

دور المجنى عليه في إباحة الجريمة⁽¹⁾

هوزان حسن محمد

مدرس مساعد

كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة دهوك

اقليم كوردستان العراق

الملخص

يعتد المشرع الجنائي بالمركز القانوني للمجنى عليه أحياناً ويجعل منه مناطقاً لإباحة بعض الأفعال، سواءً أكان هذا المركز ناشئاً عن العلاقة الزوجية بين طرفي الجريمة، أو قد يكون ناشئاً عن تصرف صادر من المجنى عليه يمثل إما في رضاه بالإعتداء الواقع على حق من حقوقه، أو يتمثل في مبادرته بالإعتداء على الجاني الذي يرد هذا الإعتداء بإعتداء مماثل.

الكلمات الدالة: المجنى عليه، إباحة، الرضاء، العلاقة الأسرية، الجريمة.

1. مقدمة

ومن جهة ثانية، لم يأخذ المشرع بنظر الإعتبار عند إباحة فعل الدفاع إستفزاز المدافع (الجاني) للمجنى عليه الذي يادر بالعنوان بناءً على هذا الإستفزاز.

2.1 فرضية البحث

نفترض أن المشرع الجنائي في ظل السياسة الجنائية الحديثة ويهدف الوصول إلى قانون جنائي أكثر عدالة، ومواجهة الظاهرة الإجرامية بصورة أكثر فاعلية، قد وضع نصب عينيه عند إباحة بعض أنماط السلوك المركز القانوني للمجنى عليه، وعلى قدم المساواة مع مركز الجاني.

3.1 منهجية البحث

سنعتمد في هذا البحث على أسلوب الدراسة الوصفية والتحليلية والمقارنة، وذلك بجمع المعلومات من المؤلفات الفقهية والنصوص القانونية لمختلف التشريعات الجنائية، ومن ثم تحليلها للوقوف على كيفية تنظيمها لدور المجنى عليه في إباحة الجريمة، ومن ثم مقارنة كل ذلك بالنصوص الجزائية في التشريع العراقي، بهدف سد ما قد يعتريها من نقص أو إصلاح ما قد يشوبه من خلل، وبضمنها التعديلات التي جرت على التشريع العراقي من قبل المشرع الكوردستاني وبقدر تعلق الأمر بموضوع بحثنا.

إذا كان الأصل أن التجريم والعقاب لم يتقرر أساساً مراعاةً للمصالح الخاصة للأفراد، بل أن سياسة الدولة في هذا المجال تقوم على أساس إعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة، فإن النتيجة المنطقية المترتبة على ذلك هو أن المجنى عليه – كقاعدة عامة – ليس له دور يمكن ان يأخذ به المشرع عند تجريم أو إباحة سلوك ما، إلا أن هذه القاعدة لا يمكن إعمالها على إطلاقها و في جميع الأحوال، لأن فكرة الموازنة بين المصالح وترجيح المصلحة الأولى بالرعاية يحتم على المشرع الجنائي الحديث أن يأخذ بعين الإعتبار أموراً ووقائع تتعلق بالمجنى عليه وأن يقيم لها وزناً عند إباحة السلوك، هنا تكمن أهمية البحث.

1.1 إشكالية البحث

جرّم المشرع بعض أنماط السلوك في إطار العلاقة الأسرية دون أن يأخذ بنظر الإعتبار مركز طرفي العلاقة، الأمر الذي يترتب عليه نتائج لا تستقيم مع وحدة النظام القانوني داخل الدولة، هذا من جهة،

المجلة الأكاديمية لجامعة نوروز، المجلد 8، العدد 2 (2019)

ورقة بحث منتظمة نشرت في 2019/6/1

البريد الإلكتروني للباحث: alartoshee@uod.ac

حقوق الطبع والنشر © 2017 أسماء المؤلفين. هذه مقالة الوصول إليها مفتوح موزعة تحت رخصة

المشاع الإبداعي النسبي – 4.0 CC BY-NC-ND

4.1 خطة البحث

الفعل، وعلّة ذلك أن تأثير الرضاء ينصب على الفعل فينبغي عنه صلاحيته لتكوين الركن المادي، فيجب أن يكون متوافراً لحظة اتيناه، ويذهب البعض إلى أنه بالإضافة إلى الشروط السابقة يشترط لإعتبار رضاء المجنى عليه سبباً لإباحة الجريمة يجب أن يكون للمجنى عليه حرية التصرف في الحق محل الجريمة⁽⁴⁾. وقد يعتد المشرع برضاء المجنى عليه صراحة، حينما يشترط في نص التجريم بشكل صريح أن يقع السلوك المكون للجريمة بدون رضاء المجنى عليه أو بغير إرادته، وقد يعتد بهذا الرضاء ضمناً ويفهم ذلك من خلال إجازة المشرع في فرع آخر من فروع القانون للشخص أن يتصرف في حق معين من حقوقه، فليس من المعقول أن يرخص المشرع مثلاً في القانون المدني لصاحب المال أن يتنازل عنه لغيره أو أن يسمح لغيره أن يستولي عليه ثم يأتي في قانون العقوبات فيعاقب من استولى على هذا المال برضاء صاحبه، لما في ذلك من تناقض يزه عنه المشرع⁽⁵⁾.

أما عن حالات انعدام الرضاء فتشمل حالة الاكراه بصورتيه المادي والمعنوي، وايضا الرضاء الصادر نتيجة الغش والخداع، ويشمل كذلك حالة ما إذا كان المجنى عليه لا يستطيع التعبير عن ارادته لاستغراقه في النوم أو ناتج عن تناول مواد مسكرة أو مخدرة أو لارتكاب الفعل ضده مباحته⁽⁶⁾، كل هذه الحالات تسمى بانعدام الرضاء الفعلي، وهي لا تدخل تحت حصر وإنما تتسع لكل حالة يثبت فيها عدم رضاء المجنى عليه من الناحية الواقعية⁽⁷⁾، وهناك حالة افترض المشرع أن رضاء المجنى عليه فيها غير متحقق فأقام قرينة لا تقبل اثبات العكس على عدم الرضاء تسمى هذه الحالة بانعدام الرضاء الحكمي لكونه يتوافر في نظر القانون بغض النظر عن رضاء المجنى عليه بالفعل من الناحية الواقعية أو عدم رضائه به، وأهم حالات عدم الرضاء الحكمي هي الرضاء الصادر عن شخص غير ذي أهلية بسبب صغر السن⁽⁸⁾.

والحقيقة أن أهم سمة للجرائم التي يتطلب المشرع الرضاء لإباحتها، هو أن هذه الجرائم لا تمس من الحق إلا جانبه الفردي، أو أنها تمس ما للمجتمع من حق غير أن المشرع لعلّة وأسباب يقدرها يقرر أرجحية الجانب الفردي للحق على الجانب الاجتماعي له، كما لو كان اعتداد المشرع برضاء المجنى عليه وسيلة لمنع وقوع إيذاء أو اعتداء على مصلحة ذات قيمة أكبر من المصلحة الأولى التي أراد المشرع حمايتها ابتداء⁽⁹⁾.

علية وبناءً على ما تقد سنناول موضوع دور المجنى عليه في إباحة الجريمة وفق الخطة التالية.

2. رضاء المجنى عليه كسبب لإباحة

قد يتحقق السلوك الإجرامي ويتحقق نتيجته، ومع ذلك لا يعتبر الركن المادي قائماً من الناحية القانونية، وذلك لتحقق وقائع تقوم عليها أسباب الإباحة تجعل من السلوك في الظروف التي أحاطت به سلوكاً مباحاً، نتيجة لموقف اتخذ المجنى عليه يتمثل في رضائه بالسلوك الاجرامي الواقع عليه، بحيث يترتب على وجود هذا الرضاء إباحة الفعل بعد أن كان مجزماً. ولكن قبل أن نتطرق إلى الجرائم التي يعتبر رضاء المجنى عليه فيها سبباً مبيحاً لها، سنبين وبشكل موجز مفهوم الرضاء وموقف بعض التشريعات منه، عليه وبناءً على ذلك يمكن تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول مفهوم الرضاء وموقف التشريعات منه، ونتناول في المطلب الثاني الجرائم التي تبيحها الرضاء، وعلى النحو التالي:

1.2 مفهوم الرضاء وموقف التشريعات منه

الرضاء هو الإذن الصادر من شخص إلى الغير مدركاً وعالملاً لما سيترتب على هذا الإذن من إعتداء أو إيذاء أو ضرر بجسم أو مال من صدر منه هذا الرضاء⁽²⁾.

ويشترط لاعتبار الرضاء صحيحاً من الناحية القانونية وبالتالي منتجاً لآثاره في إباحة الجريمة عدة شروط أهمها هي⁽³⁾: **أولاً:** أن يكون الرضاء صادراً عن ذي أهلية، بمعنى أن يكون معبراً عن إرادة ذات قيمة قانونية، وغالباً ما يجدد المشرع سنماً معيناً يجب أن يبلغها المجنى عليه حتى يعتد برضائه قانوناً، وقد لا يجدد المشرع ذلك، هنا ينبغي على قاضي الموضوع أن يبحث في مدى فهم المجنى عليه لطبيعة الفعل وادراكه لآثاره وتقديره لخطورته دون أن يكون مقيداً بسن معينة. **ثانياً:** يجب أن تكون إرادة المجنى عليه سليمة مما يعيها، وإلا فلا يعتد القانون بالرضاء الصادر عنها، كما لو كان الرضاء صادراً نتيجة إكراه مادي أو معنوي أو نتيجة غش وخداع أو في أية حالة من حالات فقدان الإرادة. **ثالثاً:** لكي ينتج الرضاء الصادر من المجنى عليه أثره في منع قيام الجريمة يجب أن يكون صدوره إما سابقاً أو معاصراً للفعل المكون للجريمة، وإذا كان سابقاً فيجب أن يبقى قائماً حتى يتم ارتكاب

الدور القانوني لرضاء المجنى عليه كسبب إباحة⁽¹³⁾، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يذهب البعض الآخر إلى أن التشريعات التي لم تنص على رضاء المجنى عليه كسبب إباحة ربما اكتفت في ذلك بالنصوص المقررة لإباحة الفعل الذي يرتكب استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون على اعتبار أن الإباحة المنبئة على رضاء المجنى عليه لا يعدو عن كونه تطبيقاً من تطبيقات استعمال الحق⁽¹⁴⁾.

ولكننا مع ذلك نرى أنه من المستحسن أن يسلك المشرع العراقي مسلك المشرع الجزائري الكويتي والسوداني في عدم ترك تحديد القيمة القانونية للرضاء للفقهاء والقضاء، وذلك بسبب الأهمية البالغة التي يحظى بها رضاء المجنى عليه في مجال القانون الجنائي، سواءً من حيث كونه عنصراً يتوقف على توافره إعدام الجريمة كلياً، أو من حيث كونه سبباً من أسباب إباحة الفعل المجرم.

ولكن السؤال الذي يمكن أن يثار هنا هو، ما المعيار الذي يمكن الإعتماد عليه في تحديد القيمة القانونية لرضاء المجنى عليه؟، في الحقيقة يذهب معظم الفقهاء وشراح القانون الجنائي إلى أن المعيار الذي يحدد بموجبه دور رضاء المجنى عليه لإباحة الفعل المجرم هو مدى سلطة المجنى عليه في التصرف في حقه محل الحماية الجنائية⁽¹⁵⁾، بمعنى آخر لتحديد الجرائم التي يعد الرضاء فيها سبباً لإباحتها يقتضي ذلك تحديد طبيعة الحق المعتدى عليه، والنظر فيما إذا كان حقاً خالصاً للفرد يخول القانون لصاحبه التصرف فيه، أم حقاً تتعلق به مصلحة إجتماعية وبالتالي لا يكفي رضاء المجنى عليه لإباحتها⁽¹⁶⁾.

عليه وبناءً على ذلك إذا كان الحق محل الإعتداء من الحقوق الخالصة للفرد لا يتعلق به حق المجتمع ولا تتدخل الدولة بالعقاب على ما يمس هذه الحقوق من إعتداء إلا إذا كان هذا الإعتداء قد وقع دون رضاء المجنى عليه، في هذه الحالة يعتد المشرع برضاء المجنى عليه كسبب لإباحة فعل الإعتداء إذا وقع مساساً بمثل هذه الحقوق، على اعتبار أن رضاء المجنى عليه بالإعتداء على حقه يعتبر نوعاً من التنازل عن هذا الحق⁽¹⁷⁾.

بمفهوم المخالفة إذا كان الحق محل الإعتداء في جريمة من الجرائم يتعلق بالمصلحة العامة أو الإجتماعية لوحدها، أو يتعلق بالمصلحة العامة والمصلحة الفردية معاً، فإن المجنى عليه ليس لديه سلطة التنازل عنه أو التصرف فيه ومن ثم فإن رضاه فيها لا قيمة له ولا يعتد به ولا يعتبر بالتالي سبباً لإباحتها، لأن هذا الرضاء قد صدر من غير ذي صفة،

أما بالنسبة للتشريعات الجنائية فتبين موقفها من رضاء المجنى عليه كسبب إباحة، فمنها من نصت صراحة على الرضاء كسبب إباحة، ومنها من سكنت عن ذلك، فبالرجوع إلى التشريع الجنائي العراقي مثلاً، لا نجد من بين نصوصه الخاصة بأسباب الإباحة نصاً يشير إلى رضاء المجنى عليه كسبب من أسباب الإباحة⁽¹⁰⁾، وهذا هو نفس الموقف بالنسبة للتشريع الجنائي المصري، والجزائري، والفرنسي⁽¹¹⁾، وكذلك لم تضع هذه التشريعات قاعدة عامة للرضاء بعكس المشرع الكويتي الذي نص صراحة على رضاء المجنى عليه كسبب من أسباب الإباحة في المادة 27 من قانون الجزاء بالقول: ((أسباب الإباحة هي استعمال الحق والدفاع الشرعي واستعمال الموظف العام سلطته أو تنفيذ لأمر تجب طاعته ورضاء المجنى عليه))، ووضع صراحة بموجب المادة 39 من قانون الجزاء قاعدة عامة للرضاء كسبب مبيح للفعل الإجرامي بالقول: ((لا يعد الفعل جريمة إذا رضي المجنى عليه بإرتكابه وكان وقت ارتكاب الفعل بالغاً من العمر ثمان عشرة سنة غير واقع تحت تأثير إكراه مادي أو معنوي عالماً بالظروف التي يرتكب فيها الفعل وبالأسباب التي من أجلها يرتكب، ويشترط أن يكون الرضاء سابقاً على ارتكاب الفعل أو معاصراً له، ومع ذلك لا يعتد برضاء المجنى عليه ويعد الفعل جريمة إذا كان من شأنه أن يحدث الموت أو يحدث أذىً بليغاً أو كان يعد جريمة بغض النظر عن الضرر الذي يحمّل أن يحدثه للمجنى عليه أو نص القانون على ألا يعتد بهذا الرضاء)).

وكذلك الحكم بالنسبة للمادة 16 من القانون الجنائي السوداني التي تنص على أنه: ((1- لا يعد الفعل جريمة إذا سبب ضرر لشخص في جسمه أو ماله متى كان بناءً على رضا صريح أو ضمني من ذلك الشخص. 2- لا تطبق أحكام البند 1 على الأفعال التي يحمّل أن تسبب الموت أو الأذى الجسيم)).

ولكن مع هذا يذهب البعض إلى أن التشريعات الجنائية – ومن ضمنها بطبيعة الحال التشريع الجنائي العراقي – عندما جاءت خالية من النص صراحة على رضاء المجنى عليه كسبب من أسباب الإباحة أو خلت من قاعدة عامة تبين الآثار القانونية لهذا الرضاء لا يعني أنها أغفلت تماماً فكرة رضاء المجنى عليه، بل ترك أمر تحديد القيمة القانونية لهذا الرضاء للقسم الخاص من قانون العقوبات⁽¹²⁾، وترك الأمر للقضاء ليبحث بمناسبة تطبيق القانون دور الرضاء في كل جريمة من الجرائم على حدة، والتي يكون للرضاء فيها شأن، وخصوصاً في الأحوال التي لم يبين فيها المشرع صراحة بموجب النصوص القانونية

هو القانون المدني، وهذا أمر جائز وغير مخالف لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، طالما أن ذلك يتعلق بقواعد الإباحة وليس بقواعد التجريم والعقاب⁽²¹⁾.

2.2. الجرائم التي تبيحها الرضاء

إن رضاء المجنى عليه كقاعدة عامة لا أثر له في قيام الجريمة من عدمها، ولكن هذه القاعدة لا يؤخذ بها على إطلاقها في معظم التشريعات الجزائية، بل ترد عليها استثناءات، خصوصاً بالنسبة لبعض الجرائم الواقعة على الأموال وبعض الجرائم الماسة بسلامة جسم الإنسان، والتي راعى فيها المشرع ما يصدر عن المجنى عليه من رضاء، فاعتد به في رفع الصفة الجرمية عن الفعل ليس باعتباره عنصراً يدخل في الركن المادي المكون للجريمة، بل باعتباره سبباً من أسباب إباحة الجريمة، فبالنسبة لجرائم الأموال، فإنها بشتى أنواعها تعد المجال الفسيح الذي يلعب فيه الرضاء دوراً رئيسياً ما عدا القليل منها والذي يربطه القانون بالمصلحة العامة، لأن هذه الجرائم يقصد بها حماية الحقوق المالية التي هي بطبيعتها قابلة للتصرف فيها، ولكن بشرط أن لا ينتج عن ذلك إعتداء أو أضرار بحقوق الغير أو بالمصلحة العامة⁽²²⁾.

وبلاحظ أن بعض القوانين قد وضعت قاعدة عامة بشأن رضاء المجنى عليه في جرائم الأموال، حيث نصت صراحة على أن مثل هذا الرضاء يعتبر سبباً للإباحة بالنسبة للجرائم الواقعة على الأموال، كما هو الحال بالنسبة للمفردة 1 من المادة 16 من القانون الجنائي السوداني والتي تنص على أنه: ((لا يعد الفعل جريمة إذا سبب ضرراً لشخص في جسمه أو ماله متى كان بناءً على رضاء صريح أو ضمني من ذلك الشخص))⁽²³⁾، في حين إن معظم القوانين الجنائية ومن ضمنهم القانون الجنائي العراقي، جاءت خالية من قاعدة عامة بهذا الشأن، ولكنها مع ذلك تعتد بالرضاء كسبب إباحة في بعض جرائم الأموال، ولعل أبرز مثال على ذلك هو جريمة إتلاف الأموال الثابتة أو المنقولة وفق المادة 477 من قانون العقوبات العراقي⁽²⁴⁾، والتي تنص على أنه: ((مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها القانون: 1- يعاقب... من هدم أو خرب أو أتلف عقاراً أو منقولاً غير مملوك له أو جعله غير صالح للإستعمال أو أضر به أو عطله بأية كيفية كانت))، وتنص المادة 322-1 من قانون العقوبات الفرنسي كذلك على أنه: ((يعاقب كل من أتلف أو هدم مالا مملوكاً للغير باستثناء الإتلاف البسيط أو غير الخطير الذي ينشأ

فمن هذا يتبين أن رضاء المجنى عليه، من حيث كونه سبب إباحة ينتج أثره في نطاق ضيق يتمثل في الجرائم التي لا تمس إلا مصلحة خالصة للفرد، بحيث لا تؤثر تنازل المجنى عليه عن هذه المصلحة سلباً على المصلحة العامة للمجتمع ولا تضر به⁽¹⁸⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك رأي يذهب إلى أن رضاء المجنى عليه لا يعد سبباً لإباحة الجريمة، لأن القانون حينما يعاقب على الجريمة إنما يعاقب عليها لضرورة إجتماعية تتعلق بمساسها بالنظام الإجتماعي سواءً تمثل في المصلحة العامة أو في حقوق الأفراد ومصالحهم، فالأثر الإجتماعي للجريمة سواءً من حيث الضرر أو الخطر هو العلة الأصلية للتجريم والعقاب، وبالتالي فإن قيمة المصلحة المحمية في الجريمة لا تتوقف على تعلقها بالفرد بقدر ما تتوقف على تعلقها بالمجتمع⁽¹⁹⁾.

إلا أننا لا نؤيد هذا الرأي على إطلاقه، لأن فيه تطرف شديد في تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للأفراد، فإن كان هذا الرأي صحيحاً بالنسبة لطائفة معينة من الجرائم، فإنه ليس كذلك بالنسبة لطائفة أخرى، لأنه بالرجوع إلى النصوص القانونية نجد أنه لم يغب عن بال المشرع عند صياغته لهذه النصوص المصلحة الفردية، والدليل على ذلك هو أن المشرع قد رتب على رضاء المجنى عليه صاحب المصلحة آثاراً قانونية هامة، خاصة بالنسبة لبعض الجرائم، سواءً بجعله لهذا الرضاء عنصراً يدخل في البناء القانوني للجريمة، أو بجعله سبباً لإباحتها، أو مانعاً من تحريك الدعوى الجزائية فيها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا يستقيم هذا الرأي مع وحدة النظام القانوني داخل الدولة، فليس من المنطق أن يسمح المشرع في فرع من فروع القانون لصاحب الحق أن يتصرف في ماله بنفسه أو أن يرضى للغير للقيام بهذا التصرف، ثم يأتي في فرع آخر من فروع القانون ويعاقب صاحب الحق أو من رضي له صاحب الحق للقيام بالتصرف في ماله، فعلى سبيل المثال: يرخّص المشرع في القانون المدني لصاحب المال أن يأذن لغيره أن يتلف هذا المال، فإنه من التناقض أن يأتي المشرع بعد ذلك في قانون العقوبات ويعاقب من أتلف هذا المال برضاء صاحبه⁽²⁰⁾، فمثلاً تنص المادة 190 من القانون المدني العراقي النافذ على أنه: ((1- إذا أتلف أحد مال غيره... ضمن ما أتلف. 2- أما إذا أتلفه بإذن مالكه فلا يضمن))، فمن هذا النص يمكن أن نستنتج أن رضاء صاحب الحق يمكن أن يكون سبباً من أسباب إباحة بعض جرائم إتلاف الأموال، وإن كان مصدر هذه الإباحة

ولكن يذهب الاستاذ الدكتور ضاري خليل محمود – بالرغم من تأييده لما ذكرناه أعلاه – إلى القول ((أن ما يجري عليه العمل في ظل قانون العقوبات العراقي النافذ هو أن للرضاء بإباحة الأفعال الواقعة على الأموال قيمة قانونية واسعة، فلم نجد من نصوص قانون العقوبات العراقي الخاصة بجرائم الإلتلاف أي قيد على حرية المالك بالتصرف في أمواله))⁽³³⁾، وما يؤكد مسلك المشرع العراقي هذا – على حد تعبيره – ما قضى به المشرع الجنائي في الفقرة 4 من المادة 3 من قانون اصول المحاكمات الجزائية بعدم جواز تحريك الدعوى الجزائية من قبل الإدعاء العام في جرائم الإلتلاف والتخريب إلا بناءً على شكوى يتقدم بها المجنى عليه المتضرر⁽³⁴⁾.

إلا أننا لا نوافق الرأي ونرى بأن المشرع الجنائي العراقي قد قيد حرية المالك بالتصرف في ماله بعدم الإضرار بالمصلحة العامة عندما شدد عقوبة جريمة الإلتلاف أو التخريب في الفقرة 2 من المادة 477 من قانون العقوبات إذا نشأ عن الجريمة تعطيل مرفق عام أو عمل من أعمال مصلحة ذات منفعة عامة⁽³⁵⁾، فعلى سبيل المثال: إن إلتلاف مشروع كبير برضاء صاحبه قد يتسبب نقصاً في حاجة إجتماعية كان يسدها هذا المشروع، كما لو كان المشروع يزود مرفقاً عاماً بسلعة أو خدمة معينة، فإلتلاف مثل هكذا مشروع سيؤدي إلى تعطيل المرفق العام وبالتالي ينشأ عن هذا التعطيل ضرراً عاماً، الأمر الذي يترتب عليه أن رضاء صاحب المشروع في هذه الحالة ليس له قيمة قانونية في إباحة فعل الإلتلاف، لأن الحق محل الإعتداء لم يعد حقاً خالصاً للفرد، بل أصبح يتعلق به أيضاً حق المجتمع، وهذا ما دفع بالمشرع العراقي إلى تشديد عقوبة الجريمة في الفقرة 2 من المادة 477 من قانون العقوبات، وما يؤكد مسلك المشرع الجنائي العراقي هذا نص الفقرة 4 من المادة 3 من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي، عندما أطلق فيها يد الإدعاء العام في تحريك الدعوى الجزائية في جرائم الإلتلاف أو التخريب إذا ما اقترنت هذه الجرائم بظرف مشدد، ولم يجعل تحريك الدعوى الجزائية فيها رهناً بإرادة المجنى عليه المتضرر فقط⁽³⁶⁾.

أما بالنسبة للجرائم الماسة بسلامة الجسم، فيذهب معظم الفقه الجنائي إلى القول بأن الحق في سلامة الجسم يعد من الحقوق ذات الطبيعة المزدوجة، أي يتعلق بالمجتمع والفرد على حد سواء⁽³⁷⁾، فكما أن للفرد الحق في الأتعطل وظائف الحياة في جسمه

عن الفعل⁽²⁵⁾، فباستقراء هذين النصين يتبين لنا أن المشرع قد اشترط في المال الذي يقع عليه فعل الإلتلاف أو التخريب أن يكون مملوكاً للغير، وبمفهوم المخالفة أنه إذا كان ملكية المال محل الجريمة عائداً للجاني فلا تقع عليه أية مسؤولية، وكذلك الحال إذا رضي صاحب المال للغير أن يتلفه فلا يعد الفاعل في هذه الحالة مرتكباً لجريمة الإلتلاف بالرغم من تحقق ركنها المادي والمعنوي⁽²⁶⁾، وذلك بسبب ظرف أضيف إليها في ملاسات الواقعة وهو رضاء صاحب المال وكان من شأنه أن رفع عن الواقعة وصف الجريمة⁽²⁷⁾.

بعبارة أخرى أن فعل الإلتلاف لا يعد جريمة إلا إذا ارتكب بغير رضاء المالك، أما إذا ارتكبه المالك نفسه أو ارتكبه الغير برضاء المالك فإنه يعتبر فعلاً مباحاً، وعلّة اعتبار رضاء المالك سبب إباحة في هذه الجريمة هي أن المشرع لم يجرم أفعال الإلتلاف إلا صيانة لحق الملكية الذي يعتبر من الحقوق المالية، فإذا رضي المالك بفعل الإلتلاف عد ذلك نوعاً من التصرف في الحق وهذا التصرف جائز له قانوناً، وبالتالي يصبح فعل الإلتلاف غير محققاً للإعتداء الذي من أجله يجرمه القانون⁽²⁸⁾، وسندنا في ذلك نص المادة 190 من القانون المدني العراقي والذي يعد مصدراً للإباحة في هذه الحالة كما سبق الإشارة إليه⁽²⁹⁾.

وفس الحكم بالنسبة لجريمة اتلاف الاموال الثابتة والمنقولة ينطبق على جريمة إلتلاف المزروعات التي نص عليها المشرع العراقي في المادة 479 من قانون العقوبات⁽³⁰⁾، وجريمة قتل الحيوانات بشتى أنواعها وفق المواد 482/أولاً والمادة 484 و 486 من نفس القانون المذكور أعلاه⁽³¹⁾.

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن المال محل الجريمة، سواءً أكان من الاموال الثابتة أو المنقولة أو من المزروعات أو الحيوانات، يجب أن يكون مملوكاً ملكية خالصة لمن رضي للغير باتلافه، وأن لا يتعارض فعل الإلتلاف أو التخريب مع المصلحة العامة، أما إذا كان ملكية المال مشتركاً بينه وبين الغير، أو تسبب فعل الإلتلاف أو التخريب ضرراً بالمصلحة العامة، فإن النتيجة المنطقية المترتبة على ذلك هي أنه لا قيمة لرضاء صاحب المال في إباحة الإلتلاف، بل يعتبر مرتكباً لجريمة الإلتلاف، لأنه تسبب في الإضرار بملكية الغير أو بالمصلحة العامة⁽³²⁾.

بل مس فقط الجانب الفردي لهذا الحق، فإنه يتجرد الفعل من صفته الإجرامية إذا رضي به المجنى عليه.

أما بالنسبة لموقف التشريعات من دور الرضاء في إباحة الأفعال الواقعة على سلامة الجسم، نجد أن هناك بعض القوانين تعتد صراحة برضاء المجنى عليه في إباحة الأفعال الماسة بسلامة الجسم، إذا لم يترتب عليه موت أو أذى جسيم، وهذا ما أكد عليه المشرع الكويتي في المادة 39 من قانون الجزاء بالقول: ((... ومع ذلك لا يعتد برضاء المجنى عليه ويعد الفعل جريمة إذا كان من شأنه أن يحدث الموت أو يحدث أذى بليغاً...))⁽⁴²⁾، وكذلك الحكم بالنسبة للمادة 16 من القانون الجنائي السوداني التي تنص على أنه: ((1- لا يعد الفعل جريمة إذا سبب ضرر لشخص في جسمه أو ماله متى كان بناءً على رضا صريح أو ضمني من ذلك الشخص. 2- لا تطبق أحكام البند 1 على الأفعال التي يمتثل أن تسبب الموت أو الأذى الجسيم))⁽⁴³⁾، فطبقاً لهذه النصوص أن رضاء المجنى عليه يعتبر سبباً للإباحة في الأفعال الماسة بسلامة الجسم، إذا كان الأذى الذي يترتب على الفعل أذىً خفيفاً، لكون الإيذاء الخفيف، كجذب الشعر أو قصه أو البصق في الوجه أو سحب كمية ضئيلة من الدم من جسم المجنى عليه لا ينقص على أي نحو من الإمكانيات التي تتطلبها الوظيفة الإجتماعية، إذ لا تزال صلاحية من تعرض لفعل من الأفعال المذكورة أعلاه لأداء الأعمال ذات القيمة الإجتماعية ثابتة له بنفس القدرة التي كان لها قبل أن يرتكب فعل من هذه الأفعال⁽⁴⁴⁾.

أما في ظل قانون العقوبات العراقي، بالرغم من خلوه من قاعدة عامة للرضاء كسبب إباحة - كما مر بنا - إلا أنه يمكن القول إذا كان فعل الإعتداء لم يمس الجانب الإجتماعي للحق في سلامة الجسم، أي لم يؤثر على أداء الفرد لوظيفته الإجتماعية، فإن رضاء المجنى عليه يمكن إعتباره سبباً لإباحة هذا الفعل، أما إذا كانت النتيجة الإجرامية لفعل الإعتداء على درجة من الجسامه بحيث يترتب عليه التقليل من مقدرة المجنى عليه على القيام بوظيفته الاجتماعية، سواءً تجاه نفسه أو أسرته أو وطنه، فإنه لا أثر لرضاءه في إباحة فعل الإعتداء.

فمن كل ما تقدم تبين لنا أن جرائم الأموال تعتبر المجال الفسح الذي يلعب فيه رضاء المجنى عليه دوراً في إباحتها، وتمثل جرائم إتلاف الأموال الثابتة والمنقولة وإتلاف

وفي أن يحتفظ جسمه بتكامله وفي أن يتحرر من الآلام البدنية، فإن للمجتمع أيضاً الحق في أن يتمتع افراده بسلامة الجسم، لأن ذلك يضمن للمجتمع وجوده واستمراره، ويجد حق المجتمع هذا أساسه في أن طبيعة النظام الإجتماعي تقتضي أن يكون لكل فرد في المجتمع وظيفة إجتماعية، وهذه الوظيفة تلقى على عاتق الفرد مجموعة من الواجبات التي يقابلها بطبيعة الحال حق المجتمع في إقتضاءها، فلا يستطيع الفرد أن يقوم بما تقتضيه من وظيفته الإجتماعية المتمثلة أبرزها في مساهمته في الانتاج والعمران وإدارة عجلة التقدم والإزدهار للمجتمع إلا إذا كانت سلامة جسده مصونة، لأن كل إعتداء يمس هذا الحق يقلل في الوقت نفسه من قدرة صاحبه على القيام بما هو ملقاة على عاتقه من وظائف تجاه نفسه وأسرته ووطنه، وتمس تبعاً لذلك المزايا التي يحق للمجتمع أن يقتضياها من حق الأفراد في سلامة أجسادهم، فيهدر على هذا النحو حق المجتمع فيها⁽³⁸⁾. لهذا قيل أن الحق في سلامة الجسم من الحقوق ذات الاهمية الاجتماعية تتعلق بالمجتمع ويتوقف على احترامه تحقيق أهداف القانون وغايات المجتمع⁽³⁹⁾، لهذا السبب ولكونه يتوقف ضمان بقاء المجتمع واستمراره على ضمان سلامة الجسد بالنسبة لأفراد المجتمع. يذهب معظم الفقه إلى أنه يرحح حق المجتمع في البقاء والإستمرار على حق الفرد بالنسبة للأفعال الماسة بسلامة الجسم، بمعنى أن أهمية الجانب الإجتماعي لحق الإنسان في سلامة جسده تفوق أهمية الجانب الفردي لهذا الحق، الأمر الذي يترتب على ذلك هو ألا يعد رضاء المجنى عليه سبباً عاماً لإباحة جرائم الإعتداء على حق الفرد في سلامة الجسم⁽⁴⁰⁾.

ولكن تجدر الإشارة إلى أن تفوق الجانب الإجتماعي للحق في سلامة الجسم لا يعني - كما يذهب إليه البعض - تجريد هذا الحق من الجانب الفردي له، إذ لا يمكن تجاهل كون الفرد صاحب المصلحة المباشرة في سلامة جسده، أما حق المجتمع فلا يعدو عن كونه إرتفاقاً يرد على هذا الحق وفي الحدود التي يضمن للفرد أداء وظيفته الإجتماعية⁽⁴¹⁾.

نستنتج من ذلك أن فعل الإعتداء على سلامة الجسم إذا انتقص من صلاحية الفرد في أداء وظيفته الإجتماعية، فإنه لا قيمة لرضاءه في إباحة هذا الفعل، لأن الفرد في هذه الحالة غير ذي صفة بالنسبة للجانب الإجتماعي للحق، لكونه يتصرف في إرتفاق مقرر للمجتمع، أما إذا لم يمس فعل الإعتداء الوظيفة الإجتماعية للحق في سلامة الجسم،

شيء، فإن ضربها رغم ذلك، فإن فعله يعد جريمة ويعاقب عليها القانون بالعقوبة المقررة لإحدى جرائم الإذاء وحسب جسامة النتيجة الاجرامية المترتبة على فعل الضرب.

أما بالنسبة لتأديب الأولاد القصر، فقد نصت الفقرة 1 من المادة 41 من قانون العقوبات العراقي على أنه: ((لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لخلق مقرر بمقتضى القانون، ويعتبر استعمالاً للحق.... تأديب الآباء و المعلمين ومن في حكمهم الأولاد القصر في حدود ما هو مقرر شرعاً أو قانوناً أو عرفاً))، فمن هذا النص يتبين أن التأديب غير قاصر على الزوجة، بل يشمل الأولاد القصر، أي من غير البالغين سن الرشد، ويشترط في تأديبهم نفس ما يشترط لتأديب الزوجة، عليه يجب أن يكون التأديب لمعصية ارتكبه الصغير، وإذا كان التأديب بالضرب يجب أن يكون هذا الضرب غير مبرحاً، وأن يتناسب مع حالة الصغير وسنه، وأن لا يكون على المواضع الخطرة من الجسم، كالرأس والبطن والصدر، وأن يكون الغرض منه إصلاح الصغير وتهذيبه⁽⁵⁵⁾، فإذا كان الضرب في هذه الحدود فلا مسؤولية ولا عقاب على الضارب، أما إذا تجاوز ذلك حق عليه العقوبة المقررة لجريمة الضرب⁽⁵⁶⁾، وتقدر العقوبة بقدر جسامة النتيجة المترتبة على فعل الضرب، فمثلاً يسأل عن الوفاة إذا نشأ عن فعله موت الصغير⁽⁵⁷⁾، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية أيضاً بالقول: ((أنه إذا ربط والد ابنته برطاً محكماً في عضديها أحدث عندها غنغريناً سببت وفاتها فهذا تعذيب شديد يقع تحت طائلة المادة 236 من قانون العقوبات المصري))⁽⁵⁸⁾.

ولكن بالرغم من كل ما تقدم من شروط لإباحة التأديب هناك شرط جوهري وأساسي يتوقف على وجوده إمكانية الشروط الأخرى في إنتاج آثارها القانونية في إباحة ضرب القاصر بقصد التأديب، هو أن يربط الجاني (القائم بالضرب) بالمخني عليه (الولد القاصر) كما هو مقرر وفقاً للفقرة 1 من المادة 41 من قانون العقوبات ووفق أحكام الشريعة الإسلامية، علاقة خاصة تتمثل في كون القائم بالضرب بقصد التأديب إما أن يكون أباً للمخني عليه أو جده له أو وصياً عليه أو معلماً - مدرساً كان أو معلم حرفة - أو أمماً له إذا كانت هي الوصية عليه أو كانت تكفله، ولها هذا الحق أيضاً في غيبة الأب على الرأي الراجح⁽⁵⁹⁾. أما إذا انتفت هذه العلاقة بين الجاني والمخني عليه، فإن الجاني

بفاحشة مبيسة فإن فعلن فإن الله تعالى قد أذن لكم أن تهجروهن في المضاجع وتضربوهن ضرباً غير مبرح، فإن انتهين فلهن رزقهن وكسوتهن بالمعروف))⁽⁵¹⁾.

أما من حيث الغاية من الضرب، فلا يكفي الضرب الخفيف، بل يجب أن تكون الغاية منه تأديب الزوجة واصلاحها، وذلك برجوعها إلى طاعة الزوج أو انتهاءها لمعصياته، وهذا ما أشارت إليه الآية الكريمة الآفة الذكر بالقول [فإن أطعتمكم]، وكذلك الحديث النبوي المذكور أعلاه بالقول ((فإن أنتهين))، أما إذا كان للزوج غرض آخر غير الإصلاح و التأديب، كالانتقام من الزوجة أو من أهلها أو الاستيلاء على أموالها أو دفعها إلى الفحشاء، في كل هذه الحالات ينتفي الحق وتزول الإباحة ومن ثم يصبح فعل الضرب، مهما كان خفيفاً، جريمة يسأل عنها الزوج⁽⁵²⁾، ويعاقب بالعقوبة المقررة لإحدى جرائم الإذناء وحسب جسامة النتيجة الاجرامية المترتبة على فعله، فمثلاً يسأل عن جريمة الضرب المفضي إلى عاهة مستديمة، إذا نشأ عن فعله مثل هذه العاهة، ويسأل عن جريمة الضرب المفضي إلى الموت، إذا ترتب على فعله موت الزوجة⁽⁵³⁾. إلا أن الأهم من كل ذلك أن حق التأديب مقرر لمركز قانوني خاص بالزوج دون غيره، كما هو واضح من الفقرة 1 من المادة 41 من قانون العقوبات العراقي، والتي سبق ذكرها، فهذا يعني أن الشخص الذي يحق له مباشرة حق التأديب بالضرب هو الزوج فقط، لأن هذا الحق يعتبر من الحقوق الشخصية المقررة للزوج وحده، ولا يحق لغيره أن يمارسه، كوالد الزوج أو والدته، أو أحد إخوانه، وكذلك لا يجوز للزوج أن يفوض غيره للقيام بتأديب زوجته عن طريق الضرب، فإن فعل ووقع الضرب بناءً على ذلك، فإن فعل الضرب يعد جريمة ويعاقب الضارب بصفته فاعلاً أصلياً في الجريمة، ويعاقب الزوج بصفته شريكاً، ولا يثبت حق تأديب الزوجة بالضرب إلا بثبوت الزوجية، وبالتالي لا يقوم هذا الحق في مرحلة الخطبة، ولا يستمر بعد انتهاء العلاقة الزوجية بالطلاق البائن، والعبرة بثبوت العلاقة الزوجية وقت مباشرة حق التأديب لا وقت ارتكاب الزوجة للمعصية⁽⁵⁴⁾. فهذا يعني أن العلاقة الزوجية القائمة بين الزوج والزوجة هي التي تبيح فعل الضرب قبل كل شيء، ويتوقف على وجودها إمكانية إنتاج الشروط الأخرى لآثارها القانونية في إباحة الضرب، بحيث إذا انتفت هذه العلاقة أو انتهت بالطلاق البائن فليس للزوج على الزوجة من

ناحية حظر ضرب أفراد الأسرة والأطفال بأية حجة كانت بموجب الفقرة 12 من المادة 2/أولاً من قانون مناهضة العنف الأسري رقم 8 لسنة 2011، لأن الأسرة باعتبارها مجتمع صغير لكي لا يختل أمرها ويسوء حالها، لا بد من نظام يضبط سلوكها، ولأن من يتولى رئاسة الأسرة، سواءً بصفته زوجاً أو أباً، أدري من غيره بالوسيلة التي تجدي نفعاً في ضبط السلوك داخل الأسرة، ولتحقيق ذلك لا بد من ممارسة حقه في تأديب أفرادها من الزوجة والأولاد القصر. فبالنسبة للزوجة، نرى أن قيام الزوج بتأديب زوجته مع مراعاة الحدود المقررة لذلك شرعاً، أصلح للزوجة وأحفظ لكرامتها وأسرارها، فليس منطقياً— كما سبق الإشارة إليه — أن يرجع الزوج في كل أمور حياته الخاصة إلى القضاء أو إلى أهل زوجته أو إلى أية جهة أخرى ذات الصلة بشؤون الأسرة، لأن ذلك يمس كرامة الزوجة، وقد يؤدي من جانب آخر إلى تفاقم المشاكل بدلاً من حلها⁽⁶¹⁾.

أما بالنسبة للأولاد القصر، فقد فرض المشرع العراقي في المادة 29 من قانون رعاية الأحداث رقم 76 لسنة 1983 واجباً على الأولياء بعدم إهمال الصغير أو الحدث إهمالاً يؤدي إلى انحراف السلوك⁽⁶²⁾، وبما أن حق التأديب يعد أحد الوسائل اللازمة للقيام بواجب الرعاية والرقابة على الصغير الذي يحتاج في أغلب الأحيان إلى شيء من الحزم ونوع من القسوة لحسن تنشأته وتربيته⁽⁶³⁾، فإنه من التناقض أن يفرض المشرع على الأولياء واجب الرعاية لأولادهم القصر في قانون معين، ومن ثم يأتي في قانون آخر ويسلب منهم بموجبه حق التأديب بالضرب الذي يعد أحد الوسائل اللازمة للقيام بهذا الواجب - كما قلنا - بالرغم من التزامهم بالحدود المقررة لفعال الضرب. لذلك وبناءً على ما تقدم نرى من المستحسن أن يعيد المشرع الكوردستاني العمل بمحكم الفقرة 1 من المادة 41 من قانون العقوبات العراقي بالنسبة لتأديب الزوجة والأولاد القصر، مع إضافة الشروط المحددة في الشريعة الإسلامية للتأديب إلى النص المذكور أعلاه، وفتح عليه الصيغة التالية:

((لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون أو الشريعة، ويعتبر استعمالاً للحق:

1- تأديب الزوج لزوجته وتأديب الآباء والمعلمين ومن في حكمهم الأولاد القصر، وفق الشروط التالية:

يسأل عن جريمة الضرب ولو كان قد التزم بالحدود المقررة شرعاً للضرب، أو كان الضرب بقصد الإصلاح والتهديب وتقويم سلوك القاصر.

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن الزوجة قد استثنت من حكم الفقرة 1 من المادة 41 من قانون العقوبات العراقي السالف الذكر في إقليم كردستان العراق بموجب القانون رقم 7 لسنة 2001 الصادر من برلمان الأقليم⁽⁶⁰⁾، فأصبح بموجب هذا القانون يشمل التأديب فقط الأولاد القصر داخل نطاق الأسرة، ولكن بعد صدور قانون مناهضة العنف الأسري رقم 8 لسنة 2011 في إقليم كردستان العراق، أصبح حكم الفقرة 1 من المادة 41 من قانون العقوبات العراقي غير قابل للتطبيق أو العمل به ليس بالنسبة للزوجة فحسب، بل بالنسبة لجميع أفراد الأسرة، خصوصاً فيما يتعلق بتأديبهم عن طريق الضرب، وإن كان الهدف من الضرب تهذيب وإصلاح أفراد الأسرة، وهذا واضح من صياغة الفقرة 12 من المادة 2/أولاً من قانون مناهضة العنف الأسري المذكور أعلاه، والتي تنص على أنه: ((يحظر على أي شخص يرتبط بعلاقة أسرية أن يرتكب عنفاً أسرياً ومنها العنف البدني والجنسي والنفسي في إطار الأسرة وتعتبر الأفعال الآتية على سبيل المثال عنفاً أسرياً.... 12- ضرب أفراد الأسرة والأطفال بأية حجة كانت))، وحدد المشرع الكوردستاني عقوبة الأفعال التي تعد عنفاً أسرياً، وبضمنها بطبيعة الحال فعل الضرب، في المادة 7 من نفس القانون التي تنص على أنه: ((مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد تنص عليها القوانين النافذة في الأقليم: يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن مليون دينار ولا تزيد على خمسة ملايين دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من ارتكب عنفاً أسرياً)).

فمن خلال استقراء المادة 2/أولاً في فقرتها الثانية عشر، والمادة 7 من قانون مناهضة العنف الأسري السالف الذكر تتوصل إلى نتيجة مفادها، أن ضرب أفراد الأسرة من الزوجة والأولاد القصر في إقليم كردستان العراق وإن كان بقصد التهذيب والإصلاح أصبح فعلاً مجرمًا ومعاقباً عليه، ولم يمتحى بذلك للعلاقة الأسرية دور في إباحة فعل الضرب تأديباً في إطار هذه العلاقة، سواءً بالنسبة للزوجة أو بالنسبة للأولاد القصر.

إلا أننا نرى أن المشرع في إقليم كردستان العراق لم يكن موفقاً، سواءً من ناحية استثناء الزوجة من أحكام الفقرة 1 من المادة 41 من قانون العقوبات العراقي، أم من

يوجد في النظام القانوني القائم ما يعطي الزوج حق اللجوء إلى الوسائل غير المشروعة لإقتضاء حقه في الوصول إلى غايته المشروعة، ومن جانب آخر يذهب هذا الرأي إلى أن الحياة الزوجية وإن كانت لا تجعل لأحد الزوجين قبل الزواج الآخر حقاً في عدم المساس به جنسياً وذلك لتعارض هذا الحق مع طبيعة عقد الزواج ومقاصده، فإنها مع ذلك لا تهدر الحرية الجنسية لكل زوج، ومن ثم لا ينبغي لأحدهما أن يكره الآخر على الوطء⁽⁶⁷⁾.

في حين يذهب الرأي الثاني إلى أن واقعة الزواج لزوجه ولو بدون رضاها يعتبر فعلاً مباحاً، ولا يمكن إعتبره جريمة إغتصاب، لأن الزوج يملك إتيان الزوجة شرعاً ولو بغير رضاها، ولكن بشرط أن تكون الزوجية قائمة في تلك اللحظة، وأن تكون الزواج قد تم بناءً على عقد صحيح، أما إذا انتفت العلاقة الزوجية أو انتهت بالطلاق البائن، فلا يجوز للزوج واقعة الزوجة، وإن فعل بدون رضاها يكون بذلك قد ارتكب جريمة إغتصاب، وكذلك إذا كان الزواج قد تم بناءً على عقد زواج باطل وأتى الزوج زوجته بدون رضاها وكان عالماً بالاطلاق، فإنه يعد في هذه الحالة أيضاً مرتكباً لجريمة الإغتصاب⁽⁶⁸⁾.

ولتجنب هذا الخلاف فقد نص بعض القوانين صراحة على نفي صفة الجريمة عن فعل واقعة الزواج لزوجه دون رضاها في ظل علاقة زوجية قائمة صحيحة، ومن هذه القوانين قانون العقوبات اللبناني، حيث تنص المادة 503 منه على أنه: ((من أكره غير زوجه بالعنف والتهديد على الجماع عوقب بالأشغال الشاقة لمدة خمس سنوات على الأقل...))، يلاحظ من هذا النص أن العلاقة الزوجية تنفي الصفة الإجرامية عن فعل الواقعة ولو تم هذا الفعل دون رضا الزوجة، ولكن ليست باعتبارها سبباً من أسباب الإباحة، وإنما بإعتباره عنصراً جوهرياً يترتب على قيامه انتفاء الركن المادي للجريمة، وذلك لإنتفاء أحد عناصر هذا الركن، ألا وهو عدم وجود علاقة زوجية بين الطرفين، أو ما يسمى بعدم مشروعية الاتصال الجنسي⁽⁶⁹⁾.

أما بالنسبة للمشرع العراقي فذهب البعض إلى أن الصياغة اللفظية للمادة 393 من قانون العقوبات التي تنص على أنه: ((بعاقب... من واقع أثنى بغير رضاها...)) تشير الإعتقاد بأن واقعة الزواج لزوجه بغير رضاها يعد إغتصاباً على أساس أن لفظ "الأثنى"

أ- أن تكون الزوجة أو الولد القاصر قد ارتكب ذنباً غير معاقب عليه وفق أحكام هذا القانون أو أي قانون عقابي آخر. ب- أن يكون استعمال هذا الحق بنية الإصلاح والتهديب وتقويم السلوك. ج- وإذا استعمل صاحب حق التأديب الضرب كوسيلة، يجب أن يكون الضرب خفيفاً لا يترك أثراً على الجسم، وأن لا يشمل المواضع الخطرة والظاهرة من الجسم، وأن لا يستعمل فيه آلة أو سوط أو عصي أو ما شابه ذلك)). فهذه الصيغة يكون المشرع قد وضع شروط التأديب المقررة شرعاً في صلب قانون العقوبات، بحيث يسهل الرجوع إليها، وبذلك يكون قد حسم أيضاً وبشكل صريح الخلاف القائم بين الفقهاء والإضطراب السائد في أحكام القضاء حول مدى إعتبر الجهل أو الغلط بأحكام القوانين غير العقابية مانعاً من المسؤولية وناهماً للقصد الجنائي⁽⁶⁴⁾. وإزالة التعارض بين الفقرة 1 من المادة 41 من قانون العقوبات العراقي بعد إعادة العمل به وعلى النحو الذي اقترحه، وبين الفقرة 12 من المادة 2/أولاً من قانون مناهضة العنف الأسري رقم 8 لسنة 2011 في إقليم كردستان العراق، تقترح الصيغة التالية لها:

((يحظر على أي شخص يرتبط بعلاقة أسرية أن يرتكب عنفاً أسرياً... ويعتبر عنفاً أسرياً.... 12- ضرب أفراد الأسرة في غير الأحوال المصرح بها قانوناً)).

2.1.3 العلاقة الزوجية سبب إباحة واقعة الزواج لزوجه دون رضاها

في الجرائم الواقعة على العرض، ومن ضمنها بطبيعة الحال جريمة الإغتصاب، يحمي المشرع فيها الحرية الجنسية للأفراد، ولهذا نجد أنه في هذه الجرائم وفي أحوال معينة يعتد برضاء المجنى عليه، ولكن ما يهنا هنا هي العلاقة الزوجية كسبب إباحة فعل الواقعة دون رضا الزوجة، وكما هو معلوم أنه فضلاً عن إنعدام الرضا يعد عدم مشروعية فعل الوقاع، أي انتفاء العلاقة الزوجية بين الجاني والمجنى عليها، أيضاً من العناصر المهمة في جريمة الإغتصاب⁽⁶⁵⁾، فهذا يعني أن العلاقة الزوجية تنفي صفة الإباحة على الواقعة بين الزوجين ما دام الرضا بها متوافراً⁽⁶⁶⁾. ولكن المشكلة تتور عندما تنعدم رضا الزوجة بالواقعة رغم قيام العلاقة الزوجية، فانقسم الفقه في ذلك إلى رأيين، الأول يذهب إلى أن واقعة الزواج لزوجه بدون رضاها تعتبر جريمة اغتصاب، وحثهم في ذلك هو أن جريمة الإغتصاب لا تتكون من الوطء وحده، بل تتكون فضلاً عن ذلك من الإكراه وما في حكمه، وإذا كان عقد الزواج محل للزوج أن يستمتع بزوجه، فلا

الفقرة 2/أولاً من المادة العاشرة من قانون تعديل تطبيق قانون الأحوال الشخصية في إقليم كردستان العراق رقم 15 لسنة 2008 والتي تنص على أنه: ((أولاً: النشوز هو تعالي أحد الزوجين على الآخر كما في الحالات الآتية:.... 2- تعسف أي من الزوجين في أداء الواجبات الزوجية والاخلال بها قاصداً الاضرار بالزوج الآخر)). فليس من المنطق أن يجعل المشرع الكوردستاني من المعاشرة الزوجية كإحدى الواجبات الزوجية جريمة بحق الزوج في قانون مناهضة العنف الأسري إذا تمت بالإكراه، وتجعل من الزوجة ناشرة إذا امتنعت تعسفاً عن القيام بواجباتها الزوجية تجاه الزوج بموجب قانون آخر الا وهو القانون رقم 15 لسنة 2008 المذكور أعلاه، فإذا لو امتنعت الزوجة تعسفاً من المعاشرة الزوجية وعاشرها الزوج بالإكراه في نفس الوقت؟ فكيف نعتبر في آن واحد الزوج مرتكباً لجريمة العنف بموجب قانون، ومن ثم نعتبر الزوجة ناشرة بموجب قانون آخر؟ فما أن هذه النتيجة لا تستقيم مع وحدة النظام القانوني داخل الدولة، عليه ندعو المشرع الكوردستاني إلى تعديل الفقرة 13 من المادة 2/ أولاً من قانون مناهضة العنف الأسري رقم 8 لسنة 2011 وبتحريك عليه الصيغة التالية: ((يحظر على أي شخص يرتبط بعلاقة اسرية أن يرتكب عنفاً أسرياً ومنها العنف البدني والجنسي والنفسي في إطار الأسرة وتعتبر الأفعال الآتية على سبيل المثال عنفاً أسرياً.... 13-.... والمعاشرة الزوجية بالإكراه إذا كان هناك مانع شرعي يحول دون ذلك)).

2.3 مبادرة المجنى عليه بالعدوان كسبب إباحة

قد يساهم المجنى عليه في وقوع فعل الإعتداء عليه عندما يبادر بالإعتداء على الجاني، فيقوم الأخير بصد هذا الإعتداء بإعتداء يماثله، وهذا ما يسميه في القانون بالدفاع الشرعي⁽⁷⁴⁾، والذي يقصد به دفع الإنسان خطر الإعتداء عن نفسه أو ماله أو نفس أو مال الغير بإعتداء يقابله، إذا تعذر عليه الإلتجاء إلى السلطات العامة في الوقت الملائم، ولم يكن أمامه وسيلة أخرى غير الإعتداء لدفع هذا الخطر⁽⁷⁵⁾. فهذا يعني أن الدفاع الشرعي في قانون العقوبات يقتضي وجود فعلين، يشكل كل منهما بحسب الأصل جريمة، أحدهما فعل العدوان يصدر من المجنى عليه (المعتدي)، والآخر فعل الدفاع يصدر عن الجاني (المدافع)، ولكن بالنظر إلى الظروف التي رافقت وقوع الفعلين، رأى المشرع أن مصلحة المجتمع تتحقق بترجيح مصلحة المعتدى عليه المدافع (الجاني) في دفع

جاء مطلقاً دون تقييد، وما يعزز هذا الإعتقاد هو استثناء المشرع حالة الزواج في المادة 394 من نفس القانون المذكور أعلاه بالقول: ((1- يعاقب.... من واقع في غير حالة الزواج اثني برضاها...))، وهذا هو نفس الموقف بالنسبة للمشرع المصري في المادة 267 من قانون العقوبات التي تنص على أنه: ((من واقع اثني بغير رضاها يعاقب بالسجن المشدد))، والمشرع الكويتي في المادة 186 من قانون الجزاء التي تنص على أنه: ((من واقع اثني بغير رضاها... يعاقب...)). ولكن مع ذلك يذهب معظم الفقه الجنائي إلى أن جريمة الإغتصاب لا تتحقق رغم عدم رضا المرأة، إذا كان من صدر عنه فعل الوقاع هو زوجها بموجب عقد زواج صحيح وقائم، لأن العلاقة الزوجية في هذه الحالة سبب للإباحة يجعل من الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون⁽⁷⁰⁾، ويجد هذا الحق مصدره في أحكام الشريعة الإسلامية التي تعطي للزوج بموجب عقد زواج صحيح وقائم الحق في الإلتصال الجنسي بزوجته أتي شاء⁽⁷¹⁾. فهذا يعني أن العلاقة الزوجية، سواء في قانون العقوبات العراقي أم في قانون الجزاء الكويتي أم في قانون العقوبات المصري، تبيح واقعة الزواج لزوجته ولو بدون رضاها، ما لم يوجد مانع شرعي، وهذا هو نفس اتجاه محكمة النقض المصرية التي قضت بأنه: ((ليس للزوجة المسلمة حرية الإختيار في تسليم نفسها لزوجها أو عدم التسليم، بل هي مجبرة بحكم عقد الزواج وبحكم الشرع إلى مؤاتاة زوجها عند الطلب، وليس لها أن تمتنع بغير عذر شرعي والا كان له حق تأديها))⁽⁷²⁾.

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن واقعة الزواج لزوجته بدو رضاها تعتبر جريمة في إقليم كردستان العراق وفق الفقرة 13 من المادة 2/ أولاً من قانون مناهضة العنف الأسري رقم 8 لسنة 2011 والتي تنص على أنه: ((يحظر على أي شخص يرتبط بعلاقة اسرية أن يرتكب عنفاً أسرياً ومنها العنف البدني والجنسي والنفسي في إطار الأسرة وتعتبر الأفعال الآتية على سبيل المثال عنفاً أسرياً.... 13-.... والمعاشرة الزوجية بالإكراه))⁽⁷³⁾. فهذا يعني أن المشرع الكوردستاني لا يعتد بالعلاقة الزوجية بموجب هذا القانون في إباحة فعل الإلتصال الجنسي بين طرفي تلك العلاقة لمجرد إمتناع الزوجة من هذا الإلتصال ولو بغير عذر شرعي، وفي هذا تعارض مع الأحكام القانونية الواردة في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959، خاصة تلك المتعلقة بالحقوق والواجبات الزوجية والتي تعطي للزوج الحق في إتيان الزوجة أتي شاء ما لم يوجد هناك مانع شرعي وبالتالي ليس لها أن تمتنع الزوج من ذلك وإلا اعتبرت زوجة ناشرة بموجب

وهذا ما فعله المشرع اللبناني في المادة 184 من قانون العقوبات بالقول: ((بعد ممارسة حق كل فعل قضت به ضرورة حالية لدفع تعرض غير محق ولا مثار على النفس أو الملك أو نفس الغير أو ملكه...))⁽⁸¹⁾، وبذلك لا يقوم حق الدفاع الشرعي للمدافع الذي إستفز من بادر بالعدوان، لأنه بهذا السلوك الإستفزازي قد أثار فعل الإعتداء عليه.

وإذا كان الأصل هو عدم جواز استعمال الدفاع الشرعي ضد المدافع (الجانبي) وذلك لمشروعية فعل الدفاع، فهل يحق للمجنى عليه الذي بادر بالعدوان استعمال حق الدفاع الشرعي ضد المدافع إذا تجاوز الأخير حدود حقه في الدفاع؟ يذهب رأي إلى القول بأن المجنى عليه الذي بادر بالعدوان يجوز له استعمال حق الدفاع الشرعي في حالة ما إذا تجاوز المدافع حدود حقه في الدفاع الشرعي، على إعتبار أن المدافع في حالة التجاوز يرتكب فعلاً مخالفاً للقانون، وبالتالي يجوز للمجنى عليه الذي بادر بالعدوان مواجعة هذا التجاوز بالدفاع الشرعي على الرغم من انه قد بادر بالعدوان⁽⁸²⁾.

في حين يذهب رأي آخر إلى أن تقرير حق الدفاع الشرعي لمن بادر بالعدوان في حالة تجاوز المدافع حدود حقه في الدفاع الشرعي، يعني ذلك أن القانون يقرر له وضعاً أفضل من وضع المعتدى عليه المدافع، ويترتب على ذلك أيضاً صيرورة عدوانه الأول مباحاً بدوره وهذا أمر غير مقبول، فكان من الأفضل في هذه الحالة إعتبار المعتدي في حالة ضرورة لا تبيح كلفة عدوانه الثاني، وإن حال ذلك دون قيام مسؤوليته الجنائية، إلا أنه يجب إبقاء فعله على أصله من عدم المشروعية بما يترتب على ذلك من آثار⁽⁸³⁾.

فعلى الرغم من إتساق الرأي الأول مع حكم المادة 45 من قانون العقوبات العراقي التي تعتبر فعل الدفاع الشرعي الموصوف بالتجاوز فعلاً غير مشروع ومن ثم لا يعنى المتجاوز كلفة من العقاب⁽⁸⁴⁾، وبالتالي يحق الدفاع الشرعي في مواجهته، إلا أننا نؤيد الرأي الثاني ونرى بأنه من الأفضل إعتبار المجنى عليه الذي بادر بالعدوان في حالة ضرورة وليس في حالة دفاع شرعي، ولكن بشرط أن يكون مبادرة المجنى عليه بالعدوان ناشئاً عن إهماله، أما إذا كان ذلك ناشئاً عن فعله المتعمد فلا يستفيد حتى من حالة الضرورة، لأن المادة 63 من قانون العقوبات العراقي تشترط لقيام حالة الضرورة أن لا يتسبب الشخص بفعله العمدي من وقوع الخطر عليه⁽⁸⁵⁾.

الإعتداء على مصلحة المعتدي (المجنى عليه) الذي بادر بالعدوان ، وبذلك أزال الوصف الإجرامي عن فعل المدافع وجعله فعلاً مشروعاً⁽⁷⁶⁾، والمشرع في تقريره ذلك قد وازن بين حقين: حق المعتدي وحق المعتدى عليه (المدافع)، فرجح الثاني على الأول، وضحي بالأول من أجل حماية الثاني، على إعتبار أن لجؤ المعتدي أو مبادرته بالعدوان قد هبط بالقيمة الإجتماعية لحقه⁽⁷⁷⁾. مع بقاء فعل العدوان الصادر من المجنى عليه (الذي بادر بالعدوان) محتفظاً بصفته الإجرامية، بالرغم مما ناله من إبداء بسبب فعل الدفاع الصادر من المدافع (الجانبي)، أي يبقى من بادر بالعدوان مسؤولاً عن جرمته⁽⁷⁸⁾. ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هو، ماذا لو كان فعل الإعتداء قد صدر من المجنى عليه الذي بادر بالعدوان بناءً على استفزاز خطير من المدافع (الجانبي)، فهل يحتفظ فعل الدفاع بالرغم من ذلك بصفة الإباحة، ويبقى فعل الإعتداء الصادر من المجنى عليه الذي بادر بالعدوان نتيجة الإستفزاز محتفظاً بصفته الإجرامية أم لا؟

في الحقيقة لم يرد في موضوع الدفاع الشرعي في قانون العقوبات العراقي نص يقيد حق المدافع بشرط نقاء صفحته أو طهارته يده، بعكس حالة الضرورة التي جعل المشرع العراقي قيامها بموجب المادة 63 من قانون العقوبات مرهوناً بالألا يكون لإرادة المضطر دخل في حلول الخطر⁽⁷⁹⁾، فهذا يعني أن الدفاع الشرعي يتوافر ولو كان المعتدي يستفيد من عذر الإستفزاز، بعبارة أخرى أنه قد يرتكب شخص جريمة بناءً على إستفزاز خطير من المدافع بغير حق، ففي هذه الحالة لا يفقد من سبب الإستفزاز حقه في الدفاع الشرعي ضد من تعرض للإستفزاز⁽⁸⁰⁾.

إلا أننا نرى أنه إذا كان المشرع بعد أن وازن بين حق المعتدي الذي بادر بالعدوان وبين حق المعتدى عليه المدافع فرجح الثاني على الأول تحقيقاً لمصلحة المجتمع، إلا أنه ليس من العدالة وبالتالي لا تتحقق مصلحة المجتمع أن تقرر للمعتدى عليه حق الدفاع الشرعي ضد فعل هو قد تسبب بنفسه في وقوع مثل هذا الفعل عليه، هذا من جهة، ومن جهة ثانية إذا كان المجنى عليه الذي بادر بالعدوان قد هبط من القيمة الإجتماعية لحقه بسبب مبادرته بالعدوان، فإن المعتدى عليه المدافع أيضاً باستفزازه لمن بادر بالعدوان قد هبط إلى حد ما من القيمة الإجتماعية لحقه، عليه نرى أنه من الأرجح على المشرع العراقي أن يشترط لقيام حالة الدفاع الشرعي، أن لا يكون فعل الإعتداء مثاراً من قبل المدافع،

4. خاتمة

ج- تعد العلاقة الأسرية بين الزوج والزوجة من حمة، وبين الأب وأولاده القصر من حمة أخرى سبباً مبيحاً لبعض أفعال الضرب التي يرتكبها الزوج أو الأب ضد زوجته أو أولاده القصر بقصد التأديب، وتبيح العلاقة الزوجية أيضاً موقعة الزوج لزوجته دون رضاها، بالرغم من أن أفعال الضرب والموقعة دون رضا المرأة تشكل بحسب الأصل جرائم في أغلب التشريعات الجنائية.

بعد أن انتهينا من البحث عن دور المجنى عليه في إبادة الجريمة توصلنا إلى عدة نتائج ومقترحات تمثل أهمها في ما يلي:

1.4 النتائج

ح- لم يعتد المشرع الكوردستاني بالعلاقة الأسرية كسبب إبادة ضرب الزوج لزوجته بموجب القانون رقم 7 لسنة 2001، ولم يعتد بهذه العلاقة كسبب إبادة ضرب الأب وأولاده القصر ولو كان ذلك بقصد التأديب، وكذلك لم يعتد أيضاً بالعلاقة الزوجية كسبب إبادة موقعة الزوج لزوجته دون رضاها، وذلك بعد صدور قانون مناهضة العنف الأسري رقم 8 لسنة 2011 في إقليم كردستان العراق.

أ- أخذت أغلب التشريعات الجنائية برضاء المجنى عليه وجعل منه سبباً في إبادة بعض الجرائم، منها من نصت صراحة على ذلك كالتشريع الجزائري الكويتي، ومنها من ترك أمر تحديد ذلك للقسم الخاص من قوانينها العقابية أو ربما اكتفت في ذلك بالنصوص المقررة لإبادة الفعل الذي يرتكب إستعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون، على إعتبار أن الإبادة المبنية على رضاء المجنى عليه لا يعدو عن كونه تطبيقاً من تطبيقات إستعمال الحق، من هذه التشريعات هي التشريع الجزائري العراقي والمصري والجزائري والفرنسي.

خ- إن مبادرة المجنى عليه بالإعتداء تبيح فعل الدفاع الذي يرد به الجاني هذا الإعتداء، مع بقاء المجنى عليه الذي بادر بالإعتداء مسؤولاً عن جرمته بالرغم مما ناله من إيذاء بسبب فعل الدفاع الصادر عن الجاني (الدافع)، ويحتفظ فعل الأخير بصفة الإبادة ولو كان مبادرة المجنى عليه بالإعتداء كان بناءً على إستنزاف خطير من الجاني (الدافع).

ب- طبيعة الحق المعتدى عليه هي الأساس في تحديد القيمة القانونية لرضاء المجنى عليه في إبادة الجريمة، فإذا كان هذا الحق يعتبر حقاً خالصاً للفرد لا يتعلق به حق الغير أو حق المجتمع، فإن رضاه بالإعتداء عليه يترتب عليه إبادة مثل هذا الإعتداء، على إعتبار أن رضاء المجنى عليه في هذه الحالة يعتبر نوعاً من التنازل عن الحق محل الإعتداء، بمفهوم المخالفة إذا كان الحق محل الإعتداء مشترك بين المجنى عليه والغير، أو بينه وبين المجتمع، فإنه لا قيمة لرضاه بوقوع الإعتداء عليه، ولا يعتد به كسبب إبادة، لأن هذا الرضاء كأنما صدر من شخص غير ذي صفة.

د- يجوز للمجنى عليه الذي بادر بالإعتداء إستعمال حق الدفاع الشرعي في حالة ما إذا تجاوز المدافع حدود حقه في الدفاع، على إعتبار أن المدافع في حالة التجاوز يرتكب فعلاً مخالفاً للقانون، وبالتالي يجوز للمجنى عليه مواجعة هذا التجاوز بالدفاع الشرعي على الرغم من مبادرته بالإعتداء.

ت- تعتبر جرائم الأموال المجال الفسيح الذي يلعب فيه رضاء المجنى عليه دوراً في إباحتها، وتمثل جرائم إتلاف الأموال الثابتة والمنقولة وإتلاف المزروعات وقتل الحيوانات بشتى أنواعها من أهمها، ولكن بشرط أن يكون المال محل الجريمة مملوكاً ملكية خالصة للمجنى عليه، وأن لا يلحق فعل الإتلاف ضرراً بالمصلحة العامة.

ث- لا يجد رضاء المجنى عليه في الجرائم الماسة بسلامة الجسم مجالاً كسبب مبيح إلا في أضيق الحدود، يتمثل في جرائم الإيذاء الخفيف، على إعتبار أن الإيذاء الخفيف لا يترتب عليه الإنتقاص من صلاحية الفرد من أداء وظيفته الإجتماعية داخل المجتمع، وأن الحق في سلامة الجسم من الحقوق المشتركة بين الفرد والمجتمع، وليس من الحقوق الخالصة للفرد.

4.2 المقترحات

أ- أن المشرع في إقليم كردستان العراق لم يكن موفقاً، سواءً من ناحية استثناء الزوجة من أحكام الفقرة 1 من المادة 41 من قانون العقوبات العراقي، أم من ناحية حظر ضرب أفراد الأسرة والأطفال بأية حجة كانت بموجب الفقرة 12 من المادة 2/أولاً من قانون مناهضة العنف الأسري رقم 8 لسنة 2011، لأن الأسرة باعتبارها مجتمع صغير لكي لا يختل أمرها ويسؤ حالها، لا بد من نظام يضبط سلوكها، ولأن من يتولى رئاسة الأسرة، سواءً بصفته زوجاً أو أباً، أدري من غيره بالوسيلة التي تجدي نفعاً في ضبط السلوك داخل الأسرة، ولتحقيق ذلك لا بد من ممارسة حقه في تأديب أفرادها من الزوجة والأولاد القصر، هذا من حمة،

ب- لا يعتد المشرع الكوردستاني بالعلاقة الزوجية بموجب قانون مناهضة العنف الأسري رقم 8 لسنة 2011 في إباحة فعل الإتصال الجنسي بين طرفي تلك العلاقة لمجرد إمتناع الزوجة من هذا الإتصال ولو بغير عذر شرعي، وفي هذا تعارض مع الأحكام القانونية الواردة في قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 العراقي، خاصة تلك المتعلقة بالحقوق والواجبات الزوجية، والتي تعطي للزوج الحق في إتيان الزوجة أنى شاء ما لم يوجد هناك مانع شرعي، وبالتالي ليس للزوجة أن تمنع الزوج من ذلك وإلاً اعتبرت زوجة ناشزة بموجب الفقرة 2/أولاً من المادة العاشرة من قانون تعديل تطبيق قانون الأحوال الشخصية في إقليم كوردستان العراق رقم 15 لسنة 2008 والتي تنص على أنه: ((أولاً: النشوز هو تعالي احد الزوجين على الاخر كما في الحالات الآتية:.... 2- تعسف اي من الزوجين في اداء الواجبات الزوجية والاخلال بها قاصدا الاضرار بالزوج الاخر)). فليس من المنطق أن يجعل المشرع الكوردستاني من المعاشرة الزوجية كإحدى الواجبات الزوجية جريمة بحق الزوج في قانون مناهضة العنف الأسري إذا تمت بالإكراه، وتجعل من الزوجة ناشزة إذا امتنعت تعسفاً عن القيام بواجباتها الزوجية تجاه الزوج بموجب قانون آخر الا وهو القانون رقم 15 لسنة 2008 المذكور أعلاه، فإذا لو إمتنعت الزوجة تعسفاً من المعاشرة الزوجية وعاشرها الزوج بالإكراه؟ وكيف نعتبر في الوقت ذاته الزوج مرتكباً لجريمة العنف بموجب قانون، ونعتبر الزوجة ناشزة بموجب قانون آخر؟ فما أن هذه النتيجة لا نستقيم مع وحدة النظام القانوني داخل الدولة، عليه ندعو المشرع الكوردستاني إلى تعديل الفقرة 13 من المادة 2/أولاً من قانون مناهضة العنف الأسري رقم 8 لسنة 2011 وبتقترح عليه الصيغة التالية: ((يحظر على أي شخص يرتبط بعلاقة أسرية أن يرتكب عنفاً أسرياً ومنها العنف البدني والجنسي والنفسي في إطار الأسرة وتعتبر الأفعال الآتية على سبيل المثال عنفاً أسرياً.... 13-.... والمعاشرة الزوجية بالإكراه إذا كان هناك مانع شرعي يحول دون ذلك)).

ت- إذا كان المشرع بعد أن وازن بين حق المعتدي الذي بادر بالعدوان وبين حق المعتدى عليه المدافع فرجح الثاني على الأول تحقيقاً لمصلحة المجتمع، إلا أنه ليس من العدالة وبالتالي لا تتحقق مصلحة المجتمع أن يقرر للمعتدى عليه حق الدفاع الشرعي ضد فعل هو قد تسبب بنفسه في وقوع مثل هذا الفعل عليه، هذا من جهة، ومن جهة ثانية إذا كان المجنى عليه الذي بادر بالعدوان قد هبط من القيمة الإجتماعية لحقه

ومن جهة أخرى فرض المشرع العراقي في المادة 29 من قانون رعاية الأحداث رقم 76 لسنة 1983 واجباً على الأولياء بعدم إهبال الصغير أو الحدث إهبالاً يؤدي إلى انحراف السلوك، وبما أن حق التأديب يعد أحد الوسائل اللازمة للقيام بالرعاية والرقابة على الصغير الذي يحتاج في أغلب الأحيان إلى شيء من الحزم ونوع من القسوة لحسن تنشأته وتربيته، فإنه من التناقض أن يفرض المشرع على الأولياء واجب الرعاية لأولادهم القصر في قانون معين، ومن ثم يأتي في قانون آخر ويسلب منهم بموجبه حق التأديب بالضرب الذي يعد أحد الوسائل اللازمة للقيام بهذا الواجب بالرغم من التزامهم بالحدود المقررة قانوناً لفعل الضرب. لذلك وبناءً على ما تقدم نرى من المستحسن أن يعيد المشرع الكوردستاني العمل بمحكم الفقرة 1 من المادة 41 من قانون العقوبات العراقي بالنسبة لتأديب الزوجة والأولاد القصر، مع إضافة الشروط المحددة في الشريعة الإسلامية للتأديب إلى النص المذكور أعلاه، وتقترح عليه الصيغة التالية:

- ((لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون أو الشريعة، ويعتبر استعمالاً للحق: 1- تأديب الزوج لزوجته وتأديب الآباء والمعلمين ومن في حكمهم الاولاد القصر، وفق الشروط التالية:
- أن تكون الزوجة أو الولد القاصر قد ارتكب ذنباً غير معاقب عليه وفق أحكام هذا القانون أو أي قانون عقابي آخر.
- أن يكون استعمال هذا الحق بنية الإصلاح والتهديب وتقويم السلوك.
- وإذا استعمل صاحب حق التأديب الضرب كوسيلة، يجب أن يكون الضرب خفيفاً لا يترك أثراً على الجسم، وأن لا يشمل المواضع الخطرة والظاهرة من الجسم، وأن لا يستعمل فيه آلة أو سوط أو عصي أو ما شابه ذلك)).
- وإزالة التعارض بين الفقرة 1 من المادة 41 من قانون العقوبات العراقي بعد إعادة العمل به وعلى النحو الذي اقترحناه، وبين الفقرة 12 من المادة 2/أولاً من قانون مناهضة العنف الأسري رقم 8 لسنة 2011 في إقليم كوردستان العراق، نقترح الصيغة التالية لها: ((يحظر على أي شخص يرتبط بعلاقة أسرية أن يرتكب عنفاً أسرياً... ويعتبر عنفاً أسرياً.... 12- ضرب أفراد الأسرة والأطفال في غير الأحوال المصرح بها قانوناً)).

14. د. ضاري خليل محمود، أثر رضا المجنى عليه في المسؤولية الجزائية، الطبعة الأولى، دار القادسية للطباعة، بغداد، دون سنة طبع.
15. عبد الستار البرزكان، شرح قانون العقوبات - القسم العام بين التشريع والفقهاء والقضاء، الطبعة الأولى، دون مكان طبع، 2004.
16. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، 2005.
17. عدي طلفاح محمد الدوري، الرابطة الزوجية في منظور القانون الجنائي - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
18. د. علي عبد القادر التهويجي، قانون العقوبات - القسم الخاص، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.
19. د. عمر السالم، شرح قانون العقوبات المصري - القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
20. د. عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات - القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر.
21. د. غنام محمد غنام، جرائم العرض والحيا والزنا في القانون الكويتي، ذات السلاسل، الكويت، 1995.
22. د. فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي، شرح قانون العقوبات - القسم العام، دون دار نشر، بغداد، 1992.
23. د. محمد ابو العلا عقيدة، المجنى عليه ودوره في الظاهرة الاجرامية، الطبعة الاولى، دار الفكر العربي، دون مكان نشر، 1988.
24. د. محمد زكي أبو عامر و د. سليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2002.
25. د. محمد صبحي محمد نجم، رضاء المجنى عليه وأثره على المسؤولية الجنائية - دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الاردن، 2001.
26. د. محمد نور الدين سيد عبد الحميد، أثر العلاقة الزوجية على أحكام التجريم والعقاب - دراسة في القانون الجنائي والفقهاء الاسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
27. د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، الطبعة الاولى، دار نشر الثقافة، الاسكندرية، 1948.
28. د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات - القسم العام، الطبعة الخامسة، دار الكتاب العربي، القاهرة، 1960 - 1961.
29. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
- بسبب مبادرته بالعدوان، فأنت المعتدى عليه المدافع أيضاً باستفزازه لمن بادر بالعدوان قد هبط إلى حد ما من القيمة الإجتماعية لحقه، عليه نرى من الأرجح على المشرع العراقي أن يشترط لقيام حالة الدفاع الشرعي، أن لا يكون فعل الإعتداء مثاراً من قبل المدافع، وكما فعله المشرع اللبناني في المادة 184 من قانون العقوبات، وبذلك لا يقوم حق الدفاع الشرعي للمدافع الذي إستفز من بادر بالعدوان، لأنه بهذا السلوك الإستفزازي قد أثار فعل الإعتداء عليه.

قائمة المصادر

1.5 الكتب القانونية

1. أحمد أمين بك، شرح قانون العقوبات الاهلي، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، الدار العربية للموسوعات، بيروت، 1982.
2. د. أحمد فتحي بهنسي، الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي، الجزء الأول، دار النهضة العربية، بيروت، 1991.
3. د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات - القسم العام، الطبعة السادسة، دون مكان نشر، 2015.
4. د. جلال ثروت، قانون العقوبات - القسم العام، الدار الجامعية للطباعة، بيروت، دون سنة طبع.
5. د. جلال ثروت، نظرية الجريمة المتعدية القصد - دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
6. جندي عبدالملك، الموسوعة الجنائية، الجزء الأول، دون مكان نشر، 2008.
7. د. حسنين صالح ابراهيم عبيد، الوجيز في قانون العقوبات - القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
8. د. حميد السعدي، شرح قانون العقوبات الجديد، الجزء الاول، الطبعة الثانية، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1976.
9. د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997.
10. د. رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979.
11. د. السعيد مصطفى السعيد، الاحكام العامة في قانون العقوبات، المطبعة العالمية، دون مكان نشر، 1952.
12. د. سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات - دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
13. د. سمير عالية، شرح قانون العقوبات - القسم العام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2002.

30. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات – القسم العام، الطبعة السابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
31. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات – القسم العام، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، دون سنة طبع.
32. د. مصطفى كامل، شرح قانون العقوبات العراقي – القسم العام، بغداد، دون سنة نشر.
33. د. هدى حامد قشقوش، شرح قانون العقوبات- القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
34. د. واثبة السعدي، قانون العقوبات – القسم الخاص، دون مكان طبع، 1988 – 1989.
6. قانون العقوبات المصري لسنة 1937 المعدل.
7. قانون العقوبات اللبناني رقم (340) لسنة 1943.
8. قانون الجزاء الكويتي رقم (16) لسنة 1960.
9. قانون العقوبات الجزائري رقم (66-156) لسنة 1966 المعدل.
10. القانون الجنائي السوداني لسنة 1991.

. French Penal Code, 1992.11

Available at:

[http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-](http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes)

[codes](http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes) Last visited: 21/11/2016

2.5 الرسائل والأطاريح العلمية

1. عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب للإباحة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1968.
2. فهد فالح مطر المصيرع، النظرية العامة للمجنى عليه، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1991.
3. مصطفى مصباح دبارة، وضع ضحايا الاجرام في النظام الجنائي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1999.

3.5 البحوث والمقالات المنشورة

1. د. رنا إبراهيم العطور، دور القانون في إباحة التجريم، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الخمسون، السنة السادسة والعشرون، 2012.
2. د. ضياء الدين محمدي حسين الصالحي، حق الدفاع الشرعي في القانونين العراقي والألماني، بحث منشور في مجلة القانون المقارن تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية، العدد 23، 1991.
3. د. محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، العدد الثالث، السنة التاسعة والعشرون، 1959.
4. د. نورالدين هندواوي، المجنى عليه بين القانون الجنائي وعلم الاجرام، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد الثاني، 1988.

4.5 القوانين

1. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.
2. قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969.
3. قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم 23 لسنة 1971.
4. قانون رعاية الاحداث رقم (76) لسنة 1983.
5. قانون مناهضة العنف الاسري في اقليم كردستان - العراق رقم (8) لسنة 2011.

الهوامش

- 1- بحث مستل من اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون والعلوم السياسية – جامعة دهوك، كجزء من متطلبات نيل شهادة دكتوراه فلسفة في القانون الجنائي، وهي قيد المناقشة تحت إشراف الاستاذ الدكتور وعدي سلجان علي، ومعنونة بـ ((التنظيم القانوني لمركز المجنى عليه في القانون الجنائي)).
- 2- انظر في تعريف الرضاء: نجم، د. محمد صبحي محمد (2001)، رضاء المجنى عليه وأثره على المسؤولية الجنائية- دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الاردن، ص 24.
- 3- انظر تفصيل شروط صحة الرضاء: السعيد، د. السعيد مصطفى (1952)، الاحكام العامة في قانون العقوبات، المطبعة العالمية، دون مكان نشر، ص 219-220؛ حسني، د. محمود نجيب (دون سنة طبع)، شرح قانون العقوبات – القسم العام، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 360-361؛ نجم، د. محمد صبحي محمد، المصدر السابق، ص 58 وما يليها؛ محمود، د. ضاري خليل (دون سنة طبع)، أثر رضا المجنى عليه في المسؤولية الجزائية، الطبعة الأولى، دار القادسية للطباعة، بغداد، ص 40 وما يليها.
- 4- انظر: مصطفى، د. محمود محمود (1960-1961)، شرح قانون العقوبات – القسم العام، الطبعة الخامسة، دار الكتاب العربي، القاهرة، ص 136-137.
- 5- انظر: دبارة، مصطفى مصباح، (1999)، وضع ضحايا الاجرام في النظام الجنائي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ص 349-350.
- 6- حسني، د. محمود نجيب (2012)، شرح قانون العقوبات – القسم الخاص، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 609.
- 7- انظر في ذلك: شمس الدين، د. أشرف توفيق (2004)، الحماية الجنائية للحق في صيانة العرض في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 340.
- 8- المصدر نفسه، ص 357.
- 9- انظر: محمود، د. ضاري خليل، أثر رضا المجنى عليه في المسؤولية الجزائية، المصدر السابق، ص 101؛ نجم، د. محمد صبحي محمد، المصدر السابق، ص 37.
- 10- انظر المواد من 39 إلى 46 من قانون العقوبات العراقي الخاصة بأسباب الإباحة.
- 11- انظر المواد من 60 إلى 63 من قانون العقوبات المصري الخاصة بأسباب الإباحة وموانع العقاب؛ والمادة 39 و 40 من قانون العقوبات الجزائري الخاصة بالأفعال المبررة؛ والمواد من 122 – 1 إلى 122 – 8 من قانون العقوبات الفرنسي الجديد الخاصة بأسباب عدم المسؤولية.
- 12- محمود، د. ضاري خليل، المصدر السابق، ص 34؛ المصيرع، فهد فالح مطر (1991)، النظرية العامة للمجنى عليه، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ص 126.
- 13- وبما تجدر ملاحظته هنا أن تدخل القضاء في هذا الشأن أمر مشروع، ولا يشكل خرقاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، لأنه سيكون بصدد قواعد الإباحة وليس بصدد قواعد التجريم. انظر: محمود، د. ضاري خليل، المصدر السابق، ص 60.

- 14- انظر: رمضان، د. عمر السعيد (دون سنة نشر)، شرح قانون العقوبات – القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 535.
- 15- انظر: حسني، د. محمود نجيب (دون سنة طبع)، شرح قانون العقوبات – القسم العام، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 354-355؛ قشقوش، د. هدى حامد قشقوش (2010)، شرح قانون العقوبات – القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 180-181؛ د. محمد زكي أبو عامر و د. سليمان عبد المنعم (2002)، القسم العام من قانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ص 278 وما يليها؛ عقيدة، د. محمد ابو العلا (1988)، المبنى عليه ودوره في الظاهرة الاجرامية، الطبعة الاولى، دار الفكر العربي، دون مكان نشر، ص 305؛ د. عمر السالم (2010)، شرح قانون العقوبات المصري – القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 590.
- 16- د. جلال ثروت (دون سنة نشر)، قانون العقوبات – القسم العام، البار الجامعية للطباعة، بيروت، ص 235.
- 17- انظر: د. نورالدين هندواي (1988)، المبنى عليه بين القانون الجنائي وعلم الاجرام، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد الثاني، ص 238-239.
- 18- انظر في ذلك تفصيلاً: د. رمسيس بهنام (1997)، النظرية العامة للقانون الجنائي، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص 420 وما يليها؛ د. سليمان عبد المنعم (2003)، النظرية العامة لقانون العقوبات – دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 448 وما يليها؛ د. محمد زكي أبو عامر و د. سليمان عبد المنعم، المصدر السابق، ص 278 وما يليها؛ نجم، د. محمد صبحي محمد، المصدر السابق، ص 91 وما يليها.
- 19- انظر في هذا الرأي: سرور، د. أحمد فتحي (2015)، الوسيط في قانون العقوبات – القسم العام، الطبعة السادسة، دون مكان نشر، ص 516.
- 20- يلاحظ هنا أن المشرع قد يعند برضاء المبنى عليه صراحة، حينما يذكر في النص الجنائي ذاته أنه لا جريمة إذا رضي بها صاحب الحق محل الحماية الجنائية، وقد يفهم ذلك من خلال إجازة المشرع في فرع آخر من فروع القانون للشخص أن يتصرف في حق معين من حقوقه، انظر: دبارة، مصطفى مصباح، مصدر سابق، ص 349-350.
- 21- انظر في مصادر الإباحة: حسني، د. محمود نجيب (2012)، شرح قانون العقوبات – القسم العام، الطبعة السابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 171 وما يليها؛ د. سمير عالية (2002)، شرح قانون العقوبات – القسم العام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ص 367.
- 22- انظر: مصطفى، د. محمود محمود، شرح قانون العقوبات – القسم العام، المصدر السابق، ص 135؛ نجم، د. محمد صبحي محمد، المصدر السابق، ص 295؛ عثمان، عثمان سعيد (1968)، استعمال الحق كسبب للإباحة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص 464.
- 23- انظر الفقرة 1 من المادة 16 من القانون الجنائي السوداني.
- 24- ويقابلها المادة 361 من قانون العقوبات المصري، والمادة 249 من قانون الجزاء الكويتي.
- 25- Article 322-1 of French penal code ((Destroying, defacing or damaging property belonging to other person is punished except where only minor damage has ensued)).
- 26- انظر تفصيل أركان هذه الجريمة: مصطفى، د. محمود محمود (1948)، شرح قانون العقوبات – القسم الخاص، الطبعة الاولى، دار نشر الثقافة، الاسكندرية، ص 537 وما يليها؛ عبید، د. حسنين صالح ابراهيم (1990)، الوجيز في قانون العقوبات – القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 510 وما يليها؛ جندي عبدالمالك (2008)، الموسوعة الجنائية، الجزء الأول، دون مكان نشر، ص 32 وما يليها.
- 27- انظر في ذلك: د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، المصدر السابق، ص 425.
- 28- محمود، د. ضاري خليل، مصدر سابق، ص 85.
- 29- انظر ما سبق ص 7-8 من هذا البحث.
- 30- انظر في أركان هذه الجريمة: جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الجزء الاول، المصدر السابق، ص 55 وما يليها؛ مصطفى، د. محمود محمود، شرح قانون العقوبات – القسم الخاص، المصدر السابق، ص 548 وما يليها.
- 31- انظر في أركان هذه الجريمة: د. رمسيس بهنام، قانون العقوبات – جرائم القسم الخاص، المصدر السابق، ص 1371 وما يليها؛ مصطفى، د. محمود محمود، المصدر السابق، ص 557 وما يليها.
- 32- انظر: نجم، د. محمد صبحي محمد، مصدر سابق، ص 307-308؛ مصطفى، د. محمود محمود، المصدر السابق، ص 539؛ ونفس المعنى انظر: عبد الستار الزرکان (2004)، شرح قانون العقوبات – القسم العام بين التشريع والفقه والقضاء، الطبعة الأولى، دون مكان طبع، ص 262.
- 33- علماً بأن الدكتور ضاري خليل محمود يقصد بجرائم الاثلاف هذه تلك التي تظلمها المشرع العراقي وفق المواد من 477 إلى 480 والمواد من 482 إلى 486 من قانون العقوبات. انظر: محمود، د. ضاري خليل، المصدر السابق، ص 90 – 91.
- 34- المصدر نفسه، هامش ص 16 ص 91.
- 35- هنا تجدر الإشارة إلى أن المشرع العراقي قد حدد عقوبة جريمة اثلاف الاموال او تخريبها في الفقرة 1 من المادة 477 من قانون العقوبات بالحبس لمدة لا تزيد على سنتين وبغرامة أو بأحدى هاتين العقوبتين، في حين شدد العقوبة في الفقرة 2 من نفس المادة عندما حدد عقوبة الجريمة بالحبس مطلقاً دون تحديد حدها الاقصى، وذلك عندما ينشأ عن الجريمة تعطيل مرفق عام أو عمل من أعمال مصلحة ذات منفعة عامة أو إذا ترتب عليها جعل حياة الناس أو صحتهم أو أمنهم في خطر. انظر: الفقرة 1 و 2 من المادة 477 من قانون العقوبات العراقي النافذ.
- 36- تنص الفقرة 4 من المادة 3 من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي على أنه: ((لا يجوز تحريك الدعوى الجزائية إلا بناءً على شكوى من المبنى عليه أو من يقوم مقامه قانوناً في الجرائم الآتية: ... إتلاف الأموال أو تخريبها، عدا أموال الدولة، إذا كانت الجريمة غير مقتنة نظراً لمشدتها)). انظر: د. محمد زكي أبو عامر و د. سليمان عبد المنعم، المصدر السابق، ص 280؛ حسني، د. محمود نجيب، شرح قانون العقوبات – القسم العام، الطبعة السابعة، المصدر السابق، ص 280؛ د. جلال ثروت (2003)، نظرية الجريمة المتعدية القصد – دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 481-482؛ د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، المصدر السابق، ص 429.
- 38- انظر: حسني، د. محمود نجيب (1959)، الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، العدد الثالث، السنة التاسعة والعشرون، ص 547.
- 39- د. سمير عالية، المصدر السابق، ص 407.
- 40- د. سليمان عبد المنعم، مصدر سابق، ص 449-450؛ حسني، د. محمود نجيب، الحق في سلامة الجسم، المصدر السابق، ص 547-548؛ محمود، د. ضاري خليل، المصدر السابق، ص 96؛ نجم، د. محمد صبحي محمد، المصدر السابق، ص 96.
- 41- انظر: حسني، د. محمود نجيب، الحق في سلامة الجسم، المصدر السابق، ص 549؛ محمود، د. ضاري خليل، المصدر السابق، ص 96.
- 42- انظر المادة 39 من قانون الجزاء الكويتي.
- 43- انظر المادة 16 من القانون الجنائي السوداني.
- 44- انظر: حسني، د. محمود نجيب، الحق في سلامة الجسم، المصدر السابق، ص 567-568.
- 45- وفي الحقيقة أن إباحة المشرع لبعض الأفعال الجرمية إذا ارتكبت في نطاق العلاقة الاسرية جاءت حرصاً منه على تحقيق هدف أسمى من غاية تجريمها، وبمثل هذا الهدف في حياية كان الاسرة واستقرارها باعتبارها النواة الأساسية في بناء المجتمعات. انظر: عبد المجيد، د. محمد نور الدين سيد (2012)، أثر العلاقة الزوجية على أحكام التبريم والعقاب – دراسة في القانون الجنائي والفقه الاسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 67.
- 46- يقابل هذه المادة في قانون العقوبات اللبناني المادة 186، وفي قانون الجزاء الكويتي المادة 29، مع ملاحظة أن قانون العقوبات المصري جاء خالياً من أي نص يبيح صراحةً ضرب الزوج لزوجته بقصد التأديب، إلا أن المشرع المصري قد وضع حكماً عاماً وفق المادة 60 من قانون العقوبات أباح بموجب هذا الحكم كل فعل يدخل في نطاق استعمال حق مقرر بمقتضى الشريعة بقولها: ((لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب نية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة)). ومن ثم جاء المشرع المصري فأباح صراحةً في قانون الأحوال الشخصية للزوج تأديب زوجته بالضرب الخفيف عن كل معصية لم يرد بشأنها حد مقرر في الشريعة الاسلامية. انظر في ذلك: د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، المصدر السابق، ص 326؛ عبد المجيد، د. محمد نور الدين، المصدر السابق، ص 68-69.
- 47- انظر: د. حميد السعدي (1976)، شرح قانون العقوبات الجديد، الجزء الاول، الطبعة الثانية، دار الحرية للطباعة، بغداد، ص 344.
- 48- سورة النساء، الآية 34.

- 49- انظر: عبد القادر عودة (2005)، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، ص 301.
- 50- الرأي الراجح في مذهب الشافعي وأحمد أن من حق الزوج ضرب الزوجة سواء سبق الضرب وعظ وهجر أم لم يسبق الضرب شيء من ذلك، وجهة أصحاب هذا الرأي هو أن "الواو" في قوله تعالى (فعضوهنّ وهجرهونّ في المضاجع واضربوهنّ) جاء لطلق الجمع وليس للترتيب. انظر: عبد القادر عودة، المصدر السابق، ص 301-302.
- 51- انظر: بهنسي، د. أحمد فتحي (1991)، الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي، الجزء الأول، دار النهضة العربية، بيروت، ص 349؛ عبد القادر عودة، المصدر السابق، ص 302.
- 52- د. حميد السعدي، شرح قانون العقوبات الجديد، الجزء الأول، المصدر السابق، ص 344؛ عبد القادر عودة، المصدر السابق، ص 303.
- 53- انظر: د. جلال ثروت، نظرية الجريمة المتعدية القصد، المصدر السابق، ص 472.
- 54- انظر: عقيدة، د. محمد أبو العلا، الجني عليه ودوره في الظاهرة الإجرامية، المصدر السابق، ص 279؛ البوري، عدي طلفاح محمد، الرابطة الزوجية في منظور القانون الجنائي- دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 130 وما يليها.
- 55- انظر: عبد القادر عودة، المصدر السابق، ص 303.
- 56- المصدر نفسه، ص 303-304؛ مصطفى، د. محمود محمود، شرح قانون العقوبات- القسم العام، المصدر السابق، ص 118-119.
- 57- انظر: د. جلال ثروت، نظرية الجريمة المتعدية القصد، المصدر السابق، ص 473.
- 58- تقض 5 يونيو سنة 1933 مجموعة القواعد القانونية ج 3 رقم 136 ص 190. نقلاً عن: مصطفى، د. محمود محمود، المصدر السابق، هامش ص 1 ص 119. مع ملاحظة أن المادة 236 من قانون العقوبات المصري تنص على أنه: ((كل من جرح أو ضرباً جرحاً... ولم يقصد من ذلك قتله ولكنه أفضى إلى الموت يعاقب بالأشغال الشاقة أو السجن من ثلاث سنوات إلى سبع سنوات...)).
- 59- انظر: عبد القادر عودة، المصدر السابق، ص 303؛ بهنسي، د. أحمد فتحي، المصدر السابق، ص 354-355.
- 60- تنص المادة 1 من القانون رقم 7 لسنة 2001 على أنه: ((تستثنى الزوجة من أحكام الفقرة 1 من المادة 41 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل. مع ملاحظة أن هذا القانون قد تم نشره في العدد 19 من جريدة وقائع كردستان في 2001/8/1).
- 61- انظر: البوري، عدي طلفاح محمد، المصدر السابق، ص 130-131.
- 62- تنص المادة 29 من قانون رعاية الأحداث العراقي رقم 76 لسنة 1983 على أنه: ((وأيلاً: يعاقب بغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد عن خمسمائة دينار كل ولي أهمل رعاية الصغير أو الحدث إهياً أدى به إلى التشرّد أو انحراف السلوك.
- 63- ثانياً: تكون العقوبة بغرامة لا تقل عن مائتي دينار ولا تزيد على ألف دينار إذا نجم عن هذا الإهمال ارتكاب الحدث جنحة أو جناية عمدية)).
- 64- يذهب البعض إلى أنه من بديهيات الأمور أن الأولاد القصر في حاجة إلى الرقابة، والإلتزام بالرقابة يقابله حق التأديب. انظر: الحديثي، د. فخري عبد الرزاق صليبي (1992)، شرح قانون العقوبات - القسم العام، دون دار نشر، بغداد، ص 124.
- 65- انظر تفصيل الغلط في القوانين العقابية وغير العقابية: رمضان، د. عمر السعيد، المصدر السابق، ص 327 وما يليها.
- 66- انظر تفصيل ذلك: بك، أحمد أمين (1982)، شرح قانون العقوبات الاهلي، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، الدار العربية للموسوعات، بيروت، ص 632-633؛ مصطفى، د. محمود محمود، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، المصدر السابق، ص 238 وما يليها؛ د. واثية السعدي (1988-1989)، قانون العقوبات - القسم الخاص، دون مكان طبع، ص 66 وما يليها.
- 67- انظر: غنام، د. غنام محمد (1995)، جرائم العرض والحياء والزنا في القانون الكويتي، ذات السلاسل، الكويت، ص 9.
- 68- انظر في هذا الرأي: دبارة، مصطفى مصباح، المصدر السابق، ص 341.
- 69- انظر في ذلك: مصطفى، د. محمود محمود، شرح قانون العقوبات- القسم الخاص، مصدر سابق، ص 237؛ بك، أحمد أمين، المصدر السابق، ص 632؛ حسني، د. محمود نجيب، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، الطبعة الرابعة، المصدر السابق، ص 606؛ د. واثية السعدي، المصدر السابق، ص 65؛ التهجوي، د. علي عبد القادر (2002)، قانون العقوبات - القسم الخاص، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 474-475.
- 70- بنفس المعنى انظر: دبارة، مصطفى مصباح، المصدر السابق، ص 341.
- 71- انظر المادة 41 من قانون العقوبات العراقي، والمادة 60 من قانون العقوبات المصري، والمادة 29 من قانون الجزاء الكويتي.
- 72- انظر: د. رمسيس بهنام، قانون العقوبات- جرائم القسم الخاص، مصدر سابق، ص 943؛ حسني، د. محمود نجيب، شرح قانون العقوبات- القسم الخاص، المصدر السابق، ص 606؛ التهجوي، د. علي عبد القادر، قانون العقوبات- القسم الخاص، المصدر السابق، ص 474.
- 73- تقض 12 نوفمبر 1928 مجموعة القواعد القانونية، ج 1، رقم 16، ص 22. نقلاً عن: عبد المجيد، د. محمد نور الدين سيد، المصدر السابق، هامش ص 1 ص 82.
- 74- انظر الفقرة 13 من المادة 2/أولاً من قانون مناهضة العنف الأسري رقم 8 لسنة 2011 في إقليم كردستان العراق.
- 75- نظم المشرع العراقي أحكام الدفاع الشرعي في المادة 42 من قانون العقوبات، ويقابلها نص المادة 184 من قانون العقوبات اللبناني المعدلة وفقاً للمرسوم الاشتراعي 112 تاريخ 1983/9/16، وكذلك الفقرة الأولى والثانية من المادة 122-5 من قانون العقوبات الفرنسي الجديد.
- 76- انظر في تعريف الدفاع الشرعي: د. حميد السعدي، شرح قانون العقوبات الجديد، الجزء الأول، المصدر السابق، ص 349؛ د. سليمان عبد المنعم، المصدر السابق، ص 402.
- 77- انظر: الحديثي، د. فخري عبد الرزاق صليبي، شرح قانون العقوبات - القسم العام، المصدر السابق، ص 146؛ دبارة، مصطفى مصباح، المصدر السابق، ص 370.
- 78- د. سليمان عبد المنعم، المصدر السابق، ص 404؛ د. حميد السعدي، المصدر السابق، ص 350.
- 79- انظر: حسني، د. محمود نجيب، شرح قانون العقوبات- القسم العام، المجلد الأول، المصدر السابق، ص 284.
- 80- تنص المادة 63 من قانون العقوبات العراقي على أنه: ((لا يسأل جزائياً من ارتكب جريمة أُلجأته إليها ضرورة وقاية نفسه أو غيره أو ماله أو مال غيره من خطر جسم محقق لم يتسبب هو فيه عمداً...)).
- 81- انظر: الحديثي، د. فخري عبد الرزاق صليبي، شرح قانون العقوبات - القسم العام، المصدر السابق، ص 155-156؛ حسني، د. محمود نجيب، شرح قانون العقوبات - القسم العام، المجلد الأول، المصدر السابق، ص 301.
- 82- انظر المادة 184 من قانون العقوبات اللبناني.
- 83- انظر: الصالح، د. ضياء الدين محمدي حسين (1991)، حق الدفاع الشرعي في القانونين العراقي والألماني، بحث منشور في مجلة القانون المقارن تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية، العدد 23، ص 84.
- 84- انظر في هذا الرأي: د. سليمان عبد المنعم، المصدر السابق، ص 422-423.
- 85- انظر المادة 45 من قانون العقوبات العراقي.
- 86- انظر المادة 63 من قانون العقوبات العراقي.