديب الزوجة ، فان كان له باعث جرمي كالانتقام أو الاستيلاء على أموالها أو دفعها الى الفحشاء فعندئذ ينتفي الحق وتزول الاباحة ويصبح فعل الضرب جريمة يسأل عنها الزوج مسؤولية جنائية.^(٤)

وبهذا الترتيب بحيث لا يلجأ الى هذه الوسيلة الا إذا ظهر له أن مادونها لم ينجح في اصلاح الزوجة ، الجدير بالشرح هنا من حيث الأحكام هذه الفقرة هي الوسيلة الثالثة أي الضرب ، وهي التي تتعارض مع أحكام قانون العقوبات في الالتزام بالشروط التي وضعتها لاستعماله والا يكون الزوج أمام مساءلة قانونية نتيجة للخطأ الذي استعمله، لأن (واجب على الزوج وعظ المرأة أولاً فإن لم ينفع هذا اللجوء الى هجرها في المضجع ، فإن لم ينفع هذا الأجراء أيضاً فعندئذ فقط يجوز اللجوء الى استعمال الضرب الخفيف).^(٥)

(١) د. مصطفى الزلمي، أسباب الإباحة للأعمال الجرمية في الشريعة والقانون، مطبعة شهاب، أربيل، ٢٠١٠، ص (١٣٤) .

(٢) [سورة النساء الآية (٣٤)] .

(٣) عبدالستار الباركان، شرح قانون العقوبات بين التشريع والفقهاء والقضاء، ص(١٨٤) بلا موقع النشر، بلا تاريخ

(٤) د. غالب عبيد خلف شرح قانون العقوبات، القسم العام، مؤسسة مصر مرتضى للكتاب العراقي، بغداد، ٢٠١٠، ص (١٣٧)

(٥) المصدر نفسه، ص (١٣٦) .

وللوقوف على اتجاه القضاء العراقي من هذه الناحية نورد أدناه بعضاً من التطبيقات والمبادئ القضائية في أحكام محكمة التمييز العراقي :-

١- رقم القرار ٢١٦/الهيئة العامة الثانية/١٩٧٦ تاريخ القرار ١٩٧٦/١٢/٢٤

يجب أن يكون تأديب الزوج لزوجته خالياً من الإذلال والتحقير والإرغام ومصحوباً بالعاطفة وهادفاً إلى إصلاح الزوجة وضمان عدم خروجها عن الطاعة فإن حصل الضرب خلافاً لذلك الغرض ويقصد الإنتقام كان الزوج سئ النية وإستحق العقاب عن فعل الضرب وفق المادة (٤١٥) عقوبات .

٢- رقم القرار ١١٥/تمييزية/١٩٧٤ تاريخ القرار ١٩٧٤/٦/١١

إن السب والشتم ليست من الأمور التي تدخل بحدود حق تأديب الزوج لزوجته وإنما يعاقب الزوج عن ذلك بموجب المادة (٤٣٤) عقوبات

٣- رقم القرار ١٠٢٢/تمييزية/١٩٧٣ تاريخ القرار ١٩٧٣/١٢/٣

إن سقوط الزوجة على الأرض من جراء دفع الزوج لها وإصابتها بأضرار يخرج عن حدودها للزوج من حقوق في تأديب الزوجة .

٤- رقم القرار ١٧٢و٤٤/تمييزية/١٩٧٦ تاريخ القرار ١٩٧٦/٢/١٤

يعتبر الزوج خارج عن حق التأديب إذا قال لزوجته بأن لها علاقة غير شريفة مع شخص ما.^(١) ولما كان مصدر هذا الحق هو الشريعة الإسلامية فإنه لا بد من الالتزام بالشروط التي حددتها الشريعة الإسلامية لاستعماله وهي أن يكون الضرب آخر المطاف ، لذلك فلا يجوز اللجوء له إن كانت هناك وسيلة أخرى تنفع غيره .

جدير بالإشارة إليه، قام المشرع الكوردستاني بإعادة تنظيم مسألة تأديب الزوج لزوجته حيث بموجب قانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٧ الصادر من البرلمان الكوردستاني فقد تم إستثناء الزوجة من مسألة التأديب وأعتبر كل إعتداء على الزوجة جريمة يعاقب عليها قانوناً ، بمعنى اسبغ المشرع الصفة الجرمية على فعل الزوج حتى وإن التزم بالمعايير المذكورة في الشريعة الإسلامية .

ومن جانب آخر تطرق المشرع الكوردستاني في قانون رقم (٨) لسنة ٢٠١١ إلى مسألة هي غاية في الأهمية ألا وهي العنف الأسري، وبقدر تعلق الأمر ينافي سياق بحثنا هذا نرى بأن المشرع في الفقرة الثالثة من المادة الأولى يبين أن العنف الأسري هو (كل فعل أو قول أو تهديد بهما على أساس النوع الإجتماعي في إطار العلاقات الأسرية المبنية على أساس الزواج والقرباة إلى الدرجة الرابعة، ومن ثم ضمه إلى الأسرة قانوناً من شأنه أن يلحق ضرراً من الناحية الجسدية والجنسية والنفسية وسلباً لحقوقه وحياته).^(٢)

(١) قرارات محكمة التمييز المرقم (٢١٦/هيئة عامة/١٩٧٦ و١١٥/ت/١٩٧٤ و ١٠٢٢/ت/١٩٧٣ و ١٧٢و٤٤/ت/١٩٧٦ المشار إليه في كتاب مجموعة لأهم المبادئ والقرارات لمحكمة تمييز العراق، فؤاد زكي عبدالكريم ، مطبعة أوفسيت سرمد، بغداد ١٩٨٢ ص(٢٨ و٢٩) .

(٢) قانون رقم (٨) لسنة (٢٠١١) قانون مناهضة العنف الأسري في إقليم كوردستان العراق المنشور في وقائع كوردستان المرقم (١٢٢) .

حيث يلاحظ بانه وسع من مفهوم منع تدخل الزوج أو ولي الأمر في مسألة التأديب بحيث يشمل الناحية القولية في حين إن المادة (٤١) من قانون العقوبات العراقي قصد هذه المسألة من ناحية التأديب والتي تتعد بأنّها تنحصر في الجانب الأدبي وإن موقف المشرع الكوردستاني أسلم من الناحية الشمولية لتحديد مسألة العنف الأسري .

وفي معرض إبداء رأينا بهذا الخصوص فإننا لانتفق مع توجه ونهج المشرع الكوردستاني في المعالجة التشريعية، ولعل كثرة حالات التفريق والطلاق التي نلاحظها في محاكم الأحوال الشخصية وزيادة أعداد القضايا الحقيقية الناجمة عن شكوى الزوجات ضد أزواجهن وهذا يدل على عكس الغاية التي كان يبتغيها المشرع الكوردستاني بمعنى إن إستثناء ضرب الزوج لزوجته على سبيل التأديب من أسباب الإباحة بموجب تعديل التشريع الاخير من قبل المشرع الكوردستاني جاء بنتائج انعكست سلبا على حال الأسرة في المجتمع الكوردستاني وكان لها تأثير غير إيجابي في إزدياد حالات التفريق في المجتمع .

ثانيا : تأديب الأباء والمعلمين ومن هم في حكمهم الأولاد القصر

تنص المادة (٤١) من قانون العقوبات على منح حق تأديب الصغار الى الأباء والمعلمين ومن في حكمهم كالولي والوصي والأخ الكبير والأم .

إن حق التأديب هذا مقرر في الشريعة الإسلامية الغراء إذ رخصت الشريعة ضرب القاصر للتعليم والتأديب ، كما إنه مقرر عرفا واتفاقا والشريعة أناطت بالأب والوصي والأم حق تأديب الصغير، ويؤول هذا الحق الى ولي النفس عند عدم وجود الأب، ويعود حق التأديب الى أصحاب الحرف بحسب الاتفاق أو ماجرى عليه العرف لغرض التعليم والتهديب والتوجيه^(١).

عليه إذا خرج الفعل خطأ أي تجاوز عما جرى عليه العرف لغرض التأديب أو التعليم أو التهذيب انقلب الحق الى ضده، يكون الفعل جريمة يؤخذ عليه من قام به .

ويجدر ذكره أن التأديب بالضرب باليد أو بأية وسيلة أخرى إذا حرمه الشارع بنص صريح يعد ممنوعا كما هو الحال في المدارس والمعاهد التي تمنع أنظمتها اللجوء الى العقوبات البدنية ، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة (٤٣) من نظام المدارس الثانوية المرقم (٢) لسنة ١٩٧٧ المعدل والمنقح لسنة ٢٠٠١ (تستند المحافظة على النظام الى الشعور الذاتي للطلاب وتقديرهم لمسؤولياتهم ومساهماتهم في إدارة شؤونهم ويقصد من التأديب التوجيه والتقويم وتمنع العقوبة البدنية بأي شكل من الأشكال منعا باتا)^(٢).

(١) عبدالستار البزركان، المصدر السابق، ص (١٨٨) .

(٢) نظام المدارس الثانوية رقم (٢) لسنة ١٩٧٧ المعدل والمنقح ٢٠٠١، أبريل، ٢٠٠١، ص(٤٩) .

الفرع الثاني

حق ممارسة الألعاب الرياضية

إن الفقرة الثالثة من المادة (٤١) من قانون العقوبات العراقي إعتبرت العنف في الألعاب الرياضية كتطبيق لفكرة إستعمال الحق فنصت على (إن أعمال العنف التي تقع أثناء الألعاب الرياضية متى كانت قواعد اللعب روعيت). وبمقتضى هذه الفقرة أباح المشرع العنف في الألعاب الرياضية ومع ذلك فإن هذا مقيد بشروط لا بد من تحققها في اللعبة كي يمنح لاعبيها سبب الإباحة ، ولكن في حالة عدم مراعات شروط وقواعد اللعبة يترتب عليه المسؤولية الجزائية .

وتعتبر الألعاب الرياضية من أهم وسائل التربية في الوقت الحاضر ، وهي متنوعة ومختلفة ومن بينها ما لا تمارس إلا بواسطة جماعة يتنافسون فيها ويتبارون رغبة في الفوز والتغلب على الخصم، مما أدى الى قيام قواعد وأعراف وأنظمة للمنافسة في المباراة ، وأصبح بعض هذه الأنظمة دولياً متبعاً في جميع البلدان^(١).

وإن بعض الألعاب الرياضية تفترض ممارسة العنف على جسم المنافس كالمصارعة والملاكمة ولعبة الشيش والمساح والإصابات في لعبة كرة القدم ، وهذه الأفعال تخضع في الأصل لأحكام قانون العقوبات، إلا إن المشرع رأى ضرورة إباحة أفعال العنف والمساح بجسم المنافس وذلك إذا اتبعت أصول اللعبة .

ولكي تباح أعمال العنف في الألعاب الرياضية لا بد من تحقق شروط ثلاث وهي :

- ١- أن تكون اللعبة معترفاً بها، أي أن تكون لها قواعد معترف بها وتقاليد تحمل المشاركين فيها على إحترامها .
- ٢- أن تكون أفعال العنف أو الإصابات قد حصلت أثناء ممارسة اللعبة الرياضية، وذلك فإن أعمال العنف التي تقع قبل بدء اللعبة أو عقب الإنتهاء منها لا تكون مباحة وإنما تخضع للعقاب.
- ٣- يجب أن تراعى في اللعبة القواعد المتعارف عليها، فإذا خرج اللاعب عن تلك القواعد بقصد إيذاء منافسه أصبح مسؤولاً عن جريمة عمدية وإذا كان خروجه نتيجة الإهمال أو عدم إحتياط يكون مسؤولاً عن جريمة غير عمدية^(٢) .

وقد سارت أحكام القضاء على هذا النهج في العديد من قراراتها العراقية حيث ورد في أحد أحكام محكمة التمييز العراقية أن الألعاب الرياضية التي تستوجب استعمال العنف على الخصم كالملاكمة والمصارعة فإذا كانت قد روعيت قواعد اللعبة فلا جريمة لأن الخصم إستعمل حفاً مقررًا بمقتضى القانون والألعاب الرياضية التي لا تتطلب استعمال العنف هي مثل لعبة التنس وكرة القدم^(٣).

وفيما يتعلق بموقف القضاء في إقليم كردستان-العراق فقد قضت الهيئة الجزائية الأولى في محكمة تمييز إقليم كردستان بقرارها المرقم (٨٧) المؤرخ (٢٠٠٧/٥/٢).

(١) د. عباس الحسيني، المصدر السابق، ص(١١٨ و١١٩) .

(٢) د. ماهر عبد شويش الدرة، الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار النشر، بغداد، ١٩٩٠، ص(٣٤٥) .

(٣) القرار المرقم (٣٠٤/تمييزية/١٩٧٨/ بتاريخ ١٩٧٦/٦/٢) فؤاد زكي، المصدر السابق.

إن المشتكي المصاب (ذ) وحسب إفادته كان يلعب الكرة مع صديقه المتهم (ب) وأثناء اللعب وقع على الأرض وأصيب بكسر. وحيث أن المادة (٤١) عقوبات قد عدت أعمال العنف التي تقع أثناء الألعاب الرياضية مباحا واستعمالا لحق ولا يعتبر ذلك جريمة، لذا كان على محكمة الأحداث أن تحكم بعدم مسؤولية المتهم حيث إنها خالفت ذلك مما يكون القرار (رفض الشكوى المقامة على المتهم (ب) وقالمادة (٤١٦) من قانون العقوبات وقبول الصلح الواقع بين الطرفين وإلغاء الكفالة المأخوذة من المتهم وإخلاء سبيله إستنادا لأحكام المادتين (١٩٤-١٩٥/ج/أصول المحاكمات الجزائية المعدل) وذلك لتنازل المشتكي عن شكواه ومصالحته مع المتهم مخالفا للقانون قرر نقضه وإعادة الإضبارة الى محكمتها لاتتبع ماتقدم وصدر القرار بالإتفاق في (٢٠٠٧/٥/٢).^(١)

من خلال ما تقدم يتلخص لنا أن أساس عدم مسؤولية اللاعب ينتج عن انتفاء عنصر الخطأ في الجريمة أو الفعل أعلاه أساس وليس إباحة المشرع لفعله أثناء اللعب .

الفرع الثالث: العمليات الجراحية والعلاج على أصول الفن

نصت الفقرة الثانية من المادة (٤١) من قانون العقوبات على إنه يعتبر إستعمالا للحق ((عمليات الجراحة والعلاج على أصول الفن متى أجريت برضا المريض أو ممثله الشرعي أو أجريت بغير رضا أيهما في الحالات العاجلة))

ويعرف العمل الطبي بأنه (ذلك العمل الذي يقوم به شخص متخصص من أجل شفاء الغير، طالما إستند هذا العمل إلى الأصول الطبية المقررة في علم الطب).^(٢)

وتتطلب ممارسة الأعمال الطبية والجراحية المساس بسلامة جسم الإنسان، ولما كان المشرع الجنائي يحرم أفعال المساس بسلامة الجسم في صورة الضرب أو الجرح أو اعطاء المواد الضارة فإن الأعمال الطبية والجراحية تتطابق مع نموذج القانون للجرائم الماسة بسلامة الجسم مع ذلك لا تسري أحكام القانون الخاصة بالضرب والجرح على الطبيب أو الجراح .

وفي الحقيقة تنتفي المسؤولية الجنائية للطبيب أو الجراح بسبب إباحة الأعمال الطبية أو الجراحية التي يباشرها على جسم المريض، ذلك إن هذه الأعمال وإن مست الجسم إلا إن ذلك من أجل صيانتة وحمايته والحفاظ عليه حتى يسير سيراً طبيعياً.^(٣)

ولا يعتبر رضا المريض أساساً في إنتفاء مسؤولية الطبيب في هذه الحالة، لأن القاعدة العامة في القانون الجنائي أن ليس لرضا المجني عليه من أثر في توافر المسؤولية الجنائية أو عدم توافرها، كما لا يعتبر إنتفاء القصد الجنائي لدى الطبيب أساساً لعدم المسؤولية لأن الواقع هو قصد الإيذاء قائم عنده مادام يرتكب الفعل عن ارادة وعلم من شأن فعله المساس بجسم المريض أو بصحته .

(١) د. عثمان ياسين علي، المبادئ القانونية في قرارات محكمة تمييز إقليم كردستان العراق، أربيل، ١٩٩٣، ص (٨٤) .

(٢) شريف الطباخ، المصدر السابق، ص (٨٦-٨٧) .

(٣) المصدر نفسه، ص (٨٧) .

مع ذلك فإنه لتحقيق الإباحة في العمل الطبي لا بد أن تتوفر شروط فيها مثل :

أولاً : ترخيص القانون بمزاولة مهنة الطب (إجازة ممارسة المهنة)

يشترط لإباحة العمل الطبي والجراحي أن يكون من أجراه مرخصاً له قانوناً بمزاولة مهنة الطب والجراحة، وهو ترخيص تمنحه جهة ذات اختصاص في المجال الطبي، وهذه الإجازة هي أساس الترخيص الذي تطلب القوانين واللوائح الحصول عليها قبل مزاولة المهنة^(١)

فإذا قام بالعمل الطبي من لا يملك حق مزاولة مهنة الطب خطأ يسأل عما يحدث من جروح على أساس العمد، مهما كان باعته طبيياً حتى ولو حقق الشفاء للمريض فعلاً والحكمة من اشتراط الترخيص القانوني لمن يزاول الأعمال الطبية أن القانون لا يمنح هذا الترخيص إلا لمن تتوفر فيه شروط معينة تجعله محلاً لثقة القانون لقدرته على مزاولة هذه الأعمال في الحدود الطبية العلمية الهادفة إلى تحقيق الغرض وهو شفاء المريض^(٢).

ثانياً : رضاء المريض بالعلاج

يقصد بهذا الشرط أنه لا يجوز للطبيب أن يباشر عملاً طبياً إلا بعد موافقة المريض الصريحة إن أمكن ذلك أو من قبل ذويه إذا كان المريض في حالة فقدان الوعي أو غير راشد، فإن لم يوجد ذوهه فيصير إلى حالة الضرورة التي لا تسمح بالانتظار .

هذا وقد يكون المريض في حالة خطر مما يتطلب الإسراع في معالجته أو إجراء عملية جراحية له لإنقاذ حياته ولا يكون في وسع المريض التعبير عن رضائه، ويتعذر العثور على من ينوب عنه كمثل شرعي، في هذه الحالة تقوم ضرورة يستطيع الطبيب أن يجري العملية أو العلاج دون الحصول على رضا المريض^(٣).

ثالثاً : كون التدخل الطبي بقصد العلاج

يجب أن يكون التدخل الطبي أو العلاجي بقصد العلاج، إذ إن الغاية من مزاولة العمل الطبي والجراحي هو علاج المريض وتحسين حالته الصحية أي تخليصه من المرض وتخفيف آلامه أو علاجه. وعلى ذلك فإذا إنتفى قصد العلاج لدى الطبيب بأن كان تدخله منصرفاً إلى غرض آخر ، فإن فعله يخرج من دائرة استعمال الحق ويدخل ضمن دائرة التجريم، لأمر الذي يؤدي إلى قيام المسؤولية الجنائية .

رابعاً : مراعاة الأصول العلمية لممارسة العمل الطبي

يشترط بجانب الأمور الثلاثة السابقة أن تكون ممارسة الطبيب لعمله الطبي وفقاً للأصول العلمية التي يعرفه أهل العلم، إذ يعد ذلك من أهم شروط مشروعية العمل الطبي .

وما يعده جمهور الأطباء من أسلوب متبع أو دواء معطى هو المعول عليه في تحديد إتباع أصول الفن من عدمه، ويعتبر الخطأ الفاحش الذي تفره قواعد المهنة، وكذلك الإهمال الذي لا يصح صدوره من معالج يلتزم بأصول فن العلاج من باب أصول مخالفة الفن وعدم اتباعها مما يحقق

(١) د. محمود القبلاوي، المصدر السابق، ص (٢٢) .

(٢) پخشان رشيد سعيد، المسؤولية الجنائية عن الأخطاء عند إجراء العمليات الجراحية، المصرية للنشر والتوزيع، مصر القاهرة ٢٠١٨، ص (٢٢٧) .

(٣) د. غالب عبيد خلف، المصدر السابق، ص (١٤٠) .

مسؤولية المعالج الجنائية ويزيل صفة الإباحة عن فعله ، مثال على ذلك لو أجرى الطبيب عملية جراحية بآلات غير محكمة أو أجراها بحالة سكر^(١).
فالطبيب يملك حرية تقدير وسيلة العلاج وأسلوبه في حدود القواعد والأصول الطبية المقررة في مجال اختصاصه الطبي، حتى ولو كان قد اختار وسيلة علاج هي محل خلاف من الواجهة العلمية أو الفنية^(٢).

وقد ورد في قرار محكمة استئناف بغداد أن المستأنف عليها (المتهمة) كانت قد بذلت العناية الطبية الكافية للمجني عليها عند رقادها في المستشفى وأنها حضرت إليها مرتين في المرة الأولى جهزت لها نصف لتر من الكلوكوز مع الماء وعشر وحدات من (البتوسين) وغرزت لها بنفسها الإبرة بالوريد ونظمت عدد إعطاء القطرات لها وفي المرة الثانية حضرت إليها مساءً وكانت المريضة قد سحبت بنفسها الإبرة مما حمل ذلك المستأنف عليها الى أن تعيدها إليها بنفسها وإنما واصلت الإتصال التلفوني بالمستشفى مرتين أيضاً، وبينما كان الأطباء يعالجون المريضة نقلها قسراً من بين أيديهم من المستشفى بسيارة أهلية رغم نصح الأطباء بعدم نقلها لخطورة حالتها الصحية . ويقدر تعلق الأمر بنوعية الدواء المعطى للمريضة من المستأنف عليها وضرورة ملازمتها للمستشفى فإن الشهود والخبراء الفنيين بينوا أن إعطاء كمية من نوعية ذلك الدواء الى المجني عليها أمر طبيعى وهو تعطى في حالات كثيرة مماثلة وتكاد تكون المادة المذكورة هي المفضلة في حالات الولادة ولا يشترط على الطبيب المعالج أن يلازم المريضة في المستشفى طالما توجد الممرضة تراقب حالة المريض وعلى هذا الأساس فإنهم لم ينسبوا للمستأنف عليها أي خطأ جسيم، ومن ناحية أخرى فإن المحكمة تجد أن تعذر الإتصال بالمريضة وعدم حضور المتهمة المستأنف عليها بعد الساعة العاشرة مساءً للمستشفى لا يعد فعلاً خاطئاً مؤدياً الى وفاة المجني عليها ، خاصة أن الشهود والخبراء أوضحوا أن وفاتها كانت نتيجة عوامل كثيرة ومتداخلة فيما بينها ، وخلصت محكمة الجنائيات الى القول إن المستأنف عليها لم تقم بأية عملية أو مداخلة المجني عليها بعد أن ساءت حالتها الصحية لأسباب لا دخل لها بها وإذ أن ذوي المجني عليها أيدوا حرص الطبيب على مريضتهم فإن وفاة المجني عليها لم يثبت حصولها والحالة هذه بسبب خطأ أو إهمال إقترفته الطبية ، لذلك يكون القرار المستأنف موافقاً للقانون ، وكانت محكمة جزاء الكرامة قد قضت ببراءة المستأنف عليها من التهمة المسندة إليها عن (القتل الخطأ)^(٣).

وفي قضية أخرى أصدرت محكمة الجناح في أربيل قراراً إستناداً لأحكام المواد (١٢٣) المعدل بقرار برلمان كردستان والمواد (١٨٢، ١٧٢، ١٧٤) من قانون أصول المحاكمات الجزائية والمادة (١/٩٣) من قانون العقوبات حكماً وجاهياً قابلاً للتمييز وأفهم علناً بتاريخ (٢٠١٠/١١/٢٨) نتيجة إهمال وتقصير المتهمين كل من (ع. ش. د) و(ن. أ. خ) و(ع. ح. ح) في أداء مهامهم وواجباتهم الطبية أدى الى وفاة المشتكية، وأن ماقام به المتهمون من الفعل منطبق عليهم أحكام المادة (٤١١) من قانون العقوبات، وإن الأدلة كافية ومقنعة لإدانتهم^(٤) يتبين لنا من خلال متابعة قرارات القضاء العراقي سواء في إقليم كردستان أو القضاء الإتحادي أن القضاء يرتب المسؤولية الجنائية على الطبيب عند توافر الخطأ المادي وهو الخطأ الخارج عن أصول وقواعد مهنة الطب، وتوافر الخطأ الفني الجسيم وهو الخطأ الفني الفاحش ومن غير تحقق هذين الخطأين وعلى فرض أن هناك خطأ فنياً يسيراً فإن الطبيب لم يسأل عنه قضائياً .

(١) د. علي حسين الخلف ود. سلطان عبدالقادر الشاوي، المصدر السابق، ص (٢١٩) .

(٢) جمال إبراهيم الحيدري، المصدر السابق، ص (٨١٩) .

(٣) عبدالستار البزركان، المصدر السابق، ص (١٩٢-١٩٣) .

(٤) أنظر قرار محكمة جناح أربيل المرقم (١٠٥٣) جناح في (٢٠١٠/١١/٢٨)، غير منشور .

الفرع الرابع

أعمال العنف التي تقع من ارتكاب جنائية أو جنحة مشهودة

بموجب أحكام قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي فإن لأي شخص يشاهد متهما متسببا بارتكاب جنائية أن يقبض عليه وقد يتطلب هذا القبض استعمال نوع من الشدة والعنف لشل حركته والحيلولة دون هروبه، ولأجل أن يمارس الناس هذا الواجب اعتبر القانون استعمال الشدة في هذه الحالة عملا مباحا حيث ورد في الفقرة (٤) من المادة (٤١) من قانون العقوبات العراقي (يعتبر استعمالا للحق أعمال العنف التي تقع على من ارتكب جنائية أو جنحة مشهودة بقصد ضبطه) (١) فمن وجد متهما في حالة الجرم المشهود وكان فعله جنائية أو جنحة فلا يحتاج القبض عليه لمذكورة أمر القبض وعلى كل شخص شاهد هذا الجرم سواء كان مكلفا بخدمة عامة أو من أفراد الناس أن يلقي القبض على الجاني، وأن يسلمه للسلطات المختصة (٢) وقد نصت المادة (١٠٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية على أنه :

أ- لكل شخص ولو بغير أمر السلطات المختصة أن يقبض على أي متهم بجنائية أو جنحة في إحدى الحالات الآتية :

١- إذا كانت الجريمة مشهودة

٢- إذا كان قد فرّ بعد القبض عليه قانونا .

٣- إذا كان قد حكم عليه غيابا بعقوبة مقيدة للحرية (٣)

ولأجل تحقق سبب الإباحة في هذه الحالة، وبالتالي اعتبار فعل العنف المرتكب مباحا لا بد من توافر الشروط التالية :

أ- أن تكون الجريمة من قبيل الجنائيات أو الجنح، مما يعني أنه لا يجوز استعمال العنف في القبض على مرتكب المخالفة .

ب- أن يكون المجرم متلبسا بالجنائية أو الجنحة.

ج- أن يكون القصد من استعمال العنف مع الجاني هو القبض عليه ، فإن كان القصد هو الإنتقام أو الثأر فعندئذ تتجرد الواقعة من صفة الإباحة (٤)

١- د. علي حسين الخلف وسلطان عبدالقادر الشاوي، المصدر السابق، ص (٢٦٧) .

٢- د. عباس الحسني، المصدر السابق، ص (١٢٠) .

٣- د. علي حسين الخلف وسلطان عبدالقادر الشاوي، المصدر السابق، ص (٢٦٧) .

وفي قضية أظهر وقائعها أن المجني عليه كان قد دخل دار، المتهم وفتح غرفة شقيقة زوجة المتهم وحاول الاعتداء عليها جنسيا فاستغاثت، فخرج المتهم من غرفة أخرى وأطلق النار نحو المجنى عليه عندما بلغ المجني عليه باب الدار. في هذه القضية قررت محكمة الجنايات عدم مسؤولية المتهم عملا بالمادة (٤١ ، فقرة ٤) عقوبات لاستعماله حقا أقره القانون بيد أن محكمة التمييز عند نظرها للقضية أظهرت أن المتهم لم يدخل فعله ضمن أفعال العنف التي تقع على من يرتكب جناية أو جنحة مشهودة بقصد ضبطه بعد أن فر المجنى عليه محاولا الهروب حتى بلغ باب الدار.^(١)

وبرأينا المتواضع أن الأصوب في تبيين موقف محكمة الجنايات التي هي أقرب للواقع ولاسيما أنها تتعامل مع ظروف القضية من حيث التماس المباشر مع أطرافها، والأقدر على تقدير الأمور من محكمة التمييز والتي هي بالأساس محكمة تدقيق الأوراق .

(١) قرار محكمة تمييز العراق المرقم (١/تمييزية /٨٠) والمؤرخ في ١٩٨٠/٢/٢١. أشار إليه عبدالستار بازركان ، المصدر السابق، ص (١٩٩) .

المبحث الثالث

الأثار القانونية للخطأ في استعمال الحق

نقسم هذا المبحث الى مطلبين, نتكلم في المطلب الاول المسؤولية الجزائية, ونكرس المطلب الثاني للمسؤولية المدنية.

المطلب الأول : المسؤولية الجزائية

نقسم هذا المطلب الى فرعين, نعرض مفهوم وتعريف المسؤولية الجزائية في الفرع الاول , ونخصص الثاني لنطاق المسؤولية الجزائية

الفرع الأول : مفهوم وتعريف المسؤولية الجزائية

إن مصطلح المسؤولية يستخدم للدلالة على معنى التزام شخص بتحمل النتائج التي تترتب على سلوكه الذي ارتكبه مخالفاً به أصول أو قواعد قانونية، ومفهوم المسؤولية بشكل عام ينطبق مع مفهوم المحاسبة وتحمل الشخص لتبعية تصرفاته وأفعاله^(١)

والمسؤولية بوجه عام، هي حالة الشخص الذي ارتكب أمراً يستوجب المؤاخظة فهناك مسؤولية أدبية ومسؤولية جزائية ومسؤولية مدنية^(٢)

ويعرفها الآخرون بأنها تحمل الإنسان نتيجة عمله فالإنسان يسأل عما يقع منه من مخالفة في أفعاله وتصرفاته سواء كانت سلبية أم إيجابية^(٣)

أما المسؤولية الأدبية ، فإنها لا تدخل في دائرة القانون ولا يترتب عليها الجزاء القانوني وأما المسؤولية الجنائية، فهي تقوم على أساس أن الضرر قد أصاب الهيئة الاجتماعية أي المجتمع أي جانب الفرد نتيجة خرق نص جزائي .

والمسؤولية الجزائية : هي الإلتزام بتحمل الأثار القانونية المترتبة على توافر أركان الجريمة وموضع هذا الإلتزام فرض عقوبة، أو تدبير إحترازي حددها المشرع الجزائي في قيام مسؤولية أي شخص عن الجريمة^(٤) وإن أساس المسؤولية الجزائية يقوم على وجوب توفر ملكتي الإدراك والاختيار في الفاعل فإن فقد أحد هذين الشرطين أو كلاهما تعذرت مساءلته جزائياً^(٥)

والمسؤولية الجزائية لغة تعني المطلوب الوفاء به ومن ذلك قوله تعالى ﴿وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً﴾ أي مطلوباً الوفاء به ، وتعني أيضاً المحاسبة عنه ومنه قوله تعالى ﴿إن السمع والبصر والفؤاد كل أولئك كان عنه مسؤولاً﴾ أي مسؤولاً عنه صاحبه ومحاسباً عليه^(٦). الأصل إن كل من يرتكب جريمة تتم مساءلته عنها طالما كان أهلاً للمساءلة، ولكن هذا الأصل قد ترد عليه استثناءات بصيغة أسباب، أو ظروف تؤدي إما الى إنعدام المسؤولية لإنعدام ركن المسؤولية وهو أهلية التكليف الشرعي أو القانوني أو تؤدي الى منع قيام هذه المسؤولية^(٧)

(١) معتز حمدالله أبو سليم، المسؤولية عن الجرائم المحتملة بحث متاح على العنوان الإلكتروني

<https://meu.edu.jo/libraryThese> تاريخ اخر زيارة ٢٠٢٠/٣/١٥

(٢) د. كوسرهت حسين أمين البرزنجي، المسؤولية الجنائية للأحداث، منشورات حلبي، بيروت، ٢٠١٦، ص(٩)

(٣) معتز حمدالله أبو سليم، مصدر سابق، ص(٥) .

(٤) المصدر نفسه، ص(٥) .

(٥) المصدر نفسه، ص(٩) .

(٦) د.حسون عبيد هجيج، الحرية الإرادة وأثرها في المسؤولية الجزائية بحث متاح على العنوان الإلكتروني التالي :

www.iasi.net>iasi-PDF تاريخ اخر زيارة ٢٠٢٠/٣/١٥

(٧) د. كوسرهت حسين أمين البرزنجي، المصدر السابق ، ص (٩) .

لم تحدد غالبية القوانين العقابية المقصود من المسؤولية الجزائية وكذلك لم يعرف المشرع العراقي هذا النوع من المسؤولية .

ولكن يمكن بيان مفهومها في المجال الجزائي : بأنها عبارة عن تحمل الإنسان عقوبة بسبب ارتكابه فعلا جرميا ، لذا فإن المسؤولية الجزائية في القديم كانت تقوم على أساس تحقق ارتكاب الفعل الجرمي ومن ثم تحقق النتائج الضارة المترتبة عليها^(١)

لم يتفق الفقهاء على تعريف واحد للمسؤولية الجزائية ونحن بدورنا نؤيد وجهة النظر القائلة بأن الخلاف في التعريفات هو خلاف على الشكل لا على الجوهر، وتبعاً لذلك فإن الخلاف ينصب على التسمية لا على المسمى، ولكننا نرى أن أفضل تعريف للمسؤولية الجزائية ماذهب إليه أستاذنا الدكتور محمود نجيب حسني ، مع بعض الفقهاء الفرنسيين على أنها التزام بتحمل النتائج القانونية المترتبة على توافر أركان الجريمة وموضوعه هو العقوبة أو التدبير الإحترازي الذي ينزله القانون بالمسؤول عن الجريمة^(٢)

فقدما كانت المسؤولية تفرض بمجرد ثبوت ارتكاب الجريمة بغض النظر عن الحالة العقلية التي يكون فيها الإنسان، ولم تعد له قيمة شخصية باعتبارها محلاً في قيام المسؤولية الجنائية، ولكن بتطور الزمن وبنزول الأديان السماوية أقر مبدأ المسؤولية القائمة على فكرة الخطيئة ، فلا يسأل الإنسان عن الجريمة بمجرد ارتكاب الفعل المكون لها ، بل لابد من وجود الخطأ من جانب المجرم.^(٣)

الفرع الثاني

نطاق المسؤولية الجزائية

من المسائل المهمة التي تجعل الحق سبباً من اسباب الاباحة التزام الشخص عند ممارسة الحق بالحدود التي رسمها القانون لاستعمال ذلك الحق، فاذا خرج الفرد من تلك الحدود خطأ فانه يكون أمام حالة تجاوز استعمال الحق ويخرج بذلك عن نطاق الحماية قانوناً .

لا يكفي لأن يعد فعل جريمة ان يقع الفعل وان يتضمن قانون العقوبات نصا يعاقب عليه وانما يتعين بالاضافة الى ذلك ان يكون هذا الفعل قد صدر عن من اراده، فالجريمة ليست مجرد كيان مادي يشكل من الفعل وما قد يترتب عليه من الاثار ، وانما هي كيان شخصي ايضا ، و مفاد ذلك كله ان الانسان يسأل عن الجريمة إذا أمكن إسناد الفعل إليه أنه مخطئ فيه (لأنه من المقرر في القانون الجنائي أن الخطأ هو الركن الجوهري الذي تقوم عليه المسؤولية الجزائية بحيث لا يمكن تحميل الشخص نتائج الفعل المنسوب إليه إلا إذا ثبت كونه مقترفاً خطأ^(٤))

إن سبب المسؤولية الجزائية هو الخطأ بالمعنى العام سواء أكان عمدياً أو غير عمدي، وعلى أساس ذلك فإنه بموجب الخطأ غير العمدي تكون الجريمة غير عمدية حينما تتجه إرادة الجاني الى الفعل دون النتيجة، إذ إن القانون يحمل الجاني تبعته كون إن فعله إعتراه أو شابه الخطأ، إذ لولاه لما حدث النتيجة ، وبمقتضى ذلك توصف المسؤولية الجزائية المترتبة بأنها غير عمدية^(٥)

(١) د. هيمداد مجيد علي المرزاني. اثر الانفعال في المسؤولية الجنائية والعقاب. مكتبة التفسير، أربيل ٢٠٠٦، ص ١٠٠ .

(٢) د. كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات الناشر دار الثقافة للنشر، عمان، ٢٠٠٢، ص (٥٠٧) .

(٣) د. هيمداد مجيد علي المرزاني، المصدر السابق، ص (١٠٠) .

(٤) د. جمال إبراهيم الحيدري، المصدر السابق، ص (٦٢٩) .

(٥) المصدر نفسه، ص (٦٨٥) .

الخطأ هو الصورة الثانية للركن المعنوي، وإذا كان القصد يتمثل في إنصراف الإرادة الى النتيجة الاجرامية إضافة الى إنطوائها الى السلوك فإن الخطأ يتصف بإنصراف الإرادة الى السلوك دون النتيجة الإجرامية^(١) ولكن ذلك لايعني انعدام الرابطة النفسية بين الفاعل والنتيجة التي تحققت، وإنما تقوم تلك الرابطة النفسية بين الفاعل والنتيجة التي تحققت، وتتمثل في عدم توقع الفاعل للنتيجة الضارة في حين كان ذلك في استطاعته وهذا مايسمى بالخطأ بدون توقع أو الخطأ غير الواعي^(٢).

والجدير بالإشارة إليه في هذا المجال أن المشرع العراقي لم يعرف الخطأ غير العمدي لكنه عدد صورته من خلال التطرق الى مفهوم الجريمة غير العمدية حيث تقول المادة (٣٥) من قانون العقوبات العراقي ((تكون الجريمة غير عمدية إذا وقعت النتيجة الإجرامية بسبب خطأ الفاعل سواء كان هذ الخطأ إهمالا أو رعونة أو عدم انتباه أو عدم احتياط أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة والأوامر)).

حيث بين حالاتها كالتالي :-

اولا الإهمال : هو أن يغفل الجاني بما يقتضيه واجب الحيطة والحذر ليتفادى حدوث النتائج الإجرامية ويعبر الإهمال عن الخطأ إذا نشأ عن موقف سلبي يتخذه الجاني حيال ما ينبغي أن يتخذ من احتياطات يقتضيها الحذر ومن شأنها أن تحول دون وقوع الضرر^(٣).

ثانيا الرعونة : معناها أن يتصرف الشخص من غير تقدير للعواقب أو بالأحرى هو سوء التقدير بسبب نقص الخبرة أو المهارة .

ثالثا عدم الإنتباه : مفاده عدم القيام بما ينبغي القيام به لتفادي النتائج الضارة .

رابعا عدم الإحتياط : هو تعبير عن حالة قيام الجاني بنشاط ايجابي وهو يدرك ما قد ينشأ عن ذلك من أثار ولم يتخذ ما ينبغي من الوسائل التي تحول دون تحقق هذه الأثار^(٤).

الحق هو المصلحة التي يعترف بها القانون ويسبغ عليها حمايته، ويقتضي تقرير الحق أن تكون وسيلة استعماله مباحة وإلا لا تكون له قيمة، ومتى وجد الحق وجدت معه الإباحة فليس من المستساغ أن يأذن المشرع بأمر أو يوجه ثم يفرض عليه الجزاء باعتباره جريمة^(٥).

ومثل هذه القاعدة لا تحتاج الى نص لكونها من القواعد المرعية المسلم بها ولكن مع ذلك نصت عليها كثير من قوانين العقوبات مقررّة لأهميتها^(٦) حيث نص قانون العقوبات العراقي في استعمال الحق كسبب من أسباب الإباحة في المادة (٤١) بقوله ((للاجريمة إذا وقع الفعل استعمالا لحق مقرر بمقتضى القانون)). ويعتبر استعمالا للحق :

١- تأديب الزوج لزوجته وتأديب الأباء والمعلمين ومن في حكمهم الأولاد القصر في حدود ما هو مقرر شرعا.

(١) د. ماهر عبد شويش الدرة، الأحكام العامة في قانون العقوبات، المكتبة الوطنية، بغداد، ١٩٩١، ص (٣١٥)

(٢) المصدر نفسه، ص (٣١٥) .

(٣) أنظر د. فخري عبدالرزاق صليبي الحديثي، القسم العام، المصدر السابق، ص (٣٠٩) .

(٤) المصدر نفسه، ص (٣١١) .

(٥) د. علي حسين خلف و د. سلطان عبدالقادر الشاوي، المصدر السابق، ص (٢٥٧) .

(٦) المصدر نفسه، ص (٢٥٨) .

٢- عمليات الجراحة على أصول الفن متى أجريت برضا المريض أو ممثله الشرعي أو أجريت بغير رضا أيهما في الحالات العاجلة .

٣- أعمال العنف التي تقع أثناء الألعاب الرياضية متى كانت قواعد اللعبة قد روعيت .

٤- أعمال العنف التي تقع على من ارتكب جريمة أو جنحة مشهودة بقصد ضبطه

يعتبر استعمالاً للحق كل فعل قرره القانون ولا يفرض على فاعله عقاباً لأنه لم يكن إلا عملاً مباحاً ولكن في حالة استعمال الحق خطأ دون شروط تطبيقه يترتب على فاعله المسؤولية الجزائية .

وفي كل الأحوال يجب أن يكون استعمال الحق بالحدود المقررة للحق ، معنى ذلك إذا تجاوز صاحب الحق أو خطأ يرفع القانون الحماية عنه^(١) فحق تأديب الزوج لزوجته مقتصر على الزوج بالحدود التي أَرادها المشرع وهو الضرب الخفيف وليس الشديد إذ الغاية من الضرب هي التوجيه والنصح ووفق ما يطلب هذا الحق من الشروط.

وكذلك في نطاق حق التأديب المقرر في الشريعة الإسلامية إذ رخصت الشريعة ضرب القصر للتعليم والتأديب كما انه مقرر عرفاً، فالشريعة اناطت بالأب والوصي والأم حق تأديب الصغير، ويؤول هذا الحق الى الولي عند فقدان الأب، عليه إذا خرج الفعل عن حده انقلب الى ضده مكوناً فعلاً جرمياً من قام به يؤخذ عليه ويترتب عليه مسؤولية جزائية^(٢)

ويجدر ذكره أن التأديب بالضرب باليد أو بأية وسيلة أخرى إذا حرمه المشرع بنص يعد ممنوعاً كما هو الحال في المدارس والمعاهد التي تمنع أنظمتها اللجوء الى العقوبات البدنية وقد نصت الفقرة الأولى من المادة (٤٢) من نظام المدارس الثانوية المرقم (٢) لسنة (١٩٧٧) المعدل والمنقح لسنة ٢٠٠١ ((تستند المحافظة على النظام الى الشعور الذاتي للطلاب وتقديرهم لمسئولياتهم في إدارة شؤونهم ويقصد من التأديب التوجيه والتقويم وتمنع العقوبة البدنية بأي شكل من الأشكال منعاً باتاً))^(٣)

وفي الحقيقة تنتفي المسؤولية الجنائية للطبيب أو الجراح بسبب إباحة الأعمال الطبية أو الجراحية التي يباشرها على جسم المريض، ذلك أن هذه الأعمال وإن مست الجسم إلا إن ذلك من أجل صيانتها وحمايتها والحفاظ عليه حتى يسير سيراً طبيعياً^(٤)

وعلى ذلك يتمتع الطبيب أو الجراح بسبب إباحة إذا كان الفعل الذي أتاه على جسم المجنى عليه يعد عملاً مستوفياً لشروطه^(٥)

(١) عبد الستار بازركان ، المصدر السابق ، ص(١١٨).

(٢) المصدر نفسه ، ص(١٨٨).

(٣) نظام المدارس الثانوية المرقم (٢) لسنة (١٩٧٧) المعدل والمنقح ، ٢٠٠١ أبريل ، ص(٤٩).

(٤) شريف الطياح، المصدر السابق، ص(٨٦-٨٧)

(٥) المصدر نفسه، ص(٨٧)

إن المشرع عندما أقر بعدم مسؤولية الطبيب في نطاق عمله في مجال الطب فإنه وضع قواعد خاصة بها يجب عدم الخروج عنها ، فمسؤولية الطبيب ترجع الى ترخيص المشرع للطبيب بالقيام بمثل هذه الأعمال والمشرع هو المصدر الذي أضفى عليها صفة الشرعية ولم يكن الطبيب الجراح أو المعالج سوى أداة ومتطلبات هذا الحق الذي كفله القانون، وهذا يعني أن المسؤولية تتحقق على الطبيب في حالة وجود الخطأ العمدي أو غير العمدي إذا كان الطبيب قد تعمد أو أهمل أو لم يتخذ الحيطة أو لم يتبع أصول الفن التي تتطلبها أحكام المهنة^(١)

وفيما يخص موقف القضاء من هذه المسؤولية فقد تبين لنا من خلال متابعة قرارات القضاء سواء في الإقليم أو المركز أن القضاء يرتب المسؤولية الجنائية على الطبيب عند توافر الخطأ المادي وهو الخطأ الخارج عن أصول وقواعد مهنة الطب، وتوافر الخطأ الفني الجسيم وهو الخطأ الفني الفاحش ومن غير تحقق هذين الخطابين وعلى فرض أن هناك خطأ فنيا يسيرا فإن الطبيب لم يسأل عنه قضائياً.

أما الألعاب التي تستوجب بعض العنف فقد اختلف العلماء بينهم بشأن شرعيتها حتى إن بعض المشرعين منعوا ممارسة بعض أنواع الألعاب الرياضية .

والقاعدة أن هذه الألعاب لا يترتب عليها مسؤولية جنائية مادام اللعب في ذاته مشروعاً ، ولم يتجاوز اللاعب الذي أحدث الإصابة حدود النظام وقواعد اللعب فإن أخطأ اللاعب في أصول اللعبة ، فإنه يسأل عن الإصابة التي يحدثها بإعتبارها غير عمدية^(٢)

والأساس الذي يقوم عليه انتفاء المسؤولية، هنا هو الإباحة القانونية لهذه الألعاب ليس غير مما يترتب عليه أن من يمارس نشاطاً رياضياً حتى وإن كان عنيفاً لا يسأل عن ما ينجم عنه من أضرار بالغير لأنه يستعمل حقا أباحه القانون له، ومع ذلك فإن إباحة القانون هذه مقيدة بشروط لا بد لتحقيقها في اللعبة كي يتمتع لاعبيها بسبب الإباحة وبالتالي يعفى من المسؤولية عن الأضرار التي أحدثتها اللعبة^(٣)

وفي استعمال العنف للقبض على المجرمين أجاز المشرع العراقي القبض على المجرمين في حالات نصت عليها المادة (١٠٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية على أنه ((أ/ لكل شخص ولو بغير أمر من السلطة المختصة ...))، وأوجب القبض في حالات نصت عليها المادة (١٠٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية ((على كل فرد من أفراد الشرطة أو عضو من أعضاء الضبط القضائي أن يقبض على ...)) وفي كلتا الحالتين قد يستعمل الشخص العنف لأجل القبض على المجرم المتلبس والحيلولة دون هروبه^(٤)

(١) عبدالستار بازركان، المصدر السابق، ص(١٨٨) .

(٢) د. عباس الحسيني، المصدر السابق، ص(١١٨) .

(٣) د. علي حسين الخلف و د. سلطان عبدالقادر الشاوي المصدر السابق، ص(٢٦٦) .

(٤) د. جمال إبراهيم الحيدري، المصدر السابق، ص(٨٢٣) .

وقد يترتب على استعمال العنف تعرض المقبوض عليه الى إصابات قد تكون بليغة ، ومع ذلك فإن ما يحدث من عنف يكون مباحا ما دام في الحدود التي يقتضيها القبض فلا تترتب عليه مسؤولية من أي نوع تطبيقا لحكم المادة (٤١) الفقرة الرابعة من قانون العقوبات^(١)

وقد أكد المشرع العراقي هذا الحكم بمقتضى المادة (١٠٨) من قانون الأصول، إلا إنه بعد أن خول استعمال القوة المناسبة التي تمكن من القبض وتحول دون هروب المتلبس بالجريمة بشرط أن لا يؤدي القبض الى موت المتلبس بالجريمة ما لم يكن متهما بجريمة معاقب عليها بالإعدام أو السجن المؤبد^(٢)

(١) د. فخري صليبي الحديثي، المصدر السابق، ص (١٤٣) .

(٢) المصدر نفسه، ص (١٤٤) .

المطلب الثاني

المسؤولية المدنية

الفرع الأول : ماهية المسؤولية المدنية ونطاقه

إذا كان من بين الموضوعات القانونية موضوع يجدر الخوض فيه دون الالتفات الى تعريفه فهو موضوع المسؤولية المدنية فقد اختلف فقهاء القانون في تعريف المسؤولية المدنية إختلافا كبيرا ظهرت آثارها في أحكام القضاء بل وحتى في التشريعات الوضعية^(١)

ويلاقي الشراح الحديثون صعوبة كبيرة في تعريفهم المسؤولية إذ إنهم لا يجدون مناصا من تخمين تعريفهم الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية وإن النظرية التقليدية كانت تعتبر الخطأ أساسا للمسؤولية ، بينما النظرية الحديثة لاتعتمد بالخطأ كأساس للمسؤولية بل تؤسسها على عنصر الضرر.^(٢)

وأبسط تعريف ينحاز الى اقامة المسؤولية على الخطأ (هي حالة الشخص الملتزم قانونا بتعويض الضرر الذي سببه للغير بفعله الخاطيء) أما الأستاذ سافاتييه (savatie) يعرف المسؤولية (بأنها الإلتزامات التي تؤخذ على عاتق من يكون مسؤولا عن نتائج النشاط الذي يقوم به) وعليه فلا توجد أية غرابة بأن تجعل هذه المسؤولية والنشاط الخالي من أي خطأ كان.^(٣)

أما الفقهاء المسلمون وبما عرف عنهم الدقة الفائقة في اختيار وانتقاء الألفاظ، فقد اطلقوا كلمة الضمان على الأحوال من المسؤولية التي يسأل فيها الشخص بدون تعد منه، ولا تقريظ.^(٤)

عليه، فإن كلمة الضمان أو التضمنين اقرب ما يؤدي المعنى المراد من التعبير "المسؤولية المدنية" ، وتضمنين الانسان عبارة عن الحكم عليه بتعويض الضرر الذي اصاب الغير من جهته.^(٥)

وأما بالنسبة للتشريع العراقي فإنه يستعمل مصطلح (الضمان) أو مشتقاته في بعض النصوص^(٦) ويستعمل تعبير المسؤولية ومشتقاتها في نصوص أخرى.^(٧)

ومن خلال ماتقدم فالسؤال الذي يطرح نفسه هو ما المقصود من المسؤولية المدنية ؟ لايمكن تصور وجود (المسؤولية) مدنية دون وجود ضرر بالتالي دون وجود مصاب أو مضرور يحق به هذا الضرر.

ومن هنا يكون الشخص مسؤولا كلما كان القانون يلزمه بتعويض الضرر الذي لحق بالآخرين وهذا هو معنى المسؤولية المدنية.^(٨)

(١) د. حسن علي ذنون، المبسوط في شرح القانون المدني للضرر، دار وائل للنشر، عمان، الاردن ٢٠٠٦، ص ٩.

(٢) د. جبار صابر طه، اقامة المسؤولية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، جامعة صلاح الدين، أربيل، ص ١٨.

(٣) المصدر نفسه، ص (١٩).

(٤) د. عباس الصرافة، المسؤولية العقيدية من فعل الغير في القانون المقارن، دار الكتاب، ١٩٦٩، المشار اليه في كتاب د. جبار صابر طه، المصدر السابق، ص (٢٠).

(٥) د. جبار صابر طه، المصدر السابق، ص (٢٠).

(٦) قانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وتعديلاته- المواد ١٨٦ و١٨٧ و١٩٠ و١٩١ الى ١٩٨ .

(٧) المواد ٢٠٣ و٢١٢ و٢١٦ و٢١٧ و٢١٨ و٢١٩ و٢٢٠ و٢٢٩ و٢٣٠ و٢٣١ على سبيل المثال من القانون نفسه .

(٨) د. حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص (١٠ و١١) .

وبعبارة أخرى إن المسؤولية المدنية : هي الالتزام الذي يقع على الانسان بتعويض الضرر الذي ألحقه بالآخرين بفعله أو بفعل الأشخاص أو الأشياء التي يسأل عنها^(١) بحيث لا يكون الشخص مسئولاً إلا اذا كان مخطئاً، واذا انتفى خطأ فلا إثم عليه ولا مسؤولية، وحيث كانت قاعدة إقامة المسؤولية المدنية على الخطأ تُعد الأساس في هذا النوع من المسؤولية، وأن الخروج عنها يُعد خرقاً للمبادئ القانونية المستقرة^(٢).

الحقوق المدنية تنشأ من الدعوى الجزائية، حيث أجازت المادة العاشرة من قانون أصول المحاكمات الجزائية لمن لحقه أي ضرر مباشر مادي أو أدبي من الجريمة أن يدعي بالحق المدني تجاه المتهم المسؤول عن فعله.

ودعوى المتضرر التي يرفعها أمام المحكمة الجزائية تسمى بالدعوى المدنية، هذه الدعوى التي أورد لها الباحثون عدة تعاريف منها الدعوى التي يقيمها من لحقه ضرر من الجريمة بطالب تعويض هذا الضرر، وعرفت أيضاً الدعوى التي يرفعها من لحقه ضرر من الجريمة ببيغي القضاء بتعويضه عنه^(٣) أو هي حق المضرور بالمطالبة بالتعويض أمام القضاء عما لحقه من ضرر مباشر من الجريمة وليكون حق المطالبة سالكا طريقه القانوني لا بد أن ينجم عن فعل يعد جريمة يترتب عليها ضرر مباشر، فإذا لم يكن الضرر ناشئاً عن الجريمة بل كان حصيلة فعل آخر فلا تصيح المطالبة به تبعا للدعوى الجزائية حتى ولو كان الفعل هذا متصلا بالجريمة^(٤).

قد ينشأ عن الجريمة علاوة على الضرر العام الذي يصيب المجتمع ضرر خاص يصيب الأفراد، وإذا كانت الوسيلة التي يعالج بها المجتمع الضرر الذي أصابه بايقاع العقوبة بمرتكب الجريمة هي الدعوى الجزائية فإن وسيلة إصلاح الضرر الخاص هي الدعوى المدنية^(٥).

الفرع الثاني: أساس الدعوى المدنية

نصت المادة (١٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائية على ما يأتي ((لمن لحقه ضرر مباشر مادي أو أدبي عن أية جريمة أن يدعي بالحق المدني)) و واضح من هذا النص أن الدعوى المدنية تستلزم لقيامها توافر ثلاثة شروط:

الأول: وقوع الجريمة.

الثاني: أن يكون هناك ضرر قد تحقق.

الثالث: أن يكون الضرر ناشئاً عن تلك الجريمة.

(١) د. حسن علي دنون، المصدر السابق، ص (١١) .
(٢) د. محمد سعيد رشدي، الخطأ غير المغتفر، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٥، ص (٥) .
(٣) نظام الدين عبدالمجيد محمد كلي، دور الإدعاء العام في طعن الأحكام والقرارات، بلا موقع النشر، ١٩٨٦، ص (٦٢) .
(٤) المصدر نفسه، ص (٦٢) .
(٥) د. سعيد حسب الله عبدالله، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية ، دار الحكمة للطباعة والنشر، موصل، ١٩٩٠، ص (٨١) .

أولاً: وقوع الجريمة:

إن انعقاد الولاية للمحاكم الجزائية استثناءً لنظر الدعوى المدنية، ويجب أن يكون سبب الدعوى ناشئاً عن الجريمة، وهذا يعني عدم اختصاصه بالدعوى المدنية إذا لم يكن الفعل الذي سبب الضرر قد توافرت فيه عناصر الجريمة، على أنه لا يكفي وقوع الجريمة للقول بإمكانية رفع الدعوى المدنية أمام المحكمة الجزائية بل لابد من أن يكون الدعوى الجزائية التي تكون الدعوى المدنية تابعة لها قد رفعت أيضاً^(١).

ثانياً: أن يكون هناك ضرر قد تحقق .

يشترط لرفع الدعوى المدنية الناشئة عن الجريمة أمام المحاكم الجزائية أن يترتب عن الجريمة ضرر يلحق شخصاً معيناً، والضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص مما يلزم تعويضه لأنه يمس حق من الحقوق أو مصلحة مشروعة^(٢).

ثالثاً: أن يكون الضرر ناشئاً مباشرة عن تلك الجريمة

إن العلاقة السببية بين الخطأ والضرر بوجه عام هي ركن من أركان المسؤولية المدنية حيث تعني أن توجد علاقة مباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المضرور^(٣).

إشترط المشرع أن تكون العلاقة السببية علاقة مباشرة بين الجريمة وبين الضرر الناتج لإمكانية نظر المحكمة الجزائية بالدعوى المدنية بالتعويض تبعاً للدعوى الجزائية وهو ما جاء واضحاً في نص المادة (١٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائية التي جاء فيها (لمن لحقه ضرر مباشر^(٤)، مثال على ذلك، حتى يسأل الطبيب عن الخطأ الطبي، ينبغي توافر علاقة سببية بين خطأ الطبيب والضرر فالعلاقة السببية هي الرابطة بين الفعل والنتيجة، والتي من شأنها إثبات أن ارتكاب الفعل هو الذي أدى إلى حدوث النتيجة^(٥)).

وبهدف بيان موقف القضاء من هذه المسؤولية ومن باب الإحاطة بالموضوع من الناحية القضائية وعلى سبيل المثال نورد أدناه بعض القرارات للهيئات المدنية والموسعة والعامّة في قضاء محكمة تمييز إقليم كردستان/ العراق التي تشكل مبادئ قانونية من هذه الجهة .

(١) القرار المرقم ٢٦ / الهيئة المدنية / ٢٠٠٠ / تاريخ القرار : ٢٠٠٠/٢/٨

بالنظر إلى التحقيقات التي أجرتها المحكمة واعتمادها على تقرير الخبراء والذي يصلح أن يكون سبباً للحكم عملاً بحكم المادة ١٤٠ / أولاً من قانون الإثبات ولأن الخبراء إخصائون في طب العيون والذين ذكروا في تقريرهم بأن المخالطات تحدث عرضاً في بعض الأحيان مما استوجب إجراء عملية قلع العين اليمنى للمدعي حفاظاً على حياته و دون ملاحظة أخطاء فنية في سير العلاج وحيث أن الحكم بالتعويض لا بد من توفر ركن الخطأ لذا فإن الحكم المميز القاضي برد الدعوى لعدم صدور أخطاء من المدعي عليهما .

(١) د. سعيد حسب الله عبدالله، المصدر السابق، ص (٨٣) .

(٢) د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دار نارس للطباعة، أربيل، ٢٠٠٦، ص (٢٩٠) .

(٣) د. پخشان رشيد سعيد، المصدر السابق، ص (٣٠١) .

(٤) د. سعيد حسب الله عبدالله، المصدر السابق، ص (٨٧) .

(٥) د. محمود القبلاوي، المصدر السابق، ص (٨٢) .

(٢) القرار المرقم ٥٠ / الهيئة المدنية / ٢٠٠٠ / تاريخ القرار : ٢٠٠٠/٢/٢٤

تبين ان المحكمة اسست قضاءها على تقرير الخبراء الذين هم من ذوي الشهادات العلمية التي تؤهلهم لتشخيص و تحديد اسباب وفاة زوجة المدعي ومولدها لذا فان تقريرهم يصلح ان يكون سببا للحكم عملا بحكم المادة ١٤٠ / اولا من قانون الاثبات ، وان هؤلاء الخبراء بينوا في تقريرهم عدم صدور اي خطأ من الاطباء والمشرفين على العملية التي جرت لزوجة المدعي في مستشفى الولادة وحيث ان الحكم بالتعويض لا بد من توفر ركن الخطاء لذا فان الحكم المميز برد الدعوى لعدم ثبوت اهمال او تقصير من قبل الاطباء الجراحين ، ومن ادارة مستشفى الولادة لايثوبه اي عيب.

(٣) القرار المرقم ١٥٦ / الهيئة المدنية / ٢٠٠٢ / تاريخ القرار : ٢٠٠٢/٦/١٢

تبين من وقائع الدعوى ومن تقرير الخبراء من الاطباء بان المدعى عليهما قاما بقطع عصب لسان المدعي خلال العملية الجراحية الجارية له لرفع الغدة اللعابية و هذا يعتبر خطأ فنيا عند مزاوله عملهما لانهما لم يبذلا العناية الواجبة اتخاذها من قبل الطبيب العادي الذي يتحلى به لتلافي الاضرار التي تلحق بالمريض وان تقصيرهما في بذل العناية الضرورية الحق الضرر بالمدعى المتمثل بفقدانه (لحاسة الذوق وشلل في عصب اللسان وعسر في الكلام) وانحراف في اللسان وكان من المتعين الاستعانة برأي خبراء لتقدير التعويض الذي يتناسب مع الضرر الذي لحق بالمدعي .

(٤) القرار المرقم ٣٧ / الهيئة المدنية الاستئنافية / ٢٠٠٩ / تاريخ القرار : ٢٠٠٩/٣/١٦

ان الطبيب (المدعي عليه) لا يكون مسؤولا عن نتائج عملية جراحية اضررت بالمريض (المدعي -المميز) والتي انتهت بقطع ساقه الأيمن فوق الركبة الا اذا اثبت (اولا) ان تلك العملية لم تعمل بحسب القواعد الطبية (ثانيا) أنه حصل اهمال من الطبيب في أحد الاحتياطات التي تستدعيها حالة المريض وتوجبها اصول الفن الطبي عقب حصول العملية وحيث أن سبب حصول الكانكرين وموت القدم والساق الايمن يعود الى شدة الاصابة القوية التي ادت الى تخثر تدريجي في الاوعية الدموية للساق الايمن وعدم وجود اي تقصير فنى او مهني من لطبيب المعالج تجاة المريض كما هو واضح فى تقرير الخبراء التي استعانت محكمة الاستئناف بخبرتهم وقرار اللجنة الطبية المختصة بملف المريض لذا لا يستحق التعويض^(١)

(١) كيلاني سيد احمد، المبادئ القانونية فى قضاء محكمة تمييز اقليم كردستان-العراق للسنوات (١٩٩٣-٢٠١١)، قسم، القانون المدنى)، اربيل، ٢٠١٢، ص١٨٨، ١٨٩، ٢٠٤، ٢٢٨، ٢٢٩.

الخاتمة

بتوفيق من الله وإحسانه وفضله أنهينا بحثنا هذا والذي بذلنا فيه من الجهد ما قدرنا عليه ولم نقصر فيه بقدر استطاعتنا ، لذا يتعين علينا في هذه المرحلة بيان أهم الاستنتاجات والمقترحات التي خلصنا إليها في بحثنا هذا والتي نوردتها كالآتي :-

أولاً : الاستنتاجات :

١- لا تتضمن غالبية التشريعات نصوصاً تحدد العناصر العامة للخطأ غير العمدي أو تضع تعريفاً له وإن حرص بعضها على وضع تعريف للخطأ غير العمدي تتضح منه عناصره وأحكامه العامة .

٢- تقوم المسؤولية الجزائية بناء على حادثة معينة يطلق عليها (السبب) وتوصف بـ (الخطأ)، ويفسر ذلك بأن الجريمة هي كل فعل يعاقب عليه القانون حيثما تتحقق العناصر القانونية لكونه مخالف للقانون ويتضمن عنصر الخطأ، حيث انه حينما يكون الفعل مخالفاً للقانون يجب أن يكون قد صدر نتيجة خطأ من الفاعل لكي يفرض العقاب بحقه.

٣- الخطأ غير العمدي يتحقق عند ما يريد الانسان الفعل فقط غير قاصد النتائج التي تترتب عليه ولكن يشوب عمله اهمال او عدم احتياط يؤدي الى حدوث النتيجة التي يعاقب عليها القانون.

٤- الخطأ في الجرائم غير العمدية يكون معاقب عليها لان الفاعل لم يوجه ارادته التوجيه الصحيح الذي لا يضر بالغير .

٥- ان الخطأ هو سبب قيام المسؤولية، اذا انعدم فلا يسأل الفاعل عما حدث.

٦- إن الذي يجعل الحق سبباً من أسباب الإباحة هو التزام الشخص عند ممارسته للحق بالحدود التي رسمها القانون لإستعمال ذلك الحق أو فيما جرى عليه العرف ، فإذا خرج الفرد عن تلك الحدود أو أخطأ فإنه يكون متجاوزاً لاستعمال الحق ويخرج بذلك عن نطاق الحماية المقررة قانوناً.

٧- الحق ميزة يمنحها القانون لشخص ما و يحميها بطرق قانونية .

٨- إذ ليس من قبول في سياسة التجريم، تقرير الحق وتجرير وسائل استعماله.

٩- يجب أن يكون استعمال الحق بالحدود المقررة للحق معنى ذلك إذا تجاوز صاحب الحق أو أخطأ في حقه يرفع القانون الحماية عنه.

١٠- إن الصفة الجرمية لا تنسلخ عن الفعل المرتكب استعمالاً لحق مالم يقع هذا ضمن حدود الحق فإن لم يلتزم بتلك الحدود إنتفت عنه صفة استعمال الحق.

١١- لا بد لقيام حالة استعمال الحق، كسبب للإباحة من وجود الحق وتحققه، وهو يتحقق عند وجود مصلحة يعترف بها القانون ويحميها .

١٢- تقدير علة الإباحة في استعمال الحق ، هو ان حق المعتدى عليه في الحياة اهم عند المجتمع من حق المعتدي، لان التجاء الاخير الى العدوان هبط بالقيمة الاجتماعية بحقه.

١٣- الحق تقرر القاعده القانونية أيا كان مصدرها سواء تضمنها نص تشريعي ورد في قانون العقوبات أو غيره من فروع النظام القانوني، أو لم يتضمنها نص تشريعي ولكنها تقرر بمقتضى العرف المتفق مع أهداف القانون، أو أمكن استخلاصها من روح التشريع ومبادئه العامة غير المكتوبة .

١٤- إن شروط الإباحة فيما تقع من الإصابات وأعمال العنف في الألعاب الرياضية هي وقوع الإصابات أثناء المباريات والألعاب الرياضية المعتمدة دولياً وداخلياً والتي لها قانون أو عرف يحكمها وينظمها وأن تراعى فيها قواعدها وأصولها، وإن عدم مسؤولية اللاعب ناتج عن إنتفاء الخطأ من جانبه وليس إباحة القانون لفعله.

١٥- يتبين لنا من خلال متابعة قرارات القضاء العراقي سواء في إقليم كردستان أو القضاء الاتحادي أن القضاء يترتب المسؤولية الجنائية على الطبيب عند توافر الخطأ المادي وهو الخطأ الخارج عن أصول وقواعد مهنة الطب، وتوافر الخطأ الفني الجسيم وهو الخطأ الفني الفاحش ومن غير تحقق هذين الخطأين فإن الطبيب لا يسأل عنه قضائياً .

١٦- الخطأ هو الركن المعنوي في الجريمة غير العمدية و على القاضي ان يحقق من قيامه وببينه في حكمه والا كان حكمه معيباً، ولا يكفي في بيان الخطأ القول بان المتهم بسبب رعونته او عدم احتياظه أو مخالفته للوائح، تسبب في الاصابة أو الوفاة، بل يجب ان يعني في الحكم بيان كيفية الرعونة وعدم الاحتياط او اللائحة التي خالفها المحكوم عليه، اذ لا تترتب المسؤولية الجنائية على الفاظ عامة مبهمه.

١٧- على القاضي أن يستظهر مدى تطبيق السبب، وله في هذا السبيل أن يلجأ الى التفسير الواسع والمصادر الأخرى كالعرف، المتفق مع أهداف القانون، وعلّة ذلك إننا في مجال الإباحة غير مقيدين بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، لأن هذا المبدأ خاص بخلق الجرائم والعقوبات ولا علاقة له بأسباب الإباحة.

١٨- الأصل إن كل من يرتكب جريمة تتم مساءلته عنها طالما كان أهلاً للمساءلة، ولكن هذا الأصل قد ترد عليه إستثناءات، أو ظروف تؤدي إما الى انعدام المسؤولية لانعدام ركن المسؤولية وهو أهلية التكليف الشرعي أو القانوني أو تؤدي الى منع قيام هذه المسؤولية.

١٩- إن لكل شخص ولو بغير أمر من السلطات المختصة أن يقبض على من ارتكب جنائية أو جنحة مشهودة وإذا ما صاحب عمله بالقبض أعمال عنف بقصد ضبطه فإن أسباب الإباحة فيها موجودة شرط أن تقع بحدود أفعال العنف الصادرة عن الشخص المراد ضبطه.

٢٠- ان المشرع عندما أقر بعدم مسؤولية الطبيب في نطاق عمله في مجال الطب فانه وضع قواعد خاصة بها يجب عدم الخروج عنها، فمسؤولية الطبيب ترجع الى الترخيص المشروع للطبيب بالقيام بمثل هذه الاعمال والمشرع هو المصدر الذي اضفى عليها صفة الشرعية ولم يكن الطبيب الجراح او المعالج سوى اداة ومتطلبات هذا الحق الذي كفله القانون، وهذا يعني أن المسؤولية تتحقق على الطبيب في حالة وجود الخطأ العمدي أو غير العمدي اذا كان الطبيب قد تعمد أو أهمل أو لم يتخذ الحيطة أو لم يتبع اصول الفن التي تتقبلها احكام المهنة .

ثانياً: المقترحات

- ١- حق الزوج في تأديب زوجته يجد سنده في الآية ٣٤ من سورة النساء [وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُورَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً] نقترح ان يكون نص الفقرة (١) من المادة (٤١) ق.ع بالترتيب الذي جاءت به الآية الكريمة اعلاه وهو الوعظ ثم الهجر واخيراً الضرب، لان الشارع الحكيم هو الأعلم والأقدر على فهم النفوس البشرية وقدسيتها الحياة الاسرية.
- ٢- بما ان المجتمع الكوردستاني مجتمع شرقي متمسك بالعادات والتقاليد ويتسم غالبية سكانها بالتمسك بالدين الاسلامي الحنيف نقترح باعادة النظر بقانون مناهضة العنف الاسري رقم (٨) لسنة (٢٠١١) واجراء بعض التعديلات عليه والرجوع الى احكام الشريعة الاسلامية بشكل يتفق مع واقع المجتمع والاسرة لدينا لأن كثرة حالات التفريق والطلاق التي نلاحظها في محاكم الاحوال الشخصية وزيادة اعداد القضايا التحقيقية يدل على عكس الغاية التي كان يبتغيها المشرع الكوردستاني.
- ٣- نقترح بتشكيل لجنة طبية متخصصة من الاطباء ذوي الكفاءة والاختصاص وبإشراف أحد أعضاء الادعاء العام ، تكون مهمتها ابداء الراي في الدعاوي المتعلقة بالخطأ الطبي.
- ٤- نقترح مواكبة للتطورات الحاصلة في مجال الطب الحديث ورغبةً في نشر الثقافة القانونية داخل المجتمع بصورة عامة وللسادة المشتغلين في القطاع الصحي نرى ضرورة الإقتراح بفتح الدورات التدريبية حول مسائل الاخطاء الطبية والقوانين المتعلقة بهذه المواضيع.
- ٥- اهمية نشر الوعي بين افراد المجتمع وخاصة الشباب بضرورة ممارسة الالعاب الرياضية في الاماكن المخصصة لمزاوتها والتي تتوفر فيها شروط الامان والمواصفات الفنية والقانونية وتوجيههم بالابتعاد عن الاخطاء عند ممارسة الرياضة.
- ٦- ان يكون للدعاء العام دور في تحريك الدعوى الجزائية على الاخطاء التي تؤدي الى حوادث و اصابات في الالعاب الرياضية ، عند عدم وجود من يقوم بهذه المهمة.
- ٧- ضرورة اشراك القضاة والادعاء العام والمحققين القضائين في دورات تثقيفية في مجال المعلومات الطبية لمعرفة مدى مسؤولية الاطباء في اعمالهم وعدم تخطيم الحدود المقررة قانوناً لإختصاصاتهم المهنية .
- ٨- نص المادة (٤١) من قانون العقوبات العراقي جاء خالياً من الاشارة الى شرط حسن النية، وهذا قصور ونقص في القانون على المشرع ان يتلافاه عند تعديل القانون.

واخى دعوانا ان الحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد

(صل الله عليه وسلم) وعلى اله وصحبه اجمعين

المصادر والمراجع

القرآن الكريم

أولاً : الكتب

- ١- د.أحمد عبداللطيف، الخطأ غير العمدي في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ٢٠٠٤.
- ٢- د.أمير فرج يوسف، خطأ الطبيب العمدي وغير العمدي، المكتب الجامع الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٩.
- ٣- د.بخشان رشيد سعيد، المسؤولية الجنائية عن الأخطاء عند إجراء العمليات الجراحية، المصرية للنشر والتوزيع، مصر، القاهرة، ٢٠١٨.
- ٤- د.جبار صابر طه، إقامة المسؤولية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، جامعة صلاح الدين، أربيل.
- ٥- د.جمال إبراهيم الحيدري، الوافي في شرح أحكام قانون العقوبات، القسم العام، بيروت ٢٠١٢.
- ٦- د.حسن علي ذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الضرر، دار وائل للنشر، عمان، الاردن ٢٠٠٦.
- ٧- د.عباس الصرافة، المسؤولية العقدية من فعل الغير في القانون المقارن، دار الكتاب، ١٩٦٩.
- ٨- د.عباس حسني، شرح قانون العقوبات، قسم العام، مطبعة الازهر، بغداد، ١٩٧٠.
- ٩- د.عبدالباقي البكري والدكتور علي محمد بدير وزهير بشير، مدخل لدراسة القانون، بغداد، ١٩٨٢.
- ١٠- د.علي حسن خلف و سلطان عبدالقادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، دار العاتك، القاهرة، بلا سنة.
- ١١- د.غالب عبيد خلف، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مؤسسة مصر مرتضى للكتاب العراقي، بغداد، ٢٠١٠.
- ١٢- د.فخري عبدالرزاق صليبي الحديثي، شرح قانون العقوبات قسم الخاص، مكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٩.
- ١٣- د.فخري عبدالرزاق صليبي الحديثي، شرح قانون العقوبات، قسم العام، الناشر المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٩٣.
- ١٤- د.فوزية عبدالستار علي، نظرية العامة للخطأ غير العمدي دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٩٧٧.
- ١٥- د.كامل سعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار النهضة للطباعة، عمان، ٢٠٠٢.
- ١٦- د.كوسرمت حسين أمين البرزنجي، المسؤولية الجنائية للأحداث، منشورات حلبي، بيروت، ٢٠١٦.

- ١٧- د. مأمون سلامة، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار الفكر العربي، ١٩٧٩ .
- ١٨- د. ماهر عبد شويش الدرة، الاحكام العامة في قانون العقوبات، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الموصل، ١٩٩٠ .
- ١٩- د. ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات، الناشر العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بلا سنة .
- ٢٠- د. مجيد خضر السبعواوي، نظرية الغلط في قانون العقوبات، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، سنة ٢٠١٣ .
- ٢١- د. محمد سعيد رشدي، الخطأ غير المغتفر، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٥ .
- ٢٢- د. محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٥ .
- ٢٣- د. مصطفى الزلمي، أسباب الإباحة لأعمال الجرمية في الشريعة والقانون، أربيل، ٢٠١٠ .
- ٢٤- د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دار نارس للطباعة، أربيل، ٢٠٠٦ .
- ٢٥- د. نبيل مدحت سالم، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠ .
- ٢٦- د. هيمداد مجيد علي، أثر الإنفعال في المسؤولية الجنائية والعقاب، مكتب التفسير، أربيل، ٢٠٠٦ .
- ٢٧- سعيد حسب الله عبدالله، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الحكمة للطباعة والنشر، موصل، ١٩٩٠ .
- ٢٨- السيد عبدالوهاب عرفة، المسؤولية الجنائية والمدنية والتأديبية للطبيب الصيدلي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة ٢٠٠٩ .
- ٢٩- شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنهما في ضوء الفقه والقضاء، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٥ .
- ٣٠- عبدالستار الباركان، شرح قانون العقوبات بين التشريع والفقه والقضاء، بلا موقع النشر بلا تاريخ .
- ٣١- نظام الدين عبدالمجيد كلي، دور الإدعاء العام في طعن الأحكام والقرارات، بلا موقع النشر، ١٩٨٦ .
- ٣٢- علي بن حزم بن سعيد بن حزم الاندلسي ج(٥)الدار الحديث، القاهرة.
- ٣٣- جاسم العبود التجريم والعقاب في إطار الواقع الإجتماعي، أربيل، ١٩٩٠ .
- ٣٤- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣ .

ثانيا : الابحاث والمقالات الألكترونية

- ١- د.حسون عبيد هجيج،حرية الإرادة وأثرها في المسؤولية الجزائية،بحث على العنوان الألكتروني تاريخ اخر زيارة ٢٠٢٠/٣/١٥ <www.iasi.net>iasii-PDF
- ٢- معتز حمدالله أبو سليم ، المسؤولية الجزائية عن الجرائم المحتملة،بحث متاح على العنوان الألكتروني تاريخ اخر زيارة ٢٠٢٠/٣/١٥ <<https://meu.edu.jo/libraryThese>>

ثالثا : التشريعات

- ١- قانون العقوبات العراقي،المرقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ .
- ٢- القانون المدني العراقي،المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .
- ٣- قانون أصول المحاكمات الجزائية،المرقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ .
- ٤- قانون مناهضة العنف الأسري في إقليم كردستان رقم (٨)،سنة ٢٠١١ .
- ٥- نظام المدارس الثانوية،رقم (٢) لسنة ١٩٧٧ المعدل والمنقح لسنة ٢٠١١ أبريل .

رابعا : الاحكام والقرارات القضائية

- ١- فؤاد زكي عبدالكريم،مجموعة لأهم المبادئ والقرارات محكمة التمييز،مطبعة أوفسيت سرمد،بغداد ١٩٨٢ .
- ٢- د.عثمان ياسين علي،المبادئ القانونية في القرارات محكمة تمييز إقليم كردستان العراق،أربيل، ١٩٩٣ .
- ٣- كيلاني سيد احمد،المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز إقليم كردستان-العراق للسنوات (١٩٩٣-٢٠١١) قسم القانون المدني،٢٠١٢ .

الفهرست

١	المقدمة
٣	المبحث الأول : ماهية الخطأ وبيان عناصره
٣	المطلب الأول : تعريف الخطأ وبيان عناصره في القانون
٣	الفرع الأول : تعريف الخطأ
٥	الفرع الثاني : عناصر الخطأ
٨	المطلب الثاني : معيار الخطأ وصوره
٨	الفرع الأول : معيار الخطأ في القانون
٩	الفرع الثاني : معيار الخطأ في الشريعة الاسلامية
١١	المبحث الثاني : ماهية استعمال الحق ومصادره
١١	المطلب الأول : ماهية الحق ونطاق استعماله
١١	الفرع الأول : تعريف الحق
١١	الفرع الثاني : مدى استعمال الحق وشروطه
١٥	المطلب الثاني : صور الخطأ في تطبيقات استعمال الحق
١٥	الفرع الأول : حق التأديب
١٨	الفرع الثاني : حق ممارسة الألعاب الرياضية
١٩	الفرع الثالث : العمليات الجراحية والعلاج على أصول الفن
٢٢	الفرع الرابع : أعمال العنف التي تقع من ارتكاب جناية أو جنحة مشهودة
٢٤	المبحث الثالث : الآثار القانونية للخطأ في استعمال الحق
٢٤	المطلب الأول : المسؤولية الجزائية
٢٤	الفرع الأول : مفهوم وتعريف المسؤولية الجزائية
٢٥	الفرع الثاني : نطاق المسؤولية الجزائية
٣٠	المطلب الثاني : المسؤولية المدنية
٣٠	الفرع الأول : ماهية المسؤولية المدنية ونطاقه
٣١	الفرع الثاني : أساس الدعوى المدنية
٣٤	الخاتمة
٣٦	المقترحات
٣٧	المصادر والمراجع