المحاضرة الرابعة
الباب الثانى
أسبـــاب الإباحـــة

قواعد عامة

تمهيد: نحدد فيما يلى القواعد العامة التى تخضع لها أسباب الإباحة على اختلافها، وهذه القواعد تطبق إلى جانب الأحكام الخاصة بكل سبب على حدة؛ ولا يعطل تطبيقها إلا إذا نص القانون على ذلك، أو أبت ذلك طبيعة سبب معين منها.

ماهية أسباب الإباحة: انتفاء أسباب الإباحة عنصر يقوم عليه الركن الشرعى للجريمة، أى أن الفعل لا يوصف بأنه غير مشروع إلا إذا ثبت أنه لا يخضع لسبب إباحة. وعلى أساس من هذه الفكرة نستطيع تحديد الدور القانونى لسبب الإباحة: يفترض سبب الإباحة خضوع الفعل لنص تجريم واكتسابه ابتداء صفة غير مشروعة، وينحصر الدور القانونى لسبب الإباحة فى إخراج الفعل من نطاق نص التجريم وخلع الصفة غير المشروعة عنه ورده إلى أصله من المشروعية ([1]).

ويتضح بذلك أن نصوص التجريم ليست مطلقة، فثمة قيود تحد من نطاقها فتخرج منه أفعالاً كانت داخلة فيه، وهذه القيود هى أسباب الإباحة.

([1]) Frank, S. 134; Schrnke-Schrder, § 51,Vorbem. S.340; Garraud, II, n° 433, p.1; Vidal et Magnol, I, n° 185, p. 344; Stefani, Levasseur et Bouloc, n° 324; Merle et Vitu, I, n° 363, p. 416.

الدكتور/السعيد مصطفى السعيد، ص١٦٦؛ الدكتور/رمسيس بهنام، ص٣٤٠.

ونرى تعريف أسباب الإباحة بأنها «حالات انتفاء الركن الشرعى بناء على قيود واردة على نطاق نص التجريم تستبعد منه بعض الأفعال»([١]).

علة الإباحة: علة التجريم وعلة الإباحة مرتبطتان بحيث يمكن استخلاص ثانيتهما من أولاهما: علة التجريم هى حماية حق أو مصلحة: فعلة تجريم القتل هى حماية الحق فى الحياة، وعلة تجريم الضرب أو الجرح هى حماية الحق فى سلامة الجسم، وعلة تجريم السرقة هى حماية الملكية([٢]). وعلة الإباحة هى انتفاء علة التجريم، أى كون الفعل المباح لا ينال بالاعتداء حقاً؛ وفى عبارة أخرى نقول أن الإباحة حكم يستنتج – بمفهوم المخالفة – من نص التجريم إذا ما انتفت علته.

وانتفاء علة التجريم يتحقق فى حالتين: حالة مباشرة إذا ما ثبت أن الفعل الذى كان الأصل فيه أن يهدد حقاً لم يعد – فى ظروف معينة – منتجاً هذا الاعتداء؛ وحالة غير مباشرة إذا ما ثبت أن الفعل لا يزال ينتج الاعتداء ولكنه فى الوقت نفسه يصون حقاً أجدر بالرعاية، ويعنى ذلك أن الفعل – وإن أنتج اعتداء على حق معين – فهو لا ينتج اعتداء على حقوق المجتمع فى مجموعها، ويعنى ذلك انتفاء علة التجريم كالحالة الأولى سواء بسواء. والفرق بين الحالتين أننا نستطيع فى الحالة الأولى استخلاص سبب الإباحة بمجرد الرجوع إلى نص التجريم؛ أما الحالة الثانية فتفترض رجوعاً إلى النظام القانونى فى مجموعه ومقارنة بين الحق المعتدى عليه والحق المصان وترجيح ثانيهما على أولهما. فالحالة الأولى تستند إلى «مبدأ انتفاء الحق»، والحالة الثانية تستند إلى «مبدأ رجحان الحق»([٣]). والتمييز بين الحالتين هو فى رأينا التقسيم العلمى لأسباب الإباحة، وهو السبيل إلى تحديد علتها.

([١]) الدكتور/محمود نجيب حسنى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، الطبعة السادسة، ١٩٨٩، ص١٥١.

([2]) Mezger: Lehrbuch, § 25, S. 197.

([3]) Mezger: Lehrbuch, § 25, S. 204.

ولتوضيح الحالة الأولى نذكر المثال التالى: يجرم الشارع أفعال الجرح حماية للحق فى سلامة الجسم، ولكنه يقدر أن أعمال الطب والجراحة – وإن مست مادة الجسم – فهى لا تهدر مصلحته فى أن يسير سيراً عادياً بل تصون هذه المصلحة، فهى فى عبارة أخرى لا تمس سلامة الجسم ولكن تحميها، ومن ثم ينتفى الاعتداء على الحق وتزول علة التجريم وتتعين الإباحة. ولتوضيح الحالة الثانية نذكر هذا المثال: يجرم الشارع القتل صيانة لحق المجنى عليه فى الحياة، ولكنه يبيح القتل – بشروط معينة – دفاعاً عن النفس أو المال، وعلة الإباحة تقديره أن حق المعتدى عليه فى الحياة أهم عند المجتمع من حق المعتدى، إذ أن التجاء الأخير إلى العدوان قد هبط بالقيمة الاجتماعية لحقه، فقتل المعتدى ينتج اعتداء على حقه فى الحياة، ولكنه يصون حق المعتدى عليه فى الحياة، والثانى أهم عند المجتمع، فيكون معنى ذلك أن هذا القتل لم ينتج اعتداء على حقوق المجتمع فى مجموعها، ومن ثم تزول علة التجريم وتتعين الإباحة (١).

مصادر الإباحة: قد ينص قانون العقوبات على سبب الإباحة ويحدد شروطه، وأهم مثالين لذلك: استعمال السلطة (المادة ٦٣ من قانون العقوبات) والدفاع الشرعى (المواد ٢٤٥-٢٥١)؛ ولكن هل النصوص التشريعية وحدها هى مصدر الإباحة؟ قدمنا أن العرف قد يكون مصدراً لها، وقلنا أن القياس جائز فى تفسير نصوصها. وعلة ذلك أننا فى مجال الإباحة غير مقيدين بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، إذ لن يؤدى الاعتداد بالعرف أو الاعتماد على

الدكتور رمسيس بهنام، ص٣٤١.

(١) واستناداً إلى هذه العلة أباح الشارع لصاحب الشيك أن يصدر الأمر بعدم الدفع فى حالة ضياع الشيك، وما يدخل فى حكمها، وهى الحالات التى يتحصل فيها على الشيك عن طريق جرائم سلب المال، تقديراً من الشارع بعلو حق الساحب على حق المستفيد، نقض ١٠ مارس سنة ١٩٧٤ مجموعة أحكام محكمة النقض س٢٥ رقم ٥٥ ص٢٤٢؛ ٢١ مارس سنة ١٩٧٧ س٢٨ رقم ٨١ ص٣٧٨؛ ٢ أكتوبر سنة ١٩٧٨ س٢٩ رقم ٢٨؛ ص٦٦١.

القياس إلى خلق جرائم أو تقرير عقوبات. ونحن نذهب إلى أبعد من ذلك، فنقرر أنه ليس بشرط أن يسند سبب الإباحة إلى مصدر قانونى معين، فقد يستخلص من مجموع النصوص القانونية، وقد يرجع إلى المبادئ العامة للنظام القانونى وروحه، ونقرر – بناء على ذلك – أنه لا يشترط أن ينص القانون صراحة على سبب الإباحة(١)، وأن موضع أسباب الإباحة قد يكون قانون العقوبات وقد يكون فرعاً سواه من أفرع القانون(٢)، ونستخلص مما تقدم – خلافاً للرأى السائد فى الفقه والقضاء – أن أسباب الإباحة لم يحددها الشارع على سبيل الحصر (٣).

يرجع الأساس الأول لأسباب الإباحة إلى كون النظام القانونى العام كلاً متسقا لا تتناقض قواعده. فإذا تبين أن الشارع يلزم بفعل او يرخص به فلا مفر من القول بأن مشروع، فإن كان فى القانون نص يجرمه تعين تحقيق الإتساق بين القاعدتين، والقول بأن قاعدة الإلزام أو الترخيص قيد على قاعدة التجريم(٤). وغنى عن البيان أن قواعد الإلزام أو الترخيص متناثرة فى نصوص القانون، ولا يعتبر الشارع نفسه ملزماً بان ينص عليها صراحة، فقد يكون استخلاصها ضرورة منطقية يحتمها التفسير. وقد اعترف قانون العقوبات بهذه

---

(1) Liszt, I, § 32, 206: Mezger, § 26, S 202; Schrnke-Schrder, § 51, S. 341; Nour El-din Hindawy, Essai d'une théorie générale de la justification, étude comparée, Thése, Rennes, (1979) n° 350, p. 317.

(2) et suiv. Frank, S. 136.

(٣) أنظر فى تأييد هذا الرأى: الدكتورة فوزية عبد الستار، رقم ١٢٣ ص١٣٣.

(4) Vidat et Magnol, I, n° 185-1, p. 344; Liszt, p. 207.
Graf zu Dohna, Der Aufbau der Verbrechenslehre (1947), S. 31, 32.
وغنى عن البيان أن مجرد سماح الشارع بمباشرة مهنة يعنى إباحة كل فعل لا تتصور هذه المهنة بدونه، فالسماح لمهنة الطب يقتضى إباحة أعمال العلاج الطبى والجراحى على اختلافها:
Vidat et Mangnol I, n° .185, p. 344.

الحقيقة، فحينما اعتبر استعمال الحق المقرر بمقتضى الشريعة سبباً للإباحة (المادة ٦٠) لم يحدد هذه الحقوق، وإنما أحال إلى أفرع أخرى من القانون بكل ما تتضمنه من قواعد، وما تعترف به من مصادر، وبعض الحقوق لم يرد فى شأنه نص، وإنما هى ثمرة المبادئ العامة للقانون، وأثر لازم لما ينبغى أن تتسم به قواعد القانون من اتساق.

وأسباب الإباحة – كما قدمنا – تستخلص بمفهوم المخالفة من أحد نصوص التجريم أو من مجموعها: فى الحالة الأولى تفترض تحديداً لمدلول الحق المعتدى عليه وعناصره ونطاقه، للقول بعد ذلك بأن الفعل لا يمس الحق. وفى الحالة الثانية تفترض مقارنة بين نصوص تجريم مختلفة وترجيحاً لبعضها على بعض، للقول بإباحة الفعل الذى يهدر حقاً صيانة لحق آخر. وفى الحالتين لا يتصور الاستناد إلى نصوص صريحة تحدد كل ماتقدم. وإذا كانت أسباب الإباحة غير محددة بنصوص، فهى حتماً غير محصورة فيها، ومن ذلك نستخلص أن القانون لم ينص عليها على سبيل الحصر (١).

آثار الإباحة: أثر الإباحة هو أن يخرج الفعل من نطاق نص التجريم فيصير مشروعاً وينتفى الركن الشرعى للجريمة، وإذا فقدت الجريمة أحد أركانها استحال قيام المسئولية الجنائية واستحال تبعاً لذلك توقيع العقاب. والفعل الذى يخضع لسبب إباحة هو فعل مشروع، فلا فرق – من حيث القيمة القانونية – بينه وبين فعل لم يخضع ابتداء لنص تجريم(٢). وأثر الإباحة ينصب على الفعل (in rem)، لا على شخص الفاعل (In personam) (٣). ويعنى ذلك أن اثره متعلق بالتكييف القانونى للفعل، فهو يجرده من الصفة غير المشروعة،

---

(١) الدكتور/محمود نجيب حسنى، شرح قانون العقوبات، المرجع السابقن ص١٥٢ ومابعدها.

(2) Mezger, § 26, S. 205.

(3) Vidal et Magnol, I, n°. 185-3, p. 347; Garraud, II, n°. 343, p.4,

ولكنه لا يمس إرادة الفاعل، فليس من شأنه أن ينحرف التمييز أو تزول حرية الاختيار. وتوصف أسباب الإباحة بأنها أركان سلبية للجريمة ([1])، بمعنى أنه يتعين انتفاؤها كى تقوم الجريمة.

تجاوز الإباحة: انتاج سبب الإباحة أثره السابق رهن بتوافر كل الشروط التى يحددها القانون له. فإن تخلف أحدها انتفى سبب الإباحة وظل الفعل خاضعاً لنص التجريم. فإذا كان الجانى قد تعمد الخروج على الشروط التى يقررها القانون سئل عن فعله مسئولية عمدية: فمن يضر ابنه ضرباً شديداً متجاوزاً حدود حق التأديب، فيؤدى ذلك إلى موته يسأل عن ضرب مفض إلى الموت ([2]). وإذا كان خروجه عليها ثمرة الخطأ غير العمدى سئل عن فعله مسئولية غير عمدية([3]): فمن كان فى حالة دفاع شرعى فصوب سلاحه ضد المعتدى، ولكنه قتل – لعدم دقته فى التصويب – شخصاً غيره تصادف مروره، سئل عن قتل غير عمدى. ولتجاوز الإباحة الحكم السابق ما لم يقرر القانون غير ذلك صراحة، كالوضع فى تجاوز حدود الدفاع الشرعى بنية سليمة (المادة ٢٥١ من قانون العقوبات)([4]).

طبيعة أسباب الإباحة: لأسباب الإباحة طبيعة موضوعية، ذلك أنها عنصر فى الركن الشرعى للجريمة الذى يتميز – كما قدمنا – بهذا الطابع([5]). وأسباب الإباحة موضوعية من وجهين: من حيث كيانها الذى لا يضم أصلاً

([1]) Frank, S. 135.

([2]) نقض ٥ يونيه سنة ١٩٣٣، مجموعة القواعد القانونية جـ٣ رقم ١٣٦ ص١٩٠؛ ٢٨ مارس سنة ١٩٣٨ جـ٤، رقم ٨٨ ص١٨٤؛ وانظر بالنسبة لتأديب الزوجة، نقض ٧ يونيه سنة ١٩٦٥، مجموعة أحكام محكمة النقض س١٦، ١١٠، ص٥٥٢.

([3]) الدكتور/محمود محمود مصطفى، رقم ٨٩ ص١٥٥؛ الدكتور أحمد فتحى سرور، رقم ١١١، ص٢٠٨؛ الدكتور/مأمون سلامة ، ص١٨٨.

([4]) الدكتور/محمود نجيب حسنى، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص١٥٥.

([5]) Vidal et Magnol, I, n°. 185-2, p. 346; Garraud, II, n°. 435, p.5.

عناصر شخصية؛ ومن حيث أثها الذى ينصرف إلى الفعل لا إلى شخص الفاعل.

أما الكيان الموضوعى لأسباب الإباحة، فتفسيره أن توافرها يرجع إلى وجود قواعد قانونية تقيد من نطاق نصوص التجريم، فالكشف عن أسباب الإباحة لا يعدو أن يكون خلاصة مقارنة وتوفيق بين قاعدتين: قاعدة تجريم وقاعدة إباحة دون أن يتطلب أصلاً بحثاً فى نفسية الجانى. ولكن هذا الطابع ليس مطلقاً، فبعض أسباب الإباحة يعتمد على عناصر شخصية، مثال ذلك حق التأديب الذى يفترض نية متجهة إلى التهذيب، ومباشرة الأعمال الطبية والجراحية الذى يفترض باعثاً متجهاً إلى شفاء المريض. ولكن العناصر الشخصية التى لا تدخل فى كيان أسباب الإباحة إلا استثناء، فالأصل فيه أنه موضوعى. أما الطابع الموضوعى لآثار الإباحة، فنعنى به تعلق هذه الآثار بالتكييف القانونى للفعل دون أهلية المتهم للمسئولية الجنائية.

وللطابع الموضوعى لأسباب الإباحة نتائج عدة أهمها: أن تأثير سبب الإباحة يمتد إلى كل شخص ساهم فى الجريمة؛ وأن الجهل بالإباحة لا يحول دون الاستفادة منها؛ وأن الغلط فى الإباحة لا يعدل الإباحة ذاتها. ونفصل فيما يلى كل نتيجة.

نطاق آثار الإباحة: إذا توافر سبب الإباحة فصار الفعل مشروعاً استفاد من ذلك كل من ساهم فيه، لا فرق، فى الأصل، بين فاعل وشريك. فمن يدافع عن نفسه أو ماله يستفيد من الإباحة، ومن يدافع عن غيره يستفيد منها كذلك، ومن يحرض غيره أو يساعده على الدفاع الشرعى يستفيد من الإباحة بدوره. وتفسير ذلك أن الفعل المشروع لا يصلح محلاً للمساهمة الجنائية، سواء أكان المساهم فاعلاً كان أم شريكاً (١).

---

(1) Vidal et Magnol, I, n°. 138, p. 205.

ولتطبيق القاعدة السابقة على نحو دقيق يتعين التمييز بين نوعين من أسباب الإباحة: أسباب الإباحة المطلقة وأسباب الإباحة النسبية. فالنوع الأول يتصور أن يستفيد منه كل شخص، ومثاله الدفاع الشرعى، إذ يستفيد منه كل من تعرض للاعتداء. أما النوع الثانى، فلا يستفيد منه إلا شخص يحتل مركزاً معيناً أو يحمل صفة معينة، ومثاله استعمال السلطة، إذ لا يستفيد منه إلا من كان موظفاً عاماً؛ ومباشرة الأعمال الطبية والجراحية، إذ لا يستفيد منه إلا من كانت له صفة الطبيب.

فإذا كان سبب الإباحة مطلقاً، استفاد منه كل من يساهم فى الفعل، سواء أكان فاعلاً أم شريكاً. أما إذا كان سبب الإباحة نسبياً، فلا يستفيد منه من يساهم فى الفعل كفاعل له إلا من يقرر له القانون الإباحة، أما غيره فلا يستفيدون منه، فالعمل الطبى أو الجراحى لا يباح إلا لطبيب، فإن باشره غيره كان فعله غير مشروع. ولكن من يساهم فى الفعل كشريك يستفيد من الإباحة، ولو كان لا يحمل الصفة أو يحتل المركز الذى يحدده القانون، ذلك أنه لم يرتكب الفعل المباح لغيره بنفسه، وإنما ساهم فى الفعل الذى ارتكبه الشخص المباح له هذا الفعل، فغير الطبيب الذى يساعد الطبيب فى العمل الطبى أو الجراحى يستفيد من الإباحة([1]).

الجهل بالإباحة: يفترض الجهل بالإباحة توافر سبب الإباحة بكل شروطه التى يحددها القانون واعتقاد مرتكب الفعل غير ذلك، أى اعتقاده أن سبب الإباحة لم يتوافر وأن فعله غير مشروع، ومثال الجهل بالإباحة حالة الموظف العام الذى ينفذ أمراً صحيحاً بالقبض أو التفتيش معتقداً أنه أمر باطل. والسؤال الذى تثيره هذه الحالة يدور حول معرفة ما إذا كان سبب الإباحة ينتج أثره، على الرغم من الجهل به.

([1]) الدكتور/محمود نجيب حسنى، المساهمة الجنائية فى التشريعات العربية، رقم ٣٤، س٦٥؛ الدكتورة/فوزية عبد الستار، رقم ١٢٤، ص١٣٥.

أجابت محكمة النقض على هذا السؤال باشتراط العلم بتوافر سبب الإباحة حتى يتاح للمتهم أن يستفيد منه([1]). ولتقدير قيمة هذا الرأى يتعين الرجوع إلى شروط سبب الإباحة كما حددها القانون: فإن كان العلم من بينها فهذا الرأى صحيح؛ أما إذا لم يتطلبه القانون، فمن غير السائغ أن ينتفى سبب الإباحة على الرغم من توافر كل شروطه. والقاعدة فى أسباب الإباحة أنها موضوعية، ويعنى ذلك أن توافرها لا يتوقف على عناصر شخصية([2])، ولهذه القاعدة استثناؤها حيث تقوم بعض أسباب الإباحة على عناصر شخصية، فيكون متعيناً تطلب هذه العناصر كى تعد الإباحة متوافرة، وقد يكون العلم أحد هذه العناصر. فالقاعدة نجملها فى قولنا «أن الأصل فى الجهل بالإباحة أنه لا يحول دون توافرها».

الغلط فى الإباحة: يعنى الغلط فى الإباحة توهم الجانى توافر سبب للإباحة بكل شروطه فى حين أن هذا السبب غير متوافر، وفى عبارة أخرى اعتقاد الجانى توافر الوقائع التى يقوم سبب الإباحة بالنظر إليها فى حين أن هذه الوقائع ليست متوافرة، مثال ذلك أن يعتقد شخص أن خطراً يهدده فيقتل من ظن أنه مصدر الخطر؛ أو أن يعتقد موظف عام أن أمراً صحيحاً صدر إليه من رئيس تجب إطاعته بتفتيش مسكن أو القبض على شخص فيأتى الفعل، والحقيقة أنه لم يصدر أمر أو صدر الأمر باطلاً. والسؤال الذى تثيره هذه الحالة يدور حول معرفة ما إذا كان لسبب الإباحة الذى لم يتوافر فى غير توهم الجانى تأثير.

([1]) نقض ديسمبر سنة ١٩٣٤، مجموعة القواعد القانونية حـ٥ رقم ٢٩٣ ص ٢٩٩.

([2]) Delogu: Les causes de justification, n°. 67, p. 165; Hendawy, n°. 372, p. 344.

الدكتور/محمود محمود مصطفى، رقم ٩١، ص١٥٧؛ الدكتور/أحمد فتحى سرور، رقم ١٠٧ ص٢٠٤؛ الدكتور/مأمون محمد سلامه، ص١٨٩؛ الدكتورة/فوزية عبد الستار، رقم ٣٦ ص١٣٨؛ وأنظر فى تقدير قضاء محكمة النقض السابق: محمود نجيب حسنى، تعريف قانون الإجراءات الجنائية، رقم ٦٤٨، ص٦٠٥.

أجاب الشارع على ذلك بالاعتداد بالغلط فى الإباحة إذا اعتقد الموظف العام وهو يباشر سلطته مشروعية فعله وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة (المادة ٦٣ من قانون العقوبات)؛ والاعتداد بالخطر الوهمى كأساس لقيام حالة الدفاع الشرعى إذا كان الفعل يتخوف أن يحدث منه الموت أو الجراح البالغة وكان لهذا التخوف أسباب معقولة (المادتان ٢٤٩، ٢٥٠ من قانون العقوبات). وعلى الرغم من أن النصوص السابقة قد تعلقت بسببين للإباحة، فهى فى الواقع تطبيق لقاعدة عامة تسرى على كل أسباب الإباحة، إذ تعرض المشكلة فيها بنفس الصورة وتحكمها ذات الاعتبارات.

والحكم الذى يقرره الشارع فى هذه النصوص فى حاجة إلى التوضيح: فإذا كان الشارع محقاً فى عدم تقريره العقاب إذا توافر الغلط فى الإباحة، فقد جانبته الدقة فى تقريره المساواة بين الغلط فى الإباحة والإباحة ذاتها. والتحليل الدقيق لفكرة الغلط فى الإباحة يقود إلى حقيقتين: الأولى، أن الغلط فى الإباحة لا يعدل الإباحة؛ والثانية أن الغلط ينفى القصد الجنائى؛ وقد ينفى الخطأ غير العمدى كذلك، فيحول دون توقيع العقاب.

فالغلط فى الإباحة لا يعدل الإباحة ذاتها لأن أسباب الإباحة ذات طابع موضوعى، فلا بد أن تتوافر فعلاً وتتجمع لها كل شروطها حتى تنتج أثرها، ولا يغنى عن توافرها مجرد توهم ذلك، فالبحث فى أسباب الإباحة يتجه إلى حقائق الأشياء ومادياتها، لا إلى اعتقاد الجانى الذى قد يكون بعيداً عن الحقيقة.

ولكن الغلط فى الإباحة ينفى القصد الجنائى، وتفسير ذلك أن الوقائع التى يقوم عليها سبب الإباحة هى عناصر سلبية للجريمة، بمعنى أن يجب التثبت من انتفائها كى يتحقق للجريمة وجودها، والقصد الجنائى يفترض علماً محيطاً بعناصر الجريمة، وينتفى بالغلط الذى ينفى هذا العلم. ولا فرق فى اشتراط هذا العلم بين العناصر الإيجابية للجريمة والعناصر السلبية التى يتعين انتفاؤها لقيام الجريمة. ويعنى ذلك أن الغلط فى أسباب الإباحة يعادل – من

حيث القيمة القانونية – الغلط فى أركان الجريمة، فكل منهما ينتفى به القصد الجنائى([1]).

وينفى الغلط فى الإباحة الخطأ غير العمدى إذا كان الاعتقاد بتوافر الوقائع التى يقوم عليها سبب الإباحة اعتقاداً مستنداً إلى أسباب معقولة، إذ كان الشخص المعتاد يقع فى الغلط، فلا يكون وجه لنسبة التقصير إلى الجانى. أما إذا استند الغلط فى الإباحة إلى خطأ، أى كان الاعتقاد الذى قام لديه الجانى غير مستند إلى أسباب معقولة، فالغلط ينفى مع ذلك القصد الجنائى، ولكنه يبقى الخطأ غير العمدى متوافرا.

وعلى هذا النحو، فالغط فى الإباحة، باعتباره لا يعدل الإباحة، فهو يبقى الركن الشرعى للجريمة متوافراً. ولكن الغلط فى الإباحة، بنفيه القصد الجنائى والخطأ غير العمدى يهدم الركن المعنوى للجريمة، فلا يكون محل لقيام المسئولية الجنائية وتوقيع العقاب. وإذا نفى الغلط فى الإباحة القصد الجنائى دون الخطأ غير العمدى فهو يحول دون قيام المسئولية الجنائية العمدية، ولكن

([1]) Delogu, n°. 66, p. 162; Hendawy, n°. 368, p. 338.
الدكتور/محمود محمود مصطفى، رقم ٩٠، ص١٥٦؛ الدكتور/محمود نجيب حسنى، القصد الجنائى، رقم ٥٤ ص٩٦ والمراجع العديدة المشار إليها؛ الدكتور/أحمد فتحى سرور، رقم ١٠٨، ص٢٠٤؛ الدكتور/مأمون محمد سلامه، ص١٩٠؛ الدكتورة/فوزية عبد الستار، رقم ١٢٧ ص١٢٩. ويرى الدكتور/محمود محمود مصطفى أن محكمة النقض قد أقرت فكرة الغلط فى الإباحة: نقض ١١ نوفمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة القواعد القانونية جـ٧، رقم ٢٢٠ ص١٩٩. وقد أقرتها كذلك حينما قررت أن المتهم باتلاف باب حظيرة ينتفى لديه القصد الجنائى إذا كان يوقن بأن ما أحدثه داخل فى نطاق حقه فى مباشرة الانتفاع بالحظيرة على الوجه المعتاد: نقض ١١ نوفمبر سنة ١٩٧٣ مجموعة أحكام محكمة النقض س٢٤ رقم ١٩٣، ص٦٣٥، فمضمون هذا الحكم أن المتهم اعتقد أنه يمارس بفعله حقاً أقره له القانون، أى اعتقد توافر سبب إباحة يسرى على هذا الفعل، فاستخلصت المحكمة من ذلك انتفاء القصد لديه، وهو ذات ما تقرره نظرية الغلط فى الإباحة.

لا يحول دون قيام المسئولية الجنائية غير العمدية أن توافرت سائر شروطها([1]).

التفرقة بين أسباب الإباحة وموانع المسئولية: موانع المسئولية هى أسباب تعرض لمرتكب الفعل فتجعل إرادته غير معتبرة قانوناً بأن تجردها من التمييز أو حرية الاختيار، ومثالها صغر السن والجنون والسكر غير الاختيارى والإكراه وحالة الضرورة. ويتضح بذلك أن موانع المسئولية ذات طبيعة شخصية، إذ مجالها إرادة الجانى وما يعرض لها من أسباب تؤثر على قيمتها القانونية، وتأثير موانع المسئولية ينصرف إلى الركن المعنوى للجريمة فيهدمه، وبذلك لا تقوم المسئولية الجنائية ولا يوقع عقاب. ويعنى ذلك أنه لا شأن لموانع المسئولية بالتكييف القانونى للفعل، إذ تبقيه على ما كان عليه، وبذلك يظل الركن الشرعى للجريمة متوافراً ([2]). وتأثير مانع المسئولية يقتصر على من توافر لديه، فلا يمتد إلى غيره ولو ساهم معه فى ذات الجريمة، أى أنه إذا تعدد المساهمون فى الجريمة وتوافر مانع المسئولية لدى أحدهم فهو وحده الذى لا تقوم مسئوليته ولا يوقع عليه عقاب؛ أما سواه فسألون ويعاقبون.

وهذا البيان لموانع المسئولية يوضح الفروق بينها وبين أسباب الإباحة على الرغم مما يجمع بينها من عدم توقيع العقاب على من يستفيد منها: فأسباب الإباحة موضوعية أصلاً وموانع المسئولية شخصية. والأولى تزيل التكييف غير المشروع للفعل والركن الشرعى للجريمة، ويمتد تأثيرها فى الأصل إلى كل من ساهم فى الجريمة. أما الثانية فلا شأن لها بالتكييف القانونى للفعل والركن الشرعى للجريمة، ولكن ينحصر تأثيرها على إرادة الفاعل والركن

([1]) أنظر حكم الغلط فى الإباحة فى التشريعات العربية: محمود نجيب حسنى، أسباب الإباحة فى التشريعات العربية (١٩٦٢) ص٣٦ هامش رقم (٢).

([2]) Vidal et Magnol, I, n° 138, p. 204; Stefani, Lesvasseur, et Bouloc, n° . 324 p. 302.

الدكتور/محمود محمود مصطفى، رقم ٨٢ ص١٣٤.

المعنوى للجريمة، ويقتصر أثرها على من توافرت لديه. ونلاحظ أنه ليس من المنطق القانونى ما يحول دون أن يجتمع سبب الإباحة ومانع المسئولية، كما لو دافع مجنون عن نفسه أو غيره دفاعاً شرعياً، والعقاب لا يوقع بداهة استناداً إلى السببين، ولو أن اقتناع القاضى بتوافر سبب الإباحة يجعله فى غنى عن البحث فى مانع المسئولية، وهو فى الغالب بحث عسير باعتباره يتناول نفسية الجانى.

التفرقة بين أسباب الإباحة وموانع العقاب: تفترض موانع العقاب توافر كل أركان الجريمة وتقدير الشارع – على الرغم من ذلك – أن المصلحة التى يحققها توقيع العقاب تقل من حيث القيمة الاجتماعية عن المصلحة التى تتحقق إذا لم يوقع العقاب. فإن امتناع العقاب ليس انتفاء أحد أركان الجريمة، وإنما اعتبارات المنفعة الاجتماعية utilitatis causa التى تحدد سياسة العقاب (١). ومثال موانع العقاب الاعفاء الذى تقرره المادة ٢٩١ من قانون العقوبات للخاطف إذا تزوج بمن خطفها زواجاً شرعياً، والإعفاء الذى تقرر المادة ٤٨ من قانون العقوبات لمن كان طرفاً فى اتفاق جنائى إذا بادر بإخبار الحكومة بوجود الاتفاق وبمن اشتركوا فيه قبل وقوع أية جناية أو جنحة وقبل البحث والتفتيش عن المتهمين به.

والفرق بين أسباب الإباحة وموانع العقاب واضح على الرغم من أن العقاب لا يوقع فى الحالين: فأسباب الإباحة تنفى الركن الشرعى للجريمة، ولكن موانع العقاب تبقى كل أركان الجريمة متوافرة. وأسباب الإباحة يمتد تأثيرها إلى كل من ساهم فى الجريمة فى حين أن الأصل فى موانع العقاب أن يقتصر تأثيرها على شخص من توافرت فيه، باعتبار أن المصلحة الاجتماعية التى يستهدفها امتناع العقاب تتحقق فى الغالب بعدم توقيعه على شخص معين(٢).

---

(١) Vidal et Magnol, I, n° 138, p. 205.
الدكتور/محمود محمود مصطفى، رقم ٨٤ ص١٥٠.

(٢) محمود نجيب حسنى، المساهمة الجنائية، رقم ١٠٦، ص٢٤٢.

تقسيم أسباب الإباحة: أهم تقسيمات أسباب الإباحة إثنان: التمييز بين الأسباب العامة والأسباب الخاصة؛ والتمييز بين الأسباب المطلقة والأسباب النسبية.

فأسباب الإباحة العامة يتصور توافرها بالنسبة لكل الجرائم، أما الأسباب الخاصة فلا يتصور توافرها إلا بصدد جريمة أو جرائم محددة: فالدفاع الشرعى سبب عام للإباحة، إذ يبيح كل فعل تتوافر له شروطه، أما حق الدفاع أمام المحاكم (المادة ٣٠٩ من قانون العقوبات) فهو سبب خاص للإباحة، إذ لا يبيح غير القذف والسب والبلاغ الكاذب فى الجرائم المنصوص عليها فى المواد ٣٠٢، ٣٠٣، ٣٠٥، ٣٠٦، ٣٠٨ من قانون العقوبات) (١).

والتمييز بين أسباب الإباحة المطلقة وأسباب الإباحة النسبية، ضابطة أن الأولى قد يستفيد منها أى شخص كالدفاع الشرعى، فى حين أن الثانية لا يستفيد منها إلا الشخص يحتل مركزاً معيناً أو يحمل صفة معينة، ومثالها استعمال السلطة، إذ لا يستفيد منه غير من كان موظفاً عاماً؛ ومباشرة العمل الطبى، إذ لا يستفيد من إباحته إلا طبيب. ولهذا التقسيم أهميته فى نظرية المساهمة الجنائية على النحو الذى سبق توضيحه(٢).

تقسيم الدراسة: تتناول فيما يلى كل سبب من أسباب الإباحة كى نحدد الأحكام التى يخضع لها: فالفصل الأول نخصصه لاستعمال الحق، والثانى للدفاع الشرعى، والثالث لاستعمال السلطة، والرابع لرضاء المجنى عليه.

---

(١) الدكتور السعيد مصطفى السعيد، ص١٦٧.

(٢) الدكتور/محمود نجيب حسنى، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص١٥٦ وما بعدها.

الفصل الأول
استعمال الحق

تمهيد: إذا قرر الشارع حقاً اقتضى ذلك حتماً إباحة الوسيلة الى استعماله، أى إباحة الأفعال التى تستهدف الاستعمال المشروع للحق، سواء للحصول على ما يتضمنه من مزايا أو لمباشرة ما يخوله من سلطات. وأساس اعتبار استعمال الحق سبباً للإباحة وجوب تحقيق الاتساق بين قواعد القانون، إذ يصدم المنطق أن يقرر الشارع حقاً ثم يعاقب على الأفعال التى يستعمل بها(١)، فيكون معنى ذلك التناقض بين قواعد القانون وتجريد الحق من كل قيمة.

وقد قرر الشارع ذلك فى المادة ٦٠ من قانون العقوبات التى تقضى بأنه «لا تسرى أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة»؛ وقبل ذلك نص الشارع فى المادة السابعة من قانون العقوبات على أنه «لا تخل أحكام هذا القانون فى أى حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة فى الشريعة الغراء».

والحقيقة أن هذا السبب للإباحة فى غنى عن نص يقرره، إذ استخلاصه – كما قدمنا – ثمرة الاتساق الذى يجب أن يسود قواعد القانون. والنصان

---

(١) الدكتور على راشد، ص٥٠٠.

السابقان تفسرهما اعتبارات معينة: فالمادة السابعة من قانون العقوبات تقابل العبارة الأخيرة من المادة الأولى من قانون العقوبات الصادر سنة ١٨٨٣، وهدفها مجرد طمأنة الناس فى أول عهدهم بالقوانين الحديثة بأن تطبيقها لن يضيع حقاً قررته الشريعة الإسلامية([١]). أما المادة ٦٠ من قانون العقوبات فقد أضيفت سنة ١٩٠٤، وهدفها حسم الخلاف الذى ثار فى المحاكم حول الاعتراف بحق التأديب الذى تقرره الشريعة الإسلامية كسبب لإباحة أفعال الضرب ([٢])؛ وقد رأى الشارع أن يوسع من نطاق هذا النص فيجعله شاملاً كل الحقوق التى يعد استعمالها سبباً للإباحة حتى يكون مقرراً للقاعدة العامة فى هذا الشأن. ولا نعتقد أن الشارع قد أراد بالمادة السابعة استبقاء عقوبات تقررها الشريعة الإسلامية كالقصاص([٣]) أو الدية([٤])، إذ إن التنظيم الذى قرره التشريع الوضعى للعقوبات جاء شاملاً ومستبعداً للعقوبات الشرعية، وكل ما يمكن أن يفسر به هذا النص هو أنه يعترف بالحقوق التى تقررها الشريعة الإسلامية

([١]) الدكتور السعيد مصطفى السعيد، ص٢٩.

([٢]) كان حق التأديب – فى ظل قانون سنة ١٨٨٣ – محلاً للخلاف فى الرأى: فمحكمة النقض قد أنكرته صراحة مقررة أن «القانون لم يصرح بعدم محاسبة من يكون له حق الولاية فيما إذا وقع منه إيذا على من له الولاية عليه» نقض ٥ يناير سنة ١٨٩٥ القضاء س٢ ص ٢٣٨؛ أنظر كذلك نقض ٩ يناير سنة ١٨٩٧ القضاء س٤ ص١١٠؛ وبعض المحاكم اعترف بهذا الحق دون أن يضعه فى الحدود التى قررتها له قواعد الشريعة الإسلامية؛ أنظر فى ذلك لجنة المراقبة القضائية فى ٢٨ يونية سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية س١ ص١١، فجاء النص الجديد حاسماً هذا الخلاف؛ أنظر فى بيان الغاية المستهدفة بهذا النص محضر جلسة مجلس شورى القوانين المنعقة فى ٢ نوفمبر سنة ١٩٠٣ وتعيلقات الحقانية على هذا النص.

([٣]) الأستاذ على بدوى، ص١٩٤.

([٤]) الدكتور السعيد مصطفى السعيد، ص١٧١.

كسبب للإباحة، وإلى جانبه تقوم المادة ٦٠ مكررة هذا الاعتراف، ومضيفة إليه اعترافاً بالحقوق التى يقررها التشريع الوضعى بصفة عامة([١]).

تقسيم الدراسة: تقسم الدراسة إلى قسمين: نخصص أولهما للبحث فى الشروط العامة لهذا السبب من أسباب الإباحة، ونخصص ثانيهما لأهم تطبيقاته.

المبحث الأول
الشروط العامة لاستعمال الحق

تمهيد: لا يتطلب هذا السبب للإباحة غير التحقيق من أن الفعل وسيلة مشروعة لاستعمال حق، ومن ثم كان أول شروطه وجود حق؛ وإلى جانب ذلك يتعين ثبوت أن الفعل وسيلة مشروعة لاستعماله.

وجود الحق: يراد بالحق – وفقاً لمدلوله القانونى العام – مصلحة يعترف بها القانون ويحميها([٢])، فيسمح تبعاً لذلك بكل ما هو ملائم لتحقيقها

([١]) الدكتور/محمود نجيب مصطفى، أسباب الإباحة فى التشريعات العربية، رقم٣٣ ص٤٨.

([٢]) المصلحة فى حقيقتها مجموعة من المزايا، وفى تعبير آخر هى مركز واقعى يعطى من يحتله وضعاً متميزاً عن سواه من الناس؛ فإذا أضيفت الحماية القانونية على المصلحة تحول المركز الواقعى إلى مركز قانونى وتجمع له بذلك عنصرا الحق: المصلحة والحماية القانونيى لها : أنظر :

Marcel Planiol, Georges Ripert et Jean Boulanger: Thaité élémentaire de droit civil, I, n°. 365, p. 158; Ambroise Colin, Henri Capitant et Léon Julliot de la Morandière Cours élémentaire de droit civil francais, I (1947), n°. 119, p. 104.

وانظر فى تعريف الحق : الدكتور سامح السيد أحمد ابراهيم جاد، استعمال الحق كسبب للإباحة الجنائية (١٩٧٤) ص١٠٣.

واستخلاص ما تنطوى عليه من مزايا([١]). وليس بشرط أن تكون المصلحة مقررة لمن يستفيد من الإباحة، فقد تكون مقررة لشخص غيره أو للمجتمع([٢]): فحق التأديب ليس مصلحة لمن يباشره، ولكنه مصلحة للأسرة والمجتمع، وحق الطبيب فى العلاج ليس مصلحة له ولكنه مصلحة للمريض والمجتمع.

والتأكد من وجود الحق يقتضى التحقق من اعتراف القانون بالمصلحة وحمايته لها، وبغير هذا الاعتراف تظل المصلحة عاجزة عن أن تكون سبباً للإباحة: فإذا كان المحجوز عليه غير مدين للحاجز فإن له مصلحة فى أن يحرر ماله من الحجز؛ ولكن هذه المصلحة لا يعترف بها القانون كسبب لإباحة الاعتداء على الحجز وعرقلة إجراءات التنفيذ.

وقد استعملت المادة ٦٠ من قانون العقوبات لفظ «الشريعة» فى التعبير عن القانون، ولكن المجمع عليه أن المراد بهذا اللفظ هو مطلق القاعدة القانونية، سواء أكانت مفرغة فى نص تشريعى أم لم تكن كذلك([٣]). فإذا أفرغت فى نص فسواء موضعة فى مجموعات القانون؛ وإن لم تكن مفرغة فى نص فقد يكون العرف مصدرها([٤])، وقد تستخلص من مجموع النصوص التشريعية أو من روح التشريع ومبادئه العامة غير المكتوبة. وغنى عن البيان أن قواعد الشريعة الإسلامية – فى القدر الذى تعتبر فيه جزءاً من النظام القانونى العام – تعد قانوناً فى هذا المعنى وتصلح مصدراً للإرتقاء بالمصلحة إلى مرتبة الحق ([٥])، أما ما جاوز هذا القدر فليس لقواعد الشريعة فيه هذه القوة ([١]). فمن أمثلة

([١]) وقد اعتبرت محكمة النقض أداء المتهم واجبة فى احترام الحجز والمحافظة على المحجوز وعدم التصرف فيه على أى وجه من قبيل استعمال الحق المقررة بمقتضى القانون: نقض ١٦ مارس سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام محكمة النقض س١٠ رقم ٦٧ ص٣٠٤؛ أنظر كذلك نقض ١٩ نوفمبر سنة ١٩٧٨ س٢٩ رقم ١٦٣ ص٧٩٣.

([٢]) نقض ١٧ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية جـ٥ رقم ٢١٠ ص٣٩٨.

([٣]) يؤكد ذلك أنه يقابل تعبير «الشريعة» فى النسخة الفرنسية لفظ "Loi".

([4]) Merle et Vitu, I, n°. 395, p. 445.

([٥]) الدكتور السعيد مصطفى السعيد، ص١٧٣؛ الدكتور محمود محمود مصطفى؛ رقم ٦٨ ص ١٦٥؛ الدكتور رمسيس بهنام ص٣٤٤؛ وانظر فى مدى صلاحية

الحقوق التى تقررها نصوص تشريعية حق الدفاع أمام المحاكم الذى تنص عليه المادة ٣٠٩ من قانون العقوبات، وتعطى به كل متقاض الحق فى أن يوجه إلى خصمه فى الدفاع الشفوى أو الكتابى عبارات كان من الجائز أن تعد قذفاً أو سباً أو بلاغاً كاذباً(٢). ومن أمثلة الحقوق التى تعترف بها الشريعة الإسلامية حق التأديب للزوج على زوجته الذى يبيح أفعالاً تعد أصلاً من قبيل جرائم الضرب. ومن أمثلة الحقوق التى تستخلص من روح التشريع ومبادئه العامة غير المكتوبة حق الصحافة فى نشر الأخبار ونقد التصرفات المتعلقة بأمور تهم جمهور الناس الذى يبيح استعمال عبارات كان من الجائز أن تعد قذفاً(٣). ومن أمثلة الحقوق التى ترجع إلى العرف حق التأديب الذى للمخدوم قبل خادمه (٤).

الشريعة الإسلامية مصدراً للحماية القانونية للمصلحة وفقاً للتشريعات العربية، محمود نجيب حسنى، أسباب الإباحة ، رقم ٤٧ ص ٦٧.

(١) فلا يجوز إباحة الإجهاض استناداً إلى أن التشريعات الإسلامية تبيح إجهاض الجنين الذى لم يجاوز عمره أربعة شهور: نقض ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام محكمة النقض س١٠ رقم ١٩٥ ص١٥٣.

(٢) أنظر فى استعمال حق الحبس الذى نصت عليه المادة ٢٤٦ من القانون المدنى: نقض ١٥ مارس سنة ١٩٨٤ مجموعة أحكام محكمة النقض س٣٥ رقم ٥٩ ص٢٨٦. وأنظر فى استعمال صاحب الشيك حقه فى إصدار أمره بعدم الدفع فى حالة ضياع الشيك تطبيقاً للمادة ١٤٨ من قانون التجارة: نقض ٢٤ مايو سنة ١٩٦٥ س١٦ رقم ١٠١.

(٣) الدكتور/محمود محمود مصطفى، رقم ٩٦ ص١٦١؛ الأستاذ محمد عبد الله محمد، فى جرائم النشر (١٩٥١) ص٢٠٩ وما بعدها؛ نقض ٤ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة القواعد القانونية جـ٧ رقم ٧٧٦ ص٧٢٨؛ الدكتور/محمود نجيب حسنى، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص١٦٣ وما بعدها.

(٤) الدكتور محمد مصطفى القللى، فى المسئولية الجنائية (١٩٤٨) ص٢٥٠؛ الدكتور محمود محمود مصطفى، رقم ٩٧ ص١٦٣؛ الدكتور سامح جاد، ص١٦٠؛ نقض ٣١ أغسطس سنة ١٩١٥ الشرائع س٣ ص٥٩؛ عكس ذلك الدكتور السعيد مصطفى السعيد، ص١٨١.

كون الفعل وسيلة مشروعة لاستعمال الحق: يعد الفعل وسيلة مشروعة لاستعمال الحق إذا التزم حدوده وحسنت نية مرتكبه، ويعنى ذلك أن هذا الشرط ينطوى فى الحقيقة على شرطين.

التزام حدود الحق: لا يعرف القانون حقوقاً مطلقة عن كل قيد، إذ الحقوق كلها. نبسية، ومن ثم كان متعيناً التحقق من دخول الفعل فى نطاق الحق محدداً وفقاً لكل ما يتطلبه القانون من شروط(١).

والحدود التى ترسم نطاق الحق متنوعة تنوع الحقوق، ولذلك يجب أن يبحث كل حق على حدة، وتستخلص القيود التى ترد عليه ويعين بذلك نطاقه، وليس فى الاستطاعة أن نضع قاعدة عامة تخضع لها الحقوق جميعاً. وقد تتعلق هذه القيود بتحديد الشخص الذى يجوز له استعمال الحق، إذ قد يقرره القانون لشخص بالذات، ولا يقبل من غيره ذلك، فحق تأديب الزوجة لا يقرره القانون إلا لزوجها، فلا يجوز لغيره ولو كان ذا رحم محرم منها أن يحتج به؛ وحق مباشرة العمل الطبى لا يعترف به القانون إلا لطبيب، فلا يجوز لغيره أن يستعمله، ولو حاز من العلم والخبرة قدراً يفوق ما يتوافر عادة لدى الطبيب. وقد يرخص الشارع لصاحب الحق أن ينقله إلى غيره، وعندئذ يكون للغير الاحتجاج به. وليست الحقوق سواء فى ذلك، ومن ثم كان متعيناً بحث كل حق لتحديد ما إذا كان الشارع يجيز نقله أم لا يجيزه: فلا يجوز للزوج أن ينقل إلى غيره حق تأديب زوجته؛ ولكنا نعتقد أن لولى الصغير أن ينقل إلى المعلم فى المدرسة أو المشرف فى الحرفة أو المخدوم الحق فى تأديبه، وسندنا فى ذلك أن القانون يجيز أن تكون الرقابة على القاصر بناء على الاتفاق (المادة ١٧٣)، والرقابة

---

(١) الدكتور عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب للإباحة (١٩٦٨) ص٣٦٦.

والتأديب متلازمان، إذ لا يتصور أن تباشر الرقابة فى صورة مجدية دون أن تدعمها سلطة التأديب (١).

وقد تتعلق قيود الحق بمقدار جسامة الأفعال التى يستعمل بها: فحق التأديب لا يبيح غير الضرب الخفيف. وقد ترجع القيود إلى استلزام القانون اتباع إجراءات معينة فى استعماله، فمن يأت الفعل الذى يجرمه القانون أصلاً دون أن يتبع هذه الإجراءات لا يكون له أن يحتج بالحق. فالزوج لا يجوز له أن يضرب زوجته تأديباً قبل أن يستنفد وسيلتى التأديب، هما الوعظ والهجر فى

---

(١) البحث فيما إذا كان يجوز لغير صاحب الحق استعماله والاحتجاج بهذا الاستعمال كسبب للإباحة يثير مشكلتين: الأولى هى النيابة فى استعمال الحق. والثانية هى الفضالة فى استعماله.

فالنيابة فى استعمال الحق تثير البحث فيما إذا كان القانون يعترف بسبب الإباحة إذا لم يستعمل الحق من يقرره له القانون ولكن استعمله نائبه. نعتقد أنه إذا اعترف القانون بالنيابة، فمعنى ذلك أنه يرخص للنائب بكل فعل يدخل فى نطاقها، فإذا كان الفعل مشروعاً، حين يأتيه الأصيل، فهو مشروع كذلك إذا أتاه النائب. ومن ثم يكون حسم هذه المشكلة متطلباً البت فى أمرين: الأول، تحديد ما إذا كان فعل النائب مشروعاً لو كان من أتاه هو الأصيل، أى البحث فيما إذا كان داخلاً فى نطاق الاستعمال المشروع لحق الأصيل؛ والثانى، هو تحديد ما إذا كان استعمال هذا الحق داخلاً فى نطاق النيابة، أى البحث فيما إذا كان القانون يعترف بانتقال مباشرة الحق – بناء على النيابة – من الأصيل إلى النائب. والحجة التى نستند إليها فى هذا الرأى أنه من التناقض أن يعترف القانون بالنيابة ويقرر دخول الحق فى نطاقها ثم يعاقب على الأفعال التى يستعمل بها استناداً إلى هذه النيابة.

أما الفضالة فى استعمال الحق، فتثير البحث فيما إذا كان الفضولى يباح له فعله باعتباره استعمالاً مشروعاً لحق رب الحعمل؛ وفى عبارة أخرى إذا تبين أن الفعل فى ذاته استعمال مشروع لحق مقرر لرب العمل، بحيث لو أتاه ما ثار شك فى إباحته، وثبت كذلك توافر شروط الفضالة، فهل يجوز للفضولى أن يحتج لإباحة فعله بأنه «استعمال مشروع للحق»؟ ونعتقد أن الفضالة فى استعمال الحق تصلح سنداً للإباحة. والحجة فى ذلك أن القانون المدنى قد اعترف بالفضالة كنظام قانونى وأسبغ عليها صفة مشروعة واعترف الفضولى بحقوق قبل رب العمل، فمن التناقض أن يعاقب الفضولى على فعل اعترف القانون بأنه مشروع. وتطبيقاً لذلك، فإنه إذا باع الفضولى محصولات زراعية لرب العمل خشية أن يسرع إليها التلف، فلا تنسب إليه جريمة نصب؛ وإذا تصرف البائع فى المنقول المبيع الذى لم يتسلمه المشترى بعد خشية أن تستولى عليه قوات العدو فلا تنسب إليه جريمة خيانة الأمانة.

المضجع، ويثبت عدم جداوهما. ولا يجوز لشخص أن يقيم العدالة لنفسه، فمن كان ذا حق لا يسلم به خصمه تعين عليه أن يلجأ إلى القضاء لإلزام خصمه أن يؤدى له حقه، فإن اعتمد على وسائله الخاصة لقهر خصمه لم يكن له ان يحتج بحقه لإباحة فعله(١)، فالدائن الذى يستولى على مال لمدينه نظير حقه يسأل عن فعله(٢).

ونلاحظ أن ما أشرنا إليه من أنواع القيود على الحق إنما كان على سبيل المثال، ولذلك يتعين أن يفحص كل حق على حدة ليستخلص قيوده ويثبت دخول الفعل فى نطاقه(٣).

حسن النية: الحقوق جميعاً غائية، أى يقررها القانون لاستهداف أغراض معينة؛ ولا يعرف القانون حقوقاً مجردة عن الغاية، أى يستطيع أصحابها مباشرتها دون أن يسألوا عن الهدف الذى يريدونه بها. وحسن النية الذى يتطلبه القانون هو استهداف صاحب الحق بفعله ذات الغرض الذى من أجله قرر الحق له (٤)؛ فإذا ثبت أنه يريد به غرضاً سواه، ولو كان غير مرذول فى ذاته، فهو سئ النية، وليس له أن يحتج لإباحة فعله بذلك الحق، إذ لم يكن الفعل مؤدياً وظيفته الاجتماعية التى تحددها غاية الحق(٥). فالطبيب يرخص له

---

(١) نقض ٢٠ ابريل ستة ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية جـ٣ رقم ٢٣٧ ص٣١٧.

(٢) الاستاذ أحمد أمين: شرح قانون العقوبات الأهلى، القسم الخاص (١٩٢٤) ص٦٤٥، ٧٥١.

(٣) أنظر فى اشتراط لزوم الفعل لاستعمال الحق وملاءمته لذلك: محمود نجيب حسنى، أسباب الإباحة رقم ٥٥ ص٨٢.

(٤) الدكتور السعيد مصطفى السعيد، ص١٧٥؛ الدكتور مأمون محمد سلامة، ص١٦٥؛ الدكتورة فوزية عبد الستار، رقم ١٣٨ ص١٥٠. الدكتور عثمان سعيد عثمان، ص٤١٢.

(٥) فالطبيب الذى يسئ استعمال حقه فى وصف المخدر، فلا يرمى من وراء ذلك إلى علاج طبى صحيح بل يكون قصده تسهيل تعاطى المخدرات للمدمنين عليها يجرى عليه حكم القانون العام أسوة بسائر الناس: نقض ٤ يونيه سنة ١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية جـ٦ رقم ٥٥٨ ص٧٢٥. ومن يطعن فى أعمال موظف عام لا يجوز له أن يحتج بالإباحة «إذا كان الباعث الذى دفعه إلى ذلك هو

القانون بمباشرة الأعمال الطبية ابتغاء علاج المريض. فإن استهدف غرضاً آخر كإجراء تجربة علمية، فليس له أن يحتج بالحق الذى خوله له القانون(١). والغاية التى يستهدفها فى التأديب هى التهذيب، فإن ابتغى من له هذا الحق غاية سوى ذلك، كالإكراه على أداء مال أو إشباع شهوة الانتقام، ففعله غير مشروع (٢).

وغنى عن البيان أن هذا الشرط ذو طبيعة شخصية، إذ يفترض تحديد الباعث إلى الفعل والتحقق من مطابقته لغاية الحق. واشتراط حسن النية هو قيد يرد على نطاق الحق. وقد جعلناه شرطاً قائماً بذاته، بالنظر إلى طبيعته الشخصية، وإلى أهميته بين القيود التى ترد على نطاق الحق(٣).

المبحث الثانى

تطبيقات استعمال الحق

تقسيم: الحقوق التى يعترف بها القانون عديدة، وكل حق يبيح طائفة أو طوائف محددة من الأفعال، ومن غير المتصور أن يبيح حق كل أو أغلب الجرائم، ولذلك نرى أن الموضع الصحيح لدراسة هذه التطبيقات هو القسم الخاص من قانون العقوبات حيث تلحق بكل جريمة الحقوق التى تبيحها (٤).

الأحقاد الشخصية»: نقض ٢١ مارس سنة ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية جـ٤ رقم ١٨١ ص ١٦٩.

وإذا جاوز الخصم أو محاميه ما يستلزمه حق الدفاع أمام القضاء، فلا يكون له أن يحتج بالإباحة: نقض ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٨١ مجموعة أحكام محكمة النقض س٣٢ رقم ١٢٩ ص٧٣٢؛ ٢٣ فبراير ١٩٨٢ س٣٣ رقم ٥٠ ص٢٤٨؛ ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٨٣ س٣٤ رقم ٢٠٥ ص١٠١٥.

(١) Lyon, 15 déc. 1859, D. 59.3.87.

(٢) الدكتور محمود نجيب حسنى، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص١٦٧ وما بعدها.

(٣) أنظر تبطيقاً لنظرية الغلط فى الإباحة على استعمال الحق: نقض ١١ نوفمبر سنة ١٩٧٣، مجموعة أحكام محكمة النقض س٢٤ رقم ١٩٣ س٩٣٥.

(٤) وعلى ذلك فلن نعرض لتطبيقات استعمال الحق فى جرائم الاعتداء على الشرف والاعتبار، إذ نرى موضعها فى دراسة هذه الجرائم خاصة.

ونقتصر فى هذا الموضع على البحث فى أهم تطبيقات استعمال الحق، وهى: حق التأديب، وحق مباشرة الأعمال الطبية، وحق ممارسة الألعاب الرياضية.

§١- حق التأديب

علة الإباحة: علة الإباحة تقدير الشارع أن مصلحة الأسرة، ومن ورائها مصلحة المجتمع، تقتضى أن تكون لبعض أفرادها سلطة على البعض الآخر، وأن تدعم هذه السلطة بالحق فى توقيع الجزاء على من يخرج عليها. وهذه المصلحة التى ترقى إلى مرتبة اعتبارها حقاً للمجتمع ترجح على حق الخاضع لسلطة التأديب فى سلامة جسمه. والغاية من حق التأديب هى تهذيب من يخضع له وحمله على السلوك الذى يتفق مع مصلحة الأسرة ومصلح المجتمع.

الأفعال التى يبيحها حق التأديب: يبيح حق التأديب أفعال الضرب الخفيف التى تجرمها أصلاً المادة ٢٤٣ من قانون العقوبات وأفعال التعدى والإيذاء الخفيف التى تجرمها أصلاً المادة ٣٧٧ (الفقرة التاسعة) من قانون العقوبات. وبديهى ألا يبيح هذا الحق أفعالاً أشد جسامة، كالضرب المفضى إلى مرض أو إلى عجز عن الأشغال الشخصية(١)، أو المفضى إلى عاهة مستديمة أو إلى الموت، إذ ان مصلحة المجتمع تأبى هذه الأفعال. ويبيح حق تأديب الصغار تتقيد الحرية إن كانت الوسيلة المتعينة للتهذيب، أى لم تكن لتغنى عنه وسيلة أخرى، وبشرط ألا يكون فيه تعذيب أو منع من الحركة أو إيلام للبدن (٢).

حالات التأديب: ترد حالات التأديب إلى اثنتين: تأديب الزوجة وتأديب الصغار.

١- تأديب الزوجة

---

(١) نقض ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة القواعد القانونية جـ٣ رقم ١٧٥ ص٢٢٥.
(٢) نقض ٤ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية جـ٦ رقم ٦٢ ص٨٥.

حالات التأديب: حددت قواعد الشريعة الإسلامية شروط تأديب الزوجة([١])، وهذه الشروط تعد جزءاً من القانون الوضعى، إذ قد أحال الشارع إليها، وحصر إباحة الضرب تأديباً فى نطاقها.

ولا ينشأ للزوج حق تأديب زوجته إلا إذا أتت معصية لم يرد فى شأنها حق مقرر ([٢])، وبشرط ألا يكون أمر هذه المعصية قد رفع إلى «الإمام»، أى السلطات العامة([٣]). وإذا نشأ هذا الحق فهو مقيد من ناحيتين هما:

وسيلة التأديب: وسائل التأديب فى الشريعة ثلاث: الوعظ والهجر فى المضجع والضرب. وهى مرتبة من حيث جواز الالتجاء إليها على النحو السابق، ويعنى ذلك أنه لا يجوز للزوج ضرب زوجته إلا إذا لجأ إلى الوعظ ثم الهجر وثبت عدم جدواهما؛ أما إذا أجدت وسيلة غير الضرب فلا يجوز الالتجاء إليه، «فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا»([٤]).

([١]) سند هذا الحق هو قول الله تعالى : «واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فإن اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا» سورة النساء، آية ٣٤؛ وقوله تعالى «وخذ بيدك صفنا فاضرب به ولا تحنث انا وجدناه صابرا نعم العبد انه أواب» سورة ص ، آية ٤٤؛ وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع «استوصوا بالنساء خيرا فإنما هن عندكم عوان ليس تملكون منهن شيئاً غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبينة فإن فعلن فاهرجوهن فى المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح، فإن اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا».

([٢]) استعملت الآية لفظ «نشوزهن»، والنشوز لغة هو الارتفاع، ويراد به مجازاً الترفع، أى ترفع الزوجة عن طاعة زوجها؛ وفى ذلك يقول ابن جرير الطبرى «نشوزهن يعنى استعلائهن على ازواجهن وارتفاعهن عن فرشهن بالمعصية منهن والخلاف عليهم فيم لزمن طاعتهن فيه بغضاً منهن وإعراضاً عنهم» جامع البيان فى تفسير القرآن جـ٥ ص٣٨؛ وقد توسع الفقهاء فى مدلول المنشوز فجعلوه «شاملاً» كل معصية لم يرد فى شأنها حد مقرر. أنظر الكاسانى، بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع جـ٢ ص٣٣٤؛ ابن نجيم، البحر الرائق جـ٥ ص٥٣؛ الدكتور سامح جاد، ص ٢٤٠.

([٣]) الدكتور السعيد مصطفى السعيد، فى مدى استعمال حقوق الزوجية وما تتفيد به فى الشريعة الإسلامية والقانون المصرى الحديث (١٦٣٦) ص١٦٠ وهامش رقم (٢).

([٤]) الدكتور السعيد مصطفى السعيد، ص ١٩١.

والضرب للتأديب مقيد بألا يكون شديداً ولا شائناً. وإذا غلب على الظن أن صلاح حال الزوجة لا يكون إلا بضرب شديد أو شائن، فلا يجوز للزوج أن يلجأ إليه ([١]).

غاية التأديب: شرع التأديب تهذيباً للزوجة ومواجهة لنشوزها، ولذلك يتعين أن يكون الباعث للزوج على استعماله هو تحقيق هذه الغاية، فإذا أخفى باعثاً إجرامياً كالانتقام أو مجرد الإيذاء أو الحمل على معصية، فليس له الاحتجاج بهذا الحق ([٢]).

تأديب الزوجة فى أحكام القضاء: تردد القضاء فى شأن هذا الحق: فبعض الأحكام أنكرته محتجة بعدم نص القانون عليه ([٣])، وبعضها أطلقه من كل قيد. وقد استقر القضاء فى الوقت الحاضر على الاعتراف بهذا الحق فى القيود التى تقررها قواعد الشريعة. ومؤدى ذلك أنه إذا لم يكن فعل الزوج فى هذه الحدود، كأن ترتب عليه أثر فى جسم الزوجة ولو سجحات بسيطة ([٤])، أو كان لغير التهذيب، فالزوج مسئول عنه جنائياً([٥]).

٢- تأديب الصغار

شروط الإباحة: قررت الشريعة الإسلامية حق تأديب الصغار، وهى فى هذا المجال قانون واجب التطبيق بالنظر إلى تعلقه بالولاية على النفس. والرجوع

([١]) منح الجليل جـ٢ ص٧٦؛ الدكتور سامح جاد، ص٢٤٢.

([٢]) وفى ذلك يقول صاحب منح الجليل، حـ١ ص١٧٦، أنه إذا تحقق الزوج أو ظن عدم إفادة الضرب أو شك فيها فلا يضربها لأنه وسيلة إلى إصلاح حالها، والوسيلة لا تشرع عند ظن عدم ترتب المقصود عليها.

([٣]) نقض ٩ يناير سنة ١٨٩٧ القضاء جـ ٤ ص ١١٠.

([٤]) نقض ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة القواعد القانونية جـ٢ رقم ١٧٥ ص١٢٥. ومن باب أولى يسأل الزوج إذا أفضى الضرب إلى موت الزوجة: نقض ١٠ نوفمبر سنة ١٩٤١ جـ٥ رقم ٢٩٨ ص٥٦٧.

([٥]) الدكتور/محمود نجيب حسنى، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص١٧١ وما بعدها.

إلى الشروط التى تقررها الشريعة لهذا الحق متعين، فإن انتفى أحدها، سئل مرتكب الضرب عن فعله. وإذا أضاف الشارع الوضعى إلى هذه الشروط جديداً تعين كذلك تطلبه، باعتبار أن كل ما يقرره القانون واجب الاتباع. وهذه الشروط هى:

١- حق تأديب الصغير هو للأب والوصى والأم (١)، وهو كذلك لولى النفس عند عدم وجود الأب (٢). وهذا الحق مقرر أيضاً لمعلم المدرسة وملقن الحرفة، بشرط إذن الأب أو الولى (٣). ونستطيع أن ندخل على القواعد الشرعية تعديلين: فمن ناحية، يحظر القانون الوضعى التأديب عن طريق العقوبات البدنية فى معاهد التعليم الحكومية (٤). ومن ناحية أخرى، يضاف إلى من قررت لهم الشريعة هذا الحق المخدوم (٥)، إذ أن العرف المستقر يخوله هذا الحق. ويضاف كذلك المعلم فى غير معاهد التعليم الحكومية وملقن الحرفة ولو لم يأذن لهما الأب، استناداً إلى العرف كذلك، وإلى الارتباط بين سلطة الرقابة وحق التأديب (٦)، وكل من انتقلت إليه سلطة الرقابة على الصغير بناء على الاتفاق أو الضرورة.

ويخضع لحق التأديب الصغير، ونعنى به كان خاضعاً للولاية على النفس أو الوصاية، وكل من كان بسبب قصره فى حاجة إلى الرقابة.

---

(١) حق التأديب مقرر للأم للتعليم بلا خلاف وللتأديب أيضاً على رأى.

(٢) حاشية الطنطاوى على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، جـ٤ ص٢٧.

(٣) المبسوط لشمس الدين السرخسى، جـ٣٠ ص٤٨.

(٤) نقض ٥ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية جـ٥ رقم ٣٣٣ ص٩٠٣؛ ٢ ابريل سنة ١٩٨١ مجموعة أحكام النقض بين ٣٢ رقم ٥٥٥ ص٣١٥. وانظر التشريعات الخاصة بالتعليم: على سبيل المثال المادة ٤٨ من القانون رقم ٢١١ لسنة ١٩٥٣ بشأن تنظيم التعليم الثانوى.

(٥) نقض ٢١ أغسطس سنة ١٩١٥ الشرائع س٣ ص٥٩، والدكتور محمد مصطفى القللى، ص٣٥٠.

(٦) الدكتور محمود محمود مصطفى، رقم ١٠٩ ص١٧٤؛ وانظر رقم ١٦٦ ص١٦٥ من هذا المؤلف.

٢- حق التأديب مقرر للتهذيب أو التعليم، فإن ابتغت به غاية غير ذلك، فلا مجال للإباحة ([١]).

٣- حق التأديب مقيد من حيث وسيلته: فالضرب تأديباً يتعين أن يكون خفيفاً، فإن كان فاحشاً فهو غير مباح([٢]). وللضرب الخفيف شروطه: فيتعين ألا يكون بغير اليد كالسوط أو العصا؛ وألا يتجاوز الثلاث؛ وأن تتقى به المواضع المخوفة من الجسم، كالرأس والوجه. وقد استقر القضاء على جواز أن يكون التأديب بتقييد الحرية، بشرط ألا يكون فيه تعذيب أو منع من الحركة أو إيلام للبدن ([٣]).

٣- حق مباشرة الأعمال الطبية

تعريف العمل الطبى: العمل الطبى هو نشاط يتفق - فى كيفيته وظروف مباشرته - مع القواعد المقررة فى علم الطب، ويتجه فى ذاته، أى وفق المجرى العادى للأمور، إلى شفاء المريض([٤]). والأصل فى العمل الطبى أن يكون علاجياً، أى يستهدف التخليص من مرض أو تخفيف حدته أو مجرد تخفيف آلامه. ولكن يعد كذلك من قبيل الأعمال الطبية ما يستهدف الكشف عن أسباب سوء الصحة، أو مجرد الوقاية من مرض([٥]).

الأفعال التى يبيحها حق مباشرة الأعمال الطبية: يثور التساؤل عما إذا كان هذا الحق يبيح أفعالاً هى من قبيل إعطاء المواد الضارة أو الجرح، باعتبار أن إعطاء الدواء هو إدخال المادة غريبة فى الجسم وقد تقضى فى النهاية إلى

([١]) الدكتور السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العام فى قانون العقوبات، ص١٧٩.

([٢]) نقض ٥ يونية سنة ١٩٣٣ مجموعة القواعد القانونية جـ٣ رقم ١٣٦ ص١٩٠، وقد قضى بعقاب والد ربط ابنته بحبل ربطاً محكماً فى عضديها أحدثت عندها غنغرينا سببت وفاتها.

([٣]) نقض ٤ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية جـ٦ رقم ٦٣ ص٨٥.

([٤]) وقد قالت محكمة النقض فى ذلك أن «إباحة عمل الطبيب مشروطه بأن تكون حرية مطابقاً للأصول العلمية المقررة» نقض ١١ يناير سنة ١٩٨٤ مجموعة أحكام فى س٣٥ رقم ٥ ص٢٤.

([5]) Eberhard Schmidt: Der Arzt im Strafrecht (1939) S. 69.

ضرر؛ وأن إجراء العملية الجراحية هو إحداث لجرح فى الجسم. ولكن التساؤل يثور كذلك لمعرفة ما إذا كان هذا الحق يبيح كل نشاط يعد عملاً طبياً فى المعنى السابق أو يرتبط به كحيازة المواد المخدرة(١) والإجهاض. وغنى عن البيان ان الاعتراف بهذا الحق يقتضى إباحة جميع الأفعال الضرورية أو الملائمة لاستعماله. وتحديد هذه الأفعال يرتبط بالنظريات الطبية السائدة فى وقت معين، ومن ثم كانت محاولة حصرها غير مجدية.

تعليل الإباحة: يسند الفقه والقضاء هذه الإباحة إلى ترخيص القانون، فالشارع يعترف بمهنة الطب وينظم كيفية مباشرتها، فهو يسمح حتماً بكل الأعمال الضرورية أو الملائمة لمباشرتها(٢). وقد استبعد الفقه والقضاء الرأى القائل باسناد هذه الإباحة إلى رضاء المريض بالعلاج، إذ القاعدة أن الرضاء ليس سبباً عاماً للإباحة، وقيمته محدودة فى جرائم المساس بسلامة الجسم. واستبعد الفقه والقضاء كذلك الرأى الذى يعلل إعفاء الطبيب من المسئولية الجنائية بانتفاء القصد الجنائى لديه، إذ أن القصد المتطلب فى جرائم الاعتداء على سلامة الجسم لا يتطلب غير العلم بأن من شأن الفعل المساس بالجسم

---

(١) أنظر فى إباحة حيازة المواد المخدرة للطبيب: نقض ١٩ ديسمبر سنمة ١٩٢٩ مجموعة القواعد القانونية جـ١ رقم ٣٥٨ ص٤٠٦؛ ١٦ مايو سنة ١٩٣٨ جـ٤ رقم ٢٢٢ ص ٢٣٠.

(2) Barcon, art. 309.311, n°. 83; Garaud, V, n°. 1985, p. 325; Donnedieu de Vabres, n°. 242, p. 245.

الأستاذ على بدوى، ص٤٠٣؛ الدكتور السيد مصطفى السعيد، ص١٨٢؛ الدكتور محمود محمود مصطفى: مسئولية الأطباء والجراحين الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد ص١٨ (١٩٤٨) ص٢٨٠، شرح قانون العقوبات، رقم ١١٣ ص١٧٨؛ الدكتور على راشد، ص٥١١، الأستاذ محمود ابراهيم اسماعيل، رقم ٢٦٢ ص٤٤٧؛ الدكتورة فوزية عبد الستار، رقم ١٤٦ ص١٥٧؛ نقض ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٢ مجموعة القواعد القانونية جـ٢ رقم ٣٦٨ ص٦٠٢.

واتجاه الإرادة إلى هذا الفعل وما يترتب عليه من مساس، وهذا القصد بعنصريه متوافر لدى الطبيب([1]).

والتعليل الذى يسود الفقه والقضاء صحيح دون شك، إذ لا جدال فى أن القانون يعترف بمهنة الطب ويرخص بالأعمال التى تباشر بها ولكن لماذا يرخص القانون بهذه الأعمال أن الإجابة عن هذا السؤال تكشف عن العلة الحقيقية للإباحة: يرخص الشارع بالأعمال الطبية، لأنها لا تنتج اعتداء على الحق فى سلامة الجسم، إذ أن الأفعال التى تقوم بها جرائم الاعتداء على سلامة الجسم ليست الأفعال التى تمس مادته، ولكنها الأفعال التى تمس مصلحته فى أن تصان له سلامته وأن يسير سيراً عادياً طبيعياً. وقد قدر الشارع أن الأعمال الطبية، وإن مست مادة الجسم، فهى تؤذه ولم تهدر مصلحته، بل صانتها، ومن ثم لم تنتج اعتداء على الحق الذى يحميه القانون.

وهذا التعليل لا شك فى صحته حينما ينجح العمل الطبى، فيتخلص المريض من مرضه أو تخف حدته. ولكن الشك قد يثور حول قيمته حينما يفشل العمل الطبى، فتسوء صحة المريض أو يموت. ولكنا نرى أن لهذا التعليل قيمته فى هذا الفرض كذلك، إذ أن تحديد ما إذا كان الفعل مشروعاً أو غير مشروع إنما يكون بالنظر إلى الظروف والعوامل التى عاصرت ارتكابه، دون أن تعرض به بعد ذلك فتغير من طبيعته وآثاره: فإذا كان الطبيب عند قيامه بعمله قد التزم الأصول العلمية وقطعت الظروف التى أحاطت به باتجاهه إلى شفاء المريض، فإن العمل يكتسب صفة مشروعة، ولا تتغير هذه الصفة بتدخل عوامل – لم يكن فى وسع الطبيب أن يعلم بها – غيرت من اتجاهه وأفضت إلى نتيجة سيئة ([2]).

([1]) أنظر فى رفض هذين الرأيين: نقض ٢٨ مارس سنة ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية جـ٤ رقم ١٨٨؛ ١٢ يونية سنة ١٩٣٩ جـ٤ رقم ٤٠٧ ص٥٧٦؛ ٣٣ أكتوبر سنة ١٩٣٩ جـ٤ رقم ٤١٧ ص٥٨٥.

([2]) Barçon, art. 309-311, n°. 85; Garraud, V. n°. 1985. p. 325.

شروط الإباحة: يتعين لإباحة العمل الطبى توافر الشروط الآتية:

– **الترخيص القانونى:** يجب أن يأتى العمل الطبى شخص رخص له القانون بمزاولة مهنة الطب. ومن أهم ما يتطلبه القانون لإعطاء هذا الترخيص حصول طالبه على المؤهل الدراسى الذى يعده لهذه المهنة([١]). وعلة هذا الشرط أن الشارع لا يثق فى غير من رخص لهم بالعلاج، إذ هم – فى تقديره – الذين يستطيعون القيام بعمل طبى يطابق الأصول العلمية ويتجه فى ذاته إلى شفاء المريض.

والترخيص قد يكون شاملاً كل الأعمال الطبية؛ وقد يكون مقتصراً على بعضها([٢])، وفى هذه الحالة الأخيرة لا يكون مجال للإباحة إلا إذا كان العمل داخلاً فى حدود الترخيص ([٣]).

رضاء المريض: لا يكون العمل مباحاً إلا إذا رضى المريض به، فالقانون يرخص للطبيب علاج المرضى إن دعوه لذلك، ولكنه لا يخوله الحق فى اخضاعهم للعلاج رغماً عنهم ([٤]). ورضاء المريض ليس سبب الإباحة، ولكن مجرد شرط من شروطه. وعلة تطلبه رعاية ما لجسم الإنسان من حصانة.

والرضاء قد يكون صريحاً، وقد يكون ضمنياً، كما لو ذهب المريض إلى غرفة العمليات بعد أن علم بنوع العملية التى تقتضيها حالته. ولكى يكون الرضاء ذا قيمة قانونية، فمن المتعين توضيح نوع العلاج أو الجراحة تفصيلاً

([١]) انظر المادة الثانية من القانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤ فى شأن مزاولة مهنة الطب.

([٢]) كالوضع بالنسبة للمولدات (القانون رقم ٤٨١ لسنة ١٩٥٤ فى شأن مزاولة مهنة التوليد).

([٣]) أنظر على سبيل المثال: نقض ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية جـ٤ رقم ٤١٧ ص٥٨٥.

([٤]) الدكتور السعيد مصطفى السعيد، ص١٨٤؛ الدكتور محمود محمود مصطفى، مسئولية الأطباء، ص٢٨٣؛ الدكتور رمسيس بهنام، ص ٣٦٩.

للمريض حتى يصدر رضاؤه وهو على بينة من الأمر([١]). وليس من السائغ القول بأن الرضاء يستفاد ضمناً من مجرد ذهاب المريض إلى عيادة الطبيب([٢])، إذ أن الأعمال الطبية متنوعة، وقد يرضى المريض ببعضها دون البعض، ولذلك كان متعيناً أن يعلم بما ينسب إليه الرضاء به.

وقد يصدر الرضاء من المريض نفسه، أو ممن ينصبه القانون ممثلاً له. ومن الجائـز أن يفترض الرضاء إذا كان المريض فى حالة لا تمكنه من التعبير عن إرادته ولم يكن له من يمثله، ولم يكن فى ظروفه ما يحمل على الاعتقاد برفضه العمل الطبى؛ وأساس هذا الافتراض أن الرغبة فى التخلص من المرض أو إنقاذ الحياة أمر طبيعى عند كل شخص.

قصد العلاج: الحق فى مباشرة العمل الطبى له غايته التى من أجلها قرره القانون، ولذلك كان متعيناً أن يستهدف من يأتيه تحقيق هذه الغاية. وغاية العمل الطبى هى علاج المريض، أى تخليصه من مرضه أو تخفيف حدته، ويلحق بالعلاج فى هذا المدلول: الوقاية من مرض، والكشف عن أسباب سوء الصحة ([٣]).

وهذا الشرط ذو طبيعة شخصية، باعتباره يقوم على باعث معين لدى من يباشر العمل الطبى، وهو متميز عن الاتجاه الذاتى للعمل إلى شفاء المريض، إذ أن هذا الاتجاه عنصر فى العمل الطبى، وله طبيعة موضوعية.

حكم العمل الطبى إذا تخلف شرط من شروط الإباحة: تقضى القواعد العامة أنه إذا تخلف شرط من شروط الإباحة استتبع ذلك القول بأن الفعل غير مشروع: ذلك أنه أصلاً خاضع لنص تجريم، فلا يخرج عن نطاقه إلا إذا توافر سبب إباحة بكل شروطه. وانتفاء أحد هذه الشروط يعنى انتفاء سبب الإباحة ذاته.

([1]) Schmidt, S. 98.

([٢]) الدكتور محمود محمود مصطفى ، مسئولية الأطباء، ص ٢٨٥.

([3]) Garçon, art. 309–311 n°. 58; Garraud, V, n°. 1958. p. 325.

فإذا لم يكن العمل فى ذاته طبياً وفقاً للتعريف الذى وضعناه، فلا تثور على الإطلاق فكرة الإباحة ولو كان الذى يأتيه طبيباً. مثال ذلك أن يضرب الطبيب المريض أثناء العملية الجراحية ليمنعه من الحركة(١). وإذا صدر العمل الطبى عن شخص غير مرخص له به فهو مسئول عمداً عن جريمته (٢)، ولو رضى المريض به وكان القصد منه العلاج وأفضى إلى نتائج فى مصلحة المريض. والحكم نفسه نقرره للعمل الصادر عن شخص مرخص له فيما يجاوز به نطاق الترخيص، كحلاق الصحة إذا أجرى عملية جراحية (٣) أو أعطى حقنة(٤)؛ والممرض إذا أجرى علاجاً أو أدخل قسطرة فى جسم المريض(٥).

---

(١) نقض ٢٣ ابريل سنة ١٩٣١ المحاماه س١٢ ص١٩٧ وقد أدانت المحكمة بجريمة الضرب المفضى إلى الموت طبيباً كان يجرى عملية شمرة فتحرك المريض أثناءها فضربه الطبيب على رأسه وصدره بقبضة يده دفعتين وبالكتف دفعة واحدة فتوفى بعدها. ويذهب الدكتور مصطفى القللى على هذا الحكم (مجلة القانون والاقتصاد ص٢ س٣١٩) إلى أن هذا الطبيب ما كان ينبغى أن يسأل سوى مسئولية غير عمدية، وذلك لأنه يستعمل حقاً مباحاً، ولكنه أهمل فى استعمال الحق فنشأ من ذلك ضرر للغير، ويرى أن الضرب لم يكن إلا وسيلة لجأ إليها الطبيب لإجراء العلاج. والصحيح ما ذهبت إليه محكمة النقض، إذ ان نطاق الإباحة مقتصر على الأعمال الطبية، وليس الضرب منها، فالالتجاء إليه هو اعتداء غير مشروع، ولما كان القصد الجنائى متوافر بعلم الطبيب وإرادته المساس بسلامة الجسم فالمسئولية لا يتصور إلا أن تكون عمدية.

(٢) نقض ١٨ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام محكمة النقض س٣ رقم ٢٦٠ ص٦٩٨.

(٣) نقض ٤ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية جـ٤ رقم ٣٤ ص٣١ح ١٢ يونية سنة ١٩٣٩ جـ٤ رقم ٤٠٧ ص٥٧٦.

(٤) نقض ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية جـ٤ رقم ٤١٧ ص٥٨٥.

(٥) نقض ٢٧ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية جـ٤ رقم ٤١٧ ص٥٨٥. وقد قضت المحكمة بأن التمورجى إذا أدخل قسطرة فى قبل المريض بطريقة غير فنية فأحدث جرحين بالمثانة ومقدم القبل يسأل عن جريمة القتل الخطأ. وهذا القضاء محل للنقد: فإدخال القسطرة هو عمل علاجى، وهو بهذه الصفة لا يباح لغير الطبيب، وهو كذلك فعل من شأنه المساس بسلامة الجسم باعتباره ينطوى على إدخال جسم غريب فى بدن المريض، وقد يقترن بألم، ومن يرتكب الفعل يعلم ذلك ويريده. والصحيح فى نظرنا هو مسئولية التمورجى عن جرح أفضى إلى الموت. أنظر كذلك فى مسئولية المولدة إذا أجرت عملية ختان فجاوزت بذلك

وإذا صدر العمل الطبى من شخص مرخص له به فى نطاق الترخيص الممنوح له دون رضاء من المريض كان مسئولاً عن عمله مسئولية عمدية، ولو قصد به العلاج واستفاد منه المريض(١). وقد يستطيع الطبيب فى هذه الحالة الاحتجاج بالإباحة إن كان ينفذ القانون الذى خوله سلطة القيام بعمله دون اعتداء بإرادة المريض، ويقرر القانون ذلك عند انتشار خطر الأوبئة. وإذا توافرت شروط الإباحة فيما عدا قصد العلاج، كما لو استهدف الطبيب إجراء تجربة عملية، أو إعفاء شخص من الخدمة العسكرية، أو مجرد الانتقام، فهو مسئول عن فعله عمداً(٢).

ولكن قد لا تقوم المسئولية الجنائية على الرغم من انتفاء بعض شروط الإباحة أو كلها إذا توافرت حالة الضرورة كما تحددها المادة ٦١ من قانون العقوبات؛ فإذا صدر العمل من غير طبيب (٣)، أو لم يقترن به رضاء المريض، أو لم يكن العمل فى ذاته طبياً، ولكن ثبت أن ثمة خطرا جسيماً على وشك الوقوع يهدد صحة المريض، ولم يكن من سبيل إلى دفعه بغير هذا العمل، امتنعت مسئولية مرتكبه عنه.

الأخطاء الطبية: إذا توافرت شروط الإباحة فالعمل الطبى مشروع، ولو ساءت حالة المريض؛ ولكن إذا اقترن هذا العمل بخطأ، سئل الطبيب مسئولية غير عمدية(٤). ولا يعتبر فشل العلاج قرينة قاطعة على خطأ الطبيب، فقد يفشل العلاج على الرغم من التزام الطبيب الأصول والقواعد العلمية التى يدعو

نطاق الترخيص المعطى لها: نقض ١١ مارس سنة ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض س٢٥ رقم ٥٩ ص٢٦٣.

(1) Garraud, V. n°. 1985, p. 326.

(2) Garçon, art. 309-311, n°. 86.

(٣) نقض ٢٠ فبراير سنة ١٩٦٨ مجموعة أحكام محكمة النقض س١٦ رقم ٤٦ ص٢٥٤.

(٤) نقض ٨ يناير سنة ١٩٦٨ مجموعة أحكام محكمة النقض س١٩ رقم ٤ ص٢١؛ ١١ فبراير سنة ١٩٧٣، س٢٤ رقم ٤٠ ص١٨٠.

إليها الحذر والاحتياط. ويخضع تقدير الخطأ الطبى للقواعد العامة التى يخضع لها تقدير الخطأ غير العمدى؛ فيسأل الطبيب إذا أجرى عملية بسلاح غير معقم، أو أجراها وهو فى حالة سكر، أو ترك سهواً فى جسم المريض أداة جراحية([1]).

ولكن إذا لاحظنا أن النظريات العلمية محل خلاف ومحل تطور مستمر، فإننا نقرر أنه لا يعد خطأ تطبيق الطبيب وسيلة علاج هى محل خلاف علمى، مادام يوجد لها مؤيدون بين علماء الطب. ولا يعتبر خطأ أخذ الطبيب برأى مرجوح فى علم الطب طالما كان مؤمناً به. ولا يعد خطأ تطبيق الطبيب وسيلة علاج جديدة لم تسبق تجربتها، إذا كان مقتنعاً بجدواها، وكان هدفه منها شفاء المريض، لا مجرد تجربتها ([2]).

عمليات التجميل والتعقيم والإجهاض ونقل الدم: يثور الخلاف فى الفقه حول إباحة هذه العمليات، ويرجع الخلاف إلى كونها لا تستهدف العلاج مما يعنى أنه لا يتوافر لها أحد شروط الإباحة. وللفصل برأى فى هذا الخلاف، يتعين البحث فى كل منها على حدة.

فعمليات التجميل إذا كانت تستهدف إصلاح عضو وإعطاءه الشكل الطبيعى، كفصل الإصبعين الملتصقين أو إزالة إصبع سادس، فهى فى حقيقتها أعمال علاجية، باعتبارها ترمى إلى تخليص الجسم من عارض غير طبيعى. أما عمليات التجميل فى مدلولها الضيق، فمن السائغ إباحتها إذا لم يكن من شأنها أن تنال الصحة بضرر، إذ أنها بذلك لا تهدر مصلحة الجسم فى أن يسير السير الطبيعى العادى، ثم إنها تحقق له مصلحة ذات أهمية.

([1]) الدكتور السعيد مصطفى السعيد، ص١٨٥؛ الدكتور محمود محمود مصطفى؛ مسئولية الأطباء ص٢٩٣، وشرح قانون العقوبات، القسم العام رقم ١١٧ ص١٨٤.

([2]) Schmidt, S. 139.

فإذا تناولنا عمليات التعقيم والإجهاض، قررنا أنه لا يباح للطبيب القيام بها، إلا إذا كانت ضرورية أو ملائمة لانقاذ المريض من مرضه. أو وقايته متاعب صحية لا يتحملها، ففى هذه الحالة تعد أعمالاً علاجية؛ وفى غير هذه الحالة لا يكون محل لإباحتها (١).

أما عمليات نقل الدم فهى دون شك مشروعة بالنسبة لمن ينقل الدم إليه، إذ تعد علاجاً. وهى مشروعة كذلك بالنسبة لمن ينقل الدم منه، وتفسير ذلك أنه إذا كان المساس الذى يحدثه الفعل بسلامة الجسم يسيراً بحيث لا يحول بين من تعرض له وبين أداء وظيفته الاجتماعية على النحو العادى المألوف، فإن الرضاء به يكون سبباً لإباحته (٢).

٤- حق ممارسة الألعاب الرياضية

علة الإباحة: بعض الألعاب الرياضية يفترض استعمال العنف على جسم المنافسة كالملاكمة والمصارعة والتحطيب، وبعضها لا يفترض ذلك كقذف الرمح والتنس وكرة القدم، ولكن قد يترتب عليه مساس بسلامة جسم المنافس على الرغم من اتباع كل قواعد اللعب وأصوله(٣). ويجمع الفقه على إباحة كل أفعال العنف فى الحالة الأولى، وإباحة الأفعال التى أدت إلى المساس بسلامة الجسم فى الحالة الثانية. والعلة التى تقوم الإباحة عليها هى استعمال اللاعب حقاً قرره القانون، إذ تشجع الدولة الألعاب الرياضية على اختلاف أنواعها

---

(١) Garçon, art. 309-311, n°. 85; Garraud, V, n°. 1985, p. 325. وأنظر فى تفصيل ذلك: مؤلفنا فى شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، رقم ٦٨٩ ص٥٠٦.

(٢) محمود نجيب حسنى: الحق فى سلامة الجسم ومدى الحماية التى يكفلها له قانون العقوبات، مجلة القانون والاقتصاد س٢٩ (١٩٥٩) ص٥٦٨.

(٣) أنظر فى تقسيم الألعاب الرياضية من الوجهة القانونية:
Pierre Tarraud: Le sport et le droit pénal, Revue Internationale de Droit Pénal (1924), p. 213.

وترصد من أجلها المال وتعترف بالهيئات التى تقوم على رعايتها (١). ويرفض الفقه الآراء التى أرجعت الإباحة إلى انتفاء القصد الجنائى أو رضاء المجنى عليه، إذ أن هذه الآراء معيبة على النو الذى تبيناه عند دراسة حق مباشرة الأعمال الطبية.

والعلة التى من أجلها يقرر القانون هذا الحق أن الألعاب الرياضية لا تهدر مصلحة الجسم فى أن يسير سيراً عادياً؛ بل أنها على العكس من ذلك تصون هذه المصلحة باعتبارها تقوى الجسم. وإذا ترتب عليها أحياناً مساس بسلامة الجسم، فإن أثرها الغالب فى صيانة مصلحته يرجح على هذا المساس.

شروط الإباحة: تتطلب هذه الإباحة توافر شروط ثلاثة:

أولاً: يتعين أن تكون اللعبة من الألعاب التى يعترف بها العرف الرياضى، أى أن تكون لها قواعد متعارف عليها وتقاليد تحمل المشتركين فيها على احترام هذه القواعد، وأن تكون مما يمارس فى جهة أو جهات معينة. ولا يتطلب هذا الشرط أن تكون للعبة جمعيات أو هيئات منظمة تتولى الإشراف عليها أو تشجيع الإقبال عليها.

ثانياً: أن تكون أفعال العنف أو الأفعال التى أفضت إلى المساس بسلامة الجسم قد ارتكبت أثناء المباراة الرياضية: فإن كانت قبل بدء المباراة أو بعد انتهائها فلا إباحة. ويقتضى هذا الشرط أن يكون المجنى عليه قد رضى بالإشتراك فى المباراة؛ إذ لا مباراة بغير رضاء من يشتركون فيها (٢).

---

(1) Garçon, art. 309-311, n°. 90; Garraud, V, n°. 1986. p.327; Donnedieu de Vabres. n°. 423. p. 245.

الأستاذ على بدوى، ص٣٩٨؛ الدكتور مصطفى القللى ص٢٥٦؛ الدكتور السعيد مصطفى السعيد، ص١٨٧؛ الدكتور محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، رقم ١١١ ص١١٧؛ الدكتور على رشاد، ص٥١٠؛ الأستاذ محمود ابراهيم اسماعيل، رقم ٢٦٣ ص ٤٥٢.

(٢) الدكتور رمسيس بهنام، ص ٣٦٢.

ثالثاً: يتعين اتساق الفعل وقواعد اللعبة المتعارف عليها. فإذا خرج اللاعب عليها عامداً مريداً إيذاء منافسه، كان مسئولاً عن جريمة عمدية. أما إذا كان خروجه عليها ثمرة خطأ غير عمدى، فهو مسئول عما يترتب على فعله من إصابة مسئولية غير عمدية ([1]).

أسئلة المحاضرة الرابعة:

س١: تكلم في مبدأ قانون إقليمية العقوبا

س٢: تكلم في الاستثناءات التى ترد على مبدأ الإقليمية

([1]) الدكتور محمود نجيب حسنى، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص١٧٤ وما بعدها.