المقدمة

إن من الملفت للنظر في هذا الشأن هو اهتمام المشرع الجنائي بأمر القرابة وروابط الأسرة ، حتى اننا نجده يخرج عن القواعد العامة في بعض احكامه ليقرر احكاماً استثنائية مراعاة منه لصلات القربى ، خاصة وان القانون مرآة عاكسة لقيم وعادات المجتمع ، فالمشرع يتأثر بهذه القيم والعادات التي تسود في المجتمع ويترجم هذا التأثر بنصوص قانونية صريحة .

فنجده مرة يبيح فعلاً معين هو أصلاً يخضع لنص يجرمه عندما يصدر من شخص يحمل صفة معينة كأن يكون زوجاً أو أباً لمن وقع عليه الفعل ، بينما نجده مرة أخرى يجرم فعلاً (هو في الأصل غير مجرم) إذا ما صدر من شخص يحمل صفة معينة ، كونه زوجاً لشخص آخر في وقت صدور الفعل .

أهمية البحث

إن أهمية البحث تبرز من خلال ابراز دور القرابة واثرها على الفعل سواء من خلال إباحته أو تجريمه من جهة ، كما ان البحث يهدف أيضاً إلى اظهار أهمية توافر الشروط اللازمة لاباحة الفعل أو تجريمه بالاستناد إلى توافر صلة القرابة من جهة أخرى ، لان القرابة لا تعمل لوحدها في إباحة الفعل أو تجريمه بل من خلال تدخل المشرع وتقرير ذلك بنصوص قانونية صريحة ، وهذا التقرير لن يكون مطلقاً بل وفق شروط معينة ينبغي توافرها بجانب صفة القرابة .

مشكلة البحث

بالرغم من تأثر المشرع الجنائي بأمر القرابة وروابط الأسرة ولكن المعالجة التشريعية لموضوع القرابة جاءت معالجة متفرقة من دون ان يخصص فصلاً أو مبحثاً أو فرعاً مستقلاً في إطار قانون العقوبات ليعالج به موضوع القرابة ويبرز أثرها بشكل واضح وجلي على الفعل .

وعدم سن نصوص قانونية خاصة ومستقلة بهذا الموضوع رغم أهمية القرابة واثرها على الفعل سواء من حيث إباحته أو تجريمه الأمر الذي اثر على موضوع القرابة وجعل منه موضوعاً غير ظاهر للعيان ، ولم يكن محط انظار الباحثين والمختصين في إطار القانون في دراستهم وابحاثهم لذلك جاء

اختيار هذا الموضوع من قبلنا من اجل اظهار أهمية القرابة في مجال القانون الجنائي وتأثر المشرع الجنائي وهو يضع النصوص القانونية ، ومحاولة منا للفت انظار المختصين والباحثين والاشخاص العاملين في مجال العمل القانوني والقضائي إلى هذا الموضوع المهم وضرورة أعطاه قدر عالي من اهتمامهم في دراساتهم وابحاثهم .

منهجية البحث

ان الأسلوب الذي نراه مناسباً لهذه الدراسة هو الأسلوب التحليلي والمقارن للقوانين العقابية والفقه والقضاء للوصول إلى تأصيل علمي لموضوع البحث من خلال ابراز دور القرابة وتأثر المشرع الجنائي بها وهو يضع التشريعات الجنائية

هيكلية البحث

نظراً لأهمية القرابة ولدورها الواضح في إباحة الفعل أو تجريمه ، وعندما يعترف لها المشرع الجنائي بنصوص تشريعية صريحة بهذا الدور ، ومن اجل الإحاطة بالموضوع فقد ارتأينا تقسيمه إلى ثلاث مباحث ، تناول في الأول : التعريف بالقرابة ، وتناول في الثاني ، اثر القرابة في إباحة الفعل المجرم ، ونترك الثالث لنتناول فيه اثر القرابة في تجريم الفعل المباح .

ومن الله التوفيق

المبحث الأول

التعريف بالقرابة

سنتناول في هذا المبحث التعريف في القرابة من خلال تعريفها وبيان انواعها ، حيث سنقسمه إلى مطلبين ، نتناول في الأول تعريف القرابة ونترك الثاني لبيان انواعها

المطلب الأول

تعريف القرابة

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين ، حيث سنتناول في الأول تعريف القرابة لغة ، ونتناول في الثاني تعريف القرابة اصطلاحاً .

الفرع الأول

القرابة لغة

القرابة مأخوذة من مادة قرب ، والقُربُ نقيض البعد ، يقال قرب الشيء ، يَقرُبُ ، قُرْباً وقُرباناً وقِرباناً أي دَنا فهو قرِيب ، وقَرب الشيء منه ادناه ، والتقارُبُ ضِدَّ التَّباعد ، وقِراب الشيء وقُرابُه وقُرابَته ما قاربَ قَدْرَه ، واقترب الوعد قَرُب .

والقرابَة والقُرْبَى ، الدُّنُوَّ في النَّسب ، والقُربَى في الرَّحِم وهي في الاصل مصدر وفي التنزيل العزيز { وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَى } [١]

والقَريبُ والقَريبة ذو القَرابة والجمع مِن النساءِ قرائبُ ومِن الرجال أَقارِبُ ولو قيل قُربَى لجاز أيضاً.

وأَقارِبُ الرجل عَشِيرَتُه الأَدْنَوْنَ وفي التنزيل العزيز {وَأَنذِرْ عَشِيرَتَكَ الْأَقْرَبِينَ} [٢] ، ذوُ القربى ، الأهل الذين بينهم صلة رحم وتقول : بيني وبينه قرابة، وقُرْب ، وقُرْبى ، ومَقرَبة ومَقرُبة وقُرْبَة وقُرُبَة وهو قَريبي وذو قَرابَتي وهم أَقرِبائي وأَقارِبي والعامة تقول : هو قَرابَتي وهم قَراباتي .

ويقال فلانُ ذو قَرابتي وذو قَرابةٍ مِني وذو مَقْرَبة وذو قُرْبَى مني ، قال تعالى : {يَتِيماً ذَا مَقْرَبَةٍ } [٣]، والتَّقَرُّبُ : التَّدَنِّي إلى شيءٍ والتَّوَصُّلُ إلى إنسان بقُرْبةٍ أو بحقٍّ [٤] .

الفرع الثاني
القرابة اصطلاحاً

المشرع في العادة يتجنب وضع التعاريف تاركاً الأمر إلى اجتهادات شراح القانون ، لذلك فالمشرع المدني العراقي لم يعرف القرابة مكتفياً بذكر انواعها فقط[٥] ، لذلك عرفها البعض بانها الرابطة التي تربط بين شخص واخر سواء كانت هذه الرابطة رابطة نسب أو رابطة مصاهرة [٦] ، وعرفها آخر بانها صلة الشخص بأسرة معينة[٧] ، وعرفها ثالث بانها المقصود فيها هو تحديد مركز الشخص في اسرة معينة باعتباره عضواً فيها تربطه بباقي اعضائها قرابة نسب أو قرابة مصاهرة [٨] ، وشراح القانون المدني يطلقون على القرابة مصطلح الحالة العائلية أو الحالة المدنية للشخص الطبيعي [٩] ، وهي واحدة من مميزات الشخصية الطبيعية [١٠] ، قاصدين فيها تحديد مركز الشخص في اسرة معينة واسرة الشخص هي مجموعة الأشخاص الذين تربطه بهم رابطة القرابة حيث تقول المادة ٣٨ من القانون المدني العراقي في هذا المعنى (اسرة الشخص تتكون من ذوي قرباه ويعتبر من ذوي القربى من يجمعهم اصل مشترك) [١١] ، والاسرة هنا يراد بها معناها الواسع فهي تشمل الزوجين والاولاد والآباء والأخوة والأعمام والأخوال وأبنائهم حيث يرتبط الجميع باصل واحد مشترك هو الأب أو الأم وان علا ، لذلك نصت المادة ٣٨ مدني على ان (... ويعتبر من ذوي القربى من يجمعهم اصل مشترك) [١٢] ، وان كان قانون الرعاية الاجتماعية في المادة (٩) منه ينص على : (يقصد بالأسرة لأغراض هذا القانون الزوج أو الزوجة أو كلاهما والأولاد ان وجدوا أو الأولاد لوحدهم ولا يعتد بمحل سكن أفرادها) [١٣] ، لذلك يمكن تعريف القرابة بأنها صلة أو رابطة تربط الشخص باسرة معينة ينتمي إليها، وتأتي أما من طريق النسب أو من طريق المصاهرة ، وبذلك فهي على نوعين : قرابة نسب وقرابة مصاهرة .

المطلب الثاني
أنواع القرابة

ان معرفة أنواع القرابة يستوجب الرجوع إلى القانون المدني حيث ان المادة ٣٩ منه قد بينت بفقرتيها الأولى والثانية أنواع القرابة ، وقد قسمتها إلى نوعين احدهما قرابة نسب والثانية قرابة مصاهرة ، حيث ان سبب كل نوع منهما يختلف عن سبب النوع الآخر ، وهذا ما سنوضحه تباعاً ومن خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين حيث سنخصص فرعاً مستقلاً لكل منهما :

الفرع الأول
قرابة النسب

هذه القرابة اساسها الدم ، فهي تقوم بين افراد تربطهم رابطة الدم [١٤] وهي التي تقصد من لفظ القرابة إذا اطلق ، فقريب الشخص هو الذي يشترك معه في اصل واحد ذكراً كان أم أنثى [١٥] ، لذلك تسمى أيضاً بقرابة الدم لان اساسها وحدة الدم المشترك ، أي انها تقوم على اساس اشتراك الأشخاص في اصل واحد [١٦]، وبذلك يقصد بها الصلة القائمة بين الأشخاص بناء على دم مشترك ولاشتراكهم في اصل واحد [١٧] ، وهي تقسم إلى قسمين : قرابة مباشرة وتسمى أيضا بقرابة الخط المستقيم ، وقرابة غير مباشرة أو قرابة حواشي وتسمى أيضاً قرابة الخط المنحرف [١٨] .

أولاً : القرابة المباشرة

هي التي تربط اشخاصاً بتسلسل احدهم عن الآخر [١٩] ، فهي قرابة الولادة المنحصرة في عمود النسب [٢٠] ، أو هي قرابة الاصول والفروع ، والاصل هو من نزل منه الشخص كالأب واصوله ، والفرع هو كل من ينحدر من الشخص كالابن وفروعه [٢١] ، وهذه القرابة تربط الشخص باصوله وان علوا وبفروعه وان نزلوا [٢٢] ، ويستوي في ذلك ان يكون التفرع عن طريق الذكور أو عن طريق الإناث [٢٣] ، فالأب وأبو الأب وان علا وأم الأب وان علت ، والأم وأبو الأم وان علا وأم الأم وان علت والابن وابن الابن وان نزل كل من هؤلاء قريب مباشر للآخر[٢٤].

وفي حساب درجة القرابة المباشرة نصت المادة ٣٩ ف٢ من القانون المدني العراقي على ان (يراعي في حساب درجة القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للاصل بخروج هذا الاصل) ، ومقتضى هذا ان يحسب كل فرع درجة ولا يحسب الاصل [٢٥] ، فالابن في قرابته للأب يعتبر في الدرجة الأولى لاننا أمام فرع واحد نحسبه ولا نحسب الأب لأنه الاصل ، وابن الابن يعتبر في الدرجة الثانية لاننا إذا صعدنا من الفرع لاصله وجدنا أولاً ابن الابن وهو فرع فيحسب درجة ثم الابن وهو فرع فيحسب درجة أيضاً ، ثم الجد وهو الاصل فلا يحسب وبذلك يجتمع لدينا درجتان فيكون ابن الابن في الدرجة الثانية لان بين الابن وابيه درجة وبين الأب والجد درجة فيكون المجموع درجتين[٢٦] ، وان معرفة درجة القرابة أمراً مهماً لان القانون قد يرتب عليها أثراً قانونياً معيناً[٢٧] .

ثانياً : قرابة الحواشي

هذه القرابة تكون خارجة عن عمود النسب فلا يتسلسل فيها احد القريبين من الآخر وان كانا يشتركان في اصل واحد [٢٨] ، فهي الرابطة ما بين اشخاص يجمعهم اصل مشترك دون ان يكون

احدهم فرعاً للاخر [٢٩] ، كالقرابة بين الأخ وأخته أو الشخص وخاله أو عمه[٣٠]، وتعرف أيضاً بالقرابة غير المباشرة [٣١] ، وبموجب هذه القرابة فان القريب لا ينحدر من الآخر ولكن يجمعهما اصل مشترك واحد .

أما بالنسبة إلى احتساب درجة قرابة الحواشي فقد نصت المادة ٣٩ ف/٢ من القانون المدني العراقي على انه عند حسابها (تعد الدرجات صعوداً من الفرع للاصل المشترك ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر وكل فرع يعتبر درجة دون ان يحسب الاصل المشترك) ، ومقتضى هذا ان يحسب كل فرع من الناحيتين درجة ولا يحسب الاصل فالأخ في الدرجة الثانية لأنه فرع من ناحية فيحسب درجة وأخوه فرع في الناحية الثانية فيحسب درجة كذلك والأب لا يحسب لأنه الاصل[٣٢]

الفرع الثاني

قرابة المصاهرة

هذه القرابة يكون أساسها الزواج [٣٣] ، والزواج ينشأ عنه نوعان من القرابة احدهما قرابة زوجية وهي الصلة التي تجمع بين الشخص وزوجه [٣٤] ، وهذه القرابة ترتب حقوق وواجبات على كل من الزوجين كالنفقة والإرث والطاعة ...الخ [٣٥] .

أما القرابة الأخرى فهي قرابة مصاهرة بالمعنى الدقيق وهي الصلة التي تجمع بين احد الزوجين واقارب الزوج الآخر ، وقد نصت المادة ٣٩ ف/٣ من القانون المدني العراقي على ان اقارب احد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة للزوج الآخر[٣٦] وبموجب هذه القرابة فان كل زوج يدخل بالزواج في اسرة الزوج الآخر ويحتل نفس مكانة ، ويصبح قريباً بنفس الدرجة لكل اقارب الزوج الآخر [٣٧] ، فأخ الزوجة مثلاً يعتبر قريباً للزوج – عن طريق المصاهرة – قرابة حواشي من الدرجة الثانية [٣٨] ، أما والدها فيعتبر قريباً له – عن طريق المصاهرة – قرابة مباشرة من الدرجة الأولى .

وأما اقارب الزوجين فلا يعتبرون اقارب لأقرباء الزوج الآخر ، فلا تقوم قرابة مصاهرة مثلاً بين أخ الزوج وأخ الزوجة ما لم تكن بينهما قرابة أخرى [٣٩] وفي حساب درجة هذه القرابة تكون العبرة بدرجة قرابة النسب بين احد الزوجين واقاربه [٤٠] .

المبحث الثاني

اثر القرابة في إباحة الفعل المجرم

إن المشرع الجنائي قد تأثر بالروابط الأسرية أو العائلية عند تقريره لأسباب الإباحة ، حيث جعل من توافر صفة الزوج أو الأب في الفاعل عندما يمارس أفعال التأديب على زوجته أو أولاده

القصر احد تطبيقات استعمال الحق وذلك في المادة ٤١ف/١ عقوبات ، شرط توافر الشروط الأخرى لحق التأديب ، وحيث ان موضوع البحث يدور حول إباحة فعل هو بالأصل فعل مجرم ، لذلك فان طبيعة الدراسة تقتضي ان نتعرض إلى التعريف بأسباب الإباحة مع بيان الشروط العامة لاستعمال الحق كون حق التأديب هو احد تطبيقات استعمال الحق وهذا ما سنتناول في المطلب الأول ، ونتناول في الثاني شروط مباشرة أفعال حق التأديب وكما يلي :

المطلب الأول

التعريف بأسباب الإباحة وبيان الشروط العامة لاستعمال الحق

سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين ، نتناول في الأول التعريف بأسباب الإباحة ، ونتناول في الثاني بيان الشروط العامة لاستعمال الحق .

الفرع الأول

التعريف بأسباب الإباحة

إن القول برفع الصفة غير المشروعة عن الفعل في إطار القانون الجنائي يعني جعل الفعل مباحاً ، وأسباب الإباحة تفترض خضوع الفعل لنص يجرمه ويكسبه الصفة غير المشروعة ، ثم يأتي الدور القانوني لسبب الإباحة ليخرج الفعل من نطاق التجريم ويعيده إلى أصله من المشروعية [٤١] وهذه المشروعية ، تعرف بالمشروعية الاستثنائية تميزاً لها عن المشروعية العادية التي ترجع إلى عدم العقاب أصلاً على الفعل [٤٢] لعدم اصطدام الفعل بأحد نصوص التجريم والعقاب في قانون العقوبات [٤٣] ، وعدم المشروعية صفة تلحق بالفعل الذي يعتدي على مصلحة محمية قانوناً ، بينما الإباحة صفة تلحق الفعل الذي يعتدي على المصلحة المحمية ويعتبر في نفس الوقت دفاعاً عن مصلحة أجدر بالرعاية ، فالسلوك الإنساني قد يكون غير مشروع ومشروع بوقت واحد ، غير مشروع بالنسبة للمصلحة المحمية التي وقع الاعتداء عليها ومشروع بالنسبة إلى المصلحة الأكثر أهمية في نظر المجتمع[٤٤].

وأسباب الإباحة في القانون هي حالات انتفاء الركن الشرعي للجريمة بناءاً على قيود ترد على نص التجريم تستبعد منه بعض الأفعال ، وهذه القيود التي ترد على نصوص التجريم تمنع من تطبيق تلك النصوص في ظروف معينة [٤٥] ، أو هي تلك الأسباب التي إذا عرضت لسلوك خاضع لنص يجرمه أخرجت هذا السلوك من نطاق التجريم بإزالة الصفة غير المشروعة عنه وأعادته إلى سلوك مشروع غير مجرم ولا عقاب عليه ، بحيث ان عدم وجود هذه الأسباب تجعل من الفعل جريمة معاقب عليها ، فهي تهدم الركن الشرعي للجريمة حيث ان الفعل هو مجرم ويخضع لنص يجرمه ولكن الدور القانوني لأسباب الإباحة يخرج الفعل من نطاق التجريم ويخلع الصفة غير المشروعة عنه ويرده إلى

أصله من المشروعية فنصوص التجريم ليست مطلقة فثمة قيود تحد من نطاقها فتخرج أفعالاً كانت داخلة في نطاق التجريم وهذه القيود هي أسباب الإباحة والتي يشكل انتفاءها العنصر الثاني من عناصر الركن الشرعي للجريمة ، ولكي يتصف سلوك ما انه جريمة يجب ان يخضع لنص يجرمه ويحدد له عقوبة، شرط ان يكون هذا النص سارياً من حيث زمان الجريمة ومكانها وشخص مرتكبها وان لا يخضع لسبب من أسباب الإباحة [٤٦] .

وان العلة من التجريم هي من اجل حماية حق أو مصلحة يراها الشارع جديرة بالحماية [٤٧] ، والفعل يكون مباحاً عندما لا ينال بالاعتداء حقاً أو مصلحة ما فإذا انتفت علة التجريم أصبح الفعل مباحاً وعلة التجريم تنتفي في حالتين :

١. حالة مباشرة : وتتحقق عندما يكون الفعل الذي كان يهدد حقاً لم يعد في ظروف معينة منتجاً لهذا الاعتداء[٤٨] ، ففعل الجرح فعل مجرم لأنه يشكل اعتداء على الحق في سلامة الجسم ولكنه يكون مباحاً إذا تمت ممارسته بالاستناد إلى الأعمال الطبية أو الجراحية لأنه لم يعد يمس بسلامة الجسد بل أصبح يصونها، وبذلك ينتفي الاعتداء على الحق وتزول علة التجريم وهذا ما يعرف بمبدأ انتفاء الحق أو انتفاء علة التجريم[٤٩] .
٢. حالة غير مباشرة : وتسمى بمبدأ (رجحان الحق) وهذه الحالة تتحقق عندما يبقى الفعل منتجاً للاعتداء ولكنه بذات الوقت يصون حقاً أجدر بالحماية [٥٠] فالقانون يجرم فعل القتل صيانة لحق المجني عليه في الحياة ولكنه يبيح الفعل عندما يقع دفاعاً عن النفس أو العرض أو المال ، فهنا حق المعتدى عليه في نظر المجتمع أجدر بالرعاية والحماية من حق المعتدي الذي باعتدائه أهدر حقه ، فقتل المعتدي في حالة الدفاع الشرعي ينتج اعتداء على حق المعتدي في الحياة ولكن يصون حق المعتدى عليه في الحياة ، والحق الثاني أهم وأرجح عند المجتمع من الحق الأول فتزول علة التجريم ويتعين إباحته .

وأسباب الإباحة واردة على سبيل الحصر حسب الرأي السائد في الفقه والقضاء [٥١] وبالتالي لا يجوز للقاضي ان يقضي بإباحة فعل بناء على سبب آخر غير منصوص عليه قانوناً وان جاز له اللجوء إلى التفسير الواسع أو للقياس أو للعرف المتفق مع القانون [٥٢] والمشرع العراقي حددها بثلاثة أسباب هي [٥٣] : أداء الواجب – استعمال الحق – الدفاع الشرعي ، وان طبيعة أسباب الإباحة طبيعة موضوعية[٥٤] تتعلق بالفعل نفسه بغض النظر عن شخص الفاعل وانها تنتج أثرها بمجرد توافرها بشروطها وقيودها وسواء علم مرتكب الفعل بها أو لم يعلم .

وان أثرها يمتد إلى كل من ساهم في الجريمة فاعلاً أم شريكاً ، ولكن ما ينبغي ملاحظته هو يجب التمييز بين نوعين من أسباب الإباحة ، أسباب إباحة مطلقة وأسباب إباحة نسبية والنوع الأول يستفيد منه كل شخص ، أما الثاني فلا يستفيد منه الا شخص يحتل مركزاً معيناً أو يحمل صفة معينة [٥٥] .

وأسباب الإباحة تنفي المسؤولية الجنائية والمدنية وهي بذلك تختلف عن موانع المسؤولية وموانع العقاب [٥٦] لان اثر الإباحة يتمثل باخراج الفعل من نطاق التجريم فيصبح فعلاً مشروعاً وينفي الركن الشرعي للجريمة ، والفعل الخاضع لسبب إباحة هو فعل مشروع شأنه شأن الفعل الذي لم يخضع للتجريم ابتدأ من حيث الأثر [٥٧] .

ولكل سبب إباحة شروط معينة حددها المشرع وينبغي توافرها لكي ينتج اثره ، وإذا ما تخلف واحد منها يترتب عليه انتفاء سبب الإباحة ذاته ويبقى الفعل خاضع لنص التجريم [٥٨] ويحقق قيام المسؤولية الجنائية عنه وسواء كانت عمدية أو غير عمدية ، وإذا كان الجاني متعمداً الخروج على الحدود والشروط المقررة قانوناً لسبب الإباحة فانه يسأل عن فعله مسؤولية عمدية وإذا كان خروجه نتيجة خطأ غير عمدي سئل عن فعله مسؤولية غير عمدية، فالأب يسأل عن قتل عمدي إذا ضرب ابنه بقصد قتله ويسأل عن قتل خطأ إذا لم يقصد من الضرب سوى التأديب ولكنه تجاوز شروط التأديب عن رعونة أو اهمال فأصاب ابنه في مقتل[٥٩] أما إذا كان التجاوز نتيجة حادث فجائي أو اكراه معنوي فان الفاعل لا يكون مسؤولاً[٦٠] .

والمشرع العراقي تأثر بالروابط العائلية والأسرية تأثراً واضحاً حيث جعل من هذه الروابط التي تنشأ عن وجود صلة قرابة بين افراد الأسرة وجعل منها سبباً لاباحة بعض الأفعال التي هي في الاصل كانت مجرمة ، وذلك عندما نظم أسباب الإباحة حيث اعتبر أفعال التأديب وضمن الشروط المقررة لها كأحد تطبيقات استعمال الحق أفعالاً مباحة ، إذا ما صدر عن شخص يحمل صفة معينة تتمثل بكونه زوجاً أو أباً للشخص الخاضع للتأديب في حين ان مباشرة هذه الأفعال من قبل شخص آخر لا يحمل هذه الصفة ولا تتوافر فيه صلة القربى جريمة معاقب عليها .

ولكن دور القرابة في رفع الصفة غير المشروعة عن الفعل غير مطلق وإنما يجب ان يمارس استعمال الحق ضمن الشروط المقررة له ، ولكن عندما يتخلف واحد من هذه الشروط يعود الفعل مجرماً وان كانت صلة القرابة موجودة، وبعبارة أخرى ان القرابة لا يكون لها دور في جعل الفعل مباحاً الا إذا توافرت الشروط الأخرى اللازمة لاباحة الفعل والتي من بينها بل وأهمها صلة القرابة حيث تعد القرابة هنا العامل الرئيسي في تقرير هذه الإباحة رعاية لمصلحة جديرة بالرعاية في نظر

القانون وهذه المصلحة ترتبط ارتباطاً مباشراً بتوافر هذه القرابة وافضل مثال على ذلك هو حق التأديب للزوج على زوجته وللأب على أولاده ، فهذا الحق مقرر رعاية لمصلحة الأسرة والتي يكون الزوج أو الأب رئيساً لها .

فمصلحة الأسرة جديرة في الحماية في نظر القانون والقانون يحميها ويهدر مصلحة أخرى بالقياس إلى هذه المصلحة تكون مصلحة الأسرة اولى بالرعاية منها ، فالقانون يجرم أي اعتداء على جسم الإنسان رعاية لحق الإنسان في سلامة جسده ولكنه يبيح الضرب الخفيف إذا كان بقصد التأديب رعاية لمصلحة الأسرة والعائلة ، لذلك يضحى بها من اجل مصلحة الأسرة ويرجح مصلحة الأسرة على مصلحة الشخص في حماية جسده ، وهذه المصلحة ان تحققت فان المعني بها كل افراد الأسرة وعلى رأسهم رب الأسرة وهو بالغالب أما الزوج أو الأب ومن خلال ذلك يتضح بأن المصلحة الجديرة بالحماية في نظر القانون ترتبط ارتباطاً مباشراً بصلة القرابة التي يحملها الفاعل (زوجاً أو أباً) ومن مصلحة الأب أو الزوج ان يحافظ على أسرته وان يجعل منها اسرة قوية ومتينة ومحصنة من كل ما يسيء إليها .

وان ابرز مثال لاثر القرابة في محو الصفة الجرمية عن الفعل هو إباحة أفعال التأديب ، لذلك سوف نتناول بحث استعمال حق التأديب باعتباره مثلاً لهذا الأثر في المطلب الثاني من هذا المبحث .

الفرع الثاني
الشروط العامة لإباحة استعمال الحق

تمهيد

إن استعمال الحق هو احد أسباب الإباحة حيث ورد النص عليه في المادة ٤١ عقوبات، حيث ان القانون اقر لأشخاص معينين حقوقاً معينة واجاز لهم القيام ببعض الأفعال من اجل ممارسة حقوقهم تلك وقد خصهم بالذكر، ورتب نتيجة على ذلك تتمثل برفع الصفة غير المشروعة عن الفعل إذا وقع الفعل استعمالاً لتلك الحقوق وبالتالي فان الفعل لا يشكل فعلاً غير مشروع ، وان كان الفعل في الاصل جريمة إذا وقع من غيرهم كما هو الحال بالنسبة لتأديب الرجل لزوجته وأولاده وقيام الطبيب باجراء عملية جراحية .

والمشرع عندما نص على اعتبار استعمال الحق سبباً للاباحة في المادة ٤١ عقوبات فانه فاضل بين مصالح متعارضة ، والقانون عندما يبيح فعلاً ما هو في الاصل مجرم انما يعطي افضلية للمصالح التي من اجلها منح هذا الحق .

وان علة اعتبار استعمال الحق سبباً للاباحة تتمثل بأن الشارع إذا قرر حقاً ما فهذا يقتضي إباحة الوسيلة إلى استعماله [٦١] أي إباحة الأفعال التي تستهدف الاستعمال المشروع للحق من اجل الحصول على مزايا الحق أو لمباشرة ما يخوله من سلطات ، بالإضافة إلى تحقيق الاتساق بين قواعد القانون ، إذ لا يمكن ان يقرر القانون حقاً ما ثم يعاقب على الأفعال التي يستعمل بها والا تجرد الحق من كل قيمة [٦٢] واستعمال الحق كسبب للاباحة لا يحتاج إلى النص عليه صراحة لان استخلاصه يكون ثمرة الاتساق بين قواعد القانون وان لم ينص عليه القانون صراحة فهذا لا يحول دون الاعتراف به .

وان اغلب القوانين الجنائية العربية اخذت باستعمال الحق كسبب من أسباب الإباحة ونصت عليه صراحة[٦٣] ولكن ما يلاحظ على هذه التشريعات انها لم تترك هذه الحقوق مطلقة بل قيدتها ببعض القيود القانونية العامة بجانب القيود التي يتطلبها طبيعة كل حق ، وعلى صاحب الحق الالتزام بهذه القيود لكي يكون فعله مباحاً ، والشروط العامة لاستعمال الحق تتطلب وجود الحق وثبوت ان الفعل وسيلة مشروعة لاستعماله [٦٤] .

قد يترتب على توافر صلة قرابة بين شخصين إباحة مباشرة أفعالاً معينة من احدهم قبل الآخر ، وقد يصل الأمر إلى استعمال الضرب ضد الخاضع للتأديب ، ومن اجل ان لا يساء استعمال هذا الحق ، فان المشرع قد قيده بشروط عدة بالإضافة إلى توافر صلة القربى ، ان توافرت هذه الشروط بالإضافة إلى صلة القرابة (زوجاً – أباً) كان الفعل مباحاً وهذه الشروط يمكن ردها إلى قسمين: الأول ويتضمن الشروط العامة لاستعمال الحق والمتعلقة بوجود الحق ، والثاني يتضمن الشروط العامة لاستعمال الحق والمتعلقة باستعمال الحق ، وهذا ما نبينه لاحقاً .

أولاً : الشروط العامة المتعلقة بوجود الحق

بموجب هذه الطائفة من الشروط المتعلقة بوجود الحق ، يحتاج صاحب الحق إلى إثبات انه له حقاً مؤكد يقره القانون أو يجيزه ويحميه ، لان استعمال أي حق من الحقوق يفترض أولاً وجوده من الناحية القانونية فإذا لم يكن موجوداً فلا محل للكلام عن استعماله كسبب من أسباب الإباحة وإذا ثبت الحق ولم يكن ثمة نزاع حوله فلا جناح على صاحبه إذا استعمله ولو كان فعل الاستعمال من حيث صورته منطبقاً على نص من قانون العقوبات أو في القوانين المكملة له [٦٥] .

والفقهاء اختلفوا في تعريف الحق وبيان مدلوله وتحديد ماهيته اختلافاً كبيراً فمنهم من اتجه إلى التركيز على شخص صاحب الحق وهذا الاتجاه يعرف بالمذهب الشخصي ، ومنهم من اهتم بمحل الحق وموضوعه وهذا الاتجاه يعرف بالمذهب الموضوعي في تعريف الحق ، والواقع ان هناك صعوبة في وضع تعريف جامع مانع للحق لتعدد الحقوق ولاختلاف طبيعتها ومضمونها ، وإذا كان لزاماً في هذه الدراسة وضع تعريف للحق فان التعريف الذي يعرف الحق بأنه مصلحة قانونية يعترف بها القانون ويحميها ، هو اقرب التعريفات إلى الحقيقة والواقع كونه يحتوي على عنصري الحق وهما المصلحة والحماية القانونية المقررة للحق [٦٦]، ومن خلال ذلك فان الحق في جوهره مصلحة [٦٧] وهذه المصلحة اعترف بها القانون فأسبغ عليها حمايته [٦٨] .

والحماية القانونية للحق تتحقق من خلال فرض مجموعة من الالتزامات على شخص معين أو على الناس كافة موضوعها احترام هذه المصلحة وتمكين صاحبها من الحصول على المزايا أو مباشرة السلطات التي تنطوي عليها [٦٩] .

والمصلحة هي مجموعة من المزايا أو هي مركز واقعي يعطي من يحتله وصفاً متميزاً عن سواه من الناس، فان اضيفت إليها الحماية القانونية تحول المركز الواقعي إلى مركز قانوني وتجمع له عنصرا الحق (المصلحة – الحماية القانونية) .

ولا يشترط بالمصلحة ان تكون مقررة لمن يستفيد من الإباحة فقد تكون مقررة لشخص آخر غيره وقد تكون مقررة للمجتمع كما هو الحال بالنسبة لحق التأديب فهو ليس مصلحة لمن يباشره بل هو مصلحة للاسرة والمجتمع [٧٠] ، ومصدر الحق لا يقتصر على القانون الوضعي بل قد يكون الحق مقرراً في الشريعة الإسلامية في الحدود التي تكون الشريعة الغراء جزءاً من النظام القانوني العام وعلى ان لا يكون هناك تعارض بين نص تشريعي والشريعة أو العرف حسب الرأي الغالب في الفقه [٧١] .

فالمقصود بالقانون اية قاعدة قانونية سواء أكانت مكتوبة كالتشريع أو الشريعة الإسلامية أو غير مكتوبة كالعرف والمبادئ القانونية العامة ، شرط ان تكون القاعدة القانونية التي تقر الحق أو تقره من القواعد التي تنتمي إلى النظام القانوني النافذ في الدولة دون سواه[٧٢].

ولكي يعتبر الحق موجوداً ينبغي التأكد من اعتراف القانون بالمصلحة واسباغ حمايته عليها ، وكلمة (القانون) ينبغي ان تفسر تفسيراً واسعاً ، ولا يقتصر على التشريع المكتوب ويكون التصرف مشروعاً طالما اجازته القوانين أين كانت طبيعتها أو سمح به العرف الاجتماعي [٧٣] بحيث تشمل كل قاعدة تنظيمية تقرر حقاً كأن يكون مصدر الحق مرسوم جمهوري أو قرار رئيس الوزراء مادام هذا

القرار قد صدر ممن يملك اصداره قانوناً ، فالحق قد يكون مقرراً بالقانون مباشرة وقد يكون مقرراً بناءاً على قانون ، ومن خلال تعريف الحق يتضح لنا بأن للحق ثلاثة عناصر وهي صاحب الحق ومحل الحق والحماية القانونية [٧٤] وسوف نوضحها تباعاً :

١. صاحب الحق

صاحب الحق هو الذي خصه المشرع بهذه المكنة تحقيقاً لمصلحة فردية أو عامة ، فالاصل ان الاحتجاج بالحق يكون لصاحبه وهو الذي يخوله اتيان الأفعال التي يستعمله بها ويقرر له سبب إباحة [٧٥] مثل حق تأديب الزوج لزوجته ، فصاحب الحق هو الزوج والذي منحه المشرع مكنة التأديب تحقيقاً لمصلحة الأسرة والمجتمع [٧٦] ، وان صاحب الحق هو صاحب المصلحة الذي خصه القانون بهذا الاستعمال سواء توفرت فيه صفة معينة أو احتل مركزاً معيناً ، أو هو صاحب المصلحة التي اعترف القانون واسبغ عليها حمايته فنشأ الحق بها ، وقد يحدده القانون صراحة فان لم يحدده فان تعينه لا يثير صعوبة [٧٧] .

والقانون قد يعترف بالحق لكل شخص من الأشخاص مثل القبض على المتلبس بالجريمة حق يخوله القانون لكل شخص ، وقد يشترط القانون لاستعمال الحق توافر صفة معينة فيمن يستعمله صفة معينة كحق التأديب حيث لا يباح التأديب الا للزوج أو للأب [٧٨] .

والقانون عندما يقرر الحق لشخص معين لا يقبل من غيره ولكنه قد يرخص لصاحب الحق ان ينقله إلى غيره وعندئذ يكون للغير الاحتجاج به [٧٩] ، فحق تأديب الزوجة يقرره القانون للزوج فقط ولا يجوز لغيره الاحتجاج به ، كما لا يجوز للزوج ان ينقله إلى غيره [٨٠]، على العكس من حق تأديب الصغير حيث يخول القانون للأب ان ينقله إلى من عهد إليه برقابة الصغير ، كون الرقابة والتأديب متلازمان ، وبذلك فان ممارسة الحق يجب ان تكون ممن يملك هذا الحق سواء كان هو صاحب الحق الاصيل أو كان نائباً عنه في الحدود التي يجيزها القانون[٨١] .

٢. محل الحق

ان محل الحق يعني التصرف أو الشيء الذي يرد عليه الحق ، فالحقوق وجدت للاستفادة منها من خلال تحقيق المصالح التي يسعى صاحب الحق للحصول عليها ، وهذه المصالح لا يمكن الحصول عليها الا بالممارسة المعبر عنها بالتصرف ، فمالك الشيء يهدف من تملكه للشيء أو المال الاستفادة

منه من خلال استغلاله أو استعماله أو التصرف به ، فيمنحه القانون هذه المكنة من اجل تحقيق هذه الغاية .

ولكن القانون عندما يمنح صاحب الحق سلطة القيام بالاعمال اللازمة للحصول على حقه ، فهذا لا يعني ان حقه مطلق بل هو مقيد بحدود القانون [٨٢] .

٣. الحماية القانونية

الحماية القانونية هي الوسيلة التي يضعها المشرع بيد صاحب الحق ليكفل بها استعمالاً هادئاً لحقه ، فلا يكفي اعتراف القانون بالحق إذا كان بالامكان اغتصابه أو الاعتداء عليه من قبل الغير ، بل لابد من حمايته بالكيفية التي تمكن صاحب الحق من الوصول إلى حقه ، واهم وسائل الحماية هي الدعوى القضائية[٨٣]، وان الغاية التي يريد ان يحققها القانون من خلال الحماية هي تحقيق المصالح التي يقدر انها جديرة بالحماية ، ولكن عندما تكون المصالح غير مشروعة فلا سبيل لحمايتها ، ومن خلال ما تقدم نستنتج ان وجود المصلحة وحدها وان كانت المصلحة مشروعة لا يكفي لمباشرة الحق ما لم يتدخل القانون وبالطرق القانونية ويحمي هذه المصلحة ليحقق انتصار الحق ، وبناءاً على ما تقدم نخلص إلى ان التأكد من وجود الحق يقتضي التأكد من اعتراف الشارع بالمصلحة القانونية وحمايته لها ، وبدون هذا الاعتراف تظل المصلحة عاجزة عن ان تكون سبباً للاباحة وبالتالي لا يقوم الحق قانوناً[٨٤].

والقانون لا يهدر مصلحة في ذاتها ولو قدر انها تافهة ، فالاصل هو اعتراف القانون وحمايته لجميع المصالح طالما كانت مشروعة ، ولكن المصالح قد تتعارض فيما بينها بحيث لا يكون متصوراً الابقاء على بعضها الا باهدار البعض الآخر ، وعند ذلك يتدخل القانون للتنسيق بين هذه المصالح المتعارضة فيحدد ما هو جدير منها بالترجيح ويبين الحدود التي يتعين فيها هذا الترجيح ، وبناء على ذلك فان عدم اعتراف القانون بالمصلحة يتخذ صورة جزئية مؤقتة لأنه ينحصر في الحدود التي ترجح عليها فيها مصلحة أخرى ، أما إذا كانت المصلحة في ذاتها غير مشروعة فلا مجال لاعتراف القانون بها ، وهذا يعني ان القانون ينكرها في ذاتها [٨٥] .

ففكرة الترجيح تكون بين المصالح المتنازعة والمتعارضة والتي تكون مصالح مشروعة في ذاتها ، وبالتالي لا مجال للقول بوجود تنازع بين مصلحة مشروعة ومصلحة أخرى غير مشروعة لان المصالح غير المشروعة لا وجود لها بالقانون .

والفقه والقضاء مستقران على ان الحماية القانونية للمصلحة قد لا يكون التشريع مصدرها فقد يكون العرف وقد تستخلص من مجموع النصوص التشريعية أو من روح التشريع ومبادئه العامة غير المكتوبة [٨٦] .

ثانياً : الشروط العامة المتعلقة باستعمال الحق

هذا الشرط يقوم على عنصرين : الأول مباشرة الحق والافعال اللازمة له ممن يملكه، والثاني اثبات إن الأفعال اللازمة لممارسة الحق بالقدر اللازم والضروري له .

١. مباشرة الحق ممن يملكه

ان الاحتجاج بالحق يكون لصاحبه ، فهو الذي يخول اتيان الأفعال التي يستعمله بها ويقرر له سبب إباحة حين يأتي هذه الأفعال [٨٧] ، فصاحب الحق هو صاحب المصلحة الذي خصه القانون بهذا الاستعمال [٨٨] والحق قد يخول لكل شخص مثل الحق في القبض على المتلبس بالجريمة فكل فرد له ان يأتي من هذه الأفعال استعمالاً لهذا الحق .

وقد يخول الحق لشخص معين يحدد بصفته كصفة الزوج أو المعلم أو الولي في التأديب أو صفة الطبيب في ممارسة مهنة الطب والجراحة ، فلكل صاحب حق استعمال حقه بنفسه دون ان يكون له ان ينيب غيره في استعماله بحسب الأصل ، ولكن ما ينبغي الاشارة إليه هو ان هناك حالات تجوز الإنابة فيها بلا صعوبة مثل حق تأديب الصغار أو حق الدفاع ، وهناك حالات تجوز الإنابة فيها بقيود وحدود فلا يتصور الإنابة من الطبيب لشخص عادي لممارسة عملية جراحية لكن تجوز الإنابة من طبيب زميل له وفي نفس خبرته وتخصصه ، وحالات لا تجوز الإنابة فيها ولا تتصور على الاطلاق مثل تأديب الزوج لزوجته فلا تتصور الإنابة من الزوج لشخص آخر لتأديب زوجته [٨٩] ، فالقانون عندما يقرر حق لشخص معين فلا يقبل من غيره ، ما لم يرخص لصاحب الحق ان ينقله إلى غيره ، وعندئذ يجوز للغير الاحتجاج به [٩٠] .

٢. كون الفعل وسيلة لازمة وملائمة لاستعمال الحق

وهذا الشرط يعني ان الفعل وسيلة ضرورية لاستعمال الحق أي الا يكون في وسع صاحب الحق ان يستعمل حقه عن طريق فعل آخر وهذا الشرط يبرره ان الفعل الذي يدور البحث في إباحته هو في الأصل غير مشروع وهو يصفته هذه يمس مصلحة أو حقاً جديراً بالرعاية ولا مجال لاغفال هذا

المساس الا إذا لم يكن بالامكان استعمال الحق بفعل آخر غيره ليس من شأنه هذا المساس أما إذا كان بالامكان استعمال الحق بفعل ليس فيه مساس بمصلحة أو حق فلا مبرر لاباحة الفعل الذي يجرمه القانون أصلا ، وهذا الأمر يجري تقديره وفقاً للظروف التي يراد استعمال الحق فيها [٩١] .

ولكن عندما يجد الفاعل ان الوسيلة المشروعة غير كافية فله ان يلجأ إلى الوسيلة غير المشروعة استثناءاً[٩٢] لذلك يتعين على الزوج الا يلجأ إلى ضرب زوجته تأديباً الا إذا تأكد من ان الوسائل المشروعة الأخرى كالوعظ والهجر في المضجع غير مجدية [٩٣] .

بالإضافة إلى ذلك يجب ان يكون الفعل وسيلة ملائمة لاستعمال الحق ، والمقصود بالملائمة هو ان يكون الفعل اقل الأفعال التي يتصور ان يستعمل الحق عن طريقها ضرراً وجسامة من جهة وان يكون هناك ثمة تناسب بين المزايا التي يحققها الفعل والضرر الذي يحتمل ان يترتب عليه [٩٤] .

فإذا كان في وسع الشخص ان يستعمل حقه عن طريق أفعال متنوعة ومتفاوتة في جسامتها وضررها فعليه اختيار اقلها جسامة وضرراً فان لجأ إلى غيره يكون فعله غير مباح، فإذا كان للأب ان يؤدب ابنه بالضرب ذو جسامة معينة فليس له تأديبه عن طريق ضرب اشد جسامة وان كان داخلاً في النطاق الذي يسمح به حق التأديب .

ومن جهة أخرى ان الملائمة تقتضي ان يكون هناك تناسب بين المزايا التي يريد صاحب الحق الحصول عليها بفعله والاضرار التي يحتمل ان تترتب عليه ، لان القانون عندما يقرر حقاً ما فهو يفترض استعماله على النحو الطبيعي المألوف ، وهذا يعني ان تكون المزايا والفوائد التي يحصل عليها صاحب الحق اكبر أو مساوية في الاقل للاضرار المترتبة على هذا الاستعمال [٩٥] .

وإذا كانت المصلحة التي يسعى إليها صاحب الحق تافهة أو غير ذي قيمة، فان الفعل في هذه الحالة يكون وسيلة غير ملائمة لاستعمال الحق لرجحان الضرر، وهذا يتحقق عندما تكون المصلحة تافهة ومع ذلك يسعى صاحبها إلى تحقيقها دون وضع أي اعتبار للاضرار المترتبة على هذا الاستعمال ، وكذلك إذا كانت المصلحة غير جدية ولكنه يتخذها ستاراً لتغطية نواياه السيئة والمتمثلة بالاضرار بالغير ، كمالك الحائط الذي يهدمه بقصد الحاق الضرر بجاره [٩٦] .

٣. حُسن النية

إن مدلول حُسن النية في القانون الجنائي هو انتفاء القصد الجنائي ، وذلك لان القصد هو اتجاه الإرادة إلى مخالفة القانون أي اتجاهها نحو الاعتداء على الحقوق التي يحميها القانون ، ومن تنتفي لديه هذه الإرادة ولم يكن يستهدف مخالفة القانون أو الاعتداء على الحق انتفت لديه (النية السيئة) وتوافر لديه (حُسن النية) [٩٧] .

ولكن ما ينبغي الاشارة إليه هو ان هذا المدلول لحسن النية لا يتصور توافره بهذا المعنى في مجال استعمال الحق كسبب للاباحة ، ويكون لحسن النية في استعمال الحق مدلولاً آخر يختلف عن المدلول المألوف لها في القانون الجنائي، وهو ان يستهدف صاحب الحق تحقيق المصلحة الاجتماعية التي شرع الحق من اجلها [٩٨] ، أي ان حُسن النية يتوافر في كل حالة يكون فيها ممارسة الحق من قبل صاحبه قد تم بهدف تحقيق نفس الغاية التي دفعت التنظيم القانوني إلى الاعتراف بهذا الحق وجعل الفعل مشروعاً وان لكل حق في القانون غاية يرى ان تحقيقها يوفر للمجتمع مصلحة تعلو على اعتبار الفعل المحقق لها جريمة[٩٩] بحيث ان الانحراف عن الغاية التي من اجلها قرر القانون الحق لصاحبه يعيد للفعل صفته غير المشروعة ولو كان يبغي صاحبه به تحقيق غاية أخرى غير مشينة (مرذولة) في ذاتها ، فهو سيء النية ولا يجوز له الاحتجاج لاباحة فعله بذلك الحق كون الفعل لم يكن مؤدياً لوظيفته الاجتماعية التي تحددها غاية الحق[١٠٠] وهذا أمراً منطقياً لان الحقوق جميعها غائية والقانون يقررها من اجل استهداف اغراض معينة ، وهو لا يعرف حقوقاً مجردة عن الغاية ، وأصحاب الحقوق بامكانهم مباشرة حقوقهم من دون ان يسألوا عن الهدف الذي يريدونه بها[١٠١] وان حُسن النية مسألة متعلقة بالوقائع وتتمتع محكمة الموضوع فيها بحرية تقدير واسعة تبعاً للظروف والملابسات التي تحيط بكل قضية على حدة [١٠٢] .

إن هذه الشروط المارة آنفاً يجب مراعاتها والالتزام بها بالإضافة إلى ضرورة الالتزام بالاجراءات القانونية التي يفرضها القانون عند استعمال الحق ، وان مخالفة أو اهمال هذه الإجراءات لا تمكن صاحب الحق من الاحتجاج بمشروعية استعماله لحقه [١٠٣] ، فعلى الزوج عند تأديب زوجته ان يبدأ بالوعظ ثم الهجر في المضجع ثم الضرب الخفيف ولا يجوز له اللجوء إلى الضرب مباشرة قبل ان يستنفذ وسيلتي التأديب (الوعظ – الهجر) {الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاء بِمَا فَضَّلَ اللّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللّهُ وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيّاً كَبِيراً } [١٠٤] .

المطلب الثاني

شروط مباشرة أفعال حق التأديب

ان الضرب فعل محرم على الكافة ولكن الشارع نجده يستثني من هذا الأصل ويبيح بعض أفعال التأديب لمن تتوافر فيه صفة خاصة كالزوج والأب والمعلم . فمن اجل إقامة حياة زوجية على أسس متينة وصحيحة يباح للزوج تأديب زوجته عند خروجها عن طاعته . وكذلك الحال بالنسبة لتربية

الصغار وتنشأتهم فانها تقتضي بأن يؤدبوا لذلك يباح للآباء وللمشرفين على تربية الصغار بأن يضربوا صغارهم بقصد تأديبهم وتعليمهم تحقيقاً لمصلحتهم ومصلحة المجتمع، والتأديب هو سلطة وحق منحه المشرع لمن تتوافر فيه صفة معينة [١٠٥] وهو حق مشروع دل عليه القرآن والسُنة والقانون [١٠٦] ، وان علة التأديب هي تقدير الشارع ان مصلحة الأسرة ومن ورائها مصلحة المجتمع تقتضي بأن يكون لبعض أفرادها سلطة على البعض الآخر وهذه السلطة تدعم بالحق في توقيع الجزاء على من يخرج عليها [١٠٧] وهذه المصلحة ترجح على مصلحة الخاضع للتأديب في سلامة جسمه ، لان المشرع يهمه المحافظة على كيان الأسرة والمحافظة عليها والمحافظة على البنيان الاجتماعي [١٠٨] .

وحيث ان الغاية من حق التأديب هي تهذيب من يخضع له وحمله على السلوك الذي يتفق مع مصلحة الأسرة ومصلحة المجتمع لذلك فان هذا الحق يباح استعماله ضمن شروط معينة والتي سوف نبينها في هذا المطلب من خلال تخصيص فرعاً مستقلاً لكل شرط من شروطه .

الفرع الأول

موجب التأديب

ان من له هذا الحق لا يستطيع مباشرته الا إذا تحقق موجبه ، وموجب التأديب يتمثل بالنسبة للزوجة بنشوزها ونشوز الزوجة يتحقق عندما يصدر منها سلوك ما يوصف بأنه معصية في أمر ينبغي عليها طاعة زوجها فيه ، كأن تخرج من الدار دون إذن زوجها ، أو مقابلتها لغير محرم [١٠٩] ، الا ان ليس كل عصيان للزوج يقوم به حق التأديب ، لأنه قد يأمرها بمعصية أو يأمرها بما لا سلطة له عليها فيه فعند ذلك لا يقوم بعصيانها له حق التأديب كأن يأمرها بأن تقدم الخمر لضيوفه .

فالنشوز الذي تستحق عنه الزوجة التأديب هو كل اخلال منها بواجب من واجباتها اتجاه الله تعالى أو اتجاه زوجها أو اتجاه الناس كافة [١١٠] .

ولا يجوز للزوج تأديب زوجته إذا كان الفعل الذي ارتكبته الزوجة فيه حد مقرر أو نص لان ليس من ضمن اختصاصه فعل ذلك بل عليه رفع الأمر إلى القضاء كجهة مختصة بالعقاب كما لو ارتكبت جريمة سرقة أو زنا أو قتل ...الخ أو ان يأمرها بتأجير رحمها للغير لقاء اجر معين ، لان المسائل المتعلقة بالاحوال الشخصية هي من النظام العام ويجب عدم مخالفتها ، كما ان جسم الإنسان واعضاءه يقع خارج نطاق التعامل المالي من جهة أخرى ، ولكن تأجير الزوجة أو اعارة رحمها للغير يعد معصية يباح للزوج تأديبها عنه ، كونه يفوت على الزوج حقه في اشغاله لرحم زوجته والانجاب منها .

والقضاء العراقي قيد مباشرة حق تأديب الزوجة بأن تكون الحياة الزوجية مستقرة بين الزوجين وان يسودها الاحترام المتبادل بينهما والا انعدم هذا الحق بانعدام الاحترام المتبادل بين الزوجين وتفكك الحياة الزوجية(١١١)

كما لا يجوز للزوج تأديب الزوجة عن استعمالها لحق من حقوقها كأن تخرج من المنزل إلى القضاء لطلب حقها من زوجها أو للمشاركة في استفتاء عام أو انتخاب ، وكذلك لا يجوز له تأديبها إذا اجبرها على ارتكاب معصية تجاه الله أو اتجاه الناس أو اتجاه نفسها .

وينبغي ان يقع النشوز فعلاً ولا يكفي مجرد الخوف أو الظن من وقوع الزوجة في العصية (١١٢) .

أما بالنسبة للاولاد القصر فان موجب التأديب بالنسبة لهم يتمثل بارتكاب الولد القاصر معصية لم يرد بشأنها نص مقرر ، كتركه الصلاة أو الصيام أو طلب العلم (١١٣) لان في حالة وجود نص مقرر بشأن تلك المعصية فان القضاء يصبح هو المختص بانزال العقاب على الجاني وعندئذ ليس للمؤدب مباشرة أفعال التأديب على القاصر سوى رفع الأمر إلى القضاء أم لا .

الفرع الثاني

وسائل التأديب

ان وسائل التأديب بالنسبة للزوجة قد بينها القرآن الكريم في الآية الكريمة (وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ) (١١٤) والتي راعها فيها احدث النظم العقابية في القوانين الجنائية المعاصرة وهو التفريد العقابي وهذه الوسائل هي الوعظ – الهجر – الضرب ، وهذه الوسائل جاءت على سبيل الترتيب الملاحق المتعاقب أي على الزوج ان يلجأ إلى الوعظ فان لم ينفع فله هجرها فان لم ينفع فله ضربها .

ويراد بالوعظ هو النصح والارشاد أي اسداء النصح للزوجة وتذكيرها بضرورة ترك المعاصي لما تسببه من ضرر ان هي استمرت عليها وتذكيرها بضرورة اتباع اوامر الله والقيام بحقوق الزوج ومنها طاعته فيما يجب فيه طاعته وضرورة التزام الأدب في المعاملة وتذكيرها بعقاب الله ان لم تنصاع لأوامر زوجها (١١٥) .

والوعظ لا يختص بلفظ معين أو أسلوب معين ولكن ينبغي فيه ان يكون خالي من أي اذلال أو تحقير للزوجة ، لذلك يشترط به ان لا يتعدى إلى المساس بكرامة الزوجة أو تجريحها أو التشهير بها

ولا يجوز قذفها أو سبها [١١٦] ، والوعظ وسيلة سلمية ودواء لا يترتب عليه ضرر ويمكن اللجوء إليه حتى مع من لم تنوِ النشوز[١١٧].

أما الهجر في المضجع فهي الوسيلة الثانية من وسائل تأديب الزوجة وهذه الوسيلة لا يلجأ إليها الا إذا لم تنفع الوسيلة التي سبقتها ، والهجر لغة ضد الوصل[١١٨] فهو يعني البعد بقصد تأديبها وارشادها إلى انها قصرت في حق زوجها[١١٩] ، والهجر هو الهجر في المضجع وليس الهجر في الكلام [١٢٠] لقوله تعالى: (وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ) لان الابتعاد الفعلي عن الزوجة هو اسرع الطرق لاشعارها بما صدر عنها من معصية وحملها على ضرورة اصلاحها .

أما عن مدة الهجر فانها محل خلاف ولكن الرأي الراجح [١٢١] يذهب إلى ان يترك امر تحديدها إلى الزوج فقد يأتي ثمارها في أيام قليلة مع احداهن وقد يستغرق أشهر طويلة مع غيرهن .

أما بالنسبة للضرب فهو آخر وسيلة من وسائل التأديب يلجأ اليها الزوج لتأديب زوجته عندما يثبت له عجز الوسائل الأخرى الاخف منها في اصلاح الزوجة ، والضرب كوسيلة للتأديب يستند إلى قوله تعالى : (...وَاضْرِبُوهُنَّ) [١٢٢] وان كان الضرب امر غير محبب شرعاً [١٢٣] لان النبي (ص) استأذن في ضرب النساء فقال (ص) : (اضربوا ولن يضرب خياركم) ، والضرب هو كل تأثير يقع على انسجة جسم المجني عليه عن طريق الضغط دون ان يؤدي إلى قطع أو تمريق هذه الانسجة [١٢٤] ، ويشترط بالضرب ان يكون خفيفاً وغير مبرح ولا يترك اثراً على جسم الزوجة [١٢٥] وان لا يكون على الامكان الخطرة كالرأس والصدر وان يكون باليد وليس بالعصا أو بالسوط وان يكون مفرقاً على البدن وان لا يكون أمام الآخرين ، وان لا يفضي إلى تلف عضو أو هلاك الزوجة[١٢٦] ، أما بالنسبة لعدد الضربات فانه غير محدد وغير متفق عليه بين فقهاء الشريعة الإسلامية ، ولكن يمكن القول بانه يختلف باختلاف النساء واختلاف البيئة ، وينبغي ان لا يزيد على ثلاث ضربات لان الهدف منه هو حمل الزوجة على اصلاح سلوكها وهو ليس عقوبة القصد منها الايلام .

والضرب لا يكون لاول معصية وانما يكون لتكرار المعصية والاصرار عليها فإذا عصت زوجها لاول مرة وعظها بالرفق واللين وان عادت كان له هجرها وان عادت كان له ضربها وذلك لان الواو الواردة في النص القرآني (فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ...) [١٢٧] وردت للترتيب وليس للجمع المطلق[١٢٨] وهذا الرأي يؤيده القضاء والفقه الجنائي [١٢٩] ونحن نؤيد هذا الرأي لانه ينطوي على معنى التدرج في العقاب حيث يبدأ العقاب بالاخف عند اقتراف المعصية لاول مرة ، ثم التدرج في التشديد شيئاً فشيئاً مع تكرار المعصية ، وقد ينتهي الأمر إلى الضرب وذلك عندما يثبت عدم جدوى الوسائل الاخف من الضرب (الوعظ – الهجر) .

أما بالنسبة للاولاد القصر فان وسائل التأديب [١٣٠] أما ان تكون قولاً أو قد تكون فعلاً [١٣١] ، واما القول فيراد به التأديب بالافهام والتنبيه واسداء النصيحة مع مراعاة الرفق واللين لان التربية الإسلامية لا تبدأ بالعقوبة والتأديب الإسلامي لا يبدأ بالعصا وانما يجب ان يسبقه التوجيه والنصح .

أما الفعل فيراد به التأديب الذي يكون عن طريق الضرب كاصل ، وان كان بالامكان ان يكون بوسيلة أخرى يرجح ان تكون مجدية في تهذيب الصغير كتقييد حريته شرط ان لا ينطوي ذلك على تعذيب أو منع من الحركة أو حرمانه من التعليم [١٣٢] .

والضرب المباح هو الضرب غير المبرح [١٣٣] والذي يكون باليد وليس بالعصا وان يكون مفرقاً لا مجموعاً في محل واحد ، وان يكون هناك زمن بين الضربتين ، وان لا يحدث كسراً ولا جرحاً ولا يترك أي اثر ولا ينشأ عنه مرض، وان لا يكون على الاماكن الخطرة [١٣٤] كالرأس والصدر وان لا يكون شائناً وان لا يتجاوز الثلاث ، وللقاضي سلطة تقديرية في تقدير جسامة الضرب ومقدار دخوله في نطاق حق التأديب مسترشداً بالشروط التي وضعها الفقهاء [١٣٥] .

الفرع الثالث

الصفة

ان حق التأديب ممنوح قانوناً لمن تتوافر فيه صفة معينة (قرابة معينة) وهذه الصفة في حق تأديب الزوجة تتمثل بكون صاحب الحق هو زوجاً للمرأة التي يتولى تأديبها ، بينما في حق تأديب الاولاد القصر تتمثل بكون من له هذا الحق هو الاب أو المعلم أو من هم حكمهم [١٣٦] .

والزوج هو احد طرفي عقد الزواج وان القانون قد تكفل بتحديد صاحب حق تأديب الزوجة وهو من تتوافر فيه صفة الزوج بالنسبة للمرأة التي يتولى تأديبها وهذه الصفة (الزوج) وهي احد انواع القرابة تثبت من تاريخ تمام عقد الزواج إلى تاريخ انتهاء الرابطة الزوجية بالطلاق أو التفريق أو الوفاة .

ويترتب على قيام الرابطة الزوجية بين الرجل والمرأة ثبوت هذا الحق للزوج سواء كانا بالغيين سن الرشد أو دون البلوغ [١٣٧] وهذا الحق مقرر للزوج دون الزوجة لان القوامة للرجال دون النساء مصداقاً لقوله تعالى : (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاء) (وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ) ، وهذا الحق ممنوح قانوناً للزوج لاقرار القانون المدني في المادة (١١٦) منه بأن (الزوج ذو شوكة على زوجته) وكذلك قانون العقوبات في المادة (١/٤١) ، وهذا الحق ينتهي بانتهاء الرابطة الزوجية ، وذلك لزوال صفة الزوج من

جهة ، ولان هذا الحق قرر من اجل تحقيق مصلحة الأسرة فإذا ما حصل الطلاق اصبحت المرأة المطلقة خارج نطاقها ولم يعد تأديبها يحقق أي مصلحة للاسرة طالما اصبحت المطلقة امرأة اجنبية عنها، فالقرابة التي نشأت بين الزوجين قد انتهت ويترتب على انتهائها انتفاء هذا الحق وعودة الصفة غير المشروعة لافعال الضرب التي تقع استناداً إلى هذا الحق، وبذلك يمكن القول بأن هذا الحق يبقى قائماً وافعال الضرب تكون مشروعة ومباحة والتي تمارس بالاستناد إليه طالما بقت الرابطة الزوجية قائمة ، ولكن عندما تنتهي الرابطة الزوجية يزول هذا النوع من القرابة ويصبح كل منهما اجنبياً عن الآخر وتكون افعال الضرب غير مشروعة وغير مباحة ، ومما ينبغي ملاحظته هو جواز مباشرة هذا الحق اثناء فترة العدة في الطلاق الرجعي [١٣٨] ، لان الأخير لا يزيل الرابطة الزوجية بل تبقى قائمة حكماً طول فترة العدة ، ولا يجوز للخطيب تأديب خطيبته لان الخطبة لا تعدو الا ان تكون مجرد وعد بالزواج وليس عقداً [١٣٩] .

وعلى الزوج ان يباشر افعال التأديب بنفسه كون الحق متعلق بشخصه [١٤٠] وحق التأديب لم يعد حقاً شرعياً بل اصبح حقاً قانونياً اقره القانون صراحة في المادة (١/٤١) عقوبات وبذلك يمكن للازواج من العراقيين مسلمين وغير مسلمين مباشرة هذا الحق عند توفر شروطه [١٤١] .

وان هذا الحق قاصر على الزوج ولا يمتد إلى اقاربه فلا يحق لأب الزوج أو اخيه تأديب زوجة ابنه أو اخيه ، كما لا يجوز للزوج ان ينيب غيره في التأديب أو يفوضه هذا الحق لان هذا الحق لا يقبل الانابة أو التفويض ، كون وجود هذا الحق يرتبط بوجود نوع من القرابة وهي قرابة المصاهرة بين المؤدب والمُؤَدب ، وهذا النوع من القرابة هو غير قابل للانابة أو التفويض ، وبالتالي لا يجوز انابته أو تفويضه .

ولا يحق للزوج ضرب زوجته تأديباً لها إذا علم بأن ذلك لا يفيد ولا يجدي معها وهذا يكون في حالة تفكك الحياة الزوجية وانعدام الاحترام المتبادل بين الزوجين ، وبناءاً على ما تقدم حكم بأن حق التأديب ينعدم بانعدام الاحترام المتبادل بين الزوجين وتفكك الحياة الزوجية [١٤٢] .

أما في إطار حق تأديب الاولاد القصر فان هذا الحق قد منحه القانون صراحة في إطار المادة (١/٤١) عقوبات إلى الآباء والمعلمين ومن في حكمهم وصفة المعلم تثبت عند توفر عنصرين عنصر التعليم وعنصر الرقابة[١٤٣] .

وحيث ان بحثنا يقتصر على القرابة واثرها في اباحة الفعل المحرم لذلك فسنتعرض إلى الآباء فقط دون المعلمين لان المعلمين لا تتوفر به صفة القرابة ، لذلك فالمقصود بالآباء هنا لا يقتصر على الأب كما يوحي ظاهر النص وانما يشمل الاصول سواء كانوا آباءاً أو أمهاتاً أو أجداداً [١٤٤] ، وان

عبارة من في حكمهم يعني من تثبت لهم ولاية النفس على الصغير عند انعدام الأب كالجد والأخ والعم لان التأديب فرع من الولاية على النفس وضرورة لمباشرتها على نحو فعال لان الأولاد القصر بحاجة إلى الرقابة والالتزام بالرقابة يقابله حق التأديب(١٤٥).

كما ان للأم مباشرة افعال التأديب شرط ان تكون وصية على الصغير (١٤٦) وان تتولى رعايته في غياب الاب خاصة وان المشرع العراقي قد عدها من الاوصياء مرة (١٤٧) ومن الاولياء مرة أخرى (١٤٨).

وان من له سلطة رقابة على الولد القاصر يكون له سلطة تأديبه للالتزام الوثيق بين الرقابة وبين سلطة التأديب ، لان الرقابة لا يمكن ان تباشر بصورة فعالة ومجدية ما لم تدعمها سلطة التأديب (١٤٩).

أما الذي يخضع للتأديب في إطار حق تأديب الاولاد القصر فهو الولد القاصر هو كل من لم يبلغ سن الرشد القانوني ، وسن الرشد القانوني كما حددته المادة (١٠٦) من القانون المدني والمادة (٣ف/أولاً/١) من قانون رعاية القاصرين هو تمام الثامنة عشر من العمر وفقاً للتقويم الميلادي ، أو كل من اكمل الخامسة عشرة من العمر وتزوج (م/٣ف أولاً/أ) من قانون رعاية القاصرين .

والصغير دون سن المسؤولية الجزائية لا يخضع للتأديب لعدم قدرته على فهم ماهية افعاله وتقدير عواقبها(١٥٠) ، والصغير غير المسؤول جزائياً هو من لم يتم التاسعة من عمره (المادة ٣/أولاً) من قانون رعاية الاحداث رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣ (١٥١) .

وبذلك فان الخاضع للتأديب هو كل من اتم التاسعة من العمر ولم يتم الثامنة عشر من العمر ، والذي يكون دون سن التاسعة لا يمكن تأديبه لصغر سنه وعدم اكمال نمو قواه العقلية وان تأديبه في هذا العمر يكون تعذيباً وايذاء له دون جدوى، كذلك لا يجوز تأديب من اتم الثامنة عشر من العمر لانه يكون قد بلغ سن الرشد فيصبح ولياً على نفسه ان كان عاقلاً .

وبهذا التحديد فان الولد القاصر يرادف تعبير الحدث الوارد في نص المادة (٣/ف/٢) من قانون رعاية الاحداث ، ولو استعمل المشرع العراقي تعبير الحدث محل تعبير (الأولاد القصر) لكان أفضل صياغة وادق معنى، لان ليس كل قاصر يخضع للتأديب فالذي يكون دون سن المسؤولية الجنائية لا يمكن تأديبه لصغر سنه ولعدم اكتمال نمو قواه العقلية .

وبناءاً على ما تقدم فلكي يكون التأديب مشروعاً ومباحاً يجب ان يستعمله صاحب الحق فيه وان يخضع له من هو تحت رعايته ، وبالتالي يكون للقرابة دور واضح في هذه الاباحة لان هذا الحق

ممنوح بالاصل إلى الآباء ومن في حكم الآباء ، وبالتالي لا يستفيد من هذا الحق من تتجـرد عنـه صفة الأب ، ومن ثم تكون افعاله غير مباحة ومجرمة وان قصد منها التأديب .

الفرع الرابع
حُسن النية

يشترط في الأفعال التي يجيزها القانون في حق التأديب ان تكون بقصد التأديب ، لان هذا الحق كغيره من الحقوق يجب ان يتوفر فيه حُسن النية [١٥٢] ، وعلى صاحب الحق ان يتحرى الغاية التي مـن اجلها قرر له الحق ، حيث يظل في دائرة الاباحة متى ما حرص على تحقيق هذه الغايـة ، ولكـن إذا انحرف عنها وساءت نيته فانه ينحرف عن غاية الحق وتعود الصفة غير المشروعة للفعل .

وان حُسن النية في إطار استعمال الحقوق يراد بها تحري الشخص من وراء افعاله التي يباشـر بها حقوقه لتحقيق الغايات التي بررت وجود هذا الحق [١٥٣]

ويكون الزوج حَسِن النية إذا مارس هذا الحق بقصد تهذيب سلوك زوجته واصـلاح نـشوزها [١٥٤] ، لذلك فاباحة التأديب مفيدة بأن يستهدف به تحقيق هذه الغاية التي من اجلها شرع هذا الحق ، إذن فالغاية من التأديب هو اصلاح حال الزوجة وضمان عدم خروجها على الطاعة ، فإذا اسـتهدف هـذه الغاية فان ذلك هو ضابط حَسِن النية في استعمال الحق [١٥٥] ، أما إذا أراد تحقيق غاية أخرى فان فعلـه لا يكون مباحاً كما لو أراد الانتقام من الزوجة أو من اهلها أو أراد به حملها على معصية ، فالزوج في هذه الحالات يكون شيء النية وهذا ما ذهب إليه القضاء الجنائي [١٥٦] ، وكذلك الحال في حـق تأديـب الاولاد القصر فيجب على صاحب الحق ان يستهدف الغاية التي قرر من اجلها الحق وهذا الحق مقـرر للتهذيب والتعليم ، فالمشرع اباح تأديب القاصر من اجل تحقيق مصلحة أو منفعة للقاصر ذاته والمتمثلـة بتهذيبه وتأديبه وتعليمه محاسن الاخلاق والتي هي مصلحة للاسرة والمجتمع معاً ، وعلى صاحب الحق الالتزام بهذه الغاية لتحقيق المصلحة التي قصدها الشارع ، أما إذا استهدف غاية أخرى كما لو اسـتهدف الانتقام من القاصر أو لدفعه إلى منكر كدفعه إلى الفحشاء ، ففي هذه الحالة تنتفي الاباحـة عـن فعلـه وتتحقق مسؤوليته الجنائية عن فعله [١٥٧] وان مسألة توافر حُسن نية من عدمه مـسألة يـستقل قاضـي الموضوع بتقديرها وفقاً لظروف ووقائع الدعوى [١٥٨] .

والشريعة الإسلامية والقانون يريان بأن تطور المجتمع وتقدمه يكون من خلال تطـور وتقـدم الأسرة ، وتطور وتقدم الأسرة يكون من خلال ربط ذلك برباط الأخلاق لذلك اسندا مسؤولية المحافظـة على أخلاق الأسرة إلى رب الأسرة وأعطياه سلطة تأديب وتهذيب أسرته .

بالإضافة إلى ان حق التأديب يعزز دور رب الأسرة بين أفرادها ، فمن خلاله يستطيع رب الأسرة ان يضمن استقرار النظام داخل أسرته ، كما انه يحقق نوع من الموازنة بين ما يقع على افراد الأسرة الواحدة من التزامات ومسؤوليات متقابلة ، ومن الطبيعي ان يمنح رب الأسرة سلطة ايقاع الجزاء على الشخص الخاضع للتأديب ، إذا ما ارتكب الأخير فعلاً بعد معصية لحمله على ترك تلك المعصية والعودة به إلى السلوك السوي ، وان كل سلطة غير مقترنة بجزاء فاشلة أو قاصرة ، ومقابل ما يقع على رب الأسرة من التزامات على افراد أسرته كالانفاق عليهم وادارة شؤونهم يباح له مباشرة أفعال التأديب على من هو خاضع للتأديب من اجل المحافظة على افراد أسرته من الانحراف والمساهمة في تهذيب سلوكهم وإصلاح أحوالهم ، من خلال معاقبة المسيء منهم وحمله على الرجوع إلى السلوك السوي القويم .

وان الغاية الأساسية من أفعال التأديب هي تهذيب وتأديب من يخضع له وحمله على السلوك الذي يتفق مع مصلحة الأسرة ومصلحة المجتمع ، ونزولاً عند هذه الغاية نجد ان المشرع يأخذ بعين الاعتبار صلة القرابة بين افراد الأسرة ويقرر إباحة افعالاً معينة وان كانت بالأصل هي مجرمة من اجل دفع ضرراً اشد من ضرر الضرب الذي يباشره المؤدب على الخاضع للتأديب ، والذي يتمثل بنشوز الزوجة الذي قد يؤدي إلى انهيار الحياة الزوجية أو قد يتمثل بفساد سلوك واخلاق الأولاد القصر ، وان كانت صلة القرابة (الزوج – الأب) لا تكفي لاباحة أفعال التأديب بل يشترط توافر الشروط التي ذكرناها آنفاً أيضا ، ولكن لصلة القرابة الدور الرئيسي في إباحة أفعال التأديب وان لم تكن هي الشرط الوحيد ، ولكن يجب البحث عنها أولاً والتأكد من قيامها عند ذلك نبحث عن غيرها من شروط التأديب .

وبذلك فان للقرابة دوراً واضحاً في رفع الصفة غير المشروعة عن الفعل ، حيث يشترط توافر صفة معينة بصاحب الحق والتي تتمثل بكونه زوجاً أو أباً للشخص الخاضع للتأديب ، وهذا ما يميز حق التأديب عن غيره من استعمال الحقوق المقررة في المادة ٤١ عقوبات ، حيث ان هذه الحقوق تكون مباحة للجميع بغض النظر عن الصفة التي يحملها صاحب الحق ، فقد يستطيع الطبيب القيام بعلاج المريض سوى كان قريباً له أم أجنبياً عنه ، فلا اثر للقرابة في مباشرة هذه الحقوق ، على العكس من حق التأديب الذي يكون فيه اثر القرابة واضحاً في رفع الصفة غير المشروعة عن الفعل ، لا بل ان وجود هذا الحق مرتبط بتحقق صلة القربى بين صاحب الحق والخاضع للتأديب كأصل عام ، حيث يترتب على انتفاء تلك الصلة إعادة الصفة غير المشروعة للفعل وعودة الفعل إلى نطاق التجريم ، وان كان بالإمكان مباشرة هذا الحق ومن قبل أشخاص آخرين لا تربطهم صلة قربى بالشخص الخاضع للتأديب ، وحصراً في مجال حق تأديب الأولاد القصر ولكن في الحقيقة ان هذا الحق مقرراً أصلا

للآباء وهؤلاء الأشخاص يستعيرون هذا الحق من الآباء لأنهم اما كونهم يباشرون دور الآباء في غيابهم أو لعدم وجود الآباء ، وهذا لا يخل بأثر القرابة في محو الصفة غير المشروعة عن الفعل .

المبحث الثالث

اثر القرابة في تجريم الفعل المباح

تمهيد

إننا في إطار القانون الجنائي يحكمنا مبدأ أساسي هو مبدأ لا جريمة ولا عقوبة الا بنص ، ويترتب على ذلك ان الأفعال المجرمة هي الأفعال التي توجد نصوص قانونية تجرمها وتعدها جرائم في قانون العقوبات ، لا بل وتحدد عقوبتها أيضاً والمشرع يتأثر باعتبارات كثيرة عندما يجرم تلك الأفعال بعضها سياسية وبعضها اقتصادية وبعضها اجتماعية ... الخ ، ومن تلك الاعتبارات التي تنشأ من وجود علاقة قرابة بين الأفراد ، وهكذا نجده يجرم أفعالاً حماية لتلك الاعتبارات بحيث إذا ما زالت صلة القرابة بينهما عاد الفعل إلى الإباحة وانتفت عنه الصفة غير المشروعة وقد يحدث العكس أي يصار إلى إباحة فعل معين أصلاً هو خاضع لنص يجرمه تحت تأثير تلك الاعتبارات ، وحيث ان هذا المبحث يدور حول اثر القرابة في تجريم الفعل المباح فسوف نتناول تجريم فعل زنا إذا ما حصل أثناء قيام العلاقة الزوجية كمثال على هذا الأثر على ان نمهد لذلك بإعطاء فكرة عامة عن مبدأ الشرعية وهذا ما سنتناوله في المطلب الأول ونترك المطلب الثاني لبحث تجريم فعل الزنا كأثر لتوافر صلة القرابة .

المطلب الأول

التعريف بمبدأ الشرعية الجزائية [١٥٩]

تعد الشرعية الجزائية المبدأ الأكثر أهمية في مجال القانون الجنائي كونه يُعد الضمانة الأكثر فاعلية في مجال حماية الحقوق والحريات الفردية فهو دعامة لحرية الفرد واستقلاله ازاء تحكم الدولة حيث يضمن للفرد عدم الخضوع للعقاب الا في الحدود التي يقررها القانون[١٦٠] ، إذ لا جريمة ولا عقوبة الا بنص ومن خلال ذلك فان المعيار المعول عليه في مجال القانون الجنائي وفي ظل مبدأ الشرعية هو ارادة المشرع التي يعبر عنها النص القانوني، وان اصل المبادئ العامة للقانون ترتبط بأصل منشئها العام وهو القانون ذاته وبالكيفية التي نشأت بها العلاقات القانونية المختلفة ضمن مجتمع معين [١٦١] ودراسة العلاقات القانونية ترتبط بدراسة تاريخ البشرية ، فلا يوجد مبدأ قانوني أو قاعدة قانونية تخلو من مدى تاريخي يساعد في تفسيرها ويبين مراحل تطورها وبالتالي الوقوف على قصد المشرع من تقنيتها [١٦٢] .

ومبدأ الشرعية يضع الحد الفاصل بين ما هو مباح وما هو مجرم معاقب عليه ، ولذلك فان الحاجة قائمة إلى اعتناقه في كل الشعوب والمجتمعات حيث أَن اغلب التشريعات العربية اعتنقت مبدأ شرعية الجريمة والعقاب[١٦٣] بل ان معظمها لم يكتفي بذلك بل نص على المبدأ في صلب دساتيرها من اجل منحه سمواً وثباتاً كونه يمثل ضمانة للحريات الشخصية والحقوق الفردية [١٦٤] .

ومبدأ الشرعية مبدأ أساسي في القانون الجنائي مقتضاه انه لا يعد أي سلوك جريمة ولا تفرض عليه أية عقوبة أو تدبير الا بسند شرعي ومن آثاره عدم رجعية القانون وعدم جواز القياس [١٦٥] .

والنصوص التشريعية التي تحدد الواقعة الاجرامية يجب ان تكون واضحة وثابتة ومحددة لكي تكون ضمانة للافراد ، أما النصوص المبهمة التي لا تحمل تحديداً للسلوك الإجرامي والتي يمكن ان يندرج تحت وصفها أي واقعة فهذه النصوص هي خروج وانتهاك لمبدأ الشرعية [١٦٦] ، والتشريع أي القانون الصادر عن السلطة التشريعية هو المصدر الوحيد لقانون العقوبات [١٦٧] ، ونصوص التجريم لا تسري الا على الأفعال التي ترتكب بعد نفاذها[١٦٨]، ونفاذ القانون يكون من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية ما لم ينص على خلاف ذلك [١٦٩] ، وهو تاريخ العلم به [١٧٠] ، وهذه هي القاعدة العامة ولكن قد يرد عليها استثناء عندما ينص القانون على خلاف ذلك [١٧١] ، ومبدأ الشرعية يتكون من قسمين : الأول يتعلق بالجريمة والثاني يتعلق بالعقوبة .

ومبدأ الشرعية الجزائية [١٧٢] يقدم حلول دقيقة ونتائج مقبولة وعملية ، فالمعيار الفاصل بين ما يعد فعلاً مشروعاً أو سلوكاً اجرامياً هو ارادة المشرع هذه الإرادة الجبارة التي يعبر عنها بالقانون ، والقانون في نفس الوقت يمثل هذه الإرادة بكل دقة ، فالمعيار هو نص القانون أو ارادة المشرع استناداً إلى مبدأ الشرعية الجزائية إذ لا جريمة ولا عقوبة الا بنص ، وهذا المعيار يمتاز بالدقة والوضوح وسهولة التطبيق ، فلا يعد أي سلوك عملاً اجرامياً مهما كانت جسامته إذا لم يجرمه المشرع وبالعكس فان ابسط الاعمال يمكن ان تعد جرائم إذا نص عليها القانون [١٧٣] .

أما الشق الثاني والمتعلق بالعقوبات فيعني ان القاضي ليس حراً فيما يقضي به بل مقيد بما يفرضه المشرع من جزاء على الجريمة وبالاستناد إلى معايير معينة أولها مادي يعتمد على أسس موضوعية تتعلق بموضوع الجريمة ومادياتها، والثاني شخصي يتعلق بشخص الجاني أو المجني عليه [١٧٤] .

والقاضي لا يستطيع انشاء عقوبة خاصة كما لا يستطيع تعدي المقدار المحدد للعقوبة سلفاً ، وان كان ذلك لا يمنع من التفريد بالعقاب حيث لم تعد هناك عقوبات ثابتة متساوية للجناة جميعاً ، بل يمكن تنوع العقوبات بما يتلائم مع جسامة الجريمة من جهة ، ومدى خطورة الجاني من جهة أخرى ،

ولكن القضاء لا يمكن له تجاوز امرين : الأول لا يستطيع تبرئة شخص ثبتت ادانته ، والثاني لا يستطيع رفع العقوبة عن الحد الاقصى الذي وضعه المشرع لها [١٧٥] .

والشرعية الجزائية هي اثر لمبدأ الفصل بين السلطات كون مبدأ الفصل بين السلطات يقضي بحصر مصادر التجريم والعقاب في القانون الذي تختص السلطة التشريعية باصداره لأنه يعطي مهمة التشريع إلى السلطة التشريعية [١٧٦] ولا تمتلك السلطة القضائية ازاءه الا التطبيق ولا تستطيع ممارسة الاختصاص التشريعي ، فلا يحق لها سن القوانين أو اصدارها والقاضي لا يملك الا تطبيق القانون ولا يحق له انشاء القاعدة القانونية ولا يستطيع خلق جرائم أو تطبيق عقوبات في غير الاحوال المنصوص عليها قانوناً ، وعلى القاضي تحديد الوصف القانوني للوقائع المعروضة عليه ، وان يتأكد من اكمال عناصرها اللازمة لاستحقاق العقاب وعلى القاضي تفسير القانون على وجه يعبر عن حقيقة ارادة المشرع وقصده ، وليس له تفسيره بطريق القياس [١٧٧] وبالتالي فان الشرعية الجزائية تمثل الحد الفاصل بين اختصاص السلطة التشريعية والقضائية [١٧٨] .

ومبدأ الشرعية مبدأ أساسي في القانون الجنائي ومن ابرز اثاره هو عدم رجعية القانون على الماضي الا في حالتين هما : القوانين المفسرة والقوانين الاصلح للمتهم [١٧٩] ، كما يترتب عليه أيضاً هو عدم جواز اللجوء إلى التفسير الواسع الذي يخلق قواعد جديدة ويخلق جرائم وعقوبات تخرج عن نطاق النص[١٨٠] كما لا يجوز الخروج عن حدود النص عند تفسيره من قبل القاضي الجنائي كما لا يجوز له القياس في مجال القواعد المنشئة للجرائم والعقوبات لان ذلك يمس بحقوق وحريات الافراد [١٨١] .

والقاعدة الجزائية تتكون من شقين هما [١٨٢] : شق التكليف وشق الجزاء ، وشق التكليف أو شق التجريم أو التأثيم يتضمن أمراً أو نهياً يتوجه به المشرع إلى المكلف بالخضوع للقاعدة القانونية واطاعة مضمونها وهذا الشق هو الأساس ، أما الشق الثاني فهو شق الجزاء ويسمى بالشق الثانوي أو بشق العقوبة ، ويتضمن العقوبة التي فرضها المشرع على من يخالف شق التكليف ويتعدد الجزاء كما يتدرج في جسامته ويتفاوت في اثارة [١٨٣] ، والقاعدة الجزائية هي من قواعد القانون العام وهي قاعدة آمرة [١٨٤] لأنها تنطوي على أمر أو نهي بفرض أو بمنع سلوك معين [١٨٥] .

ومن خلال ما تقدم نلاحظ ان نطاق مبدأ الشرعية يتطابق مع القاعدة الجزائية بشقيها شق التجريم وشق العقوبة ، فلا جريمة الا بنص يشمل الشق الأول من القاعدة الجزائية (شق التجريم) ، ولا عقوبة الا بنص يشمل الشق الثاني من القاعدة الجزائية (شق العقوبة) ، والشرعية الجنائية تتكون من مبدأ الشرعية الجزائية ومبدأ الشرعية الاجرائية ، حيث يسمى مبدأ الشرعية الجزائية (بالشرعية

الموضوعية) ، أما الشرعية الاجرائية فهي تمثل الجانب الشكلي المكمل للجانب الموضوعية ، فالشرعية الموضوعية لا تكفي لوحدها لحماية حرية الإنسان ما لم يصار إلى اكمالها بالشرعية الاجرائية [١٨٦] .

ومن خلال تعرضنا لمبدأ الشرعية الجزائية وكون البحث يدور حول أثر القرابة في تجريم الفعل المباح فاننا نستنتج من ذلك ان القرابة لا يمكنها القيام بذلك الدور ما لم يوجد نص يقرر ذلك ، لان المصدر الوحيد لقانون العقوبات هو التشريع ، وبذلك فالقرابة لا تجرم الفعل المباح لوحدها أو بمجرد توافرها ما لم يوجد نص يقرر ذلك ، فاثر القرابة في تجريم الفعل المباح ليس خروجاً على مبدأ الشرعية بل هو احد تطبيقات هذا المبدأ ، ولكن النقطة المهمة في هذا الأمر هو تأثر المشرع بالقرابة وما تنتجه من روابط وعلاقات بين الافراد وهو يصوغ النصوص ويسن القوانين ، لان القوانين مرآة عاكسة لقيم وعادات المجتمع .

المطلب الثاني

تجريم فعل الزنا كأثر للقرابة

قد يكون للقرابة دور في تجريم الفعل المباح وإضفاء الصفة غير المشروعة على الفعل ، ومن بين تلك الحالات أو الأفعال هو فعل الزنا ، ففعل الزنا في إطار قانون العقوبات يعد فعلاً مباحاً إذا ما حصل برضا الطرفين وكانا كاملان الاهلية على العكس من الشريعة الإسلامية [١٨٧] التي تجرم كل وطء محرم بوصفه زنا وسواء حدث من متزوج أم غير متزوج ولكن هذه الإباحة القانونية ليست مطلقة ، فقد يعد فعل الزنا جريمة معاقب عليها قانوناً إذا ما حصل بين شخصين احدهما أو كلاهما متزوجان ، وبذلك يظهر دور القرابة في تجريم هذا الفعل عندما تثبت صفة الزوج أو الزوجة للزاني أو للزانية لان للزنا في قانون العقوبات معنى اصطلاحي خاص فهو قاصر على حالة زنا الشخص المتزوج حالة قيام الزوجية فعلاً أو حكماً [١٨٨] عند ذلك يصبح فعل الزنا فعل مجرم ويخضع فاعله للعقاب المقرر قانوناً ، والمشرع قد نص على تجريم فعل الزنا في المادة (٣٧٧) من قانون العقوبات [١٨٩] مع تمييزه بين جريمة زنا الزوج وجريمة زنا الزوجة حيث ان كلاهما يشتركان في اركانها الثلاثة ، بينما تحتاج جريمة زنا الزوج إلى ركن رابع هو أن يقع الزنا في منزل الزوجية .

وفي هذا المطلب سوف نتناول تجريم فعل الزنا كأثر لتوافر صلة القرابة) بين الزاني وزوجته أو الزانية وزوجها ، حيث ان المادة (٣٧٧) عقوبات جرمت فعل الزنا إذ نصت على:

١. يعاقب بالحبس الزوجة الزانية ومن زنا بها ويفترض علم الجاني بقيام الزوجية ما لم يثبت من جانيه انه لم يكن في مقدوره بحال العلم بها .

٢. ويعاقب بالعقوبة ذاتها الزوج إذا زنا بمنزل الزوجية .

من خلال نص المادة اعلاه نستنتج ان لجريمة الزنا قانوناً ثلاثة أركان أساسية وهي ، الركن المادي المتمثل بالاتصال الجنسي غير المشروع (الوطء) ، والركن الثاني المتمثل بقيام الحالة الزوجية ، والركن الأخير هو الركن المعنوي والمتمثل بتوافر القصد الجرمي لدى الجاني بالإضافة إلى ركن رابع وهو أن يقع الزنا في منزل الزوجية في جريمة زنا الزوج وسوف نفرد فرعاً مستقلاً لكل منهما :

الفرع الأول

الركن المادي (الوطء غير المشروع) [١٩٠]

يتحقق السلوك الإجرامي الذي يقوم به الركن المادي لجريمة الزنا بالوطء الجنسي بين رجل متزوج وامرأة غير زوجته أو بين امرأة ورجل غير زوجها أو رجل وامرأة متزوجان ، والوطء يتحقق بايلاج عضو تذكير الرجل كلاً أو جزءاً في عضو تأنيث المرأة ولا يشترط الانزال [١٩١] ، أما دون الوطء فمهما كانت درجة منافاته للاخلاق فلا يعتبر جريمة زنا كالتقبيل والمفأخذة والخلوة غير المقترنة بوطء واتيان الحيوان والخلوة الصحيحة إذا لم يقع الوطء ولو مكنت المرأة شريكها من فض بكارتها في غير عضو تناسله واتيان المرأة في دبرها [١٩٢] أو ملاوطة الرجل رجلاً آخر ، والافعال التي هي دون الوطء لا تعتبر جريمة بنظر القانون إذا تمت برضا الطرفين البالغين ، ويقع الوطء ولو حصل من صبي لم يبلغ سن الحلم إذا كانت لديه القدرة على الجماع ، أو كانت المرأة صغيرة أو بلغت سن اليأس أو وقع الفعل من رجل كبير السن ، لان العلة من تجريم فعل الزنا هو صيانة الحرمة الزوجية وليس لمنع اختلاط الأنساب [١٩٣] .

أما الشروع في جريمة الزنا فان الرأي الراجح فقهاً وقضاءاً يرى انه لا يتصور الشروع فيها [١٩٤] لان من أهم أركان الجريمة هو وقوع الوطء ولكن نرى بأن الشروع يمكن تصوره في جريمة الزنا عندما يصدر من المرأة أو عشيقها تصرفاً يؤدي حالاً ومباشرة إلى الاتصال الجنسي ، كما لو شرعا بخلع ملابسهما وفي هذه الاثناء حضر الزوج وفاجأهما .

والزنا يشترك مع الاغتصاب في ان كلاهما يكونان بفعل الوطء أو المواقعة[١٩٥] ولكن الفرق بينهما هو في وجود ارادة الزوجة ورضاها بالوطء الحاصل مع غير زوجها في جريمة الزنا وانعدام الإرادة أو الرضا بالوطء مع غير زوجها في جريمة الاغتصاب [١٩٦] .

الفرع الثاني
قيام الزوجية

إن جريمة الزنا في نظر قانون العقوبات هي انتهاك لحرمة وقدسية الزواج[١٩٧] ومن هنا يشترط ان تكون الزوجية قائمة وعندما تكون الزوجية قائمة لعبت القرابة دورها في تجريم الفعل ، بحيث عندما تنتهي صلة القرابة بينهما تنتفي الجريمة وترفع الصفة غير المشروعة عن الفعل ويعود الفعل إلى قائمة الأفعال المباحة إذا كان الطرفان بالغان وحصل الفعل برضاهما .

وصلة القرابة (قرابة زوجية) يرتبط وجودها بوجود عقد زواج صحيح فيشترط ان تكون القرابة موجودة وقت ارتكاب الفعل لان قيام الزوجية يرتب عليها خلق نوع من صلة القربى بين الزوجين ، حيث ان الزنا لا عقاب عليه ولو حملت منه المرأة ولم تضع الا بعد زواجها ، وكذلك لا عقاب عليه ولو كانت المرأة مخطوبة [١٩٨] ، بل يجب ان يقع الزنا حال قيام الزوجية الصحيحة والمؤسسة على عقد زواج صحيح فعلاً أو حكماً [١٩٩] .

ولا عقاب على الزنا الذي يقع بعد انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أي بعد انتهاء صلة القرابة بين الزاني وزوجته أو الزانية وزوجها لان قرابة المصاهرة هي الأساس فعندما ينتهي الزواج تنتهي معه ، إذن فجريمة الزنا في إطار القانون تتطلب وجود عقد زواج لاحد طرفي الجريمة أو لكليهما ، ففي جريمة زنا الزوجة يشترط ان تكون المرأة الزانية متزوجة سواء كان شريكها في الزنا متزوجاً أم لا.

وفي جريمة زنا الزوج يجب ان يكون الرجل الزاني متزوجاً وسواء كانت شريكته في الزنا متزوجة أم لا، فإذا انتفت الحالة الزوجية أي انتفت صلة القرابة انتفت الجريمة ولا يعد لها وجود في نظر القانون ، وهذا دليل على تأثر المشرع الجنائي بصفة القرابة في تجريمه لافعال معينة ، إذ يترتب على هذا التأثير انتفاء وصف التجريم عن الفعل بانتفاء تلك الصلة وابقاءها طالما بقت صلة القرابة قائمة بينهما ، ففعل الزنا يقتصر تجريمه بالزواج سواء من جهة الزوج أو من جهة الزوجة ، لان فعل الزنا ليس جريمة لذاته كما هو الحال في الشريعة الإسلامية بل هو جريمة إذا اساء إلى مصلحة احد الافراد وهذه الاساءة تتحقق في حالة الاعتداء بالزنا على الحياة الزوجية بدون رضا الزوج الآخر [٢٠٠] .

وإذا انتفت العلاقة الزوجية انتفت الجريمة ولا يعد لها وجود في نظر القانون ، واصبح فعل الزنا مباحاً لا عقاب على مرتكبيه على اعتبار انه ممارسة للحرية الجنسية في نظر القانون إذا تم برضا الطرفين البالغين [٢٠١] وقد تبنى القضاء ذلك أيضاً حيث قضت محكمة التمييز (بأن لا جريمة ولا عقاب على وقاع البكريات ما لم يكن مكرهات) [٢٠٢] .

وعقد الزواج يشترط به ان يكون صحيحاً ومستوفياً لجميع أركان انعقاده وشروط صحته ، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية ، حيث قضت (يشترط قيام الزوجية وان يكون عقد الزواج صحيحاً فلا يقع الزنا إذا كان العقد باطلاً) [٢٠٣] ، والعلاقة الزوجية تتوافر من لحظة انعقاد عقد الزواج صحيحاً ولا يشترط لقيامها دخول الزوج بزوجته .

وعقد الزواج الصحيح ينتج اثاره القانونية من لحظة انعقاده صحيحاً سواء كان عقداً رسمياً أو عرفياً ، وعليه إذا وقع زنا من احد طرفي عقد الزواج العرفي يعتبر مرتكباً لجريمة زنا ويعاقب عليها بموجب احكام القانون ، لان العقد العرفي لا يختلف عن العقد الرسمي الا في ان الزواج الرسمي ثابت بورقة رسمية ولا يتطلب الاثبات بينما الزواج العرفي غير ثابت الوقوع الا انه قابل للاثبات بكل طرق الاثبات [٢٠٤] .

وإذا انتهت العلاقة الزوجية سواء بالوفاة أو بالطلاق فلا يعد الزاني مرتكباً لجريمة زنا في نظر القانون ما لم يكن الطلاق طلاقاً رجعياً ، لان الزواج في الطلاق الرجعي يبقى قائم حكماً لان الطلاق الرجعي لا يزيل ملك الزواج أثناء فترة العدة ، وعليه إذا زنا احد طرفي العقد أثناء عدة الطلاق الرجعي فان الزاني يعد مرتكباً لجريمة زنا وينال العقاب المقرر قانوناً لجريمة الزنا ، أما إذا انتهت عدة الطلاق الرجعي فان العلاقة الزوجية تنحل وترفع احكام الزواج ويسترد المطلقان حريتهما الجنسية ولا عقاب عليهما إذا وقع زنا منهما ، بينما في الطلاق البائن فانه ينهي العلاقة الزوجية وبالتالي لا تسأل المرأة عن جريمة زنا إذا ارتكبت الفاحشة بعد حدوث الطلاق البائن مباشرة ولو أثناء العدة .

والقانون العراقي في المادة (٣٧٨ فقرة/٢) قد ذهب إلى ان الزوج هو من تتوافر فيه هذه الصفة وقت وقوع الجريمة أو زالت عنه بعد ذلك ، وبالتالي يجوز تحريك الشكوى إذا كان يحمل هذه الصفة (زوج) أو زالت عنه ، عن فعل الزنا الذي ترتكبه زوجته إلى انتهاء أربعة اشهر من تاريخ الطلاق ، فإذا انتهت المدة فلا يجوز بعد ذلك له تحريك الشكوى وهذا النص يشمل الزوج دون الزوجة ، وعليه إذا زنا الزوج بعد صدور الطلاق البائن لا يجوز للزوجة ان تقدم شكوى ضد زوجها الخائن ، أما إذا زنت الزوجة فيجوز لزوجها ان يقدم الشكوى ضدها حتى بعد صدور الطلاق البائن بشرط ان يقع فعل

الزنا خلال الاربعة اشهر بعد طلاقها ، والمشرع منح هذا الحق للزوج من اجل التأكد من وجود الحمل ومن نسب الجنين إلى والده أو إلى الغير [٢٠٥] .

الفرع الثالث

القصد الجرمي

هذه الجريمة عمدية فيلزم لقيامها توافر القصد الجرمي لدى الزوج الزاني أو الزوجة الزانية ، والقصد المطلوب فيها هو قصد عام ، والقصد الجرمي يتوافر بتوافر عنصريه وهما العلم والإرادة .

أولاً : العلم

هو ادراك الأمور على نحو صحيح مطابق للواقع [٢٠٦] وينبغي ان يعلم الجاني بكل الوقائع الداخلة في الاركان القانونية للجريمة ، ويعتبر القصد متوافراً إذا ارتكب الجاني الفعل عالماً بأنه متزوج وانه يواصل شخصاً غير قرينه في الزواج ، وينتفي القصد لانتفاء العلم إذا كان يجهل انه متزوج ، أو اعتقد انه يواصل شخصاً تحل له مواصلته شرعاً ، كما لو ظنت الزوجة انها تسلم نفسها لزوجها لا لاجنبي [٢٠٧] .

وينتفي القصد أيضاً لانتفاء العلم إذا اعتقد الجاني بحسن نية انه قد أصبح في حل من رابطة الزوجية كأن يعتقد ان زوجته الغائبة عنه قد ماتت .

كما يتعين توافر العلم لدى الشريك في الزنا فيجب ان يتوافر لديه العلم بأنه يرتكب الزنا مع شخص متزوج[٢٠٨] وان علم الشريك بقيام الزوجية أمر مفترض بموجب القانون إذا نصت المادة ٣٧٧ فقرة ١ من قانون العقوبات العراقي على (...ويفترض علم الجاني بقيام الزوجية ...) [٢٠٩] .

ثانياً : الإرادة

وتعني ان الفاعل يريد السلوك الإجرامي ويريد المساس بالحق الذي يحميه القانون ، وفي جريمة الزنا تعني انصراف الإرادة إلى الفعل الجنسي غير المشروع وانتهاك حرمة الزواج وهي حرة ومدركة ولا يسأل الفاعل عن جريمة زنا لتخلف القصد الجرمي إذا حدث الوطء دون ارادته كما لو حصل بالقوة أو التهديد أو بالغش والخداع ، فالطبيب الذي يواقع امرأة أثناء الكشف عليها وهي مصابة باعياء شديد يكون قد ارتكب الفعل دون ارادة المرأة فلا تسأل عن زنا لتخلف القصد لديها في حين يسأل الطبيب عن جريمة اغتصاب .

إذن يجب ان يتوافر عنصر الإرادة ليتوافر القصد الجرمي وعنصر الإرادة لا تتوافر الا إذا كانت الإرادة حرة ومدركة لذلك فإذا زنا رجل بامرأة لم تبلغ سن الثامنة عشر من العمر فالزاني هنا

يسأل عن جريمتين الأولى : عن جريمة الخيانة الزوجية ، والثانية : عن جريمة اغتصاب بغض النظر عن رضا الزوجة، ولكنه يسأل عن الثانية باعتبارها هي الجريمة التي عقوبتها الاشد ولا تأثير لتنازل الزوج على استمرار الإجراءات القانونية ضده[٢١٠].

وكذلك يسأل الجاني عن جريمة اغتصاب إذا كانت المرأة التي زنا بها مجنونة بحيث كانت فاقدة لشعورها بينما المرأة المجنونة لا تسأل لعدم توافر الرضا لديها .

الفرع الرابع

منزل الزوجية في جريمة زنا الزوج

من خلال نص المادة (٣٧٧ عقوبات) يتضح انه يشترط لتوافر جريمة زنا الزوج وفضلاً عن الاركان الثلاثة التي تناولناها في جريمة زنا الزوجة هو ان يحدث الزنا في منزل الزوجية حيث يترتب على عدم توافر هذا الركن انتفاء جريمة زنا الزوج ، والمشرع نص على هذا الركن من اجل حماية شعور المرأة من الجرح والاهانة إذا تم الزنا في منزل الزوجية ، والمشرع في جريمة زنا الزوج لا يحمي اخلاص الزوج لزوجته ولو كان يريد ذلك لجعل التجريم يسري على الزنا سواء حصل في منزل الزوجية أو في مكان آخر ، بل هو يريد حماية شعور المرأة من ان يخدش برؤية جريمة الزنا ترتكب من زوجها في منزل الزوجية ، وكان على المشرع ان يعاقب على زنا الزوج بغض النظر عن مكان ارتكابه لان ذلك يحمي للزوجة اخلاص زوجها من جهة ويحمي شعورها الذي يصاب بالجرح والمهانة حتى لو ارتكب الفعل خارج منزل الزوجية

ومنزل الزوجية : هو كل مكان يمكن للزوج ان يكلف زوجته في الاقامة فيه ، ويكون للزوجة حق الدخول فيه من تلقاء نفسها [٢١١] ، ومن خلال ما تقدم فان مدلول منزل الزوجية لا يقتصر على المسكن الذي يقيم فيه الزوجان بصفة دائمة، بل يشمل كل مكان يقيم فيه الزوج حتى ولو لم تكن الزوجة تشاركه المعيشة فيه وان يكون للزوجة حق دخوله [٢١٢] ، وبالتالي ينطبق مفهوم منزل الزوجية على المكان الذي يتخذه الزوج للسكن فيه في مدينة أخرى بسبب ظروف عمله [٢١٣] ، والمسكن الذي يخصصه الزوج لاوقات معينة من السنة للاصطياف فيه[٢١٤].

ويخرج من مفهوم منزل الزوجية المكان الذي تملكه أو تستأجره الخليلة التي يزنى بها الزوج ولو كان الزوج مقيم فيه فعلاً ، وكذلك الغرفة التي يستأجرها الزوج في فندق للاقامة فيها فترة قصيرة ليس لها صفة الدوام.

ولا ينطبق حكم منزل الزوجية على المصنع أو مكان العمل الحكومي إذا استغله الموظف في ارتكاب فعل الزنا مع شريكته .

ومنزل الزوجية لا يفقد صفته وان تغيبت عنه الزوجة بسبب ظروف معينة كسفرها أو مرضها أو لتواجدها في منزل أهلها ، وكذلك لا يفقد صفته أيضاً أثناء فترة العدة من الطلاق الرجعي [٢١٥] ، ومنزل الزوجية يشمل كل منزل يتخذه الزوج للسكن الخاص به طالما ان لزوجته الحق في السكن معه .

فمنزل الزوجية يشمل كل محل يقيم فيه الزوج ولو لم تكن الزوجة مقيمة فيه فعلاً ، ذلك لان للزوجة ان تساكن زوجها حيثما اتخذ لها مسكناً ، فكل منزل من هذا القبيل يصح ان يكون محل للسكنى ، لها ان تدخله من تلقاء نفسها ولزوجها ان يطلبها للاقامة فيه [٢١٦] ، ولمحكمة الموضوع سلطة تقديرية في تقدير ما إذا كان للمحل صفة الدوام بحيث يعتبر مسكناً مسترشدة في ذلك بمدة الاقامة[٢١٧]

بعد ان تناولنا بالبحث والدراسة لجريمة زنا الزوجية ، وجدنا ان المشرع الجنائي قد راعى صلة القرابة مرتين :

الأولى : من خلال تجريم فعل الزنا والذي هو بالأصل فعل مباح إذا ما حصل أثناء قيام العلاقة الزوجية – أي أثناء توافر صلة القرابة بين الزوج وزوجته .

الثانية : فنجده قد حرص على العلاقات والروابط العائلية لذلك قيد تحريك الدعوى الجزائية [٢١٨] في جرائم الزنا بتقديم شكوى من المجنى عليه رعاية لمصلحة العائلة واعتبارها وحتى لا يتسبب في هدم كيان الأسرة الذي يحرص القانون عليه بتجريمه فعل الزنا.

والمشرع العراقي قد ساوى في العقوبة بين الزاني والزانية حيث عاقبهما بالحبس دون تحديد لمدة الحبس ، وعقوبة الحبس هي أكثر من ثلاثة اشهر إلى خمس سنوات .

الخاتمة

القرابة هي الرابطة التي تربط بين شخص واخر ، سواء كانت هذه الرابطة رابطة نسب أو رابطة مصاهرة، وشراح القانون المدني يطلقون على القرابة مصطلح الحالة العائلية أو الحالة المدنية للشخص الطبيعي قاصدين فيها تحديد مركز الشخص في اسرة معينة وهي على نوعين : قرابة نسب وأساسها الدم وهي التي تقوم بين افراد تربطهم رابطة الدم وتقسم إلى قرابة مباشرة وقرابة حواشي .

وقرابة مصاهرة وأساسها الزواج وهي نوعان : قرابة زوجية وهي الصلة التي بين الشخص وزوجه ، وقرابة مصاهرة بالمعنى الدقيق وهي التي تجمع بين احد الزوجين واقارب الزوج الآخر حيث يصبح الزوج قريباً بنفس الدرجة لكل اقارب الزوج الآخر . وقد وجدنا للقرابة في قانون العقوبات دوراً بارزاً سواءاً في إباحة الفعل المجرم أو في تجريم الفعل المباح، فالمشرع العراقي قد تأثر بالروابط العائلية والأسرية حيث جعل منها سبباً لاباحة بعض الأفعال التي هي في الأصل افعالاً مجرمة وذلك عند تنظيمه لأسباب الإباحة حيث اعتبر مباشرة أفعال التأديب وضمن الشروط المقررة لها كأحد تطبيقات استعمال الحق افعالاً مباحة إذا ما صدرت عن شخص يحمل صفة معينة تتمثل بكونه زوجاً أو أباً للشخص الخاضع للتأديب ، ولكن دور القرابة في هذا المجال ليس مطلقاً بل هو مقيد بالتزام الحدود الموضوعية لحق التأديب وان كان الالتزام بهذه الحدود غير كافي بل لابد من توافر عنصر الصفة (زوجاً أو أباً) ، والمشرع يرى بأن مصلحة الأسرة ومن ورائها مصلحة المجتمع تقتضي بأن يكون لبعض أفرادها سلطة على البعض الآخر وهذه السلطة تدعم بالحق في توقيع الجزاء على من يخرج عليها وهذه السلطة منحها لمن يتوافر فيه صلة قرابة معينة ، والقانون تكفل بتحديد صاحب الحق في التأديب وهو من تتوافر فيه صفة الزوج أو الأب بالنسبة للشخص الخاضع للتأديب ، وحق التأديب ينحصر في نطاق الأسرة الواحدة كأصل عام فهو وسيلة بيد رب الأسرة للمحافظة على أسرته من التصدع والانحراف ولحملهم على تهذيب سلوكهم وأخلاقهم وجعلهم افراد صالحين في المجتمع ، كما انه يعزز دور رب الأسرة بين أفرادها ، فمن خلاله يستطيع رب الأسرة ضمان استقرار النظام داخل أسرته ، كما انه يحقق نوع من الموازنة بين ما يقع على افراد الأسرة من التزامات ومسؤوليات متقابلة ومن الطبيعي ان يمنح رب الأسرة سلطة ايقاع الجزاء على الشخص الخاضع للتأديب إذا ما ارتكب الآخر معصية ما .

ونزولاً عند هذه الاعتبارات اعلاه نجد ان المشرع يأخذ بعين الاعتبار صلة القرابة بين افراد الأسرة الواحدة ليقرر إباحة افعالاً معينة كانت بالأصل افعالاً مجرمة ، وان كانت صلة القرابة لا تعمل

لوحدها بل يشترط توافر الشروط الأخرى التي قررها القانون إلى جانبها ولكن للقرابة الدور الرئيسي في هذه الإباحة حيث ينبغي البحث عنها والتأكد من قيامها أولاً قبل البحث عن الشروط الأخرى . كما ان للقرابة دور في تجريم الفعل المباح ، لان المشرع عندما يجرم بعض الأفعال يتأثر باعتبارات كثيرة ومن تلك الاعتبارات ، الاعتبارات التي تنشأ من وجود صلة قرابة بين الافراد بحيث إذا ما انتهت أو انتفت صلة القرابة بينهما عاد الفعل إلى الإباحة مرة أخرى ، وابرز مثال على ذلك هو تجريم فعل الزنا إذا ما حصل أثناء قيام الرابطة الزوجية ، ولكن ما يجب ملاحظته ان القرابة لا يكون لها هذا الدور ما لم يوجد نص يقرر ذلك لان التشريع هو المصدر الوحيد لقانون العقوبات ، فالقرابة لوحدها أو مجرد توافرها لا تجرم الفعل المباح ولكن يكون لها هذا الأثر من خلال التشريع لاننا محكومون بمبدأ لا جريمة ولا عقوبة الا بنص ، ففعل الزنا في إطار قانون العقوبات العراقي فعلاً مباحاً إذا ما حصل برضا الطرفين وكانا كاملان الأهلية ، ولكن هذه الإباحة ليست مطلقة وذلك عندما يقع الزنا بين شخصين احدهما اوكلاهما متزوجان ، لان جريمة الزنا في نظر القانون هو انتهاك لحرمة وقدسية الزواج وهذه الحرمة أو القدسية للزواج يتطلب ان تكون الزوجية قائمة ، لذلك عندما يحصل الزنا أثناء قيامها فانه يعد اعتداء على حرمة وقدسية الزواج وبالتالي عدهُ القانون جريمة معاقب عليها ، ولكن عندما تنتفي رابطة الزوجية وتزول (صفة الزوج أو الزوجة) عن الفاعل تنتفي الجريمة وترفع الصفة غير المشروعة عن الفعل ويعود الفعل إلى قائمة الأفعال المباحة إذا ما حصل الزنا برضا وكانا بالغيين .

الهوامش

(1) سورة النساء : الآية ٣٦ .

(2) سورة الشعراء : الآية ٢١٤ .

(3) سورة البلد : الآية ١٥ .

(4) العلامة ابن منظور : اسان العرب ، المجلد الاول ، الجزء الثاني ، (دار صادر – دار بيروت) ، بيروت، ١٩٥٥ ، ص٦٦٢ وما بعدها . والمنجد في اللغة والاعلام : الطبعة الثلاثون ، دار المشرق ، بيروت ، ١٩٨٨ ، ص٦١٧ . والمعجم العربي الاساسي : تأليف جماعة من كبار اللغويين العرب بتكليف من المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم ، توزيع لاروس ، ١٩٨٩ ، ص٩٧٥ . ومحمد بن ابي بكر الرازي : مختار الصحاح ، دار الكتاب العربي ، ص٥٢٦ .

(5) انظر المادة ٣٩ القانون المدني العراقي .

(6) د. احمد سلامة : محاضرات في المدخل للعلوم القانونية ، نظرية الحق في القانون المدني ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٦٠ ، ص١٨٦ .

(7) د. محمود جمال الدين زكي : دروس في مقدمة الدراسات القانونية ، ط٢ ، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية ، ١٩٦٩ ، ص٤٢٧ .

(8) د. توفيق حسن فرج : المدخل للعلوم القانونية ، النظرية العامة للحق ، القسم الثاني في نظرية الحق ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، ١٩٨٣ ، ص٤٢٥ .

(9) د. توفيق حسن فرج : المرجع السابق ، ص٤٢٤ .

(10) د. عبد المنعم فرج الصدة : مبادئ القانون ، القسم الاول ، نظرية القاعدة القانونية ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٨٢ ، ص٢١٦ .

(11) انظر المادة ٣٨ مدني عراقي .

(12) انظر المادة ٣٨ مدني عراقي .

(13) انظر قانون الرعاية الاجتماعية رقم ١٢٦ لسنة ١٩٨٠ .

(14) د. عبد المنعم فرج الصده : مرجع سابق ، ص٢١٨ .

(15) د. عبد المنعم فرج الصده : اصول القانون ، مكتبة ومطبعة مصطفى الجلبي واولاده ، القاهرة ، ١٩٦٥، ص٣٦٣ . وانظر ايضاً المادة ٣٨ مدني عراقي . والنسب قد يكون طبيعياً وقد يكون صناعياً ، ويكون طبيعي اذا قامت صلة دم بين الشخصين اللذين يربط بينهما ، ويكون صناعياً اذا لم تقم صلة دم بينهما ولكن رغب الشخصان في اعتبارها كأنها موجودة وهو ما يعرف بالتبني ، علماً ان نظام التبني غير جائز عند المسلمين وجائز عند غيرهم ومنتج لكل آثار القرابة القانونية . انظر د. احمد سلامة : مرجع سابق ، ص١٨٧ . ويحظره قانون الطفل المصري رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ والمعدل بقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ في المادة الرابعة منه . في حين ان قانون رعاية الاحداث العراقي رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣ في المادة ٣٩ منه نص (للزوجين ان يتقدما بطلب مشترك الى محكمة الاحداث لضم صغير يتيم الأبوين أو مجهول النسب اليهما ...) ونص في المادة ٤٤ منه على (يتم الاقرار بنسب مجهول النسب أمام محكمة

الاحداث وفق قانون الاحوال الشخصية) والمادة ٤٦ من قانون الاحداث الزمت محكمة الاحداث بارسال نسخة من قرارها بالضم أو بالاقرار بالنسب الى مديرية الجنسية والاحوال المدنية العامة لقيده في سجلاتها .

(16) د. سعيد عبد الكريم مبارك : اصول القانون ، طبع على نفقة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد، ١٩٨٢ ، ص٢٨٥ . د. سامي سعيد عبد الله : اثر الباعث في جريمة القتل العمد ، رسالة مقدمة الى المعهد القضائي العراقي ، ١٩٨٧ ، ص١١١.

(17) د. توفيق حسن فرج : مرجع سابق ، ص٤٢٥ .

(18) د. احمد سلامة : مرجع سابق ، ص١٨٧ .

(19) د. عبد المنعم فرج الصده : مبادئ القانون ، مرجع سابق ، ص٢١٩ . د. احمد سلامة : مرجع سابق ، ص١٨٧ .

(20) د. عبد المنعم فرج الصده : اصول القانون ، مرجع سابق ، ص٣٦٣ .

(21) د. سعيد مبارك : مرجع سابق ، ص٢٨٥ .

(22) د. احمد سلامة : مرجع سابق ، ص١٨٧ .

(23) د. توفيق حسن فرج : مرجع سابق ، ص٤٢٦ .

(24) د. عبد المنعم فرج الصده : مبادئ القانون ، مرجع سابق ، ص٢١٩ .

(25) انظر (نقض هيئة عامة رقم ٤٢ اساس ٣٣ تاريخ ١٩٨١/١١/٢٢ محامون ص٣٥ لعام ١٩٨٢) . اشار اليه المحامي وسيم حسام الدين الاحمد : مجموعة القواعد القانونية الصادرة عن الهيئة العامة= =لمحكمة النقض السورية من عام ١٩٦٢-٢٠٠٥ ، منشورات الجلبي الحقوقية ، الطبعة الاولى ، ٢٠٠٨ ، ص٢٤٢ .

(26) د. توفيق حسن فرج : مرجع سابق ، ص٤٢٦ . د. عبد المنعم فرج الصده : مبادئ القانون ، مرجع سابق ، ص٢١٩ .

(27) انظر المادة ٣٩٣ ف/ب قانون العقوبات العراقي .

(28) د. توفيق حسن فرج : مرجع سابق ، ص٤٢٦ . ود. عبد المنعم فرج الصده : اصول القانون ، مرجع سابق ، ص٣٦٣ .

(29) انظر المادة ٣٩ ف/٢ من القانون المدني .

(30) د. سعيد مبارك : مرجع سابق ، ص٢٨٦ .

(31) د. احمد سلامة : مرجع سابق ، ص١٨٨ .

(32) د. عبد المنعم فرج الصده : مبادئ القانون ، مرجع سابق ، ص٢٢٠ . وانظر ايضاً قرار محكمة النقض السورية (نقض هيئة عامة رقم ٤٢ اساس ٣٣ تاريخ ١٩٨١/١١/٢٢) ، اشار اليه وسيم حسام الدين احمد ، مجموعة القواعد القانونية الصادرة عن الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية ، منشورات الجلبي الحقوقية ، ط١ ، ٢٠٠٨ ، ص٢٤٢ .

(33) د. عبد المنعم فرج الصده : اصول القانون ، مرجع سابق ، ص٣٦٥ .

(34) د. احمد سلامة : مرجع سابق ، ص١٨٩ .

(35) د. توفيق حسن فرج : مرجع سابق ، ص٤٢٧ .

(36) انظر بنفس المعنى المادة ٣٧ من القانون المدني المصري .

(37) الزواج : هو حل استمتاع كل من الرجل والمرأة على الوجه المشروع . انظر : خليفة احمد العقيلي ، الزواج والطلاق في الشريعة الاسلامية ، ط١ ، دار الجماهيرية للنشر والتوزيع والاعلان ، بنغازي ، ١٩٩٠ ، ص٢٧ .

(38) د. احمد سلامة : مرجع سابق ، ص١٨٩ .

(39) د. عبد المنعم فرج الصده : اصول القانون ، مرجع سابق ، ص٣٦٥ .

(40) د. عبد المنعم فرج الصده : اصول القانون ، مرجع سابق ، ص٣٦٥ .

(41) د. محمود نجيب حسني : شرح قانون العقوبات / القسم العام ، ط٥ ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٢ ، ص١٥٠ .

(42) د. محمد هشام ابو الفتوح : شرح القسم العام من قانون العقوبات ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٠ ، ص٨٤٧ .

(43) د. احمد فتحي سرور : شرح قانون العقوبات ، الجزء الاول ، القسم العام ، دار النهضة العربية ، ١٩٨١ ، ص٣٠٥ .

(44) د. احمد فتحي سرور : مرجع سابق ، ص٣٠٧ .

(45) د. محمود نجيب حسني : اسباب الاباحة في التشريعات العربية ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٦٢ ، ص١٥ . د. عبد الفتاح خضر : النظام الجنائي ، الجزء الاول ، مطابع الادارة العامة ، السعودية ، ١٩٨٢ ، ص١٧٩ .

(46) د. غالب الداودي : شرح قانون العقوبات العراقي / القسم العام ، ط١ ، دار الطباعة الحديثة ، البصرة ، ١٩٦٨ ، ص١٧٨ .

(47) د. سامي جميل الفياض الكبيسي : رفع المسؤولية الجنائية في اسباب الاباحة ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الاولى ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٥ ، ص٤٧ .

(48) د. محمود نجيب حسني : القسم العام ، مرجع سابق ، ص١٥١ . ود. ماهر عبد شويش : الاحكام العامة في قانون العقوبات ، دار الحكمة للطباعة ، الموصل ، ١٩٩٠ ، ص٣٢٣ .

(49) مها صبيح صادق : استعمال الحق سبباً من اسباب الاباحة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق – جامعة النهرين ، ١٩٩٩ ، ص١٢ .

(50) د. محمود نجيب حسني : القسم العام ، مرجع سابق ، ص١٥١ .

(51) هناك من يرى بأنها غير واردة على سبيل الحصر مبرراً رأيه بأن النظام القانوني كلاً متسقاً لا تتناقض قواعده . د. محمود نجيب حسني : القسم العام ، مرجع سابق ، ص١٥٢ .

(52) د. سامي الفياض الكبيسي : مرجع سابق ، ص٥٢ .

(53) انظر المواد (٣٩-٤٦) قانون العقوبات العراقي .

(54) د. محمود نجيب حسني : القسم العام ، مرجع سابق ، ص١٥٤ .

(55) د. محمود نجيب حسني : القسم العام ، مرجع سابق ، ص١٥٥ . د. سامي الكبيسي : مرجع سابق ، ص٥٥ .

(56) مها صبيح صادق : مرجع سابق ، ص١٩ و٢٢ . د. عبد الفتاح خضر : مرجع سابق ، ص١٨٧ .

(57) د. عبد الفتاح خضر : مرجع سابق ، ص١٨٧ .

(58) د. سامي جميل الكبيسي : مرجع سابق ، ص٥٧ .

(59) د. سامي النصراوي : المبادئ العامة في قانون العقوبات ، الجزء الاول ، الجريمة ، الطبعة الاولى ، مطبعة دار السلام ، بغداد ، ١٩٧٧ ، ص١٤٤ .

(60) د. سامي جميل الكبيسي : مرجع سابق ، ص٥٧ .

(61) د. ماهر عبد شويش : مرجع سابق ، ص٣٣٥ .

(62) د. محمود نجيب حسني : اسباب الاباحة ، مرجع سابق ، ص٤٧ . ود. محمد هشام ابو الفتوح : مرجع سابق ، ص٨٥٨ .

(63) لقد اختلفت الصياغة القانونية للنصوص التي تعالج هذا الموضوع فبعض من التشريعات جاء بتقرير قاعدة عامة كقانون العقوبات المصري في المادة (٦٠) منه والليبي في المادة ٦٩ والتونسي في الفصل ٤٢ والجزائري في المادة ٣٩ منه . في حين ان البعض الاخر لم يكتف بتقرير القاعدة العامة بل عززها بتطبيقات مثل قانون العقوبات العراقي في المادة ٤١ منه ، واللبناني في المواد ١٨٣ و١٨٦ والسوري في المادة ١٨٢ و١٨٥ .

(64) د. محمود نجيب حسني : القسم العام ، مرجع سابق ، ص١٦٣ .

(65) د. محمد هشام ابو الفتوح : مرجع سابق ، ص٨٦١ .

(66) د. محمد هاشم ابو الفتوح ، مرجع سابق ، ص٨٦٣ .
(67) محمد زكي ابو عامر : قانون العقوبات / القسم العام ، دار المطبوعات الجامعية ، الطبعة الاولى ، ١٩٨٦ ، ص٢٩٩ .
(68) د. محمود نجيب حسني : اسباب الاباحة ، مرجع سابق ، ص٥٩ .
(69) د. محمود نجيب حسني : اسباب الاباحة ، مرجع سابق ، ص٦٠ .
(70) د. محمود نجيب حسني : القسم العام ، مرجع سابق ، ص١٦٣ . ود. ماهر عبد شويش : مرجع سابق ، ص٣٣٦ .
(71) د. عبد العزيز عامر : شرح الاحكام العامة للجريمة في القانون الجنائي ، منشورات جامعة قار يونس ، بنغازي ، ١٩٧٤ ، ص١٨٧ . ود. ماهر عبد شويش : مرجع سابق ، ص٣٢٤ و٣٣٧ .
(72) د. محمد هشام ابو الفتوح : مرجع سابق ، ص٨٦٠ . د. محمود نجيب حسني : اسباب الاباحة ، مرجع سابق ، ص٦٧ .
(73) د. محمد زكي ابو عامر : مرجع سابق ، ص٣٠٠ .
(74) مها صبيح صادق : مرجع سابق ، ص٣٧ .
(75) د. عبد الفتاح خضر : مرجع سابق ، ص١٩٥ .
(76) مها صبيح صادق : مرجع سابق ، ص٣٨ .
(77) د. محمود نجيب حسني : مرجع سابق ، ص٧٧ .
(78) د. عبد الفتاح خضر : مرجع سابق ، ص١٩٦ .
(79) د. محمود نجيب حسني : اسباب الاباحة ، مرجع سابق ، ص٧٥ .
(80) د. محمود نجيب حسني : القسم العام ، مرجع سابق ، ص١٦٥ .
(81) د. احمد فتحي سرور : مرجع سابق ، ص٣٢١ .
(82) مها صبيح صادق : مرجع سابق ، ص٣٨ .
(83) مها صبيح صادق : مرجع سابق ، ص٣٨ .
(84) د. محمد هشام ابو الفتوح : مرجع سابق ، ص٨٦٣ .
(85) د. محمود نجيب حسني : اسباب الاباحة ، مرجع سابق ، ص٦٤ .
(86) د. محمود نجيب حسني : اسباب الاباحة ، مرجع سابق ، ص٦٦ .
(87) د. عبد الفتاح خضر : مرجع سابق ، ص١٩٥ .
(88) مها صبيح صادق : مرجع سابق ، ص٤٥ .
(89) د. عبد الفتاح خضر : مرجع سابق ، ص١٩٦ . د. محمود نجيب حسني : القسم العام ، مرجع سابق ، ص١٦٥ .
(90) د. محمود نجيب حسني : اسباب الاباحة ، مرجع سابق ، ص٧٥ .
(91) د. محمود نجيب حسني : اسباب الاباحة ، مرجع سابق ، ص٨٣ .
(92) مها صبيح : مرجع سابق ، ص٤٩ .
(93) د. عبد الفتاح خضر : مرجع سابق ، ص١٩٧ .
(94) د. محمود نجيب حسني : اسباب الاباحة ، مرجع سابق ، ص٨٥ .
(95) مها صبيح صادق : مرجع سابق ، ص٥١ . د. محمد هشام ابو الفتوح : مرجع سابق ، ص٨٦٧ .
(96) مها صبيح صادق : مرجع سابق ، ص٥١ . د. محمد هشام ابو الفتوح : مرجع سابق ، ص٨٦٦ .
(97) د. محمد محمد مصباح القاضي : مبدأ حُسن النية في قانون العقوبات ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٧ ، ص٣٢ . ود. محمود نجيب حسني : اسباب الاباحة ، مرجع سابق ، ص٩٠ .

(98) د. احمد فتحي سرور : مرجع سابق ، ص٣٢٤ . ود. محمد هشام ابو الفتوح : مرجع سابق ، ص٨٦٧.

(99) د. محمد زكي ابو عامر : مرجع سابق ، ص٣٠٢ .

(100) د. محمود نجيب حسني : القسم العام ، مرجع سابق ، ص١٦٧ . د. محمد هشام ابو الفتوح : مرجع سابق ، ص٨٦٧ . د. محمد محمد مصباح : مرجع سابق ، ص٤٠ . ود. ماهر عبد شويش : مرجع سابق ، ص٣٣٨ . ود. احمد فتحي سرور : مرجع سابق ، ص٣٢٤ .

(101) د. محمود نجيب حسني : القسم العام ، مرجع سابق ، ص١٦٧ .

(102) د. محمد محمد مصباح القاضي : مرجع سابق ، ص٥٩ و٢٩٩ .

(103) د. محمد هشام ابو الفتوح : مرجع سابق ، ص٨٦٥ .

(104) سورة النساء : آية ٣٤ .

(105) والصفة هنا في الغالب هي صلة قرابة كأن يكون زوجاً أو أباً أو أخاً .

(106) قال تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَاراً وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ) سورة التحريم/الآية ٦ ، وقال تعالى : (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاء) سورة النساء/الآية ٣٤ ، وقال تعالى : (وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ) سورة النساء/الآية٣٤ ، وقال الرسول (ص) (كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته ، الإمام راعٍ ومسؤول عن رعيته ، والرجل راعٍ في اهله وهو مسؤول عن رعيته والمرأة راعية في بيت زوجها وهي مسؤولة عن رعيتها ...) .

وقال الرسول (ص) (مروا أولادكم بالصلاة وهم ابناء سبع سنين واضربوهم عليها وهم ابناء عشر سنين وفرقوا بينهم في المضاجع) ، كما ان القوانين الجنائية العربية قد نصت بعضها بنصوص صريحة على حق التأديب ومنها قانون العقوبات العراقي في المادة (١/٤١) وقانون العقوبات السوري في المادة (١٨٥/٢/أ) وقانون العقوبات اللبناني في المادة (١٨٦) منه وبعض من القوانين العربية لم تتضمن نصوصاً صريحة بهذا الشأن الا ان ذلك لا يعني عدم اعترافها به مثل قانون العقوبات المصري .

(107) د. سامي الكبيسي ، مرجع سابق ، ص٢٦٠ . ود. محمود نجيب حسني ، قانون العقوبات / القسم العام ، مرجع سابق ، ص١٦٨.

(108) د. المتولي صالح الشاعر : قانون العقوبات الاعفائي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٣ ، ص٩١ .

(109) د. سامي الكبيسي ، مرجع سابق ، ص٢٧٧ .

(110) مها صبيح صادق ، مرجع سابق ، ص٦٦ .

(111) انظر قرار محكمة التمييز رقم ٢٣٩/تمييزية في ١٩٦٤/٦/٩ . د. عباس الحسني وكامل السامرائي ، الفقه الجنائي في قرارات محكمة التمييز ، ج/١ ، ص٤١٥ .

(112) د. عبد القادر عودة : التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي ، الجزء الأول ، دار الكاتب العربي ، بيروت ، لبنان، ١٩٧٧ ، ص٥١٤ .

(113) د. عصام احمد محمد : النظرية العامة للحق في سلامة الجسم ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، ١٩٨٨ ، ص٩٢٨ .

(114) سورة النساء / الآية ٣٤ .

(115) مها صبيح صادق ، مرجع سابق ، ص٧٠ .

(116) انظر قرار محكمة التمييز رقم ١١/تمييزية/١٩٧٤ في ١٩٧٤/٦/١١ ، النشرة القضائية ، السنة الخامسة ، العدد الأول ، ص٤٠٨.

(117) د. سامي الكبيسي ، مرجع سابق ، ص٢٦٨ .

(118) ابن منظور : لسان العرب ، الجزء السابع ، المؤسسة المصرية للتأليف والانباء والنشر ، الدار المصرية للتأليف ، القاهرة ، دون ذكر سنة طبع ، ص١١٠ .

(119) د. سامي جميل الفياض الكبيسي ، مرجع سابق ، ص٢٧٠ .

(120) د. عامر ناصر : تأديب الزوجة بين الحق والتعسف ، مجلة كلية صدام للحقوق ، جامعة صدام ، مجلد/٥، عدد / ٧ ، السنة ١٤٢١هـ/٢٠٠١م ، ص١٥٦ .

(121) د. عصام احمد محمد ، مرجع سابق ، ص٩٢٣ .

(122) سورة النساء : الآية ٣٤ .

(123) د. سامي جميل الفياض الكبيسي ، مرجع سابق ، ص٢٧١ .

(124) د. سلطان الشاوي : الجرائم الماسة بسلامة الجسم ، مجلة العلوم القانونية ، مج١٠ ، ع٢ ، العام ١٩٩٤، ص١٥ .

(125) د. عبد الحكم فودة : امتناع العقاب في ضوء الفقه والقانون ، المركز القومي للاصدارات القانونية ، عابدين ، ٢٠٠٧-٢٠٠٨، ص١٠١ .

(126) د. سامي جميل الكبيسي ، مرجع سابق ، ص٢٧٤ .

(127) سورة النساء : الآية ٣٤ .

(128) د. عبد القادر عودة : التشريع الجنائي مقارناً بالقانون الوضعي ، ج١ ، دار الكاتب العربي ، بيروت ، لبنان ، ١٩٧٧ ، ص٥١٤.

(129) انظر قرار محكمة النقض المصرية (نقض ١٩٧٧/١١/٩ طعن ٥س ٤٦ق) . أشار إليه انور طلبة : مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية في خمسين عاماً (١٩٣١-١٩٨١)، ج٢ ، ص٢٤٠ . ود. ماهر عبد شويش ، مرجع سابق ، ص٣٣٩ .

(130) قال الرسول (ص) (مروا أولادكم بالصلاة وهم ابناء سبع سنين واضربوهم عليها وهم ابناء عشر سنين) . أبو داود : عون المعبود شرح سنن أبي داود ، ضبط وتحقيق عبد الرحمن محمد عثمان ، ج٢ ، ط٢ ، ١٣٨٨هـ/١٩٦٨م ، رقم الحديث (٤٩١) ، ص١٦٢ .

(131) د. سامي جميل الفياض الكبيسي ، مرجع سابق ، ص٢٩٥ .

(132) د. سامي جميل الفياض الكبيسي ، مرجع سابق ، ص٢٩٥ .

(133) د. عبد القادر عودة ، مرجع سابق ، ص٥١٨ .

(134) د. عصام احمد محمد ، مرجع سابق ، ص٩٢٩ .

(135) د. محمود نجيب حسني : أسباب الاباحة ، مرجع سابق ، ص١١١ .

(136) انظر نص المادة ٤١ عقوبات .

(137) ينظر نص المادة (١/٣) من قانون رعاية القاصرين التي عدت كل من اكمل ١٥ سنة وتزوج باذن من المحكمة كامل الاهلية .

(138) الطلاق الرجعي كما عرفته المادة (٣٨ف١) من قانون الاحوال الشخصية العراقي بأنه (هو ما جاز للزوج مراجعة زوجته اثناء عدتها منه دون عقد ...) .

(139) ينظر نص م/٣ف٣ من قانون الاحوال الشخصية العراقي .

(140) د. ضاري خليل : تفاوت الحماية الجنائية بين الرجل والمرأة ، مطبعة الجاحظ ، بغداد ، ١٩٩٠ ، ص٧٣

(141) للمزيد انظر : محمد اسماعيل إبراهيم ، حق التأديب سبباً للاباحة في قانون العقوبات العراقي ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون – جامعة بابل ، ٢٠٠١ ، ص٨٦ وما بعدها .

(142) انظر قرار محكمة التمييز رقم ٤٥٢ في ١٩٧٦/٥/٦ . مجموعة الاحكام العدلية ، السنة السابعة ، العدد الثاني ، ١٩٧٧ ، ص٣٧٢ .

(143) محسن البيه : مسؤولية المعلم المدنية ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد ، ١٩٩٧ ، ص١٨-١٩ .

(144) د. عصام احمد محمد ، مرجع سابق ، ص٩٣٠ . ود. عبد القادر عودة ، مرجع سابق ، ص٥١٨ . والمحامي محسن ناجي ، الاحكام العامة في قانون العقوبات ، شرح على متون النصوص الجزائية، ط١ ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٤ ، ص٢٢٦.

(145) د. سامي جميل الكبيسي ، مرجع سابق ، ص٢٩٢ .

(146) د. عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي ، ج١ ، مرجع سابق ، ص٥١٨ .

(147) انظر نص المادة ٣٤ من قانون رعاية القاصرين .

(148) انظر نص المادة ٣/ف/خامساً من قانون رعاية الاحداث رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣ .

(149) د. حسن محمد أبو السعود : شرح قانون العقوبات العراقي / القسم الخاص ، مطبعة الرشيد ، بغداد ، ١٩٤٢-١٩٤٣ ، ص١٦٦. ود. عبد الفتاح خضر ، مرجع سابق ، ص٢١٨ .

(150) د. عصام احمد محمد ، مرجع سابق ، ص٩٢٨ .

(151) وان كان قانون العقوبات العراقي قد حددها باكماله السابعة من عمره وذلك في المادة ٦٤ منه .

(152) د. سامي جميل الكبيسي ، مرجع سابق ، ص٢٩٦ .

(153) د. سامي جميل الكبيسي ، مرجع سابق ، ص٢٨٠ .

(154) د. السعيد مصطفى السعيد : الاحكام العامة في قانون العقوبات ، المطبعة العالمية ، ١٣٧١هـ/١٩٥١م ، ص١٥٨ .

(155) د. محمود نجيب حسني : أسباب الاباحة ، مرجع سابق ، ص١٠٥ .

(156) انظر قرار محكمة التمييز رقم ٢١٦ في ١٩٧٦/١٢/٢٥ . مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الرابع ، السنة السابعة ، ١٩٧٧ ، ص٣٢٦ .

(157) د. محمد حسن أبو السعود ، مرجع سابق ، ص١٦٩ .

(158) مها صبيح صادق ، مرجع سابق ، ص٨٨ .

(159) هناك من يفضل استخدام مصطلح مبدأ المشروعية على مصطلح مبدأ الشرعية للتعبير عن مبدأ النصية على الجريمة والعقوبة لانه يرى مصطلح الشرعية ذو مضمون سياسي اذ يقصد بالشرعية اساس صحة حكم الحاكم في ممارسة السلطة برضا غالبية افراد المجتمع ، أما المشروعية فهي ذات مضمون قانوني يقصد به ضمان واجب السلطة في الخضوع للقانون في ممارسة السلطة وضمان واجب طاعة الافراد للسلطة والقانون أي انها تعني خضوع الجميع للقانون حكاماً ومحكومين . انظر د. ضاري خليل محمود : البسيط في شرح قانون العقوبات القسم العام ، الطبعة الاولى ، ٢٠٠٢ ، ص١٤ .

(160) د. يسر انور علي : شرح قانون العقوبات – النظريات العامة ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٧ ، ص٨١ .

(161) Hegal : Principles de La philosophic du droit prefas de Jean Hxppolite 6 edition Gallimard , 1940 , P. 170 .

(162) طلال عبد حسين البدراني : الشرعية الجزائية ، رسالة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٢ ، ص٤.

(163) انظر م/١ من قانون العقوبات السوري ، وم(١) من قانون العقوبات اللبناني ، و م/١ من قانون العقوبات الليبي ، والمادة (٣) من قانون العقوبات الاردني ، و م(١) من قانون العقوبات العراقي .

(164) انظر م/٦٦ من الدستور المصري ، وم/(١٩/ثانياً) من دستور جمهورية العراق ، ٢٠٠٥ .

(165) طلال البدراني : الشرعية الجزائية ، مرجع سابق ، ص٢٨ .

(166) د. يسر انور علي : مرجع سابق ، ص٨٢ .

(167) د. علي حسين الخلف ، د. سلطان الشاوي : المبادئ العامة في قانون العقوبات ، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر ، بغداد ، دون ذكر سنة الطبع ، ص٣٦ .

(168) طلال البدراني : مرجع سابق ، ص١٩٢ . ود. يسر انور علي : مرجع سابق ، ص٨٢ . وانظر نص م/١٩/عاشراً من دستور جمهورية العراق .

(169) د. ضاري خليل : مرجع سابق ، ص٢٥ . وانظر ايضاً نص المادة (١٢٩) من دستور جمهورية العراق ، ٢٠٠٥ .

(170) طلال البدراني : مرجع سابق ، ص١٩٤ .

(171) عبده يحيى الشاطبي : مبدأ شرعية التجريم والعقاب ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠٠١ ، ص٤٨.

(172) ان المبدأ لا يرد عليه استثناء أما القاعدة يمكن ان يرد عليها استثناءات محددة . والمبدأ القانوني يراد به فكرة عامة مستخلصة بطريقة الاستقراء من جملة قواعد قانونية متقاربة فهو لا يرمي الى حل معين . أما القاعدة القانونية معناه ايراد نص يحوي حكماً معيناً خاصاً بحالة مجردة ، وانها لا تحكم حالة بذاتها بل يتعداها الى كل الاحوال المتشابهة . طلال عبد حسين البدراني : مرجع سابق ، ص٢٨ .

(173) طلال عبد حسين البدراني : مرجع سابق ، ص٣٥ .

(174) عبده يحيى الشاطبي : مرجع سابق ، ص٤٥ .

(175) طلال البدراني : مرجع سابق ، ص٤١ .

(176) د. يسر انور علي : مرجع سابق ، ص٨١ .

(177) د. يسر انور علي : مرجع سابق ، ص٨٢ .

(178) طلال البدراني : مرجع سابق ، ص٦٤ .

(179) طلال البدراني : مرجع سابق ، ص٢٥٣ . انظر ايضاً نص م/١٩/عاشراً من دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥ .

(180) د. ضاري خليل : مرجع سابق ، ص١٩ .

(181) د. ضاري خليل : مرجع سابق ، ص٢٠ . ود. علي حسين الخلف وسلطان الشاوي : مرجع سابق ، ص٣٧ و ٤٥ .

(182) د. يسر انور علي : مرجع سابق ، ص٩٧ .

(183) طلال البدراني : مرجع سابق ، ص٨٥ .

(184) طلال البدراني : مرجع سابق ، ص١٧٢ .

(185) د. يسر انور علي : مرجع سابق ، ص٩٦ .

(186) تعرف الشرعية الاجرائية بأنها : الاصل في المتهم البراءة ولا يجوز اتخاذ اجراء جنائي قبل المتهم الا بناءاً على قانون وتحت اشراف القضاة وفي حدود الضمانات المقررة بناءاً على قرينه البراءة وتقوم على اربع مبادئ : ١. الاصل بالمتهم

البراءة ، ٢. القانون هو المصدر الوحيد لقواعد الاجراءات الجنائية ، ٣. محاكمة الشخص أمام قاضيه الطبيعي ، ٤. اسقاط موانع التقاضي. انظر طلال البدراني : مرجع سابق ، ص١١٨ .

(187) لان اساس التجريم في الشريعة الاسلامية يتمثل بكون الزنا من الرذائل المنافية للاخلاق والطهارة ، بالاضافة الى كونه خطر على كيان الاسرة والمجتمع حيث يؤدي الى اشاعة الفاحشة واختلاط الانساب . أما القانون فلا يعاقب على الزنا في حد ذاته لانه يعتبر الزنا اعتداء من الزوج الزاني على رابطة الزوجية . د. حاتم الشحات : مرجع سابق ، ص٥٩٥ . وعبد الحميد احمد شهاب : جريمة الزنا في قانون العقوبات ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون / جامعة بغداد ، ١٩٩٠ ، ص١٧ .

(188) احمد امين : شرح قانون العقوبات / القسم الخاص ، الطبعة الثالثة ، مكتبة النهضة ، بيروت ، بغداد ، دون ذكر سنة الطبع ، ص٤٦٦ .

(189) انظر نص المادة (٢٧٤ و٢٧٧) عقوبات مصري .

(190) عبد السلام مقلد : الجرائم المعلقة على شكوى والقواعد الاجرائية الخاصة بها ، دار المطبوعات الجامعية، اسكندرية ، ١٩٨٩، ص٧٤ .

(191) عبد الحميد احمد شهاب : مرجع سابق ، ص٢٤ .

(192) انظر قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التميزية ، رقم الاضبارة ٢٦٨/جنح/١٩٨٩ في ١٩٨٩/٥/١٦ . وان هناك بعض الشراح الايطاليين يرون ان اتيان المرأة من الخلف لا يكون جريمة زنا لان اتيانها من الخلف ليس حقاً لزوجها ولا يجوز تحريك الدعوى مادام لا يمتلك هذا الحق .

(193) احمد امين : مرجع سابق ، ص٤٦٨ . ود. حاتم الشحات : مرجع سابق ، ص٥٩٨ . وعبد الحميد شهاب: مرجع سابق ، ص٢٧.

(194) وانظر قرار محكمة التمييز رقم ٢٨٢٧/٢٥١١/جزاء متفرقة/٨٨ في ١٩٨٨/٤/٥ . وقرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التميزية المرقم ٤٤٢/جنح/١٩٨٩ في ١٩٨٩/٧/١٢ . احمد امين : مرجع سابق ، ص٤٦٧ . وعبد السلام مقلد : مرجع سابق، ص٧٤.

(195) هذا موقف القضاء ايضاً (الطعن ٢١٧٠ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٤٨/١٢/٢٨) . اشار اليه محمد احمد حسن ومحمد البسطويسي: مرجع سابق ، ص٣ و١١ .

(196) عبد السلام مقلد : مرجع سابق ، ص٧٤ . وانظر ايضاً نص المادة ٣٩٣ عقوبات عراقي .

(197) عبد الحميد احمد شهاب : مرجع سابق ، ص١٩ .

(198) احمد امين : مرجع سابق ، ص٤٦٨ .

(199) د. حاتم الشحات : مرجع سابق ، ص٥٩٨ .

(200) د. احمد الكبيسي ود. محمد شلال حبيب : المختصر في الفقه الجنائي الاسلامي ، الطبعة الاولى ، بغداد، ١٩٨٩ ، ص٧٥ .

(201) عبد الحميد شهاب : مرجع سابق ، ص١٩ .

(202) قرار محكمة التمييز المرقم ٨٦٤/ج/١٩٥٢ في ١٩٥٢/٦/٧ مجلة القضاء الصادرة عن نقابة المحامين ، كانون الثاني ١٩٥٣، س١١ ، ع١ ، ص٢٠١ .

(203) نقض ٣ فبراير ١٩٥٣ لمجموعة احكام النقض س٤/ رقم ١٧٩ ص٤٦٩ .

(204) عبد الحميد احمد شهاب : مرجع سابق ، ص٢١ .

(205) عبد الحميد احمد شهاب : مرجع سابق ، ص٥٦ .

(206) عبد السلام مقلد : مرجع سابق ، ص٧٧ .

(207) احمد امين : مرجع سابق ، ص٤٦٩ .

(208) عبد الحميد احمد شهاب : مرجع سابق ، ص٣٥ .

(209) انظر قرار محكمة التمييز المرقم ١١٠/جزاء متفرقة/١٩٨٦-١٩٨٧ في ١٩٨٦/٧/٢٧ .

(210) انظر نص المادة ١٤١ عقوبات عراقي . وانظر قرار محكمة التمييز المرقم (٢١٩٣/ج/١٩٧٥) في ١٩٧٦/١/٢٧ . مجموعة الاحكام العدلية : العدد الاول ، السنة السابعة ، ١٩٧٦ ، ص٢٨٥ .

(211) د. هلالي عبد اللاة احمد : مرجع سابق ، ص٤٨٩ .

(212) انظر قرار محكمة النقض (الطعن ١١٩ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٣/٣/١٣) . اشار اليه محمد احمد حسن ومحمد البسطويسي : قانون العقوبات في ضوء احكام النقض ، الطبعة ٢ ، المجلد الاول ، ٢٠٠٣ ، ص١١٠٣ .

(213) د. حاتم الشحات : مرجع سابق ، ص٦٠٥ .

(214) عبد الحميد احمد شهاب : مرجع سابق ، ص٣٧ .

(215) د. حاتم الشحات : مرجع سابق ، ص٦٠٥ .

(216) عبد السلام مقلد : مرجع سابق ، ص٨٠ .

(217) عبد السلام مقلد : مرجع سابق ، ص٨١ .

(218) انظر المادة ١/٣٧٨ عقوبات عراقي ، المادة (٢/أ) قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقية

المصادر

أولاً : المصادر العربية

بعد القرآن الكريم

١. الكتب

١. ابن منظور : لسان العرب ، المجلد الأول ، الجزء الثاني ، (دار صادر – دار بيروت) ، بيروت .
٢. أبو داود – عون المعبود شرح سُنن أبي داود ، ضبط وتحقيق عبد الرحمن محمد غنمان ، ج٢ ، ط٢ ، ١٣٨٨هـ/١٩٦٨م .
٣. د. احمد الكبيسي . محمد شلال حبيب : المختصر في الفقه الجنائي الإسلامي ، ط١ ، بغداد ، ١٩٨٩ .
٤. احمد امين : شرح قانون العقوبات / القسم الخاص ، مكتبة النهضة ، الطبعة الثالثة ، بيروت – بغداد ، دون ذكر سنة الطبع .
٥. د. احمد سلامة : محاضرات في المدخل للعلوم القانونية – نظرية الحق في القانون المدني – المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٦٠ .
٦. د. احمد فتحي سرور : شرح قانون العقوبات ، الجزء الأول ، القسم العام ، دار النهضة العربية ، ١٩٨١ .
٧. د. المتولي صالح الشاعر ، قانون العقوبات الاعفائي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٣.
٨. د. توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، النظرية العامة للحق / القسم الثاني في نظرية الحق ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، ١٩٨٣.
٩. جماعة من كبار اللغويين العرب ، المعجم العربي الاساسي ، توزيع لاروس ، ١٩٨٩ .
١٠. خليفة احمد العقيلي : الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية ، دار الجماهيرية للنشر والاعلان ، ط١ ، بنغازي ، ١٩٩٠ .
١١. د. سامي النصراوي : المبادئ العامة في قانون العقوبات ، الجزء الأول ، الجريمة ، مطبعة دار السلام، ط١ ، بغداد ، ١٩٧٧ .
١٢. د. سامي جميل الفياض الكبيسي : رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الإباحة ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، بيروت – لبنان ، ٢٠٠٧ .
١٣. د. سعيد عبد الكريم مبارك : أصول القانون ، طبع على نفقة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، ١٩٨٢.
١٤. د. السعيد مصطفى السعيد : الاحكام العامة في قانون العقوبات ، المطبعة العالمية ، ١٣٧١هـ/١٩٥١م .
١٥. د. ضاري خليل : البسيط في شرح قانون العقوبات / القسم العام ، ط١ ، ٢٠٠٢ .
١٦. د. ضاري خليل : تفاوت الحماية الجنائية بين الرجل والمرأة ، مطبعة الجاحظ ، بغداد ، ١٩٩٠ .
١٧. د. عباس الحسيني وكامل السامرائي : الفقه الجنائي في قرارات محكمة التمييز ، ج١
١٨. د. عبد الحكم فودة : امتناع العقاب في ضوء الفقه والقانون ، المركز القومي للاصدارات القانونية ، عابدين ، ٢٠٠٧-٢٠٠٨ .
١٩. عبد السلام مقلد : الجرائم المعلقة على شكوى والقواعد الاجرائية الخاصة بها ، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية ، ١٩٨٩ .
٢٠. د. عبد العزيز عامر : شرح الاحكام العامة للجريمة في القانون الجنائي ، منشورات جامعة قاريونس ، بنغازي ، ١٩٧٤ .
٢١. د. عبد الفتاح خضر : النظام الجنائي ، الجزء الأول ، مطابع الإدارة العامة ، السعودية ، ١٩٨٢ .
٢٢. د. عبد القادر عودة : التشريع الجنائي مقارناً بالقانون الوضعي ، ج١ ، دار الكاتب العربي ، بيروت ، لبنان ، ١٩٧٧ .
٢٣. د. عبد المنعم فرج الصدة : أصول القانون ، مكتبة ومطبعة مصطفى الجلبي واولاده ، القاهرة ، ١٩٦٥

٢٤. د. عبد المنعم فرج الصدة : مبادئ القانون / القسم الأول نظرية القاعدة القانونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٢ .
٢٥. د. علي حسين الخلف – د. سلطان الشاوي : المبادئ العامة في قانون العقوبات ، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر ، بغداد ، دون ذكر سنة الطبع .
٢٦. د. غالب الداودي : شرح قانون العقوبات العراقي / القسم العام ، دار الطباعة الحديثة ، ط١ ، البصرة ، ١٩٦٨ .
٢٧. د. ماهر عبد شويش : الاحكام العامة في قانون العقوبات ، دار الحكمة للطباعة ، الموصل ، ١٩٩٠ .
٢٨. المحامي : محسن ناجي ، الاحكام العامة في قانون العقوبات ، شرح على متون النصوص الجزائية ، ط١ ، مطبعة العاني ، بغـــداد ، ١٩٧٤ .
٢٩. محمد احمد حسن ومحمد البسطويسي : قانون العقوبات في ضوء احكام النقض ، المجلد الأول ، ط٢ ، ٢٠٠٣ .
٣٠. محمد بن أبي بكر الرازي : مختار الصحاح ، دار الكتاب العربي .
٣١. د. محمد حسن أبو السعود : شرح قانون العقوبات العراقي / القسم الخاص ، مطبعة الرشيد ، بغداد ، ١٩٤٢-١٩٤٣ .
٣٢. د. محمد زكي أبو عامر : قانون العقوبات / القسم العام ، دار المطبوعات الجامعية ، ط١ ، ١٩٨٦ .
٣٣. د. محمد محمد مصباح القاضي : مبدأ حُسن النية في قانون العقوبات ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٧ .
٣٤. د. محمد هشام أبو الفتوح ، شرح القسم العام من قانون العقوبات ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٠ .
٣٥. د. محمود جمال الدين زكي : دروس في مقدمة الدراسات القانونية ، الهيئة العامة لشؤون المطابع الاميرية ، ط٢ ، ١٩٦٩
٣٦. د. محمود نجيب حسني : أسباب الإباحة في التشريعات العربية ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٦٢ .
٣٧. د. محمود نجيب حسني : شرح قانون العقوبات / القسم العام ، ط٥ ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٢ .
٣٨. وسيم حسام الدين الاحمد : مجموعة القواعد القانونية الصادرة عن الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية من عام ١٩٦٢ ، منشورات الجلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٨ .
٣٩. **د. يسر انور علي : شرح قانون العقوبات ، النظريات العامة ، الكتاب الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٧ .**

٢. الرسائل والبحوث والدوريات

١. مها صبيح صادق : استعمال الحق سبباً من أسباب الإباحة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق – جامعة النهرين ، ١٩٩٩ .
٢. طلال عبد حسين البدراني : الشرعية الجزائية ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون – جامعة الموصل ، ٢٠٠٢ .
٣. عبدة يحيى الشاطبي : مبدأ شرعية التجريم والعقاب ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون – جامعة بابل ، ٢٠٠١ .
٤. عبد الحميد احمد شهاب : جريمة الزنا في قانون العقوبات ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون – جامعة بابل ، ١٩٩٠
٥. د. عصام احمد محمد : النظرية العامة للحق في سلامة الجسم ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق ، جامعة القـــاهرة ، ١٩٨٨ .

٦. محمد إسماعيل إبراهيم : حق التأديب سبباً للاباحة في قانون العقوبات العراقي ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بابل ، ٢٠٠١ .
٧. محسن البيه : مسؤولية العلم المدنية ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون – جامعة بغداد ، ١٩٩٧ .
٨. د. سلطان الشاوي : الجرائم الماسة بسلامة الجسم ، مجلة العلوم القانونية ، مج١٠ ، العدد ٢ ، ١٩٩٤
٩. د. عامر ناصر : تأديب الزوجة بين الحق والتعسف ، مجلة كلية صدام للحقوق ، جامعة صدام ، مجلد/٥، العدد / ٧ ، السنة ١٤٢١هـ/٢٠٠١م .
١٠. سامي سعيد عبد الله : اثر الباعث في جريمة القتل العمد ، رسالة مقدمة إلى المعهد القضائي العراقي ، ١٩٨٧ .
١١. مجموعة الاحكام العدلية : السنة السابعة ، العدد الثاني والرابع ، ١٩٧٧ .
١٢. النشرة القضائية : السنة الخامسة ، العدد الأول .
١٣. مجلة القضاء : السنة ١١ ، العدد ١ ، كانون الثاني ١٩٥٣ .

٣. التشريعات

١. دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ .
٢. دستور جمهورية مصر لسنة ١٩٧١ .
٣. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
٤. قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ .
٥. قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ المعدل بقانون رقم ١٤٧ لسنة ٢٠٠٦ .
٦. قانون العقوبات السوري رقم ١٤٨ لسنة ١٩٤٩ .
٧. قانون العقوبات الاردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ .
٨. قانون الرعاية الاجتماعية رقم ١٢٦ لسنة ١٩٨٠ .
٩. قانون رعاية الاحداث رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣ .
١٠. قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨١ .
١١. قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ .
١٢. قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ .

ثانياً : المصادر الأجنبية

1 :Hegal : Principes De La Philosophie Du Droit Prefas De Jean Hxppolite,6 edition , Gallimard,1940.