أقليم كوردستان العراق
مجلس القضاء
رئاسة محكمة استئناف منطقة السليمانية

جريمة الامتناع عن تسليم الصغير و أخذه ممن له الحق في حضانته و حفظه بموجب حكم قضائي

-دراسة فقهية قضائية-

بحـث تقدم بـــــه:
القــاضـي: دانا حكيم حمه‌كريم
كجزء من متطلبات الترقية من الصنف الرابع الى الصنف الثالث من اصناف القضاة

باشراف
القاضي: د.طه عمر رشيد
قاضى محكمة بداءة السليمانية/٦

١٤٤٦هـ ٢٧٢٤ك ٢٠٢٤م

بسم الله الرحمن الرحيم

(وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا)

صدق الله العظيم

سورة الاسراء الآية (٢٤)

((توصية المشرف))

باعتباري المشرف على بحث الموسوم بـ(جريمة الامتناع عن تسليم الصغير وأخذه ممن له الحق في حضانته وحفظه بموجب حكم قضائي -دراسة فقهية القضائية-)، من قبل القاضي(دانا حكيم حمەكريم) كجزء من متطلبات الترقية من الصنف الرابع إلى الصنف الثالث من صنوف القضاة، فقد أشرفت على البحث فوجدته مستوفياً للشروط الشكلية والموضوعية، واصبح جاهزاً للمناقشة وقبوله والمصادقة عليه، للتفضل بالاطلاع مع التقدير.

المشرف

القاضي:د. طه عمر رشيد

محكمة بداءة السليمانية/٦

((شكر وتقدير))

- اشكر الله الذي وفقني لإنجاز هذا العمل وأحمده حمدا كثيرا طيبا مباركا.
- كما واقدم شكري وتقديري الى الاستاذ القاضي(د. طه عمر رشيد) الذي اشرف على هذا البحث... واشكر ايضاً زوجتي على طبع هذا البحث.

الباحث

المحتويات

المقدمـــــة..... أ
المطلب تمهيدي..... ٤
ما هية جريمة الامتناع عن تسليم الصغير وأخذه ممن له حق في حضانته وحفظه بموجب حكم قضائي..... ٤
-الفرع الأول/ مفهوم جريمتي الامتناع عن تسليم الصغير واخذه..... ٤
-الفرع الثاني/ طبيعة جريمتي الامتناع عن تسليم الصغير او المحضون وأخذه. ٦
المبحث الأول..... ١٠
أركان جريمة امتناع عن تسليم الصغير لمن له حق في حضانته وحفظه بموجب حكم قضائي ١٠
-المطلب الأول// الركن الشرعي. ١٠
-المطلب الثاني// الركن المادي لجريمة امتناع عن تسليم الصغير المحضون..... ١١
-المطلب الثالث// الركن المعنوي لجريمة امتناع تسليم الصغير الى من له حق في حضانته وحفظه..... ١٩
المبحث الثاني/..... ٢٠
اركان جريمة اخذ الصغير ممن له حق في حضانته او حفظه بموجب حكم قضائي ٢٠
-المطلب الاول// الركن الشرعي. ٢٠
-المطلب الثاني// الركن المادي لجريمة اخذ الصغير..... ٢٠
-المطلب الثالث// الركن المعنوي لجريمة اخذ الصغير. ٢٣
الخاتمـــــة ٢٥
-أولا// الاستنتاجات. ٢٥
-ثانيا// التوصيات..... ٢٧
المصادر ٢٨

المقدمـــــة

بسمه تعالى وبه نستعين ونصلي ونسلم على رسوله الأمين (صلى الله عليه وسلم)... فان دراسة جريمتي امتناع عن تسليم الصغير وأخذه ممن له حق في حضانته او حفظه بموجب حكم قضائي تتطلب منا تسليط الضوء وإعطاء فكرة موجزة وذلك بتعريف موضوع البحث، ثم بيان أهمية البحث ونطاق البحث، ومن ثم بيان اشكالياته، وكذلك تحديد المنهجية المتبعة في كتابة البحث، واخيرا فان كل ذلك لا يتم إلا بتحديد هيكلية البحث. ولأجل ذلك سوف نقوم بجعل هذه المحاور تباعا مادة هذه المقدمة.

اولا/ تعريف موضوع البحث.

ان الاسرة هي اساس المجتمع واللبنة الأولى لقيامة لذلك لابد من صحة تكوينها والتي يجب ان تكون مبنية على علاقات سليمة ومتينة تتضمن بها سلامة المجتمع واستقراره.الا ان هناك بعض الأسباب نتيجة لسوء التفاهم أو غيره تضطرب العلاقة بين أفراد، فتكون مشاكل تؤدي إلى تفكيك الأسرة بالطلاق وخصوصا عند وجود الأولاد نكون أمام مشكلة حقيقية تتعدى بين الوالدين ويمتد إلى الأطفال وهم الضحية الأولى لتلك العلاقة والمشكله، لكون معظم الأسر لا يخلوها الاضطراب والمشاكل وزعزعة الاستقرار، إلا أنه يمكن تفادي بعضها، ولكن هناك نزاعات يدوم فيها الانشقاق بين الزوجين، ويصبح من الضروري انهاؤها بالطلاق، وبعد هذا تثار مسألة أكثر حساسية تتمثل في حضانة الأطفال ورعايتهم، ان الصغير أو الطفل مخلوق ضعيف بالفطرة، ومن اساسيات حقوقه ان يعيش ضمن أسرة، وهذا الحق ثبت له بالإجماع من قبل واضعي القوانين، تضمن له الاهتمام برعاية شؤونه وهذا بصفة عامة، بالإضافة إلى الأطفال المحضونين بصفة خاصة. لذلك تظل القوانين الداخلية هي الجديرة بتوفير الحماية القانونية نظرا لالتزاماتها، ومن بين القوانين نجد قانون العقوبات العراقي المرقم١١١ لسنة١٩٦٩ المعدل الذي وضع عقوبات رادعة لمخالفي أحكام الحضانة.ومن أجل تحديد الحماية الجنائية للطفل المحضون وذلك حتى في مواجهة والدية وأقاربه فيما يتعلق الامر بمساس مصلحته حين يمتنع احد هؤلاء عن تسليم الصغير المحضون او اخذه لمن له حق في حضانته وحفظه قانونا، لذا حرص المشرع العراقي على إيجاد قواعد القانونية من شأنها حماية الصغير أو الطفل المحضون الذي لا يقوى على حماية نفسه من اعتداءات الآخرين عليه ومن أجل توضيح مدى الحماية الجنائية المقررة للصغير المحضون حاولنا ان نبين كيف يؤثر رابطة البنوة في وجود وقيام جريمة امتناع عن تسليم الصغير وأخذه لمن له حق في حضانته وحفظه بموجب حكم أو قرار قضائي.

ثانيا/ أهمية موضوع البحث وأسباب اختياره.

تكمن أهمية الدراسة في معرفة وتسليط الضوء على مصلحة المحضون والحماية القانونية لها من خلال التطرق لأهم الإشكالات التي تواجه تطبيق احكام القضاء وكذلك منح الصغير الرعاية الأسرية الاولى قبل دخوله عمار الحياة. وهناك أسباب موضوعية تتمثل في ان موضوع الجرائم الناتجة عن مخالفة أحكام الحضانة والبنوة هو موضوع مهم للغاية بطبيعته لأنه يمس بمصلحة الطفل او الصغير المحضون الذي يتعلق بتصميم وتركيب الأسرة، كذلك هي حماية لمن له حق الحضانة.

ثالثا/ نطاق البحث

يندرج موضوع هذا البحث من ضمن النطاق التشريعات الموضوعية وكذلك جعلنا قانون العقوبات العراقي المرقم١١١ لسنة١٩٦٩ المعدل نقطة الارتكاز وخصوصا نص المادة (٣٨٢) منه، فضلا عن القوانين الأخرى، ومنها قانون اصول المحاكمات الجزائية المرقم٢٣ لسنة١٩٧١ المعدل، والقانون التنفيذ المرقم٤٥ لسنة١٩٨٥ المعدل، و قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

رابعا/ إشكالية البحث وتساؤلاته.

ان مشكلة هذا البحث تتجلى من خلال طرح وإبراز الأسئلة الافتراضية التالية:

- ما مدى فعالية نص المادة (٣٨٢) التي وضعها المشرع العراقي في حماية الصغير أو الطفل المحضون؟

- ان النص المادة السالف الذكر يتضمن جريمتي الامتناع والأخذ (الخطف) ما هي طبيعتهما؟ هل لهما طبيعة واحدة أم مختلفان؟ وما هي الآثار المترتبة على ذلك؟

- ما المقصود بالحكم الصادر من جهة القضاء أو الحكم القضائي؟ عن أي نوع من الحكم يتحدث المشرع؟ هل يشمل حكم المشاهدة ام الحضانة؟ ام الاسترداد أو حكم بتأييد الحضانة؟ وما هي شروط الحكم يمكن الاعتماد عليه وإشكاليته في التطبيق؟ وماذا عن المادة (٤٨) من قانون التنفيذ العراقي المرقم (٤٥) لسنة١٩٨٥ المعدل والمادة (٣٨٢) من قانون العقوبات العراقي هل هناك تعارض أم لا؟

خامسا/ منهجية البحث.

ان المنهجية الأكثر انسجاما مع طبيعة الموضوع تقوم على الاستعانة بالمنهج التحليلي التطبيقي وذلك عن طريق الاستعانة بآراء الفقهاء في تحليل النصوص القانونية وشروحاتها وايضا التطبيقات القضائية للمحاكم الجزائية في اقليم كردستان والعراق.

سادسا/ هيكلية البحث.

من أجل تغطية جوانب موضوع البحث بشكل كامل نقوم بتقسيم البحث إلى مطلب تمهيدي والمبحثين كالاتي:

- مطلب تمهيدي/ ماهي جريمة امتناع عن تسليم الصغير او اخذه ممن له حق في حضانته أو حفظه بموجب حكم قضائي.

- الفرع الأول/ مفهوم جريمة امتناع عن تسليم الصغير او اخذه ممن له حق في حضانته أو حفظه بموجب حكم قضائي.
- الفرع الثاني/ طبيعة جريمة امتناع عن تسليم الصغير او اخذه ممن له الحق في حضانته أو حفظه بموجب حكم قضائيا.

- المبحث الأول/ أركان جريمة امتناع عن تسليم الصغير لمن له الحق في حضانته وحفظه بموجب حكم قضائي.
  - المطلب الأول/ الركن الشرعي للجريمة.
  - المطلب الثاني/ الركن المادي للجريمة.

اولا// صدور حكم أو قرار قضائي بحضانة أو حفظ الصغير.

ثانيا// امتناع الصادر ضده الحكم أو القرار (متكفل بالطفل) عن تسليم الي الصادر لصالحة الحكم أو القرار.

ثالثا// وجود الصغير المحضون تحت سلطة الجاني.

-المطلب الثالث/ الركن المعنوي للجريمة.

أولا// العلم

ثانيا// الإرادة

- المبحث الثاني// أركان جريمة أخذ الصغير ممن له حق في حضانته او حفظه بموجب حكم قضائي.
  - المطلب الأول// الركن الشرعي للجريمة.
  - المطلب الثاني// الركن المادي للجريمة.

اولا// وجود حكم قضائي بحضانة أو حفظ الصغير.
ثانيا// انتزاع الصغير ممن صدر له الحكم بحضانته او حفظه.
ثالثا// نقل او ابعاد الصغير من مكانه الى مكان اخر.
رابعا// صفة الجاني.

- المطلب الثالث// الركن المعنوي للجريمة.

أولا// العلم
ثانيا// الإرادة

سوف نختتم البحث بخاتمه تتضمن على اهم الاستناجات التى سوف نتوصل اليها فى البحث، اضافة الى التوصيات التى سوف نوردها بصدد موضوع البحث، و من الله التوفيق.

المطلب تمهيدي

ما هية جريمة الامتناع عن تسليم الصغير وأخذه ممن له حق في حضانته وحفظه بموجب حكم قضائي

للالمام الاكثر بموضوع جريمة الامتناع عن تسليم الصغير أو أخذه،[١] ممن له الحق في حضانته وحفظه بموجب حكم قضائي المنصوص عليها في المادة (٣٨٢) من قانون العقوبات العراقي المرقم (١١١) لسنة١٩٦٩ المعدل، لابد من تحديد مفهوم جريمتي وطبيعة كل منهما لكون المادة المذكورة تحمل في طياتها صورتان من الجريمة الامتناع والأخذ. ومن هذا المنطلق سنحاول تقسيم هذا المطلب الى فرعين، إذ نستعرض في الفرع الأول الى مفهوم جريمة امتناع عن تسليم الصغير وأخذه، وفرع الثاني إلى طبيعتهما.

- الفرع الأول/ مفهوم جريمتي الامتناع عن تسليم الصغير واخذه.

لم يعرف قانون العقوبات العراقي جريمة امتناع عن تسليم الصغير وأخذه، وحسناً فعل ذلك لأنه ليس من واجب المشرع أن يبين المقصود بكل جريمة بل من الأفضل ترك ذلك للفقة والقضاء الجنائيين ومن أجل فهم جريمتي الامتناع والأخذ لابد من بيانهما عن طريق المقصود بهما وسوف نعرفهما كالاتي:

اولا/ جريمة الامتناع عن تسليم الصغير.

إن هذه الجريمة هي من الجرائم السلبية.[٢] ولذلك قبل ان تقوم بتعريفه ودراستها من الناحية الموضوعية وجدنا أنه من الواجب علينا أن نوضح بشيء من الإيجاز ما هي الجرائم السلبية وتعريف الامتناع وبيان عناصره، أن السلوك المكون للركن المادي للجريمة اما ان يكون ايجابيا او ان يكون سلبيا ويستند هذا التقسيم على طبيعة الفعل المكون للركن الجريمة المرتكبة وأكد على هذا التقسيم منطوق المادة (٢٨) من قانون العقوبات العراقي المعدل في تعريف الركن المادي للجريمة حيث ورد فيه ما نصه ((سلوك اجرامي بارتكاب فعل جرمه القانون أو الامتناع عن فعل أمر به القانون)).[٣] إذا يمكن تعريف الامتناع (بأن هو إحجام شخص عن إتيان فعل إيجابي معين كان الشارع ينتظره منه في ظروف معينة بشرط أن يوجد واجب قانوني يلزم بهذا الفعل وأن يكون في استطاعة الممتنع ادائه).[٤] أو كما يعرف الجرائم السلبية بتلك الجرائم التي يكون السلوك المكون للركن المادي للجريمة

---

(١) استعملنا لفظ (أخذ) أسوة بالمشرع العراقي ومن المفروض أن ينص صراحة على لفظ (الخطف) وليس الأخذ لأنه أكثر دلالة من الأخذ، رغم أن استعمال لفظ أخذ من قبل المشرع ربما يعود الى مراعاة علاقة الأسرية وايضا تميزه عن أحكام جريمة الخطف الوارد في المواد (٤٢١-٤٢٩) من العقوبات العراقي.

(٢) ينظر: د.سعد ابراهيم الاعظمي، موسوعة مصطلحات القانون الجنائي، ج١، ط١، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ٢٠٠٢، ص٢٥.

(٣) ينظر: المادة (٢٨) من قانون العقوبات العراقي (١١١) لسنة١٩٦٩ المعدل.

(٤) ينظر: د.محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام النظرية العامة للجريمة، دار النهضةالعربيه، القاهره، ١٩٦٢، ص٣٠١.

فيها سلبا أو امتناعا عن عمل يأمر القانون بالقيام به ويعاقب من يمتنع ذلك[١] إذ يتضح من ذلك أن الامتناع ليس عدما و فراغا و إنما هو كيان قانوني له وجوده وعناصره التي يقوم عليها، وإذا كان الامتناع من الناحية المادية ظاهرة سلبية فهو من الوجه القانونية ظاهرة ايجابية اي انه موجود قانوني له كيانه.[٢] ونستخلص من هذا التعريف أن الامتناع يتكون من ثلاثة عناصر كالاتي:

١) **الاحجام عن فعل إيجابي معين:**- هو العنصر الرئيسي في جريمة الامتناع لأن تلك الجرائم تتم بترك فعل ايجابي كان على الممتنع الإتيان به، إذاً فالأمتناع ليس موقفا سلبيا مجردا، بل انه يعد موقفا سلبيا إذا ما قيس بنسبة إلى فعل إيجابي مخصوص والمفروض إتيانه من قبل الجاني حتى لا يكون ممتنعا. فإذا امتنع الشخص عن إتيان الفعل المخصوص فيكون ممتنعا في وجهة نظر القانون ويتحمل مسؤولية الامتناع ولا عبرة بأنه كان قد اتى وفي فترات سابقة أفعالا ايجابية معينة فلانه اتخذ هذا الموقف السلبي في هذه المدة يكون مسؤولا ويتحمل وزر الامتناع، وعلى العكس من هذه الحالة فلو كان دائم الاتصاف بالمواقف السلبية ولكنه في هذه المرة أتى بالفعل الإيجابي المفروض عليه قانونا فقد دفع عن نفسه المسؤولية ولا يعد ممتنعا بموجب القانون.[٣]

٢) **الواجب القانوني:**- يستمد الامتناع أهميتة القانونية مما يضيفه القانون من أهمية على الفعل الإيجابي الذي يفرضه، فلا وجود للامتناع اصلا اذا لم يكن هناك واجب قانوني يفرض على الممتنع التزاما بالإتيان بفعل ايجابي معين. وهناك نقطة مهمة يجب الانتباه اليها وهي ان الواجب القانوني ليس من الركن الشرعي للجريمة، ولكنه عنصر في الامتناع ذاته، أي أنه عنصر يقوم عليه الركن المادي لجريمة الامتناع. وأهمية هذا التحديد لموضوع الواجب القانوني بين أركان جريمة الامتناع واضح فليس بشرط ان يكون مصدر هذا الواجب نصا في قانون العقوبات والقوانين المكملة له، إذ لا تتقيد بمبدأ شرعية "الجريمة والعقوبات" طالما لم يكن بصدد تحديد الركن الشرعي، وإنما يجوز أن تكون مصدرا لهذا الواجب اية القاعدة القانونية، بل من الجائز أن يكون مصدره عملا قانونيا كالعقد أو مجرد عمل مادي كالفعل الضار إذا صلح طبقا لقواعد القانون مصدرا لنشوء الواجب القانوني مثلا امتناع الموظف المكلف بخدمة عامة عن القيام بواجبه.[٤]

٣) **الصفة الإرادية:** الارادة نشاط نفسي يتجه الى تحقيق غرض عن طريق وسيلة معينة. فهي إذاً ظاهرة نفسية والامتناع سلوك إرادي فلابد ان تكون للإرادة دور فيه ويكون مصدرها لتكون علاقة بين سلوك الممتنع وبين الارادة، لان الارادة الركن عام في كافة الجرائم فإنها عنصر ايضا في الامتناع.[٥] إذاً من كل هذا يتضح لنا بأن جريمة الامتناع عن تسليم الصغير أو الطفل لمن له حق

---

(١) ينظر: د.علي حسين خلف ود سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢.ص٣٠٨.
(٢) ينظر: د.محمود نجيب حسني، مصدر سابق، ص٣٠١.
(٣) ينظر: حسين الشيخ محمد الباليساني، النظرية العامة لجريمة الامتناع دراسة مقارنة، مطبعة وزارة الثقافة، اربيل، ١٩٩٨، ص٩٨-٩٩.
(٤) ينظر: د.محمود نجيب حسني، مصدر سابق، ص٣٠٢-٣٠٣.
(٥) ينظر: حسين الشيخ محمد الباليساني، نفس مصدر، ص١٠٣.

فيه بناء على حكم قضائي انها جريمة ذات علاقة بين الوالدين، أو اي شخص اخر لا يقوم بتسليم الصغير أو الطفل قضى في شأن حضانته حكم نهائي الى من له الحق في حضانته أو حفظه أو المطالبة به.

ومن خلال هذا يتبين لنا ان جريمة الامتناع عن تسليم الصغير أو الطفل المحضون ناتجة عن مخالفة نصوص وأحكام الحضانة، ويعد عدم التسليم فعل سلبي أو الامتناع، حيث يمتنع الجاني عن تسليم الصغير أو الطفل المحضون الى من له الحق في حضانته أو حفظه بموجب حكم قضائي بات.

ثانيا/ جريمة أخذ الصغير من قبل الوالدين او الجدين.

ان هذه الجريمة من الجرائم الايجابية، وهي عبارة عن الجريمة التي يتجسد الركن المادي فيها بالقيام بنشاط ايجابي غير مشروع كأن يستخدم يده في ارتكاب الجريمة أو لسانه أي ان الجريمة الايجابية تتحقق بحركة عضلية للشخص. وأكثر الجرائم وقوعا في الحياة هي الجرائم الايجابية.[١] اذاً يتحقق الخطف أو الأخذ بإتيان الجاني سلوكا ايجابيا يتخذ انتزاع الصغير من موقعة الذي هو فيه دون ارادة من هو تحت رعايته، ونقلها إلى موقع آخر سواه و احتجازه فيه بقصد إخفائه عمن هو تحت رعايته. اذاً في جريمة اخذ لابد من فعل يأتيه الجاني او الشخص سواه لاتمام الجريمة ولا قيام للخطف او الاخذ بغير هذا الفعل.[٢]

وحيث تتمثل هذه الجريمة في قيام احد الوالدين او الجدين بنفسه أو بواسطة غيره بأخذ الصغير بعيدا ولو بدون تحايل او خداع من الشخص الذي اوكلت اليه حضانته وحفظه فى المكان الذي كان يتواجد فيه المحضون سواء كان منزل العائله او لاي مكان اخر، كما جاءت في هذا السياق قرار لمحكمة التمييز العراقي والتي (اشترط لقيام الخطف شرطين أحدهما انتزاع المخطوف من مكانها الشرعي وثانيهما اخفاء المخطوفة عمن له سلطة شرعية عليها).[٣]

- الفرع الثاني/ طبيعة جريمتي الامتناع عن تسليم الصغير او المحضون وأخذه.

ان لكل الجريمة طبيعة خاصة تميزها عن سائر الجرائم الأخرى ومن بينها جريمتي الامتناع عن تسليم الصغير أو المحضون وأخذه ممن له الحق في حضانته كما اشرنا اليه في الفرع الأول ان جريمة الامتناع عن تسليم الصغير لها تكييف خاص وطبيعته تختلف عن طبيعة جريمة اخذ او خطف الصغير، لان الاول من الجرائم السلبية والأخرى من الجرائم الايجابية ويترتب على ذلك عدم

(١) ينظر: د.محمد رشيد حسن جاف، شرح قانون العقوبات القسم العام، ط١، مكتبة يادگار، السليمانية، ٢٠١٧، ص٧٥.
(٢) ينظر: د.فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٦، ص٢٢٥-٢٢٦.
(٣) ينظر: قرار محكمة تمييز العراق المرقم (٨٧٣ جنايات/١٩٧١) الصادر في١٩٧١/٦/١٣.المنشور في: القاضي جاسم جزاء جعفر هورامي، الجامع لأهم مبادئ القضاء الجزائي لمحكمة التمييز العراق قسم قانون العقوبات، ط١، مكتبة يادگار، السليمانية.٢٠١٩، ص٣.

توقع الشروع في جريمة امتناع عن تسليم الصغير لأنه بمجرد الامتناع وقعت الجريمة كاملة بعكس جريمة اخذ او خطف الصغير الذي يمكن ان يتحقق فيها الشروع.[١]

ولكن كلا جريمتي الامتناع والأخذ يعتبران من الجرائم المستمرة والتي يعرف بأنها الجرائم التي يتكون السلوك الإجرامي المكون لها من حالة تتحمل بطبيعتها الاستمرار سواء أكانت تلك الحال ايجابية او سلبية مثالها أخذ الشخص أو حبسه بدون وجه الحق والامتناع عن تسليم الصغير الى من له الحق في حضانته وان الجريمة المستمرة توجد بمجرد قيام حالة الاستمرار ويستمر ولا تنتهي ما دامت هذه الحالة قائمة في استمرارها حتى ينقطع الاستمرار فتنقطع الجريمة عندئذ، بمعنى أنه يجب في جريمة الامتناع او الاخذ ان يمتد ركنها المادي والمعنوي خلال وقت طويل.[٢] وحيث ان اعتبار جريمة الامتناع عن تسليم الصغير وأخذه من الجرائم المستمرة يترتب عليه جملة من النتائج الإجرائية والموضوعية يمكن تلخيصها كالآتي:

١. من حيث المحكمة المختصة بالتحقيق و المحاكمة:- أشار قانون اصول المحاكمات الجزائية على أنه يحدد اختصاص التحقيق بالمكان الذي وقعت فيه الجريمة كلها او جزء منها أو أي فعل متمم لها او اي نتيجة ترتبت عليها أو فعل يكون جزءا من جريمة مركبة أو مستمرة أو متتابعة أو من جرائم العادة.....).[٣] وفي جريمة المستمرة إذا كانت استمر الحالة الجنائية في مناطق متعددة فإن جميع محاكم هذه المناطق تختص في التحقيق أو رؤيه الجريمة ويمكن رفع الدعوى أمامها.[٤]

٢. تطبيق القانون الجنائي من حيث الزمان:- أشار قانون العقوبات العراقي الى انه (يسري على الجرائم القانون النافذ وقت ارتكابها ويرجع في تحديد وقت ارتكاب الجريمة إلى الوقت الذي تمت فيه أفعال تنفيذها دون النظر الى وقت تحقق نتيجتها).[٥] لذلك لغرض تطبيق القوانين الجنائية من حيث الزمان بمقتضى أحكام الدستور والقانون العقابي السالف الذكر يجب ان تكون تلك القوانين نافذة عند حصول الوقائع التي يراد تطبيق القوانين المذكورة عليها، إذ لا يسري النصوص الجنائية على الوقائع التي حصلت قبل نفاذها بتعبير آخر ليس لنصوص القانون الجنائي اثر رجعي (إلا إذا كان أصلح للمتهم)، ولكن في حالة ارتكاب جريمتي أمتناع عن تسليم الصغير او اخذه(خطفه) في ظل القانون القديم، لكن صدر قانون جديد أثناء الامتناع أو الاحتفاظ بالمحضون فإن قانون الجديد هو المطبق، لأن الامتناع أو احتجاز المحضون مدة زمنية يدخل في الأركان المكونة للجريمة.[٦] كما اشار اليه

---

(١) ينظر: د.حميد السعدي، شرح قانون العقوبات الجديد دراسة تحليلية مقارنة الاحكام العامة الجريمة و المسؤولية الجنائية، ج١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠، ص٣٠٤.

(٢) ينظر: دكتور جمال ابراهيم الحيدري، الوافي في شرح أحكام القسم العام من قانون العقوبات، مطبعة السنهوري، ط١، بيروت، ٢٠١٢، ص٥٩٩.

(٣) ينظر: المادة٥٣/ أ والمادة١٤١ من قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم٢٣ لسنة١٩٧١ وتعديلاته.

(٤) ينظر: دكتور حميد السعدي، مصدر سابق، ص٣٠٥.

(٥) ينظر: المادة٢ف١ من قانون العقوبات العراقي رقم١١١ لسنة١٩٦٩ المعدل.

(٦) ينظر: دكتور سامان عبد الله عزيز، أحكام اختطاف الأشخاص في القانون الجنائي دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، ط١، مصر، ٢٠١٥، ص٣٢-٣٣.

في قانون العقوبات العراقي، اذ نص على أنه (يسري القانون الجديد على ما وقع قبل نفاذه من الجرائم المستمرة أو المتتابعة أو جرائم العادة التي يثابر على ارتكابها في ظله.....).[١]

مما يجدر الاشارة اليه ان لا تسري النصوص الجنائية الجديدة على الجرائم المستمرة باعتباره القانون الاصلح للمتهم، وإنما العلة بسريانها هي مثابرة الجاني على ارتكابها في ظل هذه النصوص، و النصوص العقابية الجديدة تسري بأثر فوري لحظة نفاذها.[٢]

٣. تطبيق القانون الجنائي من حيث المكان:- تعد الجريمة المستمرة مرتكبة على إقليم الدولة ولو لم تقع كاملة على إقليمها إذا ما وقع جزء ولو يسير من استمرارها على إقليم تلك الدولة، مما يترتب عليه أنه تعد الجريمة المستمرة واقعة في أقاليم دول متعددة ومن ثم خاضعة لقوانيهما جميعا فيما إذا استمرت في أقاليم تلك الدول، بأن وقع جزءا من ماديتها على إقليم كل منها.[٣] ويعني ذلك إذا تحقق في العراق بعض من اركان الجريمة الامتناع او اخذالصغير في حين تتحقق سائرها خارجه او بالعكس، فالقانون العراقي يطبق عليها.

٤. قوة الشيء المحكوم فيه (قوة الشيء المقضي):- اذا صدر حكم في جريمة المستمرة فانه يحوز قوة الشيء المحكوم فيه بالنسبة للوقائع السابقة لصدور هذا الحكم، فقط المعروف منها لدى المحكمة وغير معروف ايضا ما دامت واقعة قبل صدور هذا الحكم اما اذا وجدت وقائع اخرى بعد صدور الحكم بان استمرت حالة الاستمرار في الجريمة تعد صدور الحكم وكان ذلك نتيجة تدخل جديد لارادة الجاني مما يؤدي الى الحكم عليه بسببها دون ان يكون للحكم السابق أي قيمة له او اعتبار في صددها، ولا يجوز للجاني ان يتمسك بسبق الفصل أو الحكم في الدعوى.[٤] فعلى سبيل المثال من صدر ضدة حكم بالادانة لامتناعه عن تسليم الصغير المحضون لمن له الحق في تسليمه يجوز ادانته مره اخرى اذا استمر في امتناع كما جاء في هذا السياق قرار لمحكمة استئناف نينوى بصفتها التميزيه عندما صادقت على قرار المنفذ العدل برفض طلب وكيل المميزه والذي طلب احضار المدين جبراً والزامه تسليم الطفلين المتبقيين لدى المدين، حيث جاء في قرار (لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي واقعا ضمن المده القانونيه قرر قبوله شكلا، ولدى عطف النظر على قرار المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون لان الدائنه المميزه كانت قد حضرت امام المنفذ العدل بتاريخ٢٠٠٩/٧/٢٢ وتم تنظيم محضر في مديريه التنفيذ وانها اشتملت الاطفال الثلاثه موضوع الحكم المنفذ ووقعت على

---

(١) ينظر: المادة (٤) من قانون العقوبات العراقي المرقم١١١ لسنة١٩٦٩ المعدل.
(٢) ينظر: محسن الناجي، الأحكام العامة في قانون العقوبات شرح على متون النصوص الجنائية، مطبعة العاني، ط١، بغداد، سنه١٩٧٤، ص٤٢.
(٣) ينظر: دكتور جمال ابراهيم الحيدري، مصدر سابق، ص٦٠٤.
(٤) ينظر: دكتور جمال ابراهيم الحيدري، نفس مصدر، ص٦٠٦.

المحضر الاستلام امام ادعاء وكيل الدائنة قيام المدين بغضب الاطفال ثانية فيمكن ان يكون موضوع الشكوى الجزائية وفق نصوص قانون العقوبات.....).[١]

صفوة القول يمكن ان نقول صحيح ان جريمتي الامتناع عن تسليم الصغير وأخذه من الجرائم الماسة بأحكام الحضانة، ولكن يحدد طبيعتهما بأنهما من الجرائم المستمرة ولكن يختلفان في ان جريمة الامتناع من الجرائم السلبية، وجريمة أخذ صغير وخطفه من الجرائم الايجابية.

(١) ينظر: قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية بالتاريخ٢٠٠٨/٨/١١، المتاح على الموقع الالكترونى: https: .//www.sjc.iq/index.php

المبحث الأول

أركان جريمة امتناع عن تسليم الصغير لمن له حق في حضانته وحفظه بموجب حكم قضائي

من أجل اعتبار السلوك الإنساني جريمة بمعناها القانوني الجزائي يجب ان تتوافر شروط وعناصر معينة واللازمة لتحقق الجريمة وقيامها وهي ما تسمى بأركان الجريمة، وأركان الجريمة تنقسم إلى أركان عامة والمشكلة لأي جريمة مهما كان تصنيفها وغالبا ما ترد أحكامها في القسم العام إضافة للأركان الخاصة التي تتمثل العناصر التي يشترطها القانون في جريمة معينة، ويعتبر هذه الأركان المعيار الفاصل بين مختلف الجرائم.(١) ونحن بصدد جريمة امتناع عن تسليم الصغير المحضون يستوجب القانون لقيامها توافر أركانها الثلاثة، نقسمه على ثلاث مطالب: الركن الشرعي، الركن المادي، الركن المعنوي.

- المطلب الأول// الركن الشرعي.

هو الركن الأول تقوم عليه السلوك الإجرامي وسنحاول تفصيله في هذا المطلب حيث إنه في الفرع الأول خصصناه لتعريف الركن الشرعي أما الفرع الثاني فقد خصصناه الركن الشرعي لجريمة الامتناع عن تسليم الصغير المحضون.

– **الفرع الأول/ تعريف الركن الشرعي:**– الركن الشرعي للجريمة ((هو الصفة غير المشروعة التي يسبغها القانون على فعل من الأفعال ليعد جريمة)).(٢) اذن الفعل لا يكون مشروعا او غير مشروع ما لم ينص القانون على ذلك فيضفي عليه صفة عدم مشروعية، وحينئذ يعتبر غير مشروع والصفة غير مشروعه التي يضفيها القانون على فعل من الأفعال ليست هي النص على تحريم هذا الفعل فحسب بل يجب فوق ذلك ولكي يكتسب الفعل صفته غير مشروعة أن يكون غير خاضع لسبب من الأسباب الاباحة. ويبنى على ذلك أن الركن الشرعي للجريمة قوامه عنصران:

١. خضوع الفعل لنص التجريم. ٢. عدم خضوعه لسبب إباحة.(٣)

أي يمكن القول الركن الشرعي هو وجود نص قانوني يجرم الفعل المرتكب طبقا لمبدأ الشرعية الجزائية، وقد استمد شرعيته لنص المادة (١) من قانون العقوبات العراقي (لا جريمة ولا عقوبه الا بالنص) ويعتبر هذا المبدأ من المبادئ الأساسية في الدستور.(٤) التي يقوم عليها قانون العقوبات في مختلف تشريعات العالم، ويعتبر من الضمانات التي تحقق المحاكمة العادلة.

–**الفرع الثاني/ تقوم جريمة امتناع عن تسليم الصغير المحضون لمن له الحق في حضانته بموجب حكم أو قرار قضائي بتوفر الركن الشرعي لها.** وهو النص القانوني الذي يجرم الفعل الامتناع حسب المادة (١/٣٨٢) من قانون العقوبات العراقي المرقم (١١١) لسنة١٩٦٩ والتي نصت (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بغرامة لا تزيد على٢٢٥٠٠٠ دينار كل من كان متكفلا بطفل وطلبه منه من له الحق في طلبه بناء على قرار أو حكم صادر من جهة القضاء بشأن حضانته أو حفظه ولم يسلمه اليه ويسري هذا الحكم ولو كان المتكفل للطفل احد الوالدين او الجدين).

---

(١) ينظر: د.علي حسين الخلف والسلطان عبد القادر الشاوي، مصدر سابق، ص١٣٧.
(٢) ينظر: د.محمود نجيب حسني، مصدر سابق، ص٦٢.
(٣) ينظر: محسن ناجي، مصدر سابق، ص١٧.
(٤) ينظر: المادة (١٩/ثانيا) من الدستور العراقي لسنة٢٠٠٥.

- المطلب الثاني// الركن المادي لجريمة امتناع عن تسليم الصغير المحضون.

الركن المادي للجريمة قد عرفه المشرع العراقي بانه (سلوك إجرامي بارتكاب فعل جرمه القانون أو الامتناع عن فعل أمر به القانون).[١] اذا يمكن ان نقول ان الركن المادي للجريمة هو العمل الخارجي الذي تظهر به الجريمة الى العالم الخارجي سواء كان ذلك بفعل أو امتناع بحسب ما يتطلبه المشرع في كل جريمة على حده، ويتمثل هذا العمل في السلوك الذي يصدر عن الجاني والنتيجة المترتبة على هذا السلوك وعلاقة السببية بينهما، وهذا الركن هو اول الركنين اللذين ترتكز عليهما نظريه الجريمة، واذا تخلف كله أو بعض على عناصره كان مانعا من وجود الجريمة، وبالتالي مانعا من توقيع العقاب، وتختلف صور الركن المادي حسب كل جريمة، في النص القانوني الخاص بكل جريمة هو الذي يحدد صوره الركن المادي فيها وعناصره، فهو الذي يرسم السلوك المحضون والنتيجة المترتبة عليه محل الحظر.[٢] ويتكون الركن المادي لهذه الجريمة من ثلاثة عناصر اذا انتفى عنصر منها انتفى الركن المادي للجريمة وهذه العناصر هي:

١. صدور حكم أو قرار قضائي بحضانة أو حفظ الصغير.
٢. وجود الصغير المحضون تحت سلطة الجاني.
٣. امتناع الصادر ضده الحكم أو القرار (من بيده صغير) عن تسليم الي الصادر لصالحه الحكم أو القرار.

اولا/ صدور حكم أو قرار قضائي بحضانة أو حفظ الصغير المحضون:

ان من أحد العناصر الذي يستوجب القانون وجوده لقيام هذه الجريمة، هو وجود حكم قضائي سابق صادر عن المحكمة المختصة ويقضي بإسناد الحضانة الى احد الاشخاص في المادة٣٨٢ من قانون العقوبات التي نصت على (يعاقب بالحبس..... كل من كان متكفلا بطفل وطلبه منه من له حق في طلبه بناء على قرار أو حكم صادر من جهة القضاء بشأن حضانته أو حفظه....) وهو أهم عنصر من عناصر المكون للركن المادي لهذه الجريمة ويحدد به الجهة التي ترتكب الجريمة وبدونه ينعدم الجريمة، ومفاذ هذه المادة وجوب صدور حكم من محكمة الأحوال الشخصية بحضانة المحضون أو الطفل وهذا ما قضت به محكمة جنايات السليمانية بصفتها التمييزية والتي تقول (ان قرار قاضي محكمة تحقيق السليمانية/٦ صحيح وموافق للقانون برد الشكوى وغلق التحقيق نهائيا بموجب المادة (١٣٠/آ) من قانون اصول المحاكمات الجزائية كون المشتكي لم يحصل على قرار أو حكم من محكمة الأحوال الشخصية لإعطاء حق المشاهدة او حضانة لذا لا يوجد عنصر الجزائي في شكواه وبامكان المشتكي مراجعة المحكمة الأحوال الشخصية لتسجيل الدعوى واستحصال الحكم بذلك).[٣] اذن لكي يكون الحكم أو قرار محل المادة المذكوره السالفة الذكر وجب ان يكون مستوفيا للشروط الآتية:

١. ان يكون الحكم المراد صادرا من محكمة مختصة وظيفياً باصداره ويكون باتا: من المعلوم ان قانون السلطة القضائية في الاقليم قد بين أنواع المحاكم في الإقليم ويحدد اختصاص كل منهما وظيفياً.[٤] كذلك فصل قانون المرافعات المدنيه هذا ويعتبر الاختصاص الوظيفي من النظام العام ولا يجوز مخالفته، وتقتضي المحكمة بعدم اختصاصها وظيفياً بنظر الدعوى إذا خرجت لاختصاصها المرسوم في القانون وذلك من تلقاء نفسها وإذا ما خالفت ذلك واصدرت حكما في الدعوى يخرج

---

(١) ينظر: الماده (١/٢٨) من قانون العقوبات العراقي المرقم١١١ لسنة١٩٦٩ المعدل.
(٢) ينظر: محمود نجيب حسني، مصدر سابق، ص٢٨٩-٢٩٢.
(٣) ينظر: قرار المرقم (٦٩٧/پ.ت/٢٠٢٤) والمؤرخ٢٠٢٤/٥/٢١ الصادر من محكمة جنايات السليمانية/٢ بصفتها التمييزية (قرار غير منشور).
(٤) ينظر: المواد (١٠-٢٧) من قانون السلطة القضائية لأقليم كردستان - العراق المرقم ٢٣لسنة٢٠٠٧.

عن اختصاصها فإن هذا الحكم يعتبر معدوماً ولا يجوز تنفيذه.[١] وبناء على ذلك فإن قانون المرافعات المدنية نصت على اختصاص محكمة الأحوال الشخصية بالنظر في بعض الأمور من بينها ما يتعلق بأمور الحضانة.[٢]

اذن يكون الاختصاص في إصدار الحكم في دعوى الحضانة وما يتعلق به من الأمور يعود الى محكمة الاحوال الشخصية، كما ولا يجوز لقاضي التحقيق او محكمة الموضوع ان يتمسك باحكام المادة٥٧ من قانون الأحوال الشخصية، [٣] وخصوصا الفقرة (١) منها التي تنص (الام أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك) وإنما يلزم لتطبيق أحكام المادة (٣٨٢) من قانون العقوبات ان يكون هناك حكم صادر من محكمة الأحوال الشخصية، كما جاءت في هذا السياق قرار لمحكمة استئناف واسط الاتحادية بصفتها التمييزية والذي بموجبه تم نقضه قرار محكمة جنح الكوت بعد إدانة المتهم وفق المادة (٢/٣٨٢)، وجاء في متن القرار (لدى التدقيق والمداولة لوحظ ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا.ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك ان المحكمة بموجب قرارها المميز أخطأت في تطبيق القانون إدانتها للمميز وفق أحكام المادة (٢/٣٨٢) بدلاله المادة (١/٣٨٢) من قانون العقوبات مبررة قرارها المذكور بأن حكم الحضانة المقرر كشرط لتطبيق النص ينصرف الى حكم القانون وليس الحكم القضائي فقط لما لذلك التبرير من تحميل النص أكثر من طاقته و اجتهاد في مورد النص كون ان النص العقابي الذي أدين المميز بموجبه يشترط صراحة وجود حكم قضائي بالحضانة لكي ينطبق على الواقعة موضوع الدعوى لعدم حصول المشتكية لمثل ذلك الحكم فيكون القرار المميز القاضي بإدانة المميز وفق مادة التهمة لا سند له من القانون، عليه قررت المحكمة نقض كافة القرارات المتخذة بالدعوى والغاء التهمة الموجهة للمميز والافراج عنه وصدر القرار بالاتفاق.....).[٤]

ومن الجدير بالذكر احيانا قد يصدرون قضاة التحقيق المختصين وفق قانون مناهضة العنف الاسري في اقليم كردستان العراق المرقم (٨) سنة ٢٠١١قرارات من ضمنها تسليم أولادهما إلى أحد طرفي النزاع (قد يكون الوالدين او الجدين أو الغير) وهذا لا يمكن التسليم به والاعتماد عليه لأن قرار صادر من جهة غير متخصصة وظيفياً كما بينا سابقا وهذا ما قضت به محكمة جنايات السليمانية/١ بصفتها التميزيية و التى نقضت قرار محكمة التحقيق مناهضة العنف الاسري في السيمانية و التي تقول (لدى تدقيق و المداولة: وجد ان قرار الاحالة غير صحيح و مخالف للقانون، لأن طرفي الدعوى هما من الاناث لذا فان الواقعة لاتعتبر من قبيل جرائم العنف الاسري بالاستناد الى النوع الاجتماعي، و ان المحكمة العنف الاسري غير مختصة بالتحقيق في القضية، ومن جهة الاخرى ان الموضوع الاضبارةلا تعتبر جريمة و بامكان المشتكية مراجعة محكمة الاحوال الشخصية لطلب اعادة ابن المتهمة اليها و الحالة هذه تفترض رفض شكوى المشتكية و غلق التحقيق في القضية نهائيا، عليه قرر تصديق الطلب و نقض قرار احالة....).[٥]

وعلاوة على ذلك يجب ان يكون الحكم باتا لكي يكون محلا لتطبيق حكم المادة السالفة الذكر لان احياناً الطرف الخاسر يطعن في الحكم الصادر بشأن حضانة الطفل أو الصغير وهنا يجب على

---

(١) ينظر: القاضي مدحت المحمود، شرح قانون التنفيذ رقم٤٥ لسنة١٩٨٠ وتطبيقاته العملية، منشورات الدائرة القانونية، بغداد، ١٩٩٢، ص٢٩-٣٠.

(٢) ينظر: المادة (١/٣٠٠) من قانون المرافعات المدنية رقم٨٣ لسنة ١٩٦٩المعدل.

(٣) ينظر: المادة١/٥٧ من قانون الأحوال الشخصية المرقم١٨٨ لسنة١٩٥٩ المعدل.

(٤) ينظر: قرار المرقم (٦١٩/ت/ جنح/٢٠١٩) والمؤرخ٢٠١٩/٦/٣٠ والصادر من محكمة استئناف واسط الاتحادية/ الهيئة التمييزية والمنشور في: القاضي فلاح كريم وناس الجحيش، المنتقى من قضاة محاكم الاستئناف بصفتها التمييزية، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠٢٢، ص٥٤٦-٥٤٧.

(٥) ينظر:قرار المرقم (٣٢٠/ت/٢٠١٤) والمؤرخ ٢٠١٤/٥/١٢ الصادر من محكمة جنايات السلمانية/١بصفتها التمييزية (قرار غير منشور).

قاضي التحقيق عند تحريك الشكوى ان يتريث في اصدار ورقة تكليف بالحضور او الامر بالقبض حتى نتيجة الطعن لأنه كما معلوم يكون الحكم قابلا للنقض وبذلك ينعدم أهم عناصر الركن المادي للجريمة، وهذا ما قضت به محكمة النجف بصفتها التمييزية (....ان المحكمة المختصة راعت في اضبارة تطبيق أحكام القانون تطبيقا صحيحا كون ان الثابت لهذه الهيئة من ان قرار الحكم الذي تستند عليه المشتكية في شكواها هذه و الصادر من محكمة الأحوال الشخصية في النجف بالعدد....والقاضي بتسليم الطفل.... إلى والدته المشتكية قد تم نقضه بقرار محكمة التمييز الاتحادية الصادر بالعدد... وبالتالي يعتبر الحكم المذكور كأن لم يكن كونه لم يحوز حجية الأمر المقضي فيه وينعدم بذلك ركن من أركان المادة (١/٣٨٢) من قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة١٩٦٩ المعدل وحيث ان المحكمة المختصة وفي قرارها المميز قد راعت ما تقدم...).[١]

٢. ان يكون الحكم أو القرار صادرا عن محكمة عراقية: ان الاحكام القضائية الصادرة عن المحاكم العراقية قابلة للتنفيذ ومحل الاعتبار عند تطبيق أحكام المادة (٣٨٢) من قانون العقوبات العراقي، اما الاحكام الصادرة من المحاكم الأجنبية فالأصل أنها لا تقبل التنفيذ في العراق، لان قبول تنفيذها يخل بمبدأ سيادة الدولة على أراضيها. ولكن احيانا قد يحصل النزاع حول حضانة الصغير أو الطفل خارج العراق وأحد أطراف النزاع يحصل على الحكم بحضانة الصغير وحفظه في دولته، ومن ثم يعود الى العراق وقد يحصل المشاكل على حضانة الطفل أو الصغير، هنا يجب ان نميز بين الاحكام او القرارات الصادرة من الدول العربيه او الاجنبية والاتفاقيات الموقعة بين العراق وبقية الدول. ان الأحكام الصادرة عن محاكم الدول العربية التي تقبل التنفيذ في العراق هي تلك الأحكام الصادرة عن محاكم الدول العربية الموقعة على (اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي) المصادق عليها بالقانون رقم (١١٠) لسنة١٩٨٣.[٢] و محاكم الدول الموقعة على (اتفاقية التعاون القانوني و الجبائي بين مجلس التعاون العربي المصادق عليها بالقانون رقم (٥٨) لسنة١٩٨٩.[٣] الأحكام الصادرة من محاكم تلك الدول في الأحوال الشخصية والمدنية والتجارية تقبل في العراق كما لو كانت صادرة من محكمة عراقية إذا استوفى الشروط المنصوص عليها في الاتفاقية. اما الاحكام الصادرة من محاكم غير الموقعة على اتفاقية الرياض للتعاون القانوني والقضائي فإنها تعامل معاملة الأحكام الصادرة من محاكم الدول الأجنبية ما لم تكون هناك اتفاقية ثنائية مع تلك الدول.اما الاحكام الصادرة من محاكم الدول الأجنبية في مجال المدنية والأحوال الشخصية فهنا نعود إلى قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية في العراق رقم (٣٠) لسنة١٩٢٨، أو الاتفاقيات المعمول بها في العراق. هذا مع الاشارة الى ان بموجب قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية لا يجوز تنفيذ الأحكام الصادرة من محاكم الدول الأجنبية في مجال الأحوال الشخصية في العراق، ذلك لأن المادة (٦ فقره ج) منها قصر التنفيذ على الأحكام المتعلقة بالدين أو بمبلغ معين من النقود او كون المحكوم به تعويضا مدنيا فقط.[٤] وهنا يجب ان نرجع الى الاتفاقيات الثنائيه بين العراق والدول الأجنبية كالأتفاقية التعاون القضائي والقانوني في المسائل المدنية والأحوال الشخصية بين حكومة جمهورية العراق وحكومة الجمهورية الاسلامية الايرانية وصادقت العراق عليه بالقانون رقم (٩٢) لسنة٢٠١٢.[٥]

ومما جدير بالذكر فيما يتعلق بعناصر الحكم لقيام الركن المادي لهذه الجريمة أحيانا في الحياة العملية هناك جملة من المشاكل او السؤال قد يثار، مثلا الحكم الصادر في المشاهدة هل يمكن اعتباره عدم الامتثال لتنفيذها تشكل جريمة الامتناع من عدمه؟ وكذلك اصدار الحكم بتأييد الحضانة؟ او وجود

---

(١) ينظر: القرار المرقم (٤١٧/ت.ج/٢٠١٦) في ٢٠٢٤/١٢/٢٥ وصادر من محكمة استئناف النجف بصفتها التمييزية.والمنشور في: القاضي عدنان مايح بدر، مختارات من دعاوى الجنح، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠٢٠، ص١٦٣.

(٢) نشر في الوقائع العراقية بالعدد (٢٩٧٦) الصادر في١٩٨٤/١/١٦.

(٣) نشر في الوقائع العراقية بالعدد (٣٢٦٢) الصادر في١٩٨٩/٧/١٠.

(٤) ينظر: القاضي حسن فؤاد منعم، تنفيذ الاحكام الاجنبية في العراق، المكتبة الوطنيه، ط١، بغداد، ٢٠٠٩، ص٦-٢٥. وكذلك ينظر: القاضي مدحت المحمود، مصدر سابق، ص٢٦-٢٨.

(٥) نشر في الوقائع العراقية بالعدد (٤٢٥٨) في٢٠١٢/١٢/٣.

الاتفاق بموجب محضر الصلح بين الوالدين أو الجدين على حضانة أحدهما وتنازل احدهما لآخر وايضا الإشكالية التي يثيرها (المادة٤٨) من قانون التنفيذ المرقم٤٥ لسنة١٩٨٠ المعدل.[١] ونحاول هنا الإجابة عن هذه التساؤلات والإشكالات بشيء من الإيجاز ومعززاً بتطبيقات قضائية.

فيما يتعلق بحكم المشاهدة وعدم الامتثال الى تنفيذه ولدى تمعن المادة (٣٨٢) من قانون العقوبات نرى نصها ووضوح عبارته في كونها محصورة على حالة صدور حكم أو قرار القضائي بشأن حضانة الصغير وحفظه بما لا يصح معه الانحراف عنها بطريق التفسير والتأويل الى شمول حاله حكم المشاهدة، كما جاء في هذا السياق قرار لمحكمة جنايات السليمانية بصفتها التمييزية عندما صادقت على قرار محكمة تحقيق السليمانية برد الشكوى وغلق التحقيق استنادا الى احكام المادة١٣٠/أ من قانون اصول المحاكمات الجزائية و جاءت في متن قرارها (لدى التدقيق والمداولة تبين ان القرار صحيح لأن القانون المرقم (٦) لسنة٢٠١٥ قانون التعديل الثاني لتطبيق القانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة١٩٥٩قد حدد الإجراءات الخاصة في حالة عدم الامتثال الحاضن بتسليم المحضون عند تنفيذ حكم المشاهدة لذا يجب على المشتكي مراجعة محكمة الأحوال الشخصية وطلبه باتخاذ الإجراءات ضدها ومن ثم اصدار الحكم بذلك وفي حالة امتناعه عن ذلك يمكن تحريك الشكوى وفق المادة (٣٨٢) من قانون العقوبات العراقي).[٢] بناء على ما جاء في هذا القرار وبالرجوع الى قانون رقم (٦) لسنة٢٠١٥ الذي عدل الفقرة (٤) من مادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية المرقم (١٨٨) لسنة١٩٥٩ جاء في المادة المذكوره (اذا منع الحاضن مشاهده المحضون دون عذر المشروع، يتم انذاره من قبل المنفذ العدل، وفي حاله تكراره تنتقل الحضانة بقرار من المحكمة المختصه لمده شهر واحد الى الى المستحق الذي يمنح له هذا الحاق بموجب القانون النافذ).[٣]

اذن في حالة امتناع الحاضن عن تنفيذ حكم المشاهدة يجب على الطرف الاخر الرجوع الى المنفذ العدل ويطلب اتخاذ الاجراءات وفق المادة المذكورة، ولكن مقابل ذلك هناك توجه اخر بان عدم الامتثال لتنفيذ حكم المشاهده يكون جريمة وفق المادة (٣٨٢) من قانون العقوبات العراقي وهذا ما قضت به محكمة استئناف النجف بصفتها التميزيه وجاء في متن القرار (ان الثابت لهذه الهيئة من وقائع الدعوة ومجريات التحقيق الابتدائي والقضائي بان هناك حكم قضائي صادر من محكمة الاحوال الشخصية في النجف بالعدد... قضي بالزام المدعى عليها (المشتكيه) بتمكين المدعي... من مشاهدات اطفالها كل من... امام الباحث الاجتماعي في المحكمة المذكوره ولمرتين في الشهر ولمدة ثلاثة ساعات في كل مرة من الساعة ٩:٠٠ صباحاً وحتى الساعة ١٢:٠٠ ظهرا الا ان المتهم وحسبما هو ثابت في اقوال المشتكيه وشهوده واعترافه بانه قام باخذ اولاده المذكورين الى دار اهله خلافا للحكم المذكور وابقائهما في داره لعدة ايام وبما ان المشتكية الام احق بحضانة اولادها وتربيتهما حال قيام الزوجيه وبعد الفرقه ما دامت محتفظه بشروط الحضانة (م٥٧) الاحوال الشخصية. كما ان استحصال المتهم على حكم من محكمة الاحوال الشخصية بمشاهدة اطفاله في المواعيد المحددة في الحكم المذكور يعد هو الاخر اعترافا منه بحضانة الاطفال من قبل والدتهم المشتكية، الامر الذي تكون معه الادله والحاله هذه كافية لادانة المتهم.... وفق احكام المادة (٢/٣٨٢) من قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة١٩٦٩ المعدل، عليه قرر نقر كافه القرارات الصادره....).[٤] ونحن بدورنا نؤيد ما جاء في قرار محكمة جنايات السليمانية/٢ بصفتها التمييزية لان طبيعة كل من دعوى الحضانة يختلف عن دعوى المشاهدة كما اشرنا اليه سابقا، رغم ان اختلاف وجهة النظر بين قرارين ربما يعود الى قانون المرقم (٦) لسنة٢٠١٥ قانون التعديل الثاني لتطبيق قانون الاحوال الشخصية والنافذ في الاقليم.

---

(١) ينظر: المادة (٤٨) من قانون التنفيذ تنص على أنه (إذا امتنع المحكوم عليه عن تسليم الصغير فيجب حبسه مهما بلغت المدة حتى يسلمه، على أنه لا يجوز الحبس عندما يكون عدم التسليم خارجا عن إرادة المحكوم عليه).

(٢) ينظر: قرار المرقم (٢٧٦/پ.ت/٢٠٢٤) والمؤرخ٢٠٢٤/٣/٢٥الصادر من محكمة جنايات السليمانية/٢ بصفتها التمييزية.(قرار غير المنشور).

(٣) المادة (٤/٥٧) من قانون الأحوال الشخصية رقم١٨٨ لسنة١٩٥٩ المعدل.

(٤) ينظر: القرار المرقم (٢٨٩/ت ج/٢٠١٨) فى ٢٠١٨/٥/٢٠ المنشور في: عدنان مايح بدر، مصدر سابق، ص١٦٣.

أما فيما يتعلق باصدار حكم بتأييد حضانة لأحد الوالدين أو للحاضن أجابت عن هذا السؤال قرار لمحكمة استئناف البصرة بصفتها التمييزية التي تقول (المتهم قام بأخذ أولاده الصغار... من والدتهم المشتكية المحكوم لها بحضانتهم وامتنع عن إعادتهم لها وتأييد ذلك شهادة المشتكية وشهود الإثبات واعتراف المتهم المؤول والحكم الصادر من محكمة الأحوال الشخصية....لذا تكون الأدلة كافية لإدانته وفق أحكام المادة٢/٣٨٢ عقوبات ولا ينفي عن المتهم ارتكابه للجريمة دفعه بعدم صلاحية المشتكية حضانة اولادها لان مدار بحث هذا الدفع يكون في دعوى إسقاط حضانة. أما ذهاب محكمة جنح... إلى ان تأييد الحضانة لا يعد حكما قضائيا بحسب ما تتطلبه المادة العقابية المذكورة بل هو قرار وقتي فهذه مصادرة لحقوق المشتهية المكتسبة من هذا الحكم وتنكر لحجية حكم صادر من محكمة مختصة في نزاع وخصومة وهدر لقيمته القانونية التي اضفاها عليه المشرع القانوني. والقول بخلاف ذلك يؤسس الفوضى وهدر حجية الاحكام القضائية الباتة.فحكم تأييد الحضانة هو حكم مقرر لحق يعطي للمشتكي مركزا قانونيا يعترف بها كحضانة لأولادها الصغار وأن التجاوز على حقها المقرر بموجب هذا الحكم من قبل المتهم يضعه تحت طائلة القانون، أما مجرد امكانية اقامة دعوى إسقاط حضانة بعد صدور حكم تأييد حضانة فإنه لا يجعل من حكم تأييد الحضانة وقتية فلكل دعوى اسبابها موضوعها وان اتحدت اطرافها.اما ذهاب المحكمة إلى ان الصغير المقصود بنص المادة٣٨٢ عقوبات هو من لم يتم سن المسؤولية الجزائية فهو تفسير خاطئ لنص عقابي واضح الدلالة لأن النص يتحدث عن حماية جنائية للحضانة وبالتالي يقصد بالصغير هنا المحضون وليس الصغير الذي ارتكب جريمة ويراد تحريك الشكوى الجزائية بحقه...).[١]

وكذلك يمكن ان نقول ايضا لا يعتد بمحضر الصلح الصادر او الموقع بين طرفي النزاع او الوالدين او الجدين. لان من جهة ليس بحكم، ومن جهة أخرى مسألة حضانة محضون من المسائل متعلقة بالنظام العام لا يجوز الاتفاق عليه لان حضانة الاطفال يدور وجودا وعدما مع مصلحة الصغير أو الطفل.

واحيانا عندما يحصل احد الوالدين او الجدين على حكم بحضانة الطفل أو استرداده يذهب الى منفذ العدل لتنفيذ الحكم بتسليم المحضون ففي مثل هذه الحالات تكلف مديرية التنفيذ المحكوم عليه بتسليم الصغير فورا أو خلال فترة زمنية معينة، فإذا امتنع عن تسليمه فورا أو بعد انتهاء المدة المحددة له، وجب حبسه حتى تسليمه وفق المادة (٤٨) من قانون التنفيذ السالف الذكر.[٢] ويلاحظ ان الحبس التنفيذي هنا وسيلة للضغط على إرادة المحكوم عليه بالتزامه بتسليم الصغير وحبسه دون التقيد بمدة الحبس المقررة قانونا وفي نفس الوقت ان المادة (١/٣٨٢) من قانون العقوبات رقم١١١ لسنة١٩٦٩ المعدل اعتبرت الامتناع عن تسليم الصغير جريمة معاقبا عليها بالحبس لمدة سنة ويعد جنحة، ولكن طلب حبس المدين تنفيذا ايسر واسهل للدائن من حبس المدين جزائيا، ذلك تقتضي تحريك دعوى جنائية أمام قاضي التحقيق وبعد اتمام التحقيق يقرر قاضي تحقيق احالة المتهم الى محكمة الجنح المختصة لاجراء محاكمته، فانه طريق طويل ومكلف على الدائن.[٣] لان مراجعة مديرية التنفيذ وطلب حبسه وسيلة للإثبات المحكوم عليه عن التسليم ولكن ليس الهدف منه فرض العقوبة.

وتجدر الإشارة أحيانا قد يلجأ المحكوم له إلى طريقتين يطلب حبس المدين (المحكوم عليه) وفي نفس الوقت في حالة وما طلبت المحكوم عليه وتأخيره عن التسليم يسجل الشكوى لدى قاضي التحقيق عن جريمة الامتناع عن تسليم الصغير ومراجعة كلا طريقتين لا يؤثر احدهما على الاخر بل يمكن ان يستفاد من التنفيذ الحكم وامتناعه كوسيلة لاثبات الدعوى الجزائية وهذا ما قضت به محكمة استئناف البصرة بصفتها التمييزية التي تقول (ان المشتكية استحصلت على حكم من محكمة الأحوال الشخصية في البصرة قضى بإلزام المتهم بتسليم أطفالها الصغار وجرى إيداع هذا الحكم للتنفيذ امام

---

(١) ينظر: قرارالمرقم (٦٩/ت- جزاء/٢٠١٨)، بدون تاريخ الاصدار، الصادر من محكمة استئناف البصرة بصفتها التمييزية المنشور في: قيس لطيف كجان التميمي، المبدأ من قرارات محاكم الجزاء، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠٢٤، ص٢٥٦-٢٥٧.

(٢) ينظر: القاضي مدحت المحمود، مصدر، سابق، ص١٧٠.

(٣) ينظر: فوزي كاظم المياحي، التنفيذ الجبري وفقا لقانون التنفيذ العراقي، بدون اسم المطبعة، بغداد، ٢٠١٢، ص١١٤-١١٥.

مديرية تنفيذ المعقل ولم يقم المتهم بتسليم طفليها إلى والدتهما المشتكيه وصدر قرار بحبسه تنفيذيا من قاضي البداءة لحين تسليم الطفلين الى والدتهما وبذلك تحققت أركان الجريمة المنصوص عليها في المادة (١/٣٨٢) من قانون العقوبات).[١] و من ثم مراجعة احد طريقتين لا يؤدي الى حرمان المحكوم له من مراجعة الطرق الاخرى وهذا ما قضت به محكمة استئناف بغداد الكرخ الاتحادية بصفتها التمييزية في قرار لها (....بعد التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية ومشتمل على أسبابه تقرر قبوله شكلا وبعد عطف النظر على قرار المميز تبين انه غير صحيح ومخالف للقانون إذ كان على المنفذ العدل ان يبلغ من بيده الطفل بوجوب تسليمه وبخلافه يشعر قاضي التحقيق باتخاذ الإجراءات القانونية بحقه، ويفهم الدائن بمراجعة المحكمة المختصة لاتخاذ الاجراءات القانونية وليس رفض طلبها عليه قرر نقض القرار الصادر وإعادة الاضبارة لمرجعها لاتباع ما تقدم...).[٢]

وتجدر الاشارة ان عند تمعن كلتا المادتين(٤٨) من قانون التنفيذ والمادة (١/٣٨٢) من قانون العقوبات، ترى نوعا من الظلم او تعسف تجاه المحكوم عليه (احد الوالدين او الجدين أو الغير) خصوصا عندما يتم حبسه بقرار من قاضي محكمة بداءة على حساب الاضبارة التنفيذية ومن جهة الاخرى يتم الحكم عليه من قبل محكمة الجنح على حساب الاضبارة الجزائية، لأن جريمة الامتناع عن تسليم الصغير من الجرائم ذات الحق العام ولا يغلق بتنازل المشتكي أو المشتكية. لذا نرى بوجوب تدخل تشريعي بالغاء المادة (٤٨) من قانون التنفيذ المرقم٤٥ لسنة١٩٨٥، ويقتصر الإجراءات على تحريك الشكوى من قبل المنفذ العدل أو المحكوم له فقط دون حبسه، او ادخال جريمة الامتناع عن تسليم الصغير ضمن جرائم الحق الخاص ويغلق الدعوى الجزائية بتنازل المحكوم له (المشتكي والمشتكى) بعد تسليم الصغير اليه،اضافة الى ذلك يفهم من المشرع العراقي ما دام هناك الحكم أو القرار لم يأخذ بنظر الاعتبار سن المحضون وايضا الحكم أو القرار خاص بالحضانة كالحكم الصادر من محكمة الأحداث بسلب ولاية الأب على الطفل الصغير وتسليمه إلى جدة وامتناع الأب بتسليمه للاخير، أو الحكم الصادر من محكمة الأحداث بسبب ولاية الأب على صغيره لمده معينه وإيداع الطفل لدى إحدى دور الرعاية الاجتماعية.[٣]

ثانيا/ وجود الصغير المحضون تحت سلطة الجاني.

فقد نصت المادة (١/٣٨٢) من قانون العقوبات (يعاقب بالحبس....كل من كان متكفلا بطفل وطلبه منه من له حق في طلبه بناء على قرار أو حكم.....ويسري هذا الحكم ولو كان المتكفل الطفل أحد الوالدين أو الجدين) اذاً لقيام جريمة عدم تسليم الصغير أو الطفل هو عنصر وجود االمحضون تحت سلطة المتهم، فهنا يجب إثبات ان المحضون المطلوب تسليمه موجود فعلا تحت سلطة المتهم، لانه احيانا في الواقع العملي يثير إشكالاً إذا كان المحضون يوجد في منزل الأسرة التي يعيش فيها المتهم أو الجاني وكان صغير يوجد تحت السلطة الفعلية لشخص غيره ويسكنان في نفس المنزل فهنا لا يمكن اعتبار هذا الشخص مسؤولا عن عدم التسليم ولا يمكن ملاحقته جنائيا. وايضا بموجب المادة المذكورة أعلاه ما دام الصغير المحضون وهو محل الحماية القانونية هنا نسأل ما المقصود بالمحضون وما سنة ولكون هذه المسألة خاضعة لاحكام قانون الاحوال الشخصية وبالرجوع الى احكام المادة ٤/٥٧من قانون الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم (٦) لسنة٢٠١٥ قد حدد سن الحضانة بسبعة عشر سنة كاملة، وهذا ما قضت به أيضا محكمة تمييز في اقليم كردستان- العراق (...لا يمكن قطع أجرة الحضانة إلى حين إكتمال المحضون السابع عشر من عمره وفق أحكام المادة

---

(١) ينظر: قرار المرقم (٢٢١/ت/الجزاء/٢٠٢١) المؤرخ٢٠٢١/٧/٢٥ والصادر من محكمة استئناف البصرة بصفتها التمييزية المنشور في: القاضي اسيل صالح معتوق، المختار من القرارات التمييزية لمحكمة استئناف البصرة بصفتها التمييزية، الجزء الثالث، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠٢٣، ص٣٧.

(٢) ينظر: قرار المرقم٥٥/ تسليم الطفل/٢٠١١/ تنفيذ والمؤرخ٢٠١١/١٢/٢٣ والصادر من محكمة استئناف الكرخ الاتحادية بصفتها التمييزية المنشور في: قيس لطيف كجان التميمي، مصدر سابق، ص٢٥٧.

(٣) ينظر: اكرم زاده الكردي، جريمة عدم تسليم المحضون وخطفه في القانون العراقي- دراسة مقارنة، المنشور في مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، المجلد٥، العدد، ٢٠٢٣، ص١٢٤.

(٤/٥٧-ب) من قانون الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم (٦) لسنة٢٠١٥ الصادر من برلمان اقليم كردستان).[١] أما فيما يتعلق بالمحضون يمكن تعريفه بأنه (هو الشخص الذي يعيش تحت تربيه والرعاية ممن له حق في ذلك والقيام بشؤونه في سن معينة).[٢] وأما الجاني قد يكون احد الوالدين او الجدين أو يكون شخص آخر (متكفل بالطفل)، ربما يكون هذا الشخص يقوم برعاية الصغير كمربية او معلمه او مرضعه. عليه فإن كان الصغير أو الطفل أو المحضون محل الحضانة موجود عند شخص أو سلطة الجاني كأن يكون الوالدين او الجدين او اي شخص اخر وقت صدر حكم أو قرار قضائي بمنح حق الحضانة أو استرداد الحضانة إلى شخص آخر وعند صدور الحكم أو عند القيام بإجراءات تنفيذ الحكم، اعتراض من كان صغير تحت سلطته و دون مبرر شرعي فإن أحد عناصر أركان هذه الجريمة ثابتة.

ثالثا/ امتناع صادر ضده الحكم عن تسليم الصغير الى الصادر الحكم لصالحه.

بموجب منطوق المادة (١/٣٨٢) من قانون العقوبات يجب ان يثبت بطريقة يقينية جازمه لا تدع مجالا للشك امتناع الصادر (من بيده او تحت سلطته الصغير) عن تسليم الصغير الى الصادر له الحكم او القرار بحضانة او حفظ الصغير، واذا لم يثبت ذلك ينتفي العنصر الاخير من عناصر الركن المادي للجريمة المنصوص عليها، ويجب ان يحصل فعل الامتناع او عدم التسليم في شكل متعمد، وذلك ان يكون قد علم بوجود الحكم الذي يمنح الطالب حق المطالبه بالمحظون وفي هذا السياق جاء قرار لمحكمة استئناف قادسيه بصفتها التميزيه (..لدى عطف النظر على القرار المميز وجد بانه صحيح وموافق للقانون لما استند اليه من اسباب وذلك لانه يشترط لتحقيق المسؤوليه الجزائيه وفقا لاحكام المادة (٣٨٢) من قانون العقوبات رقم١١١ لسنة١٩٦٩ المعدل ان يكون طالب الشكوى قد استحصل على حكم قضائي بحضانة الصغير وان المتهم قد احتفظ بالمحضون خلافا لذلك وهو ما لم يتحقق في هذه الدعوى...).[٣]

وكذلك من احد اوجه انتفاء الامتناع ان يثبت من بيده الصغير انه لم يمتنع عن تسليم الصغير لمن صدر له حكم او قرار قضائي بحضانته او حفظه، بل ان الطفل او الصغير هو الذي رفض باصرار ان يسلم اليه ولا سيما بسبب ضرورات العلاج من مرض يعانيه وانه لم يقو على مقاومه الطفل وحمله على الرضوخ، كما قضت بذلك محكمة استئناف القادسية بصفتها التميزيه التي ذهبت بقرارها الى (...ان المتهم كان قد اخذ ولده القاصر... والبالغ من العمر ١١ سنة والذي هو بحضانة والدته المشتكيه وبقي عنده لمده ٢٠ يوما حيث ارسله للعلاج بعد ان تبين ان ولده قد تعرض لكسر في يديه اثناء وجوده في حضانة والدته حيث ثبت من خلال التقرير الطبي العدلي الاولي... تاكيد وجود كسر في عظم الزراع الايسر وبعد ذلك ذهبت المشتكية وجلبت ولدها المذكور بعد اكمال علاجه، وحيث ان المتهم لم يمتنع عن تسليم ولده الى المشتكية عند طلبها ذلك وحسب ما هو ثابت باقوال المشتكية وبالتالي يتضح عدم توفر شروط واركان المادة (٣٨٢) عقوبات من فعل المتهم وبالتالي تكون الادلة المتحصلة ضده غير كافيه للادانه....).[٤]

---

(١) ينظر: القرار المرقم (٥٩٧/ هيئه الاحوال الشخصية /٢٠١٩) والمؤرخ٢١٠٩/٧/٣١ الصادر من محكمه تميس اقليم كردستان المنشور في: القاضي محمد مصطفى محمود جاف، الجديد في قضاء محكمه تمييز اقليم كردستان. ج١، ط١، مكتبه هولير القانونية، اربيل، ٢٠٢٢، ص٦٣.

(٢) ينظر: د فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، ط٥، بدون مكان طبع، ٢٠٢٣، ص٤٢٣.

(٣) ينظر: القرار المرقم (١٠٧٥/ت.ج/٢٠١٩) والمؤرخ٢٠١٩/١١/٢٥، الصادر من محكمه استئناف قادسيه بصفتها التمييزية المنشور في: القاضي عدنان مايح بدر، مصدر سابق، ص١٦٤.

(٤) ينظر: القرار المرقم (١١٦٧/ت، ج/٢٠١٩) والمؤرخ٢٠١٩/١٢/٢٢ الصادر من محكمه استئناف القادسيه بصفتها التمييزية المنشور في: القاضي عدنان ما يح بدر، مصدر سابق، ص١٦٣.

صفوه القول يتكون الركن المادي لهذه الجريمة من ثلاث عناصر السالف الذكر واذا انتفى عنصر منها انتفى الركن المادي للجريمة، وجب على قاضي التحقيق ان يصدر قرار برفض الشكوى وغلق التحقيق نهائيا استنادا الى احكام المادة(١٣٠/ا) من قانون اصول المحاكمات الجزائية، واذا أحيل الى محكمة الموضوع وجب على قاضي محكمة جنح ان يصدر حكما بالبراءة استناداً الى احكام المادة (١٨٢/ب) من قانون اصول المحاكمات الجزائية.[١]

(١) ينظر: نص المادتين (١٣٠/ا) و (١٨٢/ب) من قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم٢٣ لسنة١٩٧١ المعدل.

- المطلب الثالث// الركن المعنوي لجريمة امتناع تسليم الصغير الى من له حق في حضانته وحفظه.

لا تتوقف مساله اتمام الجريمة على الركن الشرعي والركن المادي فقط، بل لابد من توفر الركن المعنوي يتمثل في القصد الجرمي للشخص الجاني لمرتكب اي الجريمة.

ويراد بالركن المعنوي ارادة الجاني مختارا لارتكاب الفعل او الامتناع المعاقب عليه قانونا مدركا حقيقته والنتيجة المترتبة عليه، والركن المعنوي الذي يتمثل القصد الجرمي والذي عرفته المادة (١/٣٣) من قانون عقوبات بانه (هو توجيه الفاعل ارادته الى ارتكاب الفعل المكون للجريمة هادفا الى نتيجة الجريمة التي وقعت او اية نتيجة جرمية اخرى) ويتعلق الركن المعنوي بالهاجس الفكري والنفسي للشخص في حين يتعلق الركن المادي بالنشاط القائم على ماديات الجريمة.[١]

جريمة االمتناع اي الوالدين او الجدين والغير عن تسليم الصغير لمن صدر له حكم او قرار قضائي بحضانته او حفظه هي من الجرائم العمديه فهي لا تقع عن طريق الخطا كما انه يكفي توافر القصد الجنائي العام فلم يتطلب المشرع قصدا جنائيا خاصا في هذه الجريمة، بل اكتفى بالقصد الجنائي العام، كما ايضا من الجرائم المستمره تتطلب توافر القصد الجنائي طوال حاله الاستمرار، اي تدخل ارادة الجاني تدخلا متتابعا متجددا.ويتضمن التعريف السالف الذكر عنصري القصد الجنائي وهما علم بالسلوك- سواء كان فعلا او امتناعا وارادة هذا السلوك وما يترتب عليه من النتيجة.[٢] وسوف نوضحهما فيما يتعلق بهذه الجريمة كالاتي:

اولا/ العلم:

لتحقق القصد الجنائي يجب ان يكون الجاني عالما بانه يقترف جريمة وان ارادته متجهه لاقترافها بالشروط نص عليها القانون لتوافرها ويشترط لتحقق العلم ان ينصب علم الجاني على كافه الوقائع التي تدخل في اركان الجريمة ومنها ما يتطلبه القانون من صفه الجاني او المجنى عليه.[٣] وفيما يتعلق بهذه الجريمة نحن بصددها يجب ان يثبت علم الجاني بصدور حكم او قرار قضائي لشخص بحضانة أو حفظ الصغير ان يكون الممتنع او الجاني على العلم بان طالب التسليم يستند في طلبه على حكم او قرار قضائي ورغم ذلك فانه يعترض ويمتنع من تنفيذ الحكم بارادته.[٤]

ثانيا/ الارادة:

يجب ان ينصب ارادة الجاني على السلوك المكون للجريمة اي ان الجاني كان يريد السلوك الذي اقترفه عندما قارفه وتطبيقا لذلك يجب اتجاه ارادة الجاني او الممتنع الى الامتناع عن تسليم الصغير الى الصادر لصالحه الحكم او قرار قضائي بحضانته او حفظه[٥]، فاذا توفر العلم بالجريمة وكافه عناصرها وارادة تحقيق النتيجه الجرميه (الامتناع) توافر القصد الجنائي لدى الممتنع او الجاني. واذا انتفى عنصر من عنصري القصد الجنائي (العلم والارادة) او انتفى العنصران معا ينتفي القصد الجنائي وينعدم الجريمة.

---

(١) ينظر: القاضي عبد الستار البزركان، قانون العقوبات- القسم العام- بين التشريع والفقه والقضاء، بدون سنه ومكان الطبع، ص٧٤-٧٥.
(٢) ينظر: د علي حسين الخلف و سلطان عبد القادر الشاوي، مصدر سابق، ص٣٣٨.
(٣) ينظر: د علي حسين الخلف و سلطان عبد القادر الشاوي، نفس مصدر، ص٣٤٠.
(٤) ينظر: اكرم زاده الكردي، مصدر سابق، ص٣٣٩.
(٥) ينظر: د علي حسين الخلف و وسلطان عبد القادر الشاوي، نفس مصدر، ص٣٣٩.

المبحث الثاني/

اركان جريمة اخذ الصغير ممن له حق في حضانته او حفظه بموجب حكم قضائي

قدمنا ان الجريمة لا تقوم الا بتوافر اركانها العامة الثلاثة الركن الشرعي، الركن المادي، الركن المعنوي. وايضا هنا نحن بصدد جريمة أخذ (الخطف) الصغير ممن له حق في حضانته يتوجب القانون لقيامها توافر اركانها الثلاثه المقسم على ثلاث مطالب كالاتي:

- المطلب الاول// الركن الشرعي.

لكل جريمة ركن شرعي وهو النص القانوني الذي اسبغ عليها الصفة الجنائية اي صفة التجريم ويخضعها لجزاء عقابي باعتبارها واقعة موضوعية غير مشروعة. فالركن الشرعي الذي ينص على حظر الفعل ويعاقب عليه لذا فان كافة الافعال المحرمة والمحضونة قانونا بما فيها الامتناع او الترك انما هي محرمة و محظورة بسبب وجود نصوص قانونية بشانها تتضمن هذا الحظر والتحريم فكل نص في قانون العقوبات الخاص هو عبارة عن الركن الشرعي للجريمة التي يتضمنها ولا يمكن ان نعرف الجريمة الا بمعرفه النص الذي يحددها بالدقه والضبط.[١] والنص الوارد في قانون العقوبات حول هذه الجريمة هو النص المادة (٢/٣٨٢) والتي تنص (يعاقب باللعبقوبه ذاتها اي من الوالدين او الجدين اخذ بنفسه او بواسطه غيره ولده الصغير او ولد ولده الصغير ممن حكم له بحضانته او حفظه ولو كان ذلك بغير حله او اكراه).

- المطلب الثاني// الركن المادي لجريمة اخذ الصغير.

يقصد بالركن المادي للجريمة السلوك المادي الخارجي الذي جرمه القانون، وهو فعل ظاهري يبرز الجريمة ويعطيها وجودها وكيانها في الخارج او هو وقوع الفعل او امتناع جرمه القانون بما يجعل الجريمة تبرز الى الوجود تامة كانت او ناقصة. ولا جريمة بلا سلوك مادي و على هذا الاساس ان الركن المادي يقوم اساسا على عنصر السلوك الاجرامي، وهو يشمل كل ما يدخل في كيان الجريمة.[٢] وبما ان جريمة اخذ الصغير او (اختطافه كما يقولون) ومن خلال تعريف كما اشرنا اليه سابقا يظهر لنا جريمة تتطلب لقيامها اربع عناصر وهذه العناصر هي:

١. وجود حكم او قرار قضائي بحضانة او حفظ الصغير.
٢. انتزاع الصغير ممن صدر له حكم بحضانته او حفظه.
٣. نقل او ابعاد الصغير من مكانه الى مكان اخر.
٤. صفه الجاني.

وسوف نشير الى عناصر الركن المادي لهذه الجريمة كالاتي:

اولا/ وجود حكم او قرار قضائي بحضانة او حفظ الصغير.

ان من احد العناصر الهامة الذي يتوجب القانون وجوده لقيام هذه الجريمة كما نصت عليها المادة (٢/٣٨٢) والتي تقول (يعاقب بالعقوبه ذاتها..... اخذ بنفسه او بواسطه غيره ولده الصغير او ولد ولده الصغير ممن حكم له بحضانته او حفظه ولو كان ذلك بغير حله او اكراه).[٣] ان المادة المذكوره يوحي ايضا بانه يستوجب وجود حكم قضائي سابق صادر عن المحكمة المختصه باسناد الحضانة او حفظه الى احد الوالدين او الجدين، سبق وان تحدثنا عن هذه العنصر بشيء من التفصيل ومعززا بالتطبيقات القضائيه في المبحث الاول من هذه الدراسة لذا من اجل عدم التكرار نكتفي بالاشارة الى هذا العنصر بانه يجب ان يكون هذا الحكم صادرا من محكمة المختصه ويكون باتا وصادرا من

(١) ينظر: د حميد سعدي، مصدر سابق ص ١٢٨.
(٢) ينظر: دكتور علي حسن خلف وسلطان الشاوي، مصدر سابق، ص١٣٨.
(٣) ينظر المادة (٢/٣٨٢) من قانون العقوبات العراقي المرقم١١١ لسنة١٩٦٩ المعدل.

محكمة عراقيه او غير عراقيه اذا كان نافذا في العراق بموجب قانون تنفيذ الاحكام الاجنبيه او وفق الاتفاقات القضائيه الثنائيه بين العراق والدول الاخرى.[١]

ثانيا/ انتزاع الصغير ممن صدر له حكم او قرار بحضانته او حفظه.

يتحقق جريمة الاخذ او الخطف بأتيان الجاني (الوالدين او الجدين) سلوكا ايجابيا يتخذ صورة انتزاع الصغير او الطفل من المكان الذي كان فيه، يقصد بذلك، اخذ الصغير، او انتزاعه من مكان تواجده بقصد نقله الى مكان اخر يريده الجاني من دون ارادة الصغير او رضا الصغير المحظون، وقد يتيم باستخدام الحل والخداع او بدونه لتحقيق هدفه وهو الانتقال، ويتم فعل الاخذ او الاختطاف بانتزاعه من الموقع الذي يتواجد فيه دون موافقه من هو تحت رعايته وسلطته ونقله الى موقع اخر واحتجازه فيه ممارسة سلطته عليه، او لاي غرض اخر، فلا اهميه اذا تم الاخذ باحدى وسائل المواصلات او باي وسيله دون ذلك، ولا اهميه للمكان الذي انتزع الصغير منه، فيستوي ان يكون المكان هو محل اقامته الدائم كمنزله او المحال الذي وضعه فيه من عهد به الى سلطتهم او ادارتهم او المحل المختار كمكان العمل او اي مكان اخر سواء كان عاما مثل المتنزهات المختلفة (كالحدائق والميادين العامه والملاهي ودور السينما والمسارح...) او كان من الاماكن الخاصه كالمدرسه او الحضانة او منزل احد الاصدقاء. ولذلك ليست لوسيله الانتزاع اي اهميه في قيام عنصر الانتزاع.[٢]

وقت جاءت في هذا السياق قرار لمحكمة استئناف بابل بصفتها التمييزيه في حكمها (ان حضانة مشتكية لأولادها القاصرين ثابتة بموجب قرار الحكم المرقم ٣٣٨/ت/٢٠١٦ الصادر من محكمة الأحوال الشخصية في اسكندرية بتاريخ ٢٠١٦/٥/١٧ وان المحضون (ع) يبلغ من العمر سبع سنوات وبالتالي هو ولا يعد حديث ولادة وثم إبعاده عن أمه وفقا لما تتطلبه المادة (٣٨١) من قانون العقوبات رقم١١١ لسنة١٩٦٩ التي جرت المحاكمة وفقا لها فكان على المحكمة ان تجري المحاكمة وفقا للمادة (٢/٣٨٢) من القانون المذكور التي تنطبق على وقائع هذه الدعوى عند ثبوتها وأن تتوسع في تحقيقاتها اللازمة بشأن قيام الأب (المتهم) بانتزاع حضانة ابنه من والدته المشتكية من خلال الاستئناف بأقوال المحضون نفسه من خلال إحضاره مع الطرفين أمامها وتدوين شهادة ممن لهم شهادة عيانية كجده الصحيح وأعضاء الهيئة التدريسية الذين شاهدوا الواقعة وبما ان عدم مراعاة ما تقدم اخل بالقرارات المميزة. عليه قرر نقضها واعادة الاضبارة الى محكمتها لاجراء المحاكمة مجددا واصدار القرار المناسب في ضوء الأدلة المتحصلة، وصدر القرار بالاتفاق وفقا للمادة (٣/٢٩٥) الأصولية).[٣] فهنا الحكم يشير بكل وضوح الى عنصر انتزاع الصغير او الطفل الذي يشكل العنصر المادي الثاني من الركن المادي لجريمة اخذ الصغير او حفظه.

ثالثا/ نقل او ابعاد الصغير من مكانه الى مكان اخر.

المقصود بابعاد الطفل او الصغير من مكانه الى مكان اخر بعيد عمن لهم صلة به او ممن لهم سلطة قانونية عليه او ممن لهم حق ضمه او رعايته وهو يمثل العنصر الجوهري لجريمة الاخذ او الاختطاف، اذ يفترض سيطرة الجاني سيطرة كاملة على الصغير او الطفل.[٤] وجدير بالذكر ان جريمة الاخذ (الخطف) تقع دون النظر الى صفة الجاني او صلته بالمجنى عليه، اذا كان المجنى عليه صغيرا فتقع جريمة الاخذ الصغير ولو كان الجاني احد والدي الصغير او جديه اذا لم يكن لهم حق في حضانته او حفظه بمقتضى حكم او قرار قضائي.

ويشترط لوقوع الركن المادي هنا منع الصغير او الطفل من العودة الى من له حق قانونا في حضانته او حفظه او رعايته، ولا يشترط حصول الخطف او الاخذ بالتحايل او اكراه بل يتحقق

---

(١) ينظر: هذا البحث من المبحث الاول صحيفه١١ الى صحيفه ١٥.

(٢) ينظر: د سامان عبد الله عزيز، مصدر سابق، ص ٦٧-٧٩.وكذلك ينظر: د فخري عبد الرزاق صلبي الحديث، مصدر سابق، ص٢٢٥-٢٢٦.

(٣) ينظر: قرار المرقم (٢٠١٧/٣١٥) والمؤرخ٢٠١٧/٢/٢٨الصادر من محكمه استئناف بابل بصفتها التمييزية والمنشور في: قيس لطيف كنجان التميمي، مصدر سابق، ص٢٥٣-٢٥٤.

(٤) ينظر: د سامان عبد الله عزيز، مصدر سابق، ص٧٠.

الجريمة ولو كان صغير قد تبع الجاني بارادته، غير انه يجب ملاحظه ان الجريمة يقتضي تدخلا شخصيا بنفسه او بواسطة غيره من جانب المتهم.[١] وهنا يثير السؤال الا وهو احيانا قد يهرب الصغير من اسرته يعيش في كنفها او كان يفر ممن له حق في حضانته او حفظه ومن تلقاء نفسه ذهب الى منزل المتهم، وهناك من يرى ان هذا الشخص (الوالدين او الجدين) لا يمكن التخلص من الجريمة ومن المسؤولية الجزائية لان الصغير لا يمكن ان ينهي السلطة الابويه او ان ينقلها عن اهله، بل تظل هذه السلطه قائمه على الصغير قانونا ولا يعتد برضاه.[٢] ولكن في المقابل بل هناك من ذهب الى خلاف ذلك حيث يرى لا تقوم جريمة الاخذ او الخطف الصغير لان الجاني لم تقم بنفسه او بواسطة غيره بعملية النقل والابعاد والتي يعتبر عنصرا جوهريا في الركن المادي لهذه الجريمة، ولم يتم تدخلا شخصيا من قبل الجاني ولم يكن له قصد في اخذ او خطف الصغير بل ان الصغير هرب ممن له سلطه عليه.[٣] وهنا نحن نرى يجب ان ينظر الى ان صغير في اي سن للحضانة واذا كان في سن انست منه المحكمة الرشد في هروبه تحت سلطه ممن له الحق في حضانته او حفظه مثلا كان يكون عمره اكثر من ١٣ سنة هنا يمكن تعتبر عدم تحقق هذا العنصر من الركن المادي لهذه الجريمة، كما جاء في هذا السياق قرار لمحكمة استئناف القادسيه بصفتها التمييزية والتي نقضت قرار لمحكمة جنح الديوانيه وتقول (لدى التدقيق والمداوله وجد ان الطعنين التمييزيين مقدمان ضمن المده القانونيه قرر قبولهما شكلا ولدا عطوف النظر على قرار المميز فقد لوحظ انه غير صحيح ومخالف للقانون كونه سابق لاوانه ذلك ان المتهم قد بين ان ابنته....والبالغه من العمر ١٤ سنة قد طلبت منه الحضور واستحابها الى داره كونها لا ترغب بالعيش مع والدتها نتيجه زواجها من رجل غريب وكان يقتضي تدوين اقوال الطفلة وبيان هل ذهبت مع والدها المتهم برغبتها ام جبرا عليها كونها في عمر تدرك من هو الافضل لها للمعيشة معه وفي حاله الثبوت ذلك فانه ينتفي العنصر الجزائي لفعل المتهم، مع الملاحظه ان الفعل في حاله ثبوته فانه ينطبق واحكام المادة (٢/٣٨٢) من قانون العقوبات وليس كما ورد في القرار المميز المادة (١/٣٨٢) من قانون العقبه وحيث ان القرار المميز قد خالف وجهه النظر المتقدمه عليه قرر نقضه واعاده الاضبار الى محكمتها لاتباع ما تقدم.....).[٤]

رابعا/ صفه الجاني.

نص المشرع في المادة (٢/٣٨٢) من قانون العقوبات (يعاقب بالعقوبة ذاتها اي من الوالدين او الجدين اخذ بنفسه او بواسطه غيره ولده الصغير او ولد ولده الصغير.....) اي ان الجاني في هذه الجريمة هو اي من الوالدين او الجدين، اي من الممكن ان يكون الاب او الام او الجد لاب او الجد لام او الجده لاب او الجده لام، وهذا الشرط الذي يحصر تطبيق القانون على الوالدين او الجدين يخرج من حكمه كل شخص اخر من الاقارب كعم او الخال مثلا، ولكن اذا كان اقارب الصغير غير الوالدين او الجدين لا يدخلون تحت حكم المادة (٢/٣٨٢) من قانون السالف الذكر فانه يبقون خاضعين لحكم القانون العام. فتطبق عليهم احكام المواد (٤٢١-٤٢٦) من قانون العقوبات العراقي.[٥] ولذلك نرى بان المشرع قد نزل بالعقوبة بالنسبة للجريمة نحن بصددها فجعلها الحبس لا تزيد على السنة وبغرامة لا تزيد على (٢٢٥٠٠٠) دينار، وبذلك اصبحت الجريمة جنحه وليست جناية حسب تقسيم الجرائم من حيث جسامتها كما هو منصوص عليها،[٦] رغم ان الاصل في جرائم خطف انها جناية

---

(١) ينظر: جندي عبد الملك، الموسوعه الجنائيه، ط٢، ج٣، دار العلم للجميع، دون سنه الطبع، بيروت، لبنان، ص٢٩٥-٢٩٦.
(٢) ينظر: د سامان عبد الله عزيز، مصدر سابق، ص٧٢-٧٣.
(٣) ينظر: جندي عبد الملك، نفس مصدر، ص٢٩٦.
(٤) ينظر: القرار المرقم (١٠٠/ت-ج/٢٠٢١) والمؤرخ٢٠٢١/٢/٧ الصادر من محكمه استئناف القادسيه بصفتها التمييزية والمنشور في: القاضي عدنان مايح بدر، المباديء الجزائية في قرارات محكمه استئناف القادسيه بصفتها التمييزية، الجزء الثاني، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠٢٢، ص ٣٦٩-٣٧٠.
(٥) ينظر: احكام المواد (٤٢١-٤٢٦) من قانون العقوبات العراقي المرقم١١١ لسنة١٩٦٩ المعدل.
(٦) ينظر: احكام المواد (٢٣، ٢٤، ٢٥، ٢٦) من قانون العقوبات العراقي المرقم١١١ لسنة١٩٦٩ المعدل.

ولكن المشرع نزل بالعقوبة وجعل الجريمة جنحه نظرا للعلاقه الاسريه، وحفاظا على عدم تقطيع اوصال هذه العلاقه، لان الجاني والمجنى عليه والمشتكي او المشتكية والحاضن جميعهم اسرة واحدة.

ومن المسائل المهمه اثارتها منطوق المادة المذكوره اعلاه ان مسألة اخذ الصغير بواسطه الغير والمقصود به هو دفع شخص اجنبي على اخذ المحضون من المكان الموجود فيه حتى ولو وقع دون عنف او تحايل كما قلنا سابقا، ويكون في هذه الحاله لكل من الفاعل الاصلي (الوالدين او الجدين) او الشريك في دائره واحده ويجعل من الشريك فاعلا مباشرا لانه ساهم مساهمه مباشره في الفعل لان جريمة اخذ او خطف الصغير يقوم على عنصرين اساسيين اولهما: انتزاع الصغير والثاني نقله الى محل اخر، فكل من ارتكب هذه الفعلين فاعلا اصليا في الجريمة وفقا للقواعد العامة،[١] وهنا فيساوي قانون العقوبات العراقي بين من يباشر فعل الاخذ بنفسه او بواسطه غيره اي بين من يقوم بعمليه الاخذ او الخطف ذاتها ومن يحرض على ارتكاب الجريمة، ويترتب على ذلك ان الحكم ليس بحاجه الى بيان طريقه الاشتراك والاستدلال باحكام المواد (٤٩، ٤٨، ٤٧) من قانون العقوبات العراقي.[٢] فلا يعتبر الحكم مشوبا بالخطا اذا لم تستظهر وسيله او طرق المساهمة الجنائية.

عليه فان هذه الجريمة يقوم الركن المادي فيها على سلوك مادي ايجابي وهو اخذ او خطف الصغير وانتزاعه باي شكل من الاشكال المشار اليه سابقا والنتيجه هي ابعاد المحضون عن حاضنه ويتحقق الاخذ او الخطف كمبدا عام سواء برضاء الصغير المحضون او بغير رضائه او باستعمال الاكراه او التحايل او بدونهما، اما الجاني فقد يكون احد الوالدين او الجدين او تحريض الغير على اخذ الصغير المحضون.

- المطلب الثالث// الركن المعنوي لجريمة اخذ الصغير.

جرائم الاخذ الصغير او خطفه من الجرائم العمديه يتخذ فيها الركن المعنوي صورة القصد الجنائي العام، ولم يتطلب المشرع فيها توافر قصد جنائي خاص، والقصد العام هو العلم المقترن بارادة النشاط المادي المكون للجريمة. وهو ركن اساسي في جميع الجرائم العمديه، وهو القدر الكافي في اغلبها، ولا يلزم ان يعرض القانون صراحة لذكر القصد العام او لبيانة لانه الاصل، وما دام النص لا يشير الى ان الجريمة تؤتي باهمال، فان المراد يكون وقوعها عمدا، واذا اريد تخصيص القصد العام فانه لابد وان يستشفي عنصر التخصص من من صريح النص او مضمونة.[٣] وان القصد الجنائي او الجرم في هذه الجريمة التي نحن بصددها يتحقق متى تعمد الجاني انتزاع الصغير او المخطوف من مكان وجوده بدون رضاه او رضاه كمبدا عام، وان اثبات وجود القصد الجرمي في هذه الجريمة امر لازم وضروري ويجب على المحكمة ان تقيم الدليل على وجوده وذلك من خلال الظروف القضيه وملابساتها.[٤]

للقصد الجنائي عنصران هما العلم والارادة، ويقوم القصد الجنائي على هذين العنصرين وبما ان جريمة اخذ الصغير او المحضون من الجرائم العمدية، فانه يفترض لتمامها ان يرتكب الفاعل عملا ارادیا يتمثل في انتزاع المحظون المجنى عليه من المكان الذي وجد منه مع من لهم حق في حضانته او حفظه، فضلا عن علمه بذلك. وسنفرد فيما يلي فرعا لكل من العنصرين:

اولا/ العلم:

المقصود بالعلم: هو التصور لحقيقه الشيء على نحو يطابق الواقع، وهو جوهر القصد او عنصره الاساس، ويشترط فيه لكي يتوفر العمد (اولا) ان يكون تاما بمعنى ان تهيا لدى الجاني اثناء اقدامه على الفعل دلائل الاحاطة الصحيحة بان هذه النتيجة ستقع، (ثانيا) ان يكون معاصره للنشاط الاجرامي

---

(١) ينظر: عبد الرحمن خلفي، الجرائم الماسه باحكام الحضانة دراسة مقارنة، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد٢، ٢٠٠٨، ص٦٤.

(٢) ينظر: احكام المواد (٤٧، ٤٨، ٤٩) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة١٩٦٩ المعدل.

(٣) ينظر: عبد المهيمن بكر سالم، القصد الجنائي في القانون المصري والمقارن، بدون اسم مطبعة ومكان الطبع، ١٩٥٩، ص١٧١.

(٤) ينظر: د سامان عبد الله عزيز، مصدر سابق، ص١١٠.

المكون لمادته الجريمة، وقد ينعدم كليا او جزئيا وهذا هو الجهل والجهل يولد الغلط بمعنى ان عيوب العلم هي الجهل او الغلط.[١] ففي جريمة اخذ المحضون او الصغير يجب ان يكون الجاني عالما بجميع الوقائع ذات الاهميه القانونيه في تكوين الجريمة، ويجب ان يحيط الجاني علما بالنشاط المادي الذي ياتيه والمتمثل في السلوك الاجرامي الذي يتخذه وهو قيامه بابعاد المجنى عليه (المحضون) عما لهم سلطه قانونيه عليه وقطع صلته بهم، ونقله الى محل اخر، ان الجريمة الاخذ او الاختطاف وهي جريمة عمديه فالغلط في واقعه جوهريه حينما يعتقد الجاني ان المحضون يصحبه عن رضاه اذا كان في مرحله من عمره يعتد برضائه فانه يزيل عليه صفه الاجرام بالمعنى المقصود.[٢]

ثانيا// الارادة:

ان الارادة نشاط نفسي اتجه الى تحقيق غرض معين عن طريق وسيلة معينة لذا فضلا عن علم الجاني بجميع الوقائع التي تقوم عليها الجريمة يشترط ان تنصرف ارادة الجاني الى اتيان او تحقيق هذه الوقائع، والثابت ان الارادة ركن اساسي في كل جرائم، ايا كان طبيعتها (عمديه او غير عمديه) وايا كانت جسامتها (جنايه او جنحه او مخالفه) وبناء على ما تقدم فالمسؤوليه تمتنع في الجرائم العمديه اما بنفي العلم او ارادة الفعل.[٣]

ففي جريمة اخذ الصغير او خطفه يجب انصراف ارادة الجاني الى القيام بالفعل المادي المكون للجريمة، وهو ابعاد الصغير من مكانه بهدف تحقيق النتيجه الاجراميه وهو الاحتفاظ به ورعايته، لذا يجب ان تنصرف ارادة الجاني الى الفعل والى النتيجه معا. وايضا يجب في كل الاحوال ان تكون ارادة الجاني حره غير مكرهه عند القيام بافعال الاخذ، لان حريه الارادة تنتفي لدى الجاني اذا كان واقعا تحت تاثير اكراه معنوي او مادي اي ارادته مشوب بعيوب الارادة.[٤]

واخيرا هنا نقطه يجب ان نشير اليه ان القانون لا يعتد كقاعده عامه بالباعث على ارتكاب الجريمة فلا يعتد اذا كان الباعث على الجريمة الاخذ خبيثا او نبيلا، فيستوي ان يكون الباعث هو الانتقام او لكي تخلص الصغير المحضون من البيئه الفاسده التي يعيش فيها.[٥] ولكن هذا لا يمنع من القيام اي من الوالدين او الجدين بمراجعه محكمة الاحوال الشخصية للحصول على الحكم باسترداد الحضانة اي اسقاطه في حال ثبت تضرر المحظوظ من بقائه لدى الحاضن او الحاضنه لان المشرع قدم مصلحه المحضون على مصلحه طرفي الدعوه.[٦]

وصفوه القول يمكن ان نقول القصد الجنائي في جريمة اخذ الصغير او الطفل انما يتحقق بتوفر العلم بالجريمة والوقائع المكونه لها والنتائج سوف يترتب عليها، و تتجه الارادة الي ارتكاب الجريمة الاخذ والاختطاف بقصد ابعاده عن المكان الذي اخذ منه سواء باستعمال طرق احتياليه من عدمها.

---

(١) ينظر: عبد المهيمن بكر سالم، مصدر سابق، ص١٩٧.
(٢) ينظر: د سامان عبد الله عزيز، مصدر سابق، ص١١٣-١١٤.
(٣) ينظر: عبد المهيمن بكر سالم، نفس مصدر، ص١٨٠.
(٤) ينظر: د سامان عبد الله عزيز، نفس مصدر، ص١١١-١١٢.
(٥) ينظر: المادة (٣٨) من قانون العقوبات عراقي رقم (١١١) لسنة١٩٦٩ المعدل.
(٦) ينظر في هذا المعنى المادة (٥٧/١-٢) من قانون الاحوال الشخصية المرقم١٨٨لسنة١٩٥٩ المعدل.

الخاتمـــة

توصلنا من خلال هذا البحث، الى عدة استنتاجات وتوصيات نوجز أهمها فيما يأتي:

- أولا// الاستنتاجات.

١. ان نص الماده (٣٨٢) من قانون العقوبات العراقي المرقم (١١١) لسنة١٩٦٩ المعدل يتضمن جريمتي كل من الامتناع عن تسليم الصغير لمن له الحق في حضانته أو حفظه، وأخذ (الخطف) الصغير ممن له حق في حضانته او حفظه بموجب حكم قضائي أي النص المذكور انفا نظم صورتين من الجريمة.

٢. المحضون الذي يتعرض للخطف والابعاد او الامتناع عن تسليمه أعطى المشرع للفعل وصفا جزائيا وقرر له إجراءات خاصة للتوفيق بين حماية الصغير المحضون والحفاظ على الروابط الأسرية وهذا لكون الفاعل يكون من أقارب الصغير، ونظراً لخطورة هذه الجريمة لما تحدثه من آثار وعواقب على الضحية لاسيما على المستوى الاجتماعي والنفسي.

٣. ان جريمة الامتناع عن تسليم الصغير يعتبر من الجرائم السلبية ناتجة عن مخالفة نصوص وأحكام الحضانة ويعد عدم التسليم فعل سلبي حيث يمتنع الجاني عن تسليم الصغير أو الطفل الى من له الحق في حضانته او حفظه بموجب حكم قضائي.أما جريمة أخذ الصغير يعتبر من الجرائم الايجابية وهي عبارة عن القيام بنشاط ايجابي غير مشروع يأتي به الجاني سلوكا ايجابيا يتخذ انتزاع الصغير من موقعه الذي هو فيه دون ارادة من هو تحت رعايته (حضانته او حفظه).

٤. ان كل من جريمتي الامتناع عن تسليم صغير واخذه او خطفه يعتبران من الجرائم المستمرة والتي تعرف بأنها الجرائم التي يتكون السلوك الإجرامي المكون لها من حاله تتحمل بطبيعتها الاستمرار سواء أكانت تلك الحالة ايجابيه او سلبيه، مما يترتب عليه جملة من النتائج من حيث تحديد المحكمة المختصة بالتحقيق والمحاكمة وتطبيق القانون الجنائي من حيث الزمان والمكان وقوه الشيء المحكوم فيه.

٥. أما عن أركان جريمة الامتناع عن تسليم الصغير فإن لهذه الجريمة أركان الثلاثة هم: الركن الشرعي والمتمثل في نص المادة (١/٣٨٢) من قانون العقوبات، والركن المادي المتمثل بصدور حكم أو قرار قضائي بحضانة أو حفظ الصغير ووجود الصغير المحضون تحت سلطة الجاني وايضا الامتناع الصادر عن من بيده الصغير عن تسليم الى الصادر الحكم لصالحه الحكم أو القرار، ويشترط في الحكم ان يكون صادرا من محكمة مختصة وظيفيا صادرا ايضا من محكمة عراقية وباتا، والركن المعنوي القصد الجنائي والمشرع العراقي لم ينص على ضرورة وجود قصد الخاص في هذه الجريمة وإنما اكتفى بتوافر القصد العام لتحقق الجريمة وهما: العلم والارادة.

٦. أما عن أركان جريمة اخذ او خطف الصغير ممن له حق في حضانته او حفظه بموجب حكم قضائي ايضا لها أركان الثلاثة وهم: الركن الشرعي والمتمثل بنص المادة (٢/٣٨٢) من قانون العقوبات العراقي، والركن المادي والمتمثل بوجود حكم أو قرار قضائي وانتزاع الصغير ممن صدر له حكم بحضانته وحفظه وقيام الجاني بنقل او ابعاد الصغير من مكانه الى مكان آخر و اخيرا صفة الجاني، والركن المعنوي يتمثل بقصد الجنائي العام وهما: العلم والارادة.

٧. ان القضاء غير مستقر على ان عدم الامتثال لحكم المشاهدة يدخل ضمن منطوق المادة (١/٣٨٢) من قانون العقوبات رغم وضوح عبارته في كونها مقصورة ومحصورة على حالة صدور

حكم أو قرار قضائي بشأن حضانة الصغير وحفظه و وجود اختلاف في طبيعة وإجراءات كل من دعوة المشاهدة ودعوى الحضانة.

٨. لايعتد بمحضر الصلح أو الاتفاق الموقع بين طرفي النزاع (الوالدين أو الجدين) بشأن حضانة الصغير لان من جهة ليس بحكم ومن جهة أخرى مسألة حضانة الصغير أو المحضون من المسائل المتعلقة بالنظام العام لا يجوز الاتفاق عليه، وأن الحضانة يدور وجودا وعدما مع مصلحة المحضون.

٩. لا يمكن التسليم بالحكم الصادر من غير محكمة الأحوال الشخصية المختص في أمور الحضانة لاغراض تطبيق احكام المادة (٣٨٢) من قانون العقوبات العراقي لانه الحكم الصادر من محكمة غير محكمة الأحوال الشخصية او المحكمة المختصة ومن جهة اخرى دعوى حضانة يحتاج الى اجراءات خاصة لا يقوم به في غيره كدعوى استرداد الحضانة او اسقاط الحضانة.

١٠. يجب ان يكون الحكم الصادر في موضوع الحضانة صغير أو حفظه صادرا من محكمة عراقية، وإذا كانت صادرة من محكمة خارج العراق يجب ان نرجع الى الاتفاقيات الجماعية (كاتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي) أو الاتفاقيات الثنائية بين العراق والدول الاخرى، لان الاحكام الصادرة في مسائل الأحوال الشخصية في الخارج لا يجوز تنفيذه في العراق بموجب المادة (٦/ج) من قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية في العراق رقم (٣٠) لسنة١٩٢٨.

١١. ان كل من مادتين (٤٨) من قانون التنفيس والمادة (٣٨٢ /١) من قانون العقوبات العراقي رغم عدم وجود التعارض بينهما لان طبيعة وهدف كل منهما تختلف عن الاخر الا انه يخلق نوعا من التعسف والظلم تجاه المحكوم عليه خصوصا عندما يتم حبس المدين بقرار من قاضي محكمة بداءة على حساب الاضبارة التنفيذية، ومن جهة أخرى يتم الحكم على (المدين) المحكوم عليه في الدعوى الجزائية.

١٢. في حالة تمسك الجاني بهروب الطفل أو الصغير إليه بإرادته دون تحايل أو إكراه منه، هنا على القاضي التحقق في هذا رغم عدم الاعتداد بقول الصغير أو الطفل، لأن الجاني لم تقوم بنفسه او بواسطة غيره بعملية النقل والأبعاد والتي يعتبر عنصرا جوهريا في الركن المادي لجريمة أخذ الصغير، ومن جهة اخرى يجب ان ينظر الى ان صغير في اي سن الحضانة لأن له التاثير على الركن المادي للجريمة وهذا ما استقر عليه القضاء.

١٣. ان صفة الجاني يختلف في كل من جريمتي الامتناع عن تسليم الصغير واخذه، لأن صفة الجاني في الاول يكون احد الوالدين او الجدين أو غيرهم، اما في الثاني دائما الجاني يكون الجديين او الوالدين.

- ثانيا// التوصيات

١) رغم ان نص المادة (٣٨٢) من قانون العقوبات العراقي وضعت من أجل حماية الصغير ولكن نظرا للعلاقة الأسرية وحفاظا على عدم تقطيع أوصال هذه العلاقة، لأن الجاني والمجني عليه والمشتكي والمشتكية والحاضن جميعهم كانوا أسرة واحدة. لذا نقترح على المشرع العراقي جعل جريمتي الامتناع عن تسليم الصغير واخذه او خطفه من الجرائم ذات الحق الخاص، و اضافة فقرة الى المادة (٣٨٢) من قانون العقوبات العراقي وجعلها كالاتي:

(٣-لا يجوز تحريك الدعوى او اي اجراء ضد مرتكب الجريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذه المادة إلا بناء على شكوى من المشتكي، وتنقضي الدعوى الجزائية بتنازل المشتكي عن شكواه، وقبل صدور حكم نهائي).

٢) نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (٤٨) من قانون التنفيذ العراقي رقم (٤٥) لسنة١٩٨٥، واقتصار دور المنفذ العدل في حال حصول الامتناع، افهام الدائن او من صدر الحكم لصالحه بخصوص الحضانة بمراجعة محكمة التحقيق لغرض تسجيل الشكوى.

٣) وبما ان أكثرية الإشكالات التي تحصل في الحياة العملية يتعلق بالحكم القضائي الصادر بشأن حضانة الصغير وحفظه كون نص المادة (٣٨٢) من هذا الجانب غير واضح المعالم لذا نقترح على المشرع العراقي ان يحدد المحكمة المختصة في إصدار الحكم (محكمة الاحوال الشخصية) و نوع الحكم بشأن حضانة او حفظ الصغير.

ارجو ان اكون قد وفقت في كل ما قدمته في هذا البحث المتواضع و ضارعاً الى المولى عز وجل ان يوفق الجميع الى الخير والصواب والله المستعان دائما.

المصادر

اولا:الكتب القانونية:

١) د.جمال ابراهيم الحيدري، الوافي في شرح أحكام القسم العام من قانون العقوبات، مطبعة السنهوري، ط١، بيروت، ٢٠١٢.

٢) جندي عبد الملك، الموسوعه الجنائيه، ط٢، ج٣، دار العلم للجميع، دون سنه الطبع، بيروت، لبنان.

٣) القاضي حسن فؤاد منعم، تنفيذ الاحكام الاجنبية في العراق، المكتبه الوطنيه، ط١، بغداد، ٢٠٠٩.

٤) حسين الشيخ محمد الباليساني، النظرية العامة لجريمة الامتناع دراسة مقارنة، مطبعة وزارة الثقافة، اربيل، ١٩٩٨.

٥) د.حميد السعدي، شرح قانون العقوبات الجديد دراسة تحليلية مقارنة الاحكام العامة الجريمة و المسؤولية الجنائية، ج١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠.

٦) د.سامان عبد الله عزيز، أحكام اختطاف الأشخاص في القانون الجنائي دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، ط١، مصر، ٢٠١٥.

٧) د. سعد ابراهيم الاعظمي، موسوعة مصطلحات القانون الجنائي، ج١، ط١، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ٢٠٠٢.

٨) القاضي عبد الستار البزركان، قانون العقوبات- القسم العام- بين التشريع والفقه والقضاء، بدون سنه ومكان الطبع.

٩) د. عبد المهيمن بكر سالم، القصد الجنائي في القانون المصري والمقارن، بدون اسم مطبعه ومكان الطبع، ١٩٥٩.

١٠) د.علي حسين خلف و د. سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢.

١١) د. فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصيه العراقي، ط٥، بدون مكان طبع، ٢٠٢٣.

١٢) د. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٦.

١٣) فوزي كاظم المياحي، التنفيذ الجبري وفقا لقانون التنفيذ العراقي، بدون اسم المطبعة، بغداد، ٢٠١٢.

١٤) محسن الناجي، الأحكام العامة في قانون العقوبات شرح على متون النصوص الجنائية، مطبعة العاني، ط١، بغداد، سنه١٩٧٤.

١٥) محمد رشيد حسن جاف، شرح قانون العقوبات القسم العام، ط١، مكتبة يادگار، السليمانية، ٢٠١٧. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام النظرية العامة للجريمة، دار النهضه العربيه، القاهره، ١٩٦٢.

١٦) مدحت المحمود، شرح قانون التنفيذ رقم٤٥ لسنه١٩٨٠ وتطبيقاته العملية، منشورات الدائرة القانونية، بغداد، ١٩٩٢.

ثانياً : الدستور والقوانين:
١٧) الدستور العراقي لسنة٢٠٠٥.
١٨) من قانون العقوبات العراقي (١١١) لسنه١٩٦٩ المعدل.
١٩) قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم٢٣ لسنه١٩٧١ وتعديلاته.
٢٠) قانون الأحوال الشخصية المرقم١٨٨ لسنه١٩٥٩ المعدل.
٢١) قانون السلطه القضائية لأقليم كردستان - العراق المرقم ٢٣لسنة٢٠٠٧.
٢٢) قانون المرافعات المدنية رقم٨٣ لسنة ١٩٦٩المعدل.
ثالثاً: الدوريات و المجلات:
٢٣) اكرم زاده الكردي، جريمة عدم تسليم المحضون وخطفه في القانون العراقي- دراسة مقارنة، المنشور في مجلة الصدى للدراسات القانونيه والسياسيه، المجلد٥، العدد، ٢٠٢٣.
٢٤) عبد الرحمن خلفي، الجرائم الماسه باحكام الحضانه دراسه مقارنة، المجلة النقديه للقانون والعلوم السياسية، عدد٢٠٠٨.
٢٥) الوقائع العراقية بالعدد (٢٩٧٦) الصادر في١٩٨٤/١/١٦.
٢٦) الوقائع العراقية بالعدد (٣٢٦٢) الصادر في١٩٨٩/٧/١٠.
٢٧) الوقائع العراقية بالعدد (٤٢٥٨) في٢٠١٢/١٢/٣.
رابعاً: مصادر القرارات القضائية المنشورة:
٢٨) القاضي اسيل صالح معتوق، المختار من القرارات التمييزية لمحكمة استئناف البصرة بصفتها التمييزية، الجزء الثالث، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠٢٣.
٢٩) القاضي جاسم جزاء جعفر هورامي، الجامع لأهم مبادئ القضاء الجزائي لمحكمة التمييز العراق قسم قانون العقوبات، ط١، مكتبة يادگار، السليمانية.٢٠١٩.
٣٠) القاضي عدنان مايح بدر، المباديء الجزائيه في قرارات محكمه استئناف القادسيه بصفتها التمييزيه، الجزء الثاني، مطبعه الكتاب، بغداد، ٢٠٢٢.
٣١) القاضي عدنان مايح بدر، مختارات من دعاوى الجنح، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠٢٠.
٣٢) القاضي فلاح كريم وناس الجحيش، المنتقى من قضاة محاكم الاستئناف بصفتها التمييزية، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠٢٢.
٣٣) قيس لطيف كجان التميمي، المبدأ من قرارات محاكم الجزاء، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠٢٤.
٣٤) محمد مصطفى محمود جاف، الجديد في قضاء محكمه تميز اقليم كردستان.ج١، ط١، مكتبه هولير القانونيه، اربيل، ٢٠٢٢.
خامساً: القرارات غير المنشورة:
٣٥) قرار المرقم (٢٧٦/پ.ت/٢٠٢٤) والمؤرخ٢٠٢٤/٣/٢٥الصادر من محكمة جنايات السليمانية/٢ بصفتها التمييزية.(قرار غير المنشور).
٣٦) قرار المرقم (٣٢٠/ت/٢٠١٤) والمؤرخ ٢٠١٤/٥/١٢ الصادر من محكمة جنايات السلمانية/١بصفتها التمييزية (قرار غير منشور).
٣٧) قرار المرقم (٦٩٧/پ.ت/٢٠٢٤) والمؤرخ٢٠٢٤/٥/٢١ الصادر من محكمة جنايات السليمانية/٢ بصفتها التمييزية (قرار غير منشور).
سادساً: المواقع الألكترونية:
٣٨) قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية بالتاريخ٢٠٠٨/٨/١١، المتاح على الموقع الالكترونى: https: //www.sjc.iq/index.php.