الرقم الدولي: ISSN2075-7220

الرقم الدولي الالكتروني: ISSN2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن

كلية القانون بجامعة بابل

بعض البحوث التي وردت ضمن هذا العدد:

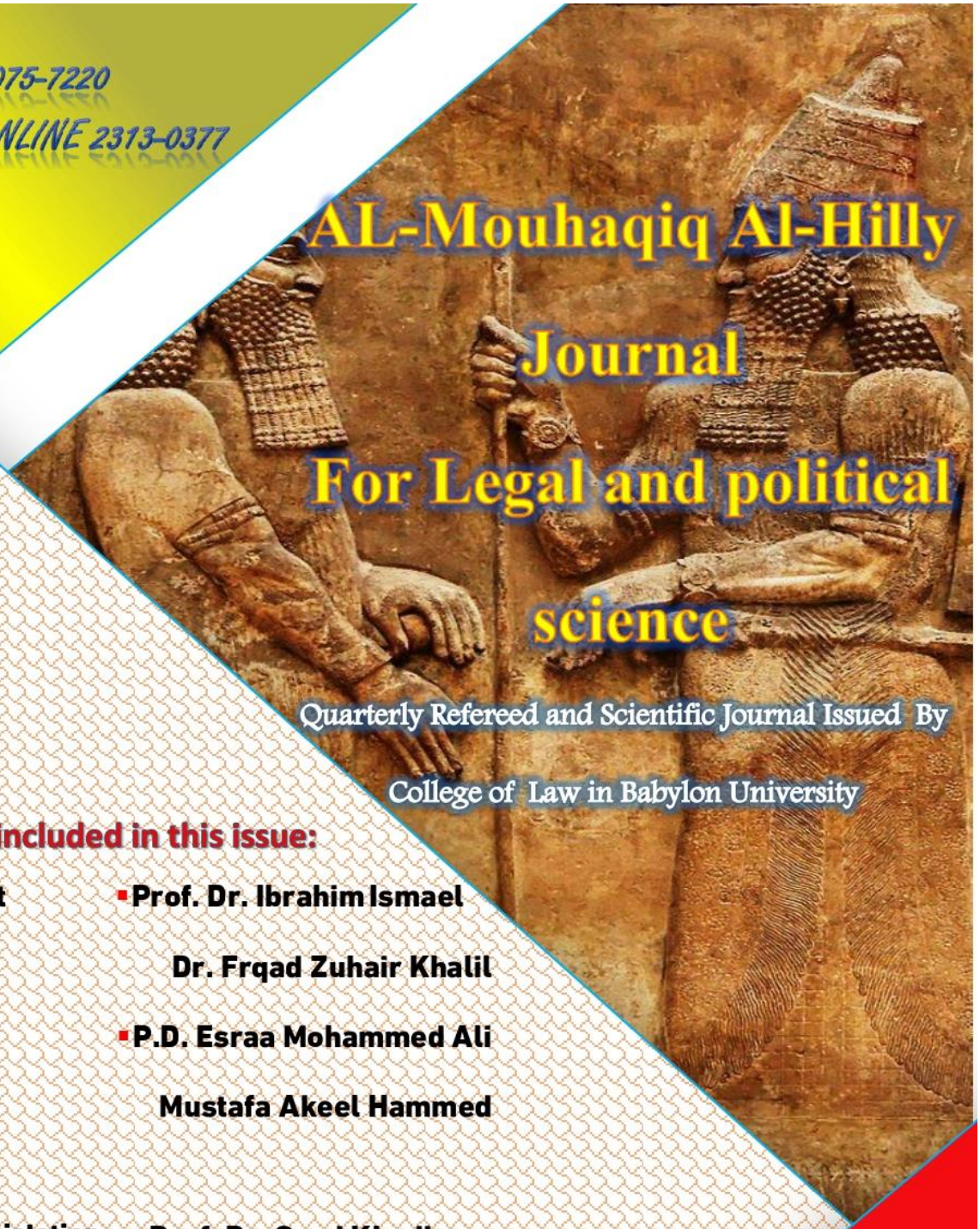
- ادارة مخاطر منح الائتمان المصرفي — أ. متمرس د. ابراهيم اسماعيل
م.د. فرقد زهير خليل
- الأحكام الموضوعية لجريمة لعب القمار -دراسة مقارنة- — ا.د اسراء محمد علي
مصطفى عقيل حميد
- دور التشريعات المالية في ظهور الشركات القابضة في العراق بعد ٢٠٠٣ — ا.د. سعد خضير عباس
- حقوق الجهة الادارية في عقود الشراكة خدمة الكهرباء بين القطاعين العام والخاص (دراسة مقارنة) — أ.د.اسماعيل صعصاع غيدان
م.اقبال عبد العباس يوسف

السنة الثالثة عشر العدد الثالث

٢٠٢١

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد ١٢٩١ لسنة ٢٠٠٩

ISSN 2075-7220
ISSN ONLINE 2313-0377



AL-Mouhaqiq Al-Hilly Journal For Legal and political science

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By
College of Law in Babylon University

Some of the research included in this issue:

- **Credit Risk Management** — **Prof. Dr. Ibrahim Ismael Dr. Frqad Zuhair Khalil**
- **Objective Judgments To Crime Of Play Gambling -A comparative Study-** — **P.D. Esraa Mohammed Ali Mustafa Akeel Hammed**
- **The Role of Financial legislation in the emergence of holding companies in Iraq after 2003.** — **Prof. Dr. Saad Khudir Abbas Al rahamee**
- **Authority in the electricity service partnership contracts between the public and private sectors (Comparative study)** — **Prof. Ismail Sasa' Al-Budair Iqbal Abdel Abbas**

THIRTEEN YEAR
2021
THIRD ISSUE

No. Deposit in the Archives office – office 1291
for the national Baghdad in 2009

ت	البحث	اسم الباحث	رقم الصفحة
١.	ادارة مخاطر منح الائتمان المصرفي	أ.د.المتمرس.ابراهيم اسماعيل ابراهيم م.د. فرقد زهير خليل	٩-٧١
٢.	الأحكام الموضوعية لجريمة لعب القمار ـدراسة مقارنةـ	أ.د اسراء محمد علي مصطفى عقيل	٧٢-١٠٢
٣.	دور التشريعات المالية في ظهور الشركات القابضة في العراق بعد٢٠٠٣	ا.د. سعد خضير عباس	١٠٣-١٢٣
٤.	حقوق الجهة الادارية في عقود الشراكة خدمة الكهرباء بين القطاعين العام والخاص (دراسة مقارنة)	أ.د.اسماعيل صعصاع غيدان م.اقبال عبد العباس يوسف	١٢٤-١٤٦
٥.	احكام التزام المرفوض بادارة المال المرهون (دراسة مقارنة)	ا.د. منصور حاتم محسن حازم محمد جواد	١٤٧-١٨٥
٦.	مفهوم عقد الكفالة المؤقتة (دراسة مقارنة)	ا.د.ايمان طارق مكي علي عايد فالح	١٨٦-٢١٧
٧.	المفهوم القانوني لعقد التجميد(دراسة مقارنة)	أ.د. سلام عبدالزهرة عبدالله مشتاق عبدالحي عبدالحسين	٢١٨-٢٥١
٨.	الاساس القانوني للالتزام بضمان سلامة السائح	أ.د. هادي حسين عبدعلي بلسم محمد طالب	٢٥٢-٢٨٢
٩.	اثر قواعد الاسناد لحماية المستهلك الالكتروني في العلاقات الدولية	أ.د. عبدالرسول عبدالرضا حسين عمران جرمط	٢٨٣-٣٢٤
١٠.	جريمة الاعتداء على محطات القوة الكهربائية (دراسة مقارنة)	ا.دحسون عبيد هجيج شهد حيدر	٣٢٥-٣٦٠
١١.	السياسية العقابية لجريمة اخفاء العمل الارهابي (دراسة مقارنة)	أ.د. عمار عباس الحسيني علي منديل عبدالله	٣٦١-٣٨٧
١٢.	الجريمة دولية (جريمة الاستيلاء انموذجاً)	ا.د.صدام حسين وادي حازم سكران خضير	٣٨٨-٤٢٣
١٣.	ماهية الاعتداء على البيانات الشخصية لمستخدمي مواقع التواصل الاجتماعي وتطبيقاتها العملية	أ.د. ميري كاظم عبيد فلاح ساهي خلف	٤٢٤-٤٦١
١٤.	انتقاص الاجراء القضائي (دراسة تحليلية مقارنة)	أ.د. وسن قاسم غني م. م احمد خضير عباس أحمد	٤٦٢-٤٨٣
١٥.	نطاق امتياز مؤجر العقار	أ.د. وسن قاسم غني هاجر عبد العظيم عنبر	٤٨٤-٥١٩
١٦.	ظهور المصلحة الفضلى للطفل كضابط إسناد في العلاقات الخاصة الدولية	أ.د. فراس كريم شيعان خضير مخيف فارس	٥٢٠-٥٥٤
١٧.	المحل في عقد الرعاية الرياضية	أ.د. ذكرى محمد حسين ايناس هاشم رشيد	٥٥٥-٥٨٨
١٨.	الدور الذاتي لمبادئ القانون الدولي الخاص في معالجة الفراغ التشريعي (دراسة مقارنة)	أ.د. خير الدين كاظم الامين نور حسين جواد	٥٨٩-٦٣٧
١٩.	حالات النكول في المناقصات الحكومية	أ.د. صادق محمد علي عماد محمد شاطي	٦٣٨-٦٦٦
٢٠.	جريمة اعطاء وصفة طبية بمواد مخدرة او مؤثرات عقلية لغير اغراض العلاج الطبي "في القانون العراقي"	ا.د محمد اسماعيل ابراهيم أ.م. احمد هادي عبد الواحد	٦٦٧-٧٠٦
٢١.	جريمة التحريض على تبني افكار او توجهات تتعارض مع التداول السكن	ا.د اسماعيل نعمه عبود ثامر ماهر حسون	٧٠٧-٧٣٠
٢٢.	جريمة تنظيم عصابة مسلحة ارهابية (دراسة مقارنة)	ا.د.لمى عامر محمود احمد حسن حسون	٧٣١-٧٧٠
٢٣.	الضمانات القضائية لحماية الحق في حرية البحث العلمي	أ.د. حسين جبار عبد	٧٧١-٧٩٩

		لقاء عباس مهدي	
٢٤.	التأمين من المخاطر التجارية في سوق الاوراق المالية (دراسة مقارنة)	أ.د. سماح حسين علي مازن عبدالله عبد	٨٠٠-٨٣٥
٢٥.	تقييد حدود المسؤولية المدنية الناشئة عن الحوادث الرياضية (دراسة مقارنة)	أ.د. حيدر حسين الشمري م. محمد عبدالرزاق محمد	٨٣٦-٨٨٣
٢٦.	الرقابة على التمويل العام للاحزاب السياسية	أ.د رافع خضر صالح رشا محمد امين	٨٨٤-٩١٤
٢٧.	التعويض من القلق من الموت الوشيك	ا.م.د. محمد جعفر هادي	٩١٥-٩٥٦
٢٨.	تنفيذ المصادرة الإدارية " دراسة مقارنة "	ا.م.د.رفاه كريم كربل غيث حميد كاظم عباس	٩٥٧-٩٨٢
٢٩.	الحماية الدولية لحق السجين في الصحة (دراسة في قواعد القانون الدولي لحقوق الانسان)	ا.م.د. سرمد عامر عباس عدي كاظم حمزة	٩٨٣-١٠٢٢
٣٠.	الدعوى المضادة امام القضاء الدولي (دراسة في المفهوم والاساس القانوني)	ا.م.د حيدر عبد محسن شهد	١٠٢٣-١٠٤٣
٣١.	تعارض المصالح في سوق الاوراق المالية (دراسة مقارنة)	ا.م.د ميثاق طالب عبد جلال حسن حنتوش	١٠٤٤-١٠٨٧
٣٢.	شروط الحماية القانونية للمؤشرات الجغرافية التجارية والاجار المترتبة عليها(دراسة مقارنة)	ا.م.د ميثاق طالب عبد ياسين خضير داخل	١٠٨٨-١١١٧
٣٣.	الاحكام الموضوعية لجريمة نقل الحدود (دراسة مقارنة)	ا.م.د منى عبد العالي موسى كوثر عهد محمد	١١١٨-١١٦٢
٣٤.	جريمة اخذ الصغير (دراسة مقارنة)	ا.م.د منى عبد العالي موسى	١١٦٣-١١٨٣
٣٥.	الاحكام الموضوعية لجريمة الرشوة التي من شانها الاضرار بالمصلحة الوطنية (دراسة مقارنة)	ا.م.د. نافع تكليف مجيد ريام سلام عبيد	١١٨٤-١٢١٨
٣٦.	اختصاص البرلمان في صحة العضوية البرلمانية	ا.م.د. ليلى حنتوش ناجي بشار محمد كريم	١٢١٩-١٢٥٦
٣٧.	حالات الظرف الطارئ في عقد الايجار (دراسة مقارنة)	ا.م.د. حبيب عبيد مرزه زينب ثامر شهيد	١٢٥٧-١٢٩٤
٣٨.	نقل الدعوى واثره على الاختصاص في القضاء المدني (دراسة مقارنة)	أ.م.د.عبدالله عبدالامير كمال رحيم عزيز	١٢٩٥-١٣٣٩
٣٩.	اشكاليات تكوين المحكمة الاتحادية العليا في العراق واثرها في جودة احكامها	ا.م.د. غانم عبد دهش	١٣٤٠-١٣٧٩
٤٠.	حق المراة العراقية في الكرامة الانسانية (دراسةفياطارالدستوروالقانون العراقي)	ا.م.د. ميسون طه حسين	١٣٨٠-١٤٠٣
٤١.	فعالية المحكمة التجارية العراقية في تسوية المنازعات التجارية (دراسة قانونية في ضوء البيان الصادر من مجلس القضاء الاعلى رقم (٧٤) لسنة ٢٠٢٠.	م.د.ماهر محسن عبود	١٤٠٤-١٤٢٥
٤٢.	التنظيم القانوني لعقوبة قطع الراتب (دراسة مقارنة)	م.د. امين رحيم	١٤٢٦-١٤٦٢
٤٣.	الخطأ المشترك في الاصابة بفيروس كورونا المستجد (كوفيد١٩) (دراسة مقارنة مع الفقه الاسلامي)	م.د. احمد عبدالحسين الياسري	١٤٦٣-١٤٨٣
٤٤.	عقد الاختيار بين الوحدة والتعدد	م.د. هند فائز الحسون م.م. ارم عصام خضير	١٤٨٤-١٥٠٨
٤٥.	دور الاجهزة الرقابية في عملية الاصلاح الاداري والمالي في العراق	م.د قتاده صالح م.م حيدر جاسم محمد	١٥٠٩-١٥٤٥
٤٦.	جرائم جلسات المحاكم (دراسة مقارنة)	م.د منتظر فيصل كاظم	١٥٤٦-١٥٨٤
٤٧.	دور منظمة الامم المتحدة في تنظيم عمل الطائرات المسلحة المسيرة	م.قاسم ماضي حمزة م.د.هاني عبد الله عمران	١٥٨٥-١٦١١
٤٨.	دور التنظيمات النقابية في حماية حقوق العامل في العراق	م.رشا ظافر محي الدين رضا	١٦١٢-١٦٤١
٤٩.	استنباط الاحكام القانونية بدلالة الظهور اللفظي	م.م حسن ضعيف حمود	١٦٤٢-١٦٦٧
٥٠.	التاثير القانوني لفيروس كورونا المستجد على الالتزامات التعاقدية	م.م. عمر محمد صالح	١٦٦٨-١٦٩٥

جريمة اخذ الصغير

(دراسة مقارنة)

أ.م.د.منى عبدالعالي موسى

كلية القانون – جامعة بابل

ملخص البحث

تعد الاسرة اللبنة الأساسية في المجتمع فكلما كانت الاسرة متماسكة ومتفاهمة فإننا سنكون أمام مجتمع قوي لان العلاقة بين افراد الاسرة اساسها المودة والرحم والانسجام لذا فان صلاح المجتمع يأتي من صلاح الأسرة ، وان الحفاظ على كيان الأسرة يتطلب مجهودا كبيراً من جميع افرادها ، وقد يحصل ان تتفكك عرى الرابطة الزوجية وتبدأ تصفية الحسابات بين الزوجين ويقع الاطفال ضحية لهذه التصفية ، ومن المهم أن نشير هنا إلى أن حجم هذه المشكلة التي يتعرض لها الأبناء بسبب صراع الآباء والأمهات كبير وفي تزايد مستمر ، لأنه يرتبط بعدد حالات الطلاق التي تحصل في مجتمعنا وهي في تزايد مستمر ، ولكن بحثنا لن يتناول اسباب الطلاق ولكن بعض الآثار التي يمكن أن تترتب عليه ، ويأتي في مقدمة الخلافات بين الزوجين بعد الطلاق حق الحضانة للأطفال حيث اعطى القانون الحق للقاضي في الاستماع الى الطرفين المتنازعين للحصول على حضانة الطفل وقد يحصل أن لايكون أحد الطرفين راضياً عن قرار الحضانة أو الحفظ الذي صدر عن القضاء وبصدوره تبدأ مشكلة أخرى هي تسليم الطفل الى من صدر قرار الحفظ أو الحضانة لصالحه. وقد جرم المشرع العراقي جريمة أخذ الصغير في المادة (٢/٣٨٢) من قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

المقدمة

أولاً: التعريف بموضوع البحث

اضحى الطلاق مشكلة خطيرة تهدد حياة الأسر في كل أنحاء العالم ، وفي كثير من الاحيان يصبح الاطفال ضحية لهذا الطلاق عندما يتعنت أحد الأطراف ويرفض الإذعان لحكم القانون وتنفيذ حكم الحضانة أو الحفظ فيلجأ إلى القيام بأخذ الصغير من الشخص الذي حكمت له المحكمة بأحقيته بالحضانة أو الحفظ كما يدرك بأنه لا سبيل لتحقيق مبتغاه والإحتفاظ بالصغار لديه بالطريق المألوف لذا يقدم الجاني والذي يمثل أحد الوالدين أو الجدين على أخذ الصغير ممن هو في حضانته أو حفظه سواء بالإكراه أو الحيلة أو بدونهما إذ بأحدهما تقوم هذه الجريمة.

ثانياً: أهمية البحث

تتمثل اهمية البحث في هذا الموضوع بأن جريمة أخذ الصغير يعد من المواضيع المهمة التي لم تنل الاهتمام الكافي من لدن الباحثين على الرغم من انتشار هذه الجريمة في المجتمع ، إلا أن ما يصل إلى سوح القضاء لا يشكل الرقم الحقيقي لهذه الجريمة، فارتئينا البحث في هذا الموضوع من اجل ايضاح الاحكام التي تنظم تلك الجريمة والتي كثر ارتكابها في الآونة

الاخيرة مع زيادة ظاهرة الطلاق في المجتمع وكذلك لنبين مدى كفاية الحماية الجزائية التي وفرها المشرع في قانون العقوبات .

ثالثاً: إشكالية البحث

تتركز اشكالية البحث في ان جريمة أخذ الصغير تُعرض الطفل ومنذ صغره الى نوع من العنف وعدم الاستقرار لذلك كان من الاولى ان يضع المشرع لها عقوبة تتناسب مع الآثار السلبية التي تتركها كما ان المشرع في نص (الفقرة ٢ من المادة ٣٨٢) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل لم يورد أي من الأعذار أو الظروف المخففة أو المشددة خاصة بالجريمة.

رابعاً: منهجية البحث

إن المنهج الذي سنعتمده في البحث هو المنهج التحليلي المقارن وذلك من خلال تحليل النصوص التشريعية لكل من المشرع العراقي والمصري من أجل الحصول على الإستنتاجات الذي يهدف البحث الوصول اليها.

خامساً: نطاق البحث

يتحدد نطاق البحث بدراسة جريمة أخذ الصغير في (الفقرة ٢ من المادة ٣٨٢) من قانون العقوبات العراقي ، ويقتصر البحث على التجريم والعقاب فقط لجريمة اخذ الصغير ويخرج من نطاقه الاثار الاجرائية الناجمة عن ارتكاب الجريمة.

سادساً: خطة البحث

سيتم تقسيم خطة البحث على ثلاثة مباحث سنتناول في المبحث الاول مفهوم جريمة أخذ الصغير أما المبحث الثاني فسيكون لأركان جريمة أخذ الصغير والمبحث الثالث سنخصصه إلى عقوبة جريمة أخذ الصغير وسننهي بحثنا بخاتمة تتضمن(الإستنتاجات والمقترحات).

المبحث الاول

مفهوم جريمة أخذ الصغير

نصت (المادة ٣٨٢) من قانون العقوبات العراقي على ان "١-يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على سنة أو بغرامة لا تزيد على مائة دينار كل من كان متكفلا بطفل وطلبه منه من له حق في طلبه بناء على قرار او حكم صادر عن جهة القضاء بشأن حضانته أو حفظه ولم يسلمه اليه . ويسري هذا الحكم ولو كان المتكفل للطفل احد الوالدين او الجدين. ٢- يعاقب بالعقوبة ذاتها أي من الوالدين او الجدين اخذ بنفسه او بواسطة غيره ولده الصغير او ولد ولده الصغير ممن حكم له بحضانته او حفظه ولو كان ذلك بغير حيلة او اكراه" ، إن القانون أعطى للقضاء الحق في

الإستماع إلى الأطراف المتنازعة في الحصول على رعاية الطفل وتربيته وعندما يصدر القاضي حكماً نهائياً في الدعوى يكون واجب النفاذ فإن تعنت أحد الاطراف المتنازعة ورفض تنفيذ الحكم وقام بأخذ الطفل ممن حكم له بحق رعايته وفقاً للقانون ففي هذه الحالة تقوم هذه الجريمة وللتعرف على مفهوم هذه الجريمة سنقوم بتعريفها في المطلب الأول ومن ثم سنقوم ببحث ذاتية هذه الجريمة في المطلب الثاني.

المطلب الأول

تعريف جريمة أخذ الصغير

لتعريف جريمة أخذ الصغير سنقوم بإيراد التعريف اللغوي في الفرع الأول وفي الفرع الثاني سنقوم بإيراد التعريف الإصطلاحي.

الفرع الأول

تعريف جريمة أخذ الصغير لغة

من اجل تعريف جريمة أخذ الصغير لغة لابد لنا من ايضاح المصطلحات التي استعملها المشرع للدلالة على هذه الجريمة وهي:

١. **جريمة:** الجريمة لغة الذنب، والجريمة أسم مصدر من الجرم، والجَرْمُ بمعنى القطعُ، وجَرمهُ يجرمه جَرماً بمعنى قَطعهُ، وشجرة جريمة أي مقطوعة[١]، وقد جاء في القرآن الكريم لفظ الجرم في آيات عديدة كقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ أَجْرَمُوا كَانُوا مِنَ الَّذِينَ آَمَنُوا يَضْحَكُونَ﴾[٢] وقوله تعالى:﴿قُلْ لَا تُسْأَلُونَ عَمَّا أَجْرَمْنَا وَلَا نُسْأَلُ عَمَّا تَعْمَلُونَ﴾[٣] .

٢. **أخذ:** تناول والإخذ بالكسر الاسم والأمر منه خُذْ وأصله أؤخذ ، وآخذه بذنبه مؤاخذة والعامة تقول واخذَه[٤] الأخذ خلاف العطاء وهو ايضاً التناول أخذت الشيء آخذه أخذاً: تناولته إذا امرت قلت : خذْ[٥] ، والاخيذة الاسيرة وقال تعالى في كتابه العزيز ﴿ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾[٦] كما قال تعالى ﴿فَأَخَذَتْهُمُ الصَّيْحَةُ مُشْرِقِينَ ﴾[٧].

٣. **الصغير:** لغة من الصِغر وهو ضد الكبر وقد صغُر الشيء ، وهو صغير وصغار بالضم ، الصغر والصغارة خلاف العظم ، والصغار مصدر الصغير ، والصغرى تأنيث الأصغر وارض مُصغرَةٌ نبتها صغير لم يكبر[٨].

ومما تقدم يتبين لنا ان المصطلح الذي استخدمه المشرع العراقي غير دقيق وكان من الافضل ان يستخدم مصطلح خطف والذي يتناسب مع الفعل الاجرامي الذي يرتكبه الجاني.

الفرع الثاني

التعريف الاصطلاحي لجريمة أخذ الصغير

أن المشرع المصري قد غلب الجانب الشخصي على الجريمة فنظمها في الكتاب الثالث الجنايات والجنح التي تحصل لآحاد الناس وذلك في الباب الخاص بالقبض على الناس وحبسهم بدون وجه حق ، على العكس من المشرع العراقي الذي غلب الطابع العام للجريمة فنظمها في الكتاب الثاني الخاص بالجرائم المضرة بالمصلحة العامة وذلك في الباب الثامن مع الجرائم الإجتماعية وفي الفصل الخامس المتعلق بالجرائم المتعلقة بالبنوة ورعاية القاصر وتعريض الصغار والعجزة للخطر وهجر العائلة في مادة واحدة هي المادة (٣٨١) ولم ينظمها مع الجرائم التي تمس الحرية والتي نظمها المشرع في المواد من (٤٢١-٤٢٧)، ولا نرى أن المشرع العراقي موفقاً في هذا الأمر ، ونؤيد من ذهب إلى وجوب إلحاقها بالجرائم التي تمس الحرية الشخصية لأن التنظيم القانوني يقتضي أن يتم تنظيم الجرائم المتشابهة ضمن فصل واحد وعدم بعثرتها في مواد وفصول مختلفة[٩].

كما لم تعرف التشريعات الجزائية المقارنة جريمة أخذ الصغير وهو مسلك محمود إذ إن إيراد التعاريف ليس من مهمة المشرع بل الفقه ، وان التعريف مهما كان جامعاً لابد ان يعتريه القصور في موضع معين ، فالمشرع المصري لم يعرف الجريمة واستخدم مصطلح (الخطف) في المادة (٢٩٢) من قانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧ وكذلك فعل المشرع العراقي فلم يعرف جريمة أخذ الصغير في قانون العقوبات العراقي وقد استخدم مصطلح (**أخذ**) للدلالة على السلوك الاجرامي في هذه الجريمة وكان من الافضل ان يستخدم مصطلح خطف أسوة بالمشرع المصري[١٠]. ولم نعثر في حدود ما اطلعنا عليه من مصادر على تعريف فقهي أو قضائي.

ويمكننا أن نعرف جريمة أخذ الصغير بأنها "انتزاع أحد الوالدين أو الجدين لولده الصغير أو ولد ولده بنفسه أو بواسطة غيره بأية وسيلة كانت ممن حكم له بحضانته أو حفظه ونقله إلى بيئة اخرى بقصد اخفاؤه".

المطلب الثاني

ذاتية جريمة أخذ الصغير

لبيان ذاتية هذه الجريمة سنقوم ببيان خصائص جريمة أخذ الصغير ومن ثم سنقوم بتمييز جريمة أخذ الصغير عن كل من جريمة إبعاد طفل حديث الولادة وجريمة خطف الاحداث في الفرعيين التاليين.

الفرع الأول

خصائص جريمة أخذ الصغير

تتميز جريمة أخذ الصغير بجملة من الخصائص تميزها عن غيرها من الجرائم نورد أهم هذه الخصائص:

أولاً: من الجرائم المستمرة: تعد جريمة اخذ الصغير من الجرائم المستمرة وهي الجريمة التي يتكون السلوك الاجرامي فيها من حالة تحتمل بطبيعتها الإستمرار وتظل حالة الإستمرار قائمة حتى ينتهي الاستمرار فتنقطع الجريمة ، وتعد هذه الجريمة مستمرة استمراراً متتابعاً متجدداً يحتاج أن يتدخل الجاني لبقاء حالة الاستمرار بخلاف الجريمة المستمرة إستمراراً ثابتاً التي لا تحتاج إلى تدخل جديد من جانب الجاني[١١]. فمحاكمة الجاني في جريمة أخذ الصغير تكون عن الأفعال السابقة على رفع الدعوى فإذا كرر الفعل ذاته بعد الحكم عليه فلا يجوز للجاني أن يحتج بسبق الحكم فيها[١٢] .

ثانياً: من جرائم الخطر : تعد جريمة أخذ الصغير من جرائم الخطر وبالتالي تعد الجريمة تامة بمجرد إرتكاب السلوك الاجرامي إذ إنها ليست ذات نتيجة مادية تنتج عن السلوك الاجرامي فبمجرد أخذ الصغير ونقله إلى بيئة أخرى بعيداً عن الشخص الذي حكم له بالحضانة أو الحفظ تقوم الجريمة ولا يشترط وقوع الضرر فهي تمثل عدواناً محتمل على الحق أي مجرد تهديد بالخطر[١٣].

الفرع الثاني

تمييز جريمة أخذ الصغير عما يشتبه معها من جرائم

سنقوم بتمييز جريمة أخذ الصغير عن كل من جريمة إبعاد طفل حديث الولادة أولاً ثم جريمة خطف الاحداث ثانياً.

اولاً: تمييز جريمة أخذ الصغير عن جريمة إبعاد طفل حديث الولادة:

نصت المادة (٣٨١) من قانون العقوبات العراقي على أن "يعاقب بالحبس من أبعد طفلاً حديث العهد بالولادة عمن لهم سلطة شرعية عليه أو أخفاه أو أبدله بآخر أو نسبه زوراً إلى غير والدته." كما نصت المادة (٢/٣٨٢) من قانون العقوبات العراقي والخاصة بجريمة أخذ الصغير على أن "٢- يعاقب بالعقوبة ذاتها أي من الوالدين او الجدين اخذ بنفسه او بواسطة غيره ولده الصغير او ولد ولده الصغير ممن حكم له بحضانته او حفظه ولو كان ذلك بغير حيلة او اكراه". ومن خلال نص المادتين يتبين لنا إن أوجه الشبه بينهما تتمثل في البدء من حيث التنظيم القانوني إذ ان كلا الجريمتان نظمهما المشرع في فصل واحد هو الفصل الرابع من قانون

العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ ، كما ان سن المجني عليه يعد ركناً أساسياً في كلا الجريمتين ، وأيصاً ان الجاني يقوم بأخذ الصغير عمن لهم سلطة شرعية عليه بالإضافة الى ذلك تعد الجريمتين من الجرائم العمدية تستلزم توافر القصد الجرمي لقيامها.

أما أوجه الاختلاف بين الجريمتين فتتمثل بأن جريمة أخذ الصغير يجب أن يكون الجاني أحد الوالدين أو الجدين للصغير حصراً ولا يشترط ذلك في جريمة إبعاد طفل. وفي جريمة إبعاد طفل يجب ان يكون الطفل حديث العهد بالولادة لم تمض على ولادته اياماً معدودة ، أما في جريمة أخذ الصغير فيجب ان يكون الطفل صغيراً أي لم يتم التاسعة من العمر. وكذلك فان المشرع يشترط وجود حكم قضائي بحضانة الصغير أو حفظه وان يتم فعل الأخذ من الشخص الذي حكمت له المحكمة بحضانة الصغير ولا يشترط ذلك في جريمة ابعاد طفل حديث العهد بالولادة.

الفرع الثاني

تمييز جريمة أخذ الصغير عن جريمة خطف الحدث

من خلال نص المادة (٣٨١) من قانون العقوبات العراقي والتي سبق الاشارة اليها والمادة (٤٢٢) من قانون العقوبات العراقي والتي نصت على " من خطف بنفسه او بواسطة غيره بغير اكراه او حيلة حدثاً لم يتم الثامنة عشرة من العمر يعاقب بالسجن مدة لاتزيد على خمس عشرة سنة اذا كان المخطوف انثى او بالسجن مدة لاتزيد على عشر سنين اذا كان ذكراً. واذا وقع الخطف بطريق الاكراه او الحيلة او توافرت فيه أحد ظروف التشديد المبينة في المادة (٤٢١) من قانون العقوبات تكون العقوبة السجن اذا كان المخطوف انثى والسجن مدة لاتزيد على خمس عشرة سنة اذا كان ذكراً" ، ومن خلال نص المادتين يتبين لنا بان اوجه الشبه والاختلاف بين الجريمتين كالاتي:

ان كلا الجريمتين تتحققان بانتزاع او ابعاد المجني عليه عمن لهم سلطة شرعية عليه ، كما إن الخطف في كلا الجريمتين يقع على شخص قاصر لم يتم الثامنة عشر من العمر[١٤]، وتعد كلا الجريمتين من الجرائم العمدية التي تستلزم توافر القصد الجنائي لقيامها.

أما أوجه الاختلاف بينهما فتكمن في ان سن المجني عليه في جريمة خطف الحدث تتراوح ما بين (٩) سنوات الى ما دون سن (١٨) سنة في حين ذكر المشرع في جريمة أخذ الصغير بأن يكون المجنى عليه صغيراً دون تحديد سن معينة . كما أن المشرع العراقي أعتبر جريمة خطف الحدث جناية وقد فرق من حيث العقاب بين خطف الذكر والانثى واعتبر خطف الانثى اشد خطورة[١٥] وكذلك ميز من حيث العقوبة بين ان يتم الخطف بالإكراه او الحيلة او

بغير ذلك[١٦] قبل تعديلها، على العكس من جريمة ابعاد طفل حيث اعتبر الجريمة جنحة ولم يضع أي ظرف مشدد خاص لها ولم يميز بين خطف الذكر او الانثى. كما ان المشرع عد ترك الحدث بدون اذى خلال (٤٨) ساعة في مكان أمن يسهل منه الرجوع الى اهله ظرفاً مخففاً قبل تعديلها[١] ولا يوجد مثل هذا الظرف في جريمة ابعاد طفل.

المبحث الثاني

أركان جريمة أخذ الصغير

من خلال دراسة نص الفقرة (٢ من المادة ٣٨٢)[١٧] من قانون العقوبات العراقي تتجسد أركان جريمة أخذ الصغير في نوعين اركان خاصة واركان عامة للجريمة لذا سنفرد لكل منهما مطلب.

المطلب الاول

الاركان الخاصة

تتمثل الاركان الخاصة في هذه الجريمة بالركن الاول وهو سن المجنى عليه أما الركن الثاني فهو صفة الجاني.

الفرع الأول

سن المجنى عليه

يتطلب هذا الشرط ان يكون المجنى عليه صغيرا ولم يفرق في كون المجنى ذكراً م انثى ، وإذا اردنا معرفة السن القانونية للصغير وفقاً للتشريع العراقي فيتوجب علينا الرجوع الى قانون رعاية القاصرين العراقي[١٨] حيث نصت (الفقرة أ من المادة ٣) على أن "يسري هذا القانون على :- أ- الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد وهو تمام الثامنة عشرة من العمر ويعتبر من اكمل الخامسة عشرة وتزوج بأذن من المحكمة كامل الاهلية." فاذا تزوج فانه لا يكون مشمولاً بهذه المادة كما ان المشرع العراقي قد اعطى للصغير حق الخيار بين ان يعيش مع امه أو ابيه. و(الفقرة أولاً من المادة ٣) من قانون رعاية الاحداث العراقي[١٩] "أولا- يعتبر صغيراً من لم يتم التاسعة من عمره." ، ومن خلال هذه النصوص يتبين لنا ان المشرع العراقي قد استخدم مصطلحات مختلفة للدلالة على الطفل الذي لم يبلغ السن القانونية وهي اكمال سن الثامنة عشر من العمر كما اعتبر المشرع العراقي في المادة (٦٤) من قانون العقوبات العراقي الصغير بانه من لم يتم (٧) من عمره ولم يجوز اقامة الدعوى عليه . اما المادة (٦٦) من ذات القانون فقد اعتبرت الحدث هو من اتم (٧) سنوات من عمره ولم يتم (١٨) سنة مقسماً هذه المرحلة الى جزئيين حيث اعتبر من اتم (٧) سنوات من عمره ولم يتم (١٥) سنة صبي ومن اتم (١٥) سنة من عمره ولم يتم (١٨) سنة فتى مع مراعاة قانون الاحداث والذي نص على اعتبار الصغير لم

يتم التاسعة من عمره واطلق تسمية الحدث على من اتم (٩) من عمره ولم يتم (١٨) سنة . والقانون المدني العراقي اذ نص في المادة (١٠٦) على ان "سن الرشد هي ثماني عشر سنة كاملة"[٢٠] حيث استخدم كلمة الصغير المميز والصغير غير المميز للدلالة على من لم يبلغ سن الرشد في مواد مختلفة من القانون[٢١]. وفي ظل كل هذه النصوص يتبين لنا ان المشرع العراقي قد اورد مصطلحات متعددة وحدد سناً مختلف للصغير في كل قانون لذا نأمل من المشرع العراقي ان يوحد المصطلحات القانونية لكي نتمكن من معرفة السن التي تطلبها لتطبيق النص القانوني العقابي. ونرى لانطباق نص المادة (٢/٣٨٢) من قانون العقوبات حالياً ان يعد صغيراً من لم يتم الثامنة عشر من العمر.

الفرع الثاني

صفة الجاني

تتمثل صفة الجاني في جريمة أخذ الصغير في كونه أحد الوالدين أو الجدين ، بمعنى ان من يرتكب هذه الجريمة يشترط فيه أن يكون أحد الوالدين أي أن يكون الام أو الأب أو جده أو جدته ولذلك أذا قام أحد الاقارب مهما كانت درجة قرابتهم من الصغير بالفعل فانهم لا يخضعون لهذا النص بل يتم محاسبتهم حسب ظروف كل حالة عن جريمة خطف عادية[٢٢] كجريمة خطف الاحداث.

أما اذا ساهم الاقارب كالأخ أو الأخت أو إبن العم الجاني في إرتكاب هذه الجريمة ففي هذه الحالة فأنه يكون شريكاً في الجريمة[٢٣]وهو ما نص عليه المشرع العراقي في (الفقرة ٢ من المادة ٣٨٢) من قانون العقوبات على ان "....أي من الوالدين او الجدين اخذ بنفسه او بواسطة غيره..." وهذا ماقضت به محكمة جنح الحلة على المدانة (ص.ك.ن) وهي جدة الطفلين (ق و ع) إذ حكمت عليها بغرامة مالية مقدارها مائتين وواحد الف دينار وفق احكام المادة (٢/٣٨٢) من قانون العقوبات وبدلالة مواد الاشتراك (٤٧و٤٨و٤٩) منه وفي حالة عدم الدفع حبسها حبساً بسيطاً لمدة أربعة أشهر وذلك لأخذها الطفلين (ق و ع) من والدتهما (ر.ع.ح) والتي لديها حكم قضائي بحضانتهما صادر من محكمة الاحوال الشخصية في المناذرة [٢٤] .

المطلب الثاني

الاركان العامة

تتجسد الاركان العامة في هذه الجريمة بالركن المادي والركن المعنوي وسنبحثها تباعاً وكالآتي :

الفرع الأول

الركن المادي

عرف المشرع العراقي الركن المادي بأنه سلوك اجرامي بارتكاب فعل جرمه القانون أو الامتناع عن فعل أمر به القانون[٢٥] ويشترط لتحقق الركن المادي لهذه الجريمة عدة شروط وكالاتي:

أولاً: فعل الأخذ :

عرف المشرع العراقي الفعل في المادة (١٩/٤) من قانون العقوبات بأن "الفعل: كل تصرف جرمه القانون سواء كان إيجابيا أم سلبياً كالترك والإمتناع ما لم يرد نص على خلاف ذلك." ويمثل السلوك الاجرامي في الجريمة محل بحثنا هو الأخذ ويراد به أن يأخذ الجاني الصغير من المكان المتواجد فيه وقطع صلته بأهله ومحيطه الذي يعيش فيه ونقله إلى مكان أخر[٢٦]وإحتجازه فيه بقصد إخفائه عن من كان الصغير في رعايته سواء قام الجاني بفعل الأخذ بنفسه بواسطة شخص أخر استعان به لتنفيذ الجريمة ، وبغض النظر عن المكان الذي أخذ منه الصغير سواء من المنزل أو المدرسة أو الطريق ومنعه من العودة إلى حاضنه أو الشخص المكلف بحفظه ، فإذا لم يكن الشخص الذي أخذ الصغير مكلفاً من أحد الوالدين أو الجدين بأخذ الصغير كالعم أو الخال مثلاً أو إذا كان الصغير هو الذي خرج بنفسه وذهب إلى أحد والديه أو جديه بنفسه فهنا لا تقوم هذه الجريمة مادام الجاني لم يحرض أو يشجع المجنى عليه على ذلك ، أما إذا كان الصغير غير مميز فإرادته لا يعتد بها[٢٧]ويعتبر الشخص الذي قام بأخذه وإخفائه عن الشخص الذي يملك حق الحضانة أو الحفظ مرتكباً للجريمة وتطبيقاً لذلك قضت محكمة جنح الحلة أنه بتاريخ ٢٠١٧/١٠/٣١ صدر قرار من محكمة الأحوال الشخصية في الحلة بإلزام المتهمة (ن.ع) بتسليم أولاد إبنتها المتوفاة كل من (ع.ح و ع.ح) إلى والدهم المشتكي (ح.ج.ح) لغرض رعايتهم وإدارة شؤونهم وقد إمتنعت عن تنفيذ القرار المذكور وأحتفظت بالأطفال ولم تقم بتسليمهم إلى والدهم المشتكي ولإعتراف المتهمة (ن.ع) بالتهمة الموجهة اليها والذي تم تأييده بشهادة الشهود فقد أصدرت المحكمة حكماً حضورياً على المدانة (ن.ع) بغرامة مالية مقدارها مائتان وخمسون

ألف دينار وفق المادة (٣٨٢/١و٢) من قانون العقوبات [٢٨]. ولم يفرق المشرع في هذه الجريمة بين ان يكون المجنى عليه ذكراً أو انثى.

ثانياً: صدور قرار او حكم قضائي بالحضانة أو بالحفظ

يتطلب هذا الشرط أن يكون الطفل قد صدر حكم قضائي بالحضانة بأن أختص أحد الوالدين أو الجدين بها أو صدور قرار بالحفظ أي كفالة الطفل من قبل أحد أفراد عائلته أو مربية أو حضانة أو مدرسة داخلية لرعايته[٢٩]. وذلك لغرض تحقيق الأستقرار والحنان للطفل قبل أن يتقرر أيهم أحق بالحضانة ويصدر حكم قضائي بات في دعوى الحضانة من المحكمة القضائية المختصة ، فإذا سلم الصغير إلى الغير قبل صدور قرار الحفظ أو حكم الحضانة لغرض رعايته كما لو كان أحد والديه أو اقربائه أو مدرسة داخلية أو حضانة أو مربية[٣٠] فلا تقوم هذه الجريمة فالأم أو الأب الذي يأخذ إبنه الصغير قبل صدور الحكم بالحفظ أو الحضانة لايعد مرتكباً لهذه الجريمة وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الجريمة لا تقوم في حق الوالدين وإن كانت الرابطة الزوجية منحلة[٣١].وقد قضت محكمة جنح بابل في دعوى تتلخص وقائعها إن المتهم (م.هـ.م) بتاريخ ٢٠٠٨/٨/٢٦ قام بأخذ أبناءه الصغار (ع و م و ع) من والدتهم المشتكية عنوة رغم حصولها على قرار بحضانة الأطفال المذكورين بموجب قرار محكمة الأحوال الشخصية في الحلة ، ثم قام بإعادتهم إلى والدتهم المشتكية بعد مرور أكثر من سنتين على إقامة الشكوى وقد حكمت المحكمة بالعقوبة على المدان (م.هـ.م) بغرامة قدرها ثلاث وخمسون الف دينار إستناداً لأحكام المادة (٣٨٢/٢) من قانون العقوبات وعند عدم الدفع حبسه بسيطاً لمدة ثلاثة أشهر مع اعطاء الحق للمشتكية بمراجعة المحاكم المدنية للمطالبة بالتعويض بعد إكتساب الحكم الدرجة القطعية[٣٢].

إن المشرع العراقي والمصري قد رفعا سن الحضانة الى (١٥) سنة لكل من الذكر والانثى حتى يمكن للصغير ان يختار مع من يعيش إذا تم الطلاق بين الزوجين .

إلا أن هذه الجريمة لا تقوم إذا كان الجاني قد إمتنع عن تسليم الصغير حيث تقوم أركان جريمة أخرى وهي جريمة الامتناع عن تسليم الطفل والتي نص عليها المشرع العراقي في (الفقرة ١ من المادة ٣٨٢).

ان السلوك الاجرامي في هذه الجريمة قد يتم بالإكراه أو الحيلة أو بدونهما والاكراه هو القوة التي تسلط على ارادة الشخص وتؤدي الى شلها أو تقييدها وسواء أكان الاكراه مادي أو

معنوي ، أو ان تتم بطريق الحيلة والاحتيال هو الكذب المصحوب بمظاهر خارجية تدعمه فينخدع المجنى عليه أما الكذب وحده فلا يكفي لتحقق الاحتيال وقد قضت محكمة النقض المصرية تطبيقاً لذلك "ان المتهم طلب من أُم المجنى عليها أن تسلمه ابنتها لتذهب معه الى منزل والدها ليراها وقام الجاني بإخفائها في جهة غير معلومة لا تكون جناية خطف مع التحيل لان ما قاله المتهم لا يعدو أن يكون كذب خالي من إستعمال طرق الغش والايهام"[٣٣]. ولابد من تحقق النتيجة الاجرامية القانونية المترتبة على السلوك الاجرامي لأن الجريمة من جرائم الخطر أو الجرائم مبكرة الاتمام إذ إن النتيجة تتحقق بمجرد تمام السلوك الإجرامي فيها ، كما يضعف بحث العلاقة السببية وذلك بسبب قرب إرتباط السلوك بالنتيجة الجرمية فالسببية مباشرة ولا تحتاج إلى وقت لبيان علاقة السلوك بالنتيجة[٣٤].

واخيراً لابد من الاشارة إلى أن جريمة أخذ الصغير من غير المتصور وقوع الشروع فيها لأنها من الجرائم الشكلية إلا أن هناك من ذهب إلى إمكانية تصور الشروع فيها إذا أوقف أو خاب أثر الجاني بأخذ الصغير لسبب لا دخل لإرادة الجاني فيه كأن ينتبه الحاضن الشرعي عند قيام الجاني بالفعل الجرمي. وفي ظل التشريع المصري لم يجوز المشرع الشروع في الجنح إلا في الجرائم التي ينص عليها[٣٥].

الفرع الثاني

الركن المعنوي

تعد جريمة أخذ الصغير من الجرائم العمدية ويتحقق الركن المعنوي فيها بتوافر القصد الجرمي العام لدى الجاني والذي يتجسد في عنصري العلم والارادة وقد عرف المشرع العراقي القصد الجرمي بأنه "توجيه الفاعل ارادته الى ارتكاب الفعل المكون للجريمة هادفاً الى نتيجة الجريمة التي وقعت أو اية نتيجة جرمية اخرى"[٣٦] وسنوضح كل من عنصري القصد الجرمي تباعاً:-

أولاً:العلم

لكي يمكن القول بتوافر عنصر العلم كأحد عنصري القصد الجرمي يجب أن يعلم الجاني سواء أكان الاب أو الأم أو أحد الجدين أن هناك قرار قضائي نهائي وبات صادر من

جهة قضائية مختصة بإعطاء حضانة الصغير أو حفظه إلى من يطلب إستلامه بدلاً منه ، إذ إن إرادة الجاني قد إتجهت إلى مخالفة الحكم القضائي الصادر[٣٧] أي أنه يأخذ الصغير ممن له حق الحضانة أو الحفظ ، أما إذا لم يكن الجاني يعلم بتحويل حق الحضانة أو الحفظ إلى شخص أخر بدلاً عنه ففي هذه الحالة ينتفي القصد الجرمي لديه لأن الجهل ينصب على واقعة مدنية أما إذا إدعى الجاني بجهله بكون الواقعة مجرمة فلا يعتد بذلك إذ إن العلم بقواعد قانون العقوبات أمر مفترض[٣٨]، وكذلك إذا كان الجاني يظن بأن الشخص الذي لديه الصغير ليس لديه حكم قضائي بحضانة أو حفظ الطفل فينتفي عنصر العلم.

ثانياً

الإرادة

بالإضافة إلى العلم يتوجب أن يتوافر العنصر الثاني للقصد الجرمي والتي تتمثل بالإرادة وهي نشاط نفسي تتجه إلى تحقيق غرض عن طريق وسيلة معينة[٣٩] فإن إرادة الجاني في هذه الجريمة يجب أن تتجه إلى مخالفة الحكم القضائي بالحضانة أو الحفظ ، فإذا لم يكن الجاني مريداً للفعل والنتيجة التي تترتب عليه وهي إبعاد المجنى عليه عمن له حق الحضانة أو الحفظ فهنا ينتفي القصد الجرمي.

وقد يثار تساؤل هنا ما مدى مسؤولية من أخذ الصغير إذا كان الطفل هو الذي طلب الذهاب معه ورفض البقاء مع الشخص الذي صدر قرار الحفظ أو الحضانة لصالحه ؟

إن هذا الأمر لا يعفي الشخص الذي أخذ الصغير من المسؤولية إذ إن الصغير لا يعتد برضاه إلا إذا بلغ خمسة عشر سنة حينها يخير بين أن يبقى مع من حكمت له المحكمة بالحضانة أو الحفظ أو الطرف الآخر عن طريق دعوى يقيمها من يرغب بالحضانة[٤٠].

المبحث الثالث

عقوبة جريمة أخذ الصغير

نص المشرع المصري في المادة (٢٩٢) من قانون العقوبات على عقوبة جريمة خطف الصغير فذكر "يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على سنة أو بغرامة لا تزيد على خمسمائة جنيه .." فالمشرع المصري قد وضع عقوبة تخييرية.

أما المشرع العراقي فقد نص في الفقرة (١) من المادة (٣٨٢) من قانون العقوبات على أن "يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على سنة أو بغرامة لا تزيد على مائة دينار..." ، أما الفقرة (٢) من ذات المادة فقد نصت على ان " يعاقب بالعقوبة ذاتها ..." ومن نص المادة يتبين لنا ان

هناك عقوبتان اصليتان لهذه الجريمة كما ان هذه الجريمة مشمولة بنظام ايقاف التنفيذ لذا سنبحثها تباعاً في مطلبين.

المطلب الأول

العقوبة الأصلية

تتمثل العقوبات الأصلية لهذه الجريمة بعقوبتي الحبس أو الغرامة بالنسبة للمشرع العراقي والمصري وسنبحث كل منهما تباعاً في فرعين:

الفرع الأول

الحبس

عد المشرع المصري جريمة خطف الصغير جنحة وعاقب عليها بالحبس مدة لاتزيد على سنة أو بغرامة لا تزيد على خمسمائة جنيه وبذلك فهي عقوبة تخييرية لا يجوز للقاضي ان يحكم بالعقوبتين معاً وهذا ماكده قضاء محكمة النقض المصرية[٤١] . وبذات الإتجاه سار المشرع العراقي فقد عد جريمة أخذ الصغير جنحة وحدد لها عقوبة تخييرية وهي الحبس أو الغرامة فالقاضي له سلطة تقديرية في الحكم بإحدى هاتين العقوبتين ولم يجوز له المشرع الجمع بينهما ، كما لم يجعل الحبس عقوبة مطلقة لهذه الجريمة وإنما قد حددها بحد أعلى وهو الحبس الذي لاتزيد مدته على السنة فالمشرع أختار الحبس البسيط[٤٢] كعقوبة لهذه الجريمة وبالتالي فإن المحكوم عليه لا يكلف بأداء الأعمال المقررة في المنشآت العقابية إن التخفيف هنا في هذه الجريمة قد تولاه المشرع بنفسه .

الفرع الثاني

الغرامة

ان الغرامة المقررة لهذه الجريمة يجب الا تزيد على مائة دينار وقد عدل المشرع أقيام الغرامات الواردة في قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل واصبحت الغرامة المحددة للجنحة هي من (٢٠٠٠٠١) مئتي الف وواحد الى (١٠٠٠٠٠٠) مليون دينار[٤٣]. وقد ساوى المشرع في العقوبة بين من أخذ الصغير بنفسه وبين من اخذه بوساطة غيره فكلاهما فاعلاً في الجريمة كما ساوى في العقوبة بين من يخطف ذكراً أم أنثى.

والعقوبة التي قررها المشرع لهذه الجريمة هي عقوبة بسيطة لا تصل الى مقدار العقوبات التي قررها المشرع لجريمة الخطف[٤٤] فالتخفيف هنا تولاه المشرع بنفسه إذ ان علة التخفيف تكمن في ان الجاني هو أحد الوالدين أو الجدين فليس من المنطقي ان يكون الغرض

من أخذ الصغير هو ايذائه ، ولكن هذا الامر محل نظر فقد يكون هناك نية لاستغلال الصغير أو امواله أو كورقة ضغط على احد الزوجين على الطرف الاخر .

ومما يلاحظ على موقف المشرع العراقي انه قد نص في (الفقرة ٢ من المادة ٣٨٢) على أن " ٢- يعاقب بالعقوبة ذاتها أي من الوالدين أو الجدين أخذ بنفسه أو بواسطة غيره... " إن المشرع ساوى في العقوبة لهذه الجريمة بين الفاعلين إذ تفرض ذات العقوبة أيا كان فاعلها سواء أكان الفاعل شخصاً غريباً أخذ الطفل أو كان أحد الوالدين او الجدين وكان من المفترض على المشرع العراقي أن يشدد العقوبة إذا كان الجاني قد إستخدم شخصاً أخر للقيام بأخذ الصغير إذ مهما كان مقدار الخلاف بين الأزواج يبقى وجود الطفل لدى الوالدين أو الجدين أكثر أماناً للطفل من الشخص الأجنبي عنه .

كما نؤيد من ذهب إلى ضرورة إيراد ظروف تشديد للجريمة إذا كانت الجريمة قد أُرتكبت لغرض الإبتزاز أو إيذاؤه أو بسبب الشذوذ أو الطمع في أموال الصغير[٤٥].

ولا بد لنا من الإشارة أخيراً إلى إن المشرع المصري عدَّ جريمة خطف الصغير من الجرائم المعلقة على شكوى والتي نص عليها في المادة (٣) من قانون الاجراءات الجنائية المصري فلا تقبل الشكوى بعد مرور ثلاثة أشهر من يوم علم المجنى عليه بالجريمة وبمرتكبها[٤٦] .

المطلب الثاني

إيقاف تنفيذ العقوبة

يعرف نظام إيقاف التنفيذ بأنه ذلك "النظام الذي يخول القاضي سلطة الحكم بإدانة المتهم وتحديد العقوبة المناسبة له مع الامر بوقف تنفيذها لفترة معينة يحددها القانون"[٤٧]إذ يجوز للمحكمة عند الحكم في جناية أو جنحة بالحبس مدة لاتزيد على سنة أن تأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة لمدة ثلاث سنوات فالمحكمة لها سلطة تقديرية في الأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة ولكن بشروط محددة إذ يشترط في الجاني الا تكون لديه سابقة عن جريمة عمدية وايضاً إن الجاني لن يعود إلى إرتكاب جريمة جديدة مستقبلاً وتستدل المحكمة على مدى توافر الخطورة الإجرامية للجاني من خلال أخلاق المحكوم عليه وماضيه وسنه وظروف جريمته[٤٨]. وأن تكون الجريمة من الجنايات أو الجنح وأن تكون العقوبة مدتها الحبس الذي لا يزيد على السنة كما سبق وذكرنا. وللمحكمة أن تجعل إيقاف التنفيذ قاصراً على العقوبات الأصلية أو يجعله يشمل العقوبات التبعية والتكميلية والتدابير الاحترازية .

ونظراً لكون العقوبة المحددة لهذه الجريمة هي الحبس مدة لاتزيد على السنة وفقاً للتشريع العراقي[٤٩] فأنها تكون مشمولة بنظام إيقاف تنفيذ العقوبة.

الخاتمة

بعد أن إنتهينا من بحثنا هذا لابد لنا نعيد النظر إليه كرة أخرى لعلنا نسجل أهم النتائج والمقترحات التي توصلنا إليها.

أولاً: الإستنتاجات :

١. عرفنا جريمة أخذ الصغير بأنها "انتزاع أحد الوالدين أو الجدين لولده الصغير أو ولد ولده بنفسه أو بواسطة غيره بأية وسيلة كانت ممن حكم له بحضانته او حفظه".

٢. لم يحدد المشرع المقصود بالصغير اذ انه قد تناول هذه المفردة في قوانين مختلفة ومعاني مختلفة حتى لم نفهم السن الذي قصده المشرع في هذه المادة.

٣. لم يميز المشرع بين اخذ الصغير الذكر او الانثى.

٤. ان العقوبة التي قررها المشرع لهذه الجريمة هي عقوبة بسيطة لا تصل الى مقدار العقوبات التي قررها المشرع لجريمة الخطف ، مراعاة للروابط الاسرية اذ ان من يقوم بأخذ الصغير هو احد والديه او جده ولكن قد يكون القصد من اخذ الصغير هو الرغبة في ايذاءه او الطمع في امواله .

ثانياً: المقترحات:

١. ان المشرع العراقي غلب الطابع العام للجريمة فنظمها في الكتاب الثاني الخاص بالجرائم المضرة بالمصلحة العامة وذلك في الباب الثامن مع الجرائم الاجتماعية وفي الفصل الخامس المتعلق بالجرائم المتعلقة بالبنوة ورعاية القاصر وتعريض الصغار والعجزة للخطر وهجر العائلة في مادة واحدة هي المادة (٣٨١) ولم ينظمها مع الجرائم التي تمس الحرية لذا نرى ضرورة اعادة تنظيمها مع الجرائم الماسة بالحرية.

٢. بالنظر لكون عقوبة الجريمة بسيطة دعونا المشرع الى ضرورة ايراد ظروف تشديد خاصة للجريمة أذا كانت الجريمة قد ارتكبت لغرض الابتزاز أو ايذاء الصغير أو بسبب الشذوذ أو الطمع في اموال الصغير.

٣. ندعو المشرع العراقي الى ان يضيف جريمة اخذ الصغير الى الجرائم التي اشار اليها في المادة (٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١

المعدل لتكون الجريمة معلقة على شكوى من المجنى عليه أو من يقوم مقامه قانوناً مراعاة للروابط الاسرية .

المصادر

-القرآن الكريم.

اولا: الكتب

١. أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور ، لسان العرب ، ج٣ ، دار صادر ، دمشق ، بلا سنة طبع.

٢. اياد محمد عبدالوهاب غياتي ، الوسيط في شرح جريمتي١- امتناع الوالدين او الجدين عن اسليم الصغير ٢-خطف أي من الوالدين او الجدين الصغير ، مطبعة الاعلام ، مصر ،٢٠١٢ .

٣. د.علي حسين الخلف ود.سلطان عبدالقادر الشاوي ، المبادئ العامة في قانون العقوبات ، العاتك ، بدون سنة نشر .

٤. د.فخري عبدالرزاق صلبي الحديثي ، شرح قانون العقوبات – القسم العام ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ١٩٩٢.

٥. محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي ، مختار الصححاح ، دار الكتاب العربي ، مؤسسة فؤاد بعينو ، بلا سنة نشر.

٦. د. واثبة داود السعدي ، قانون العقوبات-القسم الخاص ، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد ، ١٩٨٨-١٩٨٩.

ثانياً: الرسائل الجامعية

١. بشرى سلمان حسين العبيدي ، الحماية الجنائية للطفولة دراسة في التشريع العراقي ، رسالة مقدمة الى كلية القانون – جامعة بغداد لنيل درجة الماجستير في القانون الجنائي ، ١٩٩٩.

٢. علي جبار صالح ، جريمة خطف الأشخاص ، رسالة ماجستير في القانون الجنائي مقدمة الى كلية القانون – جامعة بغداد ، ١٩٩٤.

٣. فاطمة الزهراء جزار ، جريمة اختطاف الأشخاص ، رسالة ماجستير في العلوم القانونية ، جامعة الحاج الخضر – باتنة ، ٢٠١٣-٢٠١٤.

ثالثاً:البحوث

١. د.ادم سميان ذياب الغريري ، الاوصاف الخاصة بالجرائم مبكرة الاتمام ، مجلة جامعة تكريت للحقوق ، السنة ٢ المجلد٢ ، الجزء ١، كانون الاول ، ٢٠١٧.

رابعاً: القوانين

١. قانون الاجراءات الجنائية المصري رقم (٥٠) لعام ١٩٥٠.
٢. قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل.
٣. قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١.
٤. دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

خامساً: الروابط الالكترونية

١. الباحث العربي ، القاموس المحيط منشور على الموقع:أوى=
http://www.baheth.info/all.jsp?term
٢. د.حسنية شرون ، جريمة الامتناع عن تسليم طفل الى حاضنه ، مجلة الاجتهاد القضائي العدد السابع ، ٢٠١٠ منشور على الموقع:
Dspace.univ-biskra.dz8080/jspui/handle/123456789/1755?mode=full

الهوامش

(١) جمال الدين ابو الفضل محمد بن مكرم أبن منظور ، لسان العرب ، المجلد الثاني ، دار صادر ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص١٣٢.

(٢) سورة المطففين / الآية ٢٩.

(٣) سورة سبأ / الآية ٢٥.

(٤) محمد بن ابي بكر بن عبدالقادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الكتاب العربي ، بيروت – لبنان ، بدون سنة طبع ، ص٨-٩.

(٥) الباحث العربي ، لسان العرب موجود على الموقع : www.baheth.info/bahet

(٦) سورة الكهف/ الآية ٧٧.

(٧) سورة الحجر/ الآية ٧٣.

(٨) محمد بن ابي بكر بن عبدالقادر الرازي ، مصدر سابق ، ص٣٦٣-٣٦٤.

(٩) علي جبار صالح ، جريمة خطف الأشخاص ، رسالة مقدمة الى كلية القانون – جامعة بغداد لنيل درجة الماجستير في القانون الجنائي ، ١٩٩٤ ، ص١٢٤.

(١٠) تنظر والمادة (٢١٤) من قانون سلطنة عمان والمادة (٤٨٢) من قانون العقوبات السوري والمادة (٤٩٦) من قانون العقوبات اللبناني.

(١١) د.علي حسن الخلف ود.سلطان عبدالقادر الشاوي ، المبادئ العامة في قانون العقوبات ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ص٣١١-٣١٤.

(١٢) قضت محكمة النقض المصرية تطبيقاً لذلك نقض جلسة ٥/٧/ ١٩٣١ مجموعة القواعد ج٢ ، ص٣٢.

(١٣) د.ادم سميان ذياب الغريري ، الاوصاف الخاصة بالجرائم مبكرة الاتمام ، مجلة جامعة تكريت للحقوق ، السنة ٢ المجلد٢ ، الجزء ١، كانون الاول ، ٢٠١٧ ، ص٦ . وعلى العكس من هذا الرأي ذهب رأي الى ان هذه الجريمة من جرائم الضرر للمزيد ينظر فاطمة الزهراء جزار ، جريمة اختطاف الأشخاص ، رسالة ماجستير في العلوم القانونية ، جامعة الحاج الخضر – باتنة ، ٢٠١٣-٢٠١٤، ص٢٧.

(١٤) استناداً الى المادة (٣) من قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ يعتبر قاصراً الصغير الذي لم يبلغ تمام الـ(١٨) من العمر.

(١٥) د. واثبة داود السعدي ، قانون العقوبات - القسم الخاص ، دار الكتب للطباعة والنشر ، بغداد ، ١٩٨٨-١٩٨٩ ، ص١٤٨.

(١٦) تم تعديل الاحكام الخاصة بجريمة الاختطاف بالأمر الصادر من سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (٣١) في ١٠ أيلول ٢٠٠٣، حيث قضت الفقرة الاولى من الامر بأن تعدل العقوبات المفروضة على مرتكبي جرائم الاختطاف الواردة في المواد ٤٢١ و٤٢٢و ٤٢٣ من قانون العقوبات لتكون العقوبة هي السجن مدى الحياة وقد اعتبرت عقوبة السجن مدى الحياة لأغراض هذا التعديل هي بقاء الشخص في السجن طوال سنوات حياته وحتى تنتهي حياته الطبيعية بالوفاة . كما ان قانون الارهاب رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٥ في (المادة ٢ الفقرة٨) قد عد خطف او تقييد حريات الافراد أو احتجازهم أو للابتزاز المالي لأغراض ذات طابع سياسي أو طائفي أو قومي أو ديني أو عنصر نفعي من شأنه تهديد الامن والوحدة الوطنية والتشجيع على الارهاب جريمة ارهابية عقوبتها الاعدام .

(١) تم تعديل الفقرة (١) من المادة (٤٢٦) من قانون العقوبات العراقي الصادر من سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (٣١) في ١٠ ايلول ٢٠٠٣ اذ نصت الفقرة الثانية منه على أن "يعلق العمل بالفقرتين (١) و(٢) من المادة ٤٢٦ من قانون العقوبات اللتان تنصان على تخفيف العقوبة المفروضة على مرتكبي جرائم الاختطاف. ويكون تعاون المتهم مع السلطات بعد وقوع الجريمة عاملاً مبرراً لتخفيف العقوبة" يجوز للقاضي ان يأخذ بعين الاعتبار عند تقدير العقوبة التي ستصدر بحق المتهم".

(١٧) تنظر والمادة (٢١٤) من قانون سلطنة عمان والمادة (٤٨٢) من قانون العقوبات السوري والمادة (٤٩٦) من قانون العقوبات اللبناني. والمدة (٢٩٢) من قانون العقوبات المصري رقم (٥٠) لسنة ١٩٣٨ . (٣٢٧) من قانون العقوبات الجزائري والمادة (٣٢٨) من ذات القانون .

(١٨) رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠.

(١٩) قانون رعاية الاحداث رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣.

(٢٠) رقم (٤٠) لسنة ١٩٥٠ المعدل.

(٢١) تنظر على سبيل المثال المواد (٩٤ و ٩٦ و٩٧) من القانون المدني العراقي.

(٢٢) علي جبار صالح ، جريمة خطف الاشخاص ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد ، ١٩٩٤، ص١٢٣.

(٢٣) ينظر نص المادة (٤٨) من قانون العقوبات العراقي . المادة (٤٠) من قانون العقوبات المصري.

(٢٤) ينظر قرار محكمة جنح بابل المرقم (٢٥٧٥/ج/٢٠١٧) في ٢٠١٧/١١/١٤ (غير منشور).

(٢٥) تنظر المادة (٢٨) من قانون العقوبات العراقي.

(٢٦) د.جمال ابراهيم الحيدري ، شرح احكام القسم الخاص من قانون العقوبات ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٤ ، ص٣٢٦.

(٢٧) د.واثبة السعدي ، قانون العقوبات – القسم الخاص ، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر ، ١٩٨٨-١٩٨٩ ، بغداد ، ص١٤٧. بشرى سلمان العبيدي ، مصدر سابق ، ص٣٤٥.

(٢٨) قرار محكمة جنح الحلة المرقم (٣٠٩٤/ج/٢٠١٨) في ٢٠١٨/٩/١٧ والذي نص على (أولاً:حكمت المحكمة حضورياً على المدانة (ن.ع) بغرامة مالية مقدارها مائتان وخمسون ألف دينار وفق المادة ١/٣٨٢و٢ من قانون العقوبات وفي حال عدم دفع الغرامة حبسها بسيطاً لمدة ستة أشهر ولم يتم إحتساب موقوفيتها لعدم توقيفها سابقاً. ثانياً: عدم الاحتفاظ للمشتكي بحق المطالبة بالتعويض لتنازله عن الشكوى. ثالثاً: تحديد أجور إنتداب للمحامي المنتدب...).

(٢٩) جندي عبدالملك ، مجموعة المبادئ الجنائية ، ط٢، دار المنشورات القانونية ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص٣٢٩.

(٣٠) لم يعرف المشرع العراقي الحضانة بل تعرض الفقه الى تعريفها بأنها "هي القيام بتربية الطفل ورعاية شؤونه وتدبير طعامه وشرابه ولباسه وتنظيفه وقيامه ونومه". احمد نصر الجندي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١١ ، ص١٧٢.

(٣١)قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ ١٩٠٠/٣/٢٢ اشارت اليه د.حسنية شرون ، جريمة الامتناع عن تسليم طفل الى حاضنه ، مجلة الاجتهاد القضائي العدد السابع ، ٢٠١٠ منشور على الموقع:
Dspace.univ-biskra.dz8080/jspui/handle/123456789/1755?mode=full

(٣٢) قرار محكمة جنح الحلة المرقم (٢٣٠٢/ح/٢٠١٢) في ٢٠١٢/١١/٨.

(٣٣)قرار محكمة النقض المصرية ٢٠١٤ في ٨ نوفمبر ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية ، ج٦ ، ص٣٣٢.

(٣٤)د.ادم سميان ذيان الغريري ، مصدر سابق ، ص١٢.

(٣٥) تنص المادة (٤٧) من قانون العقوبات المصري على "تعين قانوناً الجنح التي يعاقب على الشروع فيها وكذلك عقوبة هذا الشروع." . وينظر ايضاً اياد محمد عبدالوهاب غياتي ، الوسيط في شرح جريمتي١- امتناع الوالدين او الجدين عن اسليم الصغير ٢- خطف أي من الوالدين او الجدين الصغير ، مطبعة الاعلام ، ٢٠١٢ ، ص١٣٧.

(٣٦)تنظر المادة (١/٣٣) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٣٧) علي جبار صالح ، مصدر سابق ، ص١٢٣.

(٣٨) نصت المادة (٣٧) من قانون العقوبات العراقي على "١- ليس لأحد أن يحتج بجهله بأحكام هذا القانون او أي قانون عقابي آخر ما لم يكن قد تعذر علمه بالقانون الذي يعاقب على الجريمة بسبب قوة قاهرة. ٢-للمحكمة ان تعفو من العقاب الأجنبي الذي يرتكب جريمة خلال سبعة أيام على الأكثر تمضي من تاريخ قدومه إلى العراق إذا ثبت جهله بالقانون وكان قانون محل إقامته لا يعاقب عليها.".

(٣٩)د.محمود نجيب حسني ، النظرية العامة للقصد الجنائي ، ط٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص١٨٣.

(٤٠) نصت المادة (٥/٥٧) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل على "٥-إذا أتم المحضون الخامسة عشرة من العمر، يكون له حق الإختيار في الإقامة مع من يشاء من أبويه، أو أحد أقاربه لحين إكماله الثامنة عشرة من العمر، إذا آنست المحكمة منه الرشد في هذا الإختيار ." . كما نص المشرع المصري في القانون رقم (٤) لسنة ٢٠٠٥ بشان سن حضانة الصغير "المادة الأولى: يستبدل نص الفقرة الأولى من المادة ٢٠ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ النص الأتى. مادة ٢٠ (فقرة اولى) ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير او الصغيرة سن الخامسة عشر ويخير القاضى الصغير او الصغيرة بعد بلوغ هذا السن فى البقاء فى يد الحاضنة وذلك حتى يبلغ سن الرشد وحتى تتزوج الصغيرة".

(٤١) تنظر المادة (٢٩٢) من قانون العقوبات المصري. قضت محكمة النقض المصرية بالطعن رقم (٤٢٦٨) لسنة ٤ قضائية الصادر بجلسة ٢٠١٦/٥/٢٦ مكتب فنى (سنة ٦٤ - قاعدة ٩٥ - صفحة ٦٦١) "المادة ٢٩٢ / ١ من قانون العقوبات . مفادها ؟ توقيع عقوبتي الحبس والغرامة معًا على الطاعن عن جريمة الامتناع عن تسليم الصغير . خطأ في تطبيق القانون . يوجب نقضه والإعادة.". متوافر على موقع: محكمة النقض المصرية - الطعن رقم ٤٢٦٨ لسنة ٤ قضائية(cc.gov.eg)

(٤٢) عرف المشرع العراقي في المادة (٨١) من قانون العقوبات الحبس البسيط "هو ايداع المحكوم عليه في احدى المنشآت العقابية المخصصة قانوناً لهذا الغرض المدة المقررة في الحكم. ولا تقل مدته عن اربع وعشرين ساعة ولا تزيد على سنة واحدة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.".

(٤٣) لقد تم تعديل أقيام الغرامات في قانون العقوبات العراقي بموجب قانون تعديل الغرامات رقم (٦) في ٢٠١٠/٥/٤ إذا أصبحت غرامة جريمة المخالفة من (٥٠٠٠٠) خمسون ألف إلى (٢٠٠٠٠٠) مئتا ألف دينار وغرامة جريمة الجنحة (٢٠٠٠٠١) مئتا ألف دينار وواحد إلى (١٠٠٠٠٠٠) مليون دينار وغرامة جريمة

الجناية من (١٠٠٠٠٠١) مليون وواحد إلى (١٠٠٠٠٠٠٠) عشرة ملايين دينار وقد تم نشر التعديل في جريدة الوقائع العراقية (٤١٤٩) في ٢٠١٠/٥/٤.

[٤٤] عاقب المشرع العراقي على الخطف في المادة (٤٢٢) من قانون العقوبات العراقي بالسجن مدة لاتزيد على خمسة عشر سنة اذا كان المجنى عليها انثى والسجن مدة لا تزيد على خمسة عشر سنة اذا كان ذكرا. أما قانون الارهاب العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٥ فقد عده جناية وعاقب عليه بالإعدام.

[٤٥] بشرى سلمان العبيدي ، مصدر سابق ، ص ٣٤٦.

[٤٦] نصت المادة (٣) من قانون الاجراءات الجنائية المصري رقم (٥٠) لعام ١٩٥٠ على أن "لا يجوز ان ترفع الدعوى الجنائية الا بناء على شكوى شفهية او كتابية من المجنى عليه أو من وكيله الخاص ، الى النيابة العامة أو الى احد مأموري الضبط القضائي في الجرائم المنصوص عليه في المواد ٣٠٧ ،٣٠٣،٣٠٦ ، ٢٧٩،٢٩٢،٢٩٣ ، ٢٧٤،١٨٥،٣٠٨،٢٧٩،٢٧٧من قانون العقوبات ، وكذلك في الاحوال الاخرى التي ينص عليها القانون ، ولا تقبل الشكوى بعد ثلاثة اشهر من يوم علم المجنى عليه بالجريمة وبمرتكبها مالم ينص القانون على خلاف ذلك".

[٤٧] د.علي حسين الخلف وسلطان عبدالقادر الشاوي ، المبادئ العامة في قانون العقوبات ، شركة العاتك لصناعة الكتب ، القاهرة ، بغداد ، بدون سنة طبع ، ص٤٦٩.

[٤٨] تنظر المادة (١٤٤) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

[٤٩] تنظر المادة (١٤٤) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

The crime of taking a child
(A comparative study)

Prof. Dr. Mona Abdel-Ali Musa
College of Law
University of Babylon