جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

معهد العلمين للدراسات العليا

الحماية الجزائية للبنوةورعاية القاصر

دراسة مقارنة

رسالةٌ قدمتها الطّالبة

مروة عباس محمد سالم الساعدي

إلى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الجنائي

بإشراف

الدكتور علي عادل إسماعيل كاشف الغطاء

مدرس القانون الجنائي

١٤٣٨هـ ٢٠١٧م

﴿وَقُل رَّبِّ زِدْنِي عِلْمًا﴾

صدق الله العظيم

﴿سورة طه/الآية ١١٤﴾

الإهداء

إلى من حملتني وهنا وفصاله في عامين . . . . .

مدرسة الأجيال أمي الحبيبة

إلى من افترش الأرض والتحف السماء ليطعمني لقمة العيش . . . .

معلمي الأول أبي الحبيب

إلى من قاسموني مرارة الحياة وحلاوة الأصل . . . . .

أخوتي وأخواتي

إلى من شاركني فرحي وسروري وهمي . . . . . .

زوجي الحبيب

إلى كل المحبين بإخلاص . . .

أهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع

الباحثة

شكر وتقدير

الحمد لله الذي ذكره شرف للذاكرين ، وشكره فوز للشاكرين ، وحمده عِزٌّ للحامدين ، وطاعته نجاة للمطيعين . وأتم الصلاة وأفضل التسليم على محمد وآله الأطهار .

أما بعد : فالشكر ترجمان النية ، ولسان الطوية ، وشاهد الإخلاص ، وعنوان الاختصاص ، وكلمة طيبة كشجرة طيبة يفيء إلى ظلها الظليل من يحوطه الإكرام والإحسان ، ويحتدم به أوار العجز عن مفترض الآلاء والمنن ، فمن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) آنه قال (من لم يشكر الناس لم يشكر الله عَزَّ وجل) . ولاشك في أن أحق من يشكر ويعترف له بالمنة والفضل ، من ليس لنعمه حد ينتهي إليه ، فهو أهل الثناء والمجد ، فأشكر الله على نعمه الظاهرة والباطنة ، فله الحمد حتى يرضى ، وأساله أن يجعل هذا العمل خالصا لوجهه الكريم .

ويطيب لي في مقام الشكر أن أسجل بامتنان شكري وتقديري إلى أستاذي الفاضل الدكتور علي عادل كاشف الغطاء المشرف على هذه الرسالة ، فلولا شمولي برعايته لما اهتديت إلى بر الأمان ، فقد كان لتوجيهاته أبلغ الأثر في توجيه البحث الوجهة العلمية السديدة .

وأتقدم بشكري وتقديري وامتناني إلى الأساتيذ الأفاضل في معهد العلمين للدراسات العليا لجهودهم الخيرة التي بذلوها في السنة التحضيرية .

وأتقدم بشكري الجزيل إلى موظفي مكتبة معهد العلمين للدراسات العليا ، وكلية القانون جامعة الكوفة ، وكلية القانون جامعة بابل ، وكلية القانون جامعة بغداد ، ومكتبة العتبة العلوية المقدسة ، ومكتبة العتبة العباسية والحسينية ، ومكتبة الإمام علي (عليه السلام) ، والمكتبة المركزية بجامعة الكوفة ، لتعاونهم معي في تسهيل مهمة حصولي على المصادر المتعلقة بالرسالة . وأخيرا فإني وان ذكرت بعض من الأسماء دون الأخرى فإن ذلك لا يعني عدم الوفاء والتنكر للقسم الآخر بل لهم جميعا – بعد المعذرة – أكثر مما تحويه الأسطر وتقدمه الكلمات .

الباحثة

المحتويات

الموضوع	الصفحة
المقدمة	١-٣
المبحث التمهيدي: مفهوم الحماية الجزائية للطفل والبنوة	٤-٢٦
المطلب الأول : مفهوم الحماية الجزائية للطفل	٤-١٦
الفرع الأول : التعريف بالطفولة والبنوة	**٤-١٣**
الفرع الثاني : شروط تحقق البنوة	**١٣-١٦**
المطلب الثاني: الحماية الجزائية للطفل والبنوة ومبرراتها	**١٦-٢٦**
الفرع الأول : تعريف الحماية الجزائية	**١٦-١٩**
الفرع الثاني : مبررات الحماية الجزائية	**١٩-٢٦**
أولا : المبررات الدينية والاجتماعية	**١٩-٢١**
ثانيا :المبررات القانونية	**٢١-٢٦**
الفصل الأول: الأحكام الموضوعية للجرائم الماسة بالبنوة ورعاية القاصر	**٢٧-٧٨**
المبحث الأول : جريمة المساس بالبنوة الواقعة على الطفل حديث العهد بالولادة	**٢٧-٥٤**
المطلب الأول : مفهوم جريمة المساس بالبنوة الواقعة على الطفل حديث العهد بالولادة والمصلحة المحمية فيها	**٢٧-٣٧**
الفرع الأول : تعريف جريمة المساس بالبنوة الواقعة على الطفل حديث العهد بالولادة	**٢٨-٣٢**
الفرع الثاني: المصلحة المحمية بتجريم جريمة المساس بالبنوة الواقعة على الطفل حديث العهد بالولادة	**٣٢-٣٤**
الفرع الثالث: تمييز جريمة المساس بالبنوة الواقعة على طفل حديث العهد بالولادة عما يشتبه بها من اوضاع قانونية احرى	**٣٤-٣٧**
أولا : تمييز جريمة المساس بالبنوة الواقعة على طفل حديث العهد بالولادة وجريمة خطف الحدث	**٣٤-٣٦**
ثانيا: تمييز جريمة المساس بالبنوة الواقعة على طفل حديث العهد بالولادة وجريمة الخطف العائلي	**٣٦-٣٧**
المطلب الثاني : أركان جريمة المساس بالبنوة الواقعة على الطفل حديث العهد بالولادة	**٣٨- ٤٨**
الفرع الأول :الركن المادي للجريمة	**٣٨-٤٧**
الفرع الثاني :الركن المعنوي للجريمة	**٤٧-٤٨**
المطلب الثالث : عقوبة جريمة المساس بالبنوة الواقعة على الطفل حديث العهد بالولادة	**٤٨-٥٤**

الموضوع	الصفحة
الفرع الأول :العقوبة الأصلية	٥٠-٥٢
الفرع الثاني :العقوبة التكميلية	٥٣-٥٤
المبحث الثاني: جريمة الامتناع عن تسليم طفل لمن له الحق بحضانته أو حفظه	٥٥-٧٨
المطلب الأول: مفهوم جريمة الامتناع عن تسليم طفل لمن له الحق بحضانته أو حفظه والمصلحة المحمية بموجبه	٥٥-٦٦
الفرع الأول :تعريف جريمة الامتناع عن تسليم طفل لمن له الحق بحضانته أو حفظه	٥٥-٦٢
الفرع الثاني :المصلحة المحمية بتجريم الامتناع عن تسليم طفل لمن له الحق بحضانته أو حفظه	٦٢-٦٦
المطلب الثاني : أركان جريمة الامتناع عن تسليم طفل لمن له الحق بحضانته أو حفظه	٦٧-٧٥
الفرع الأول :الركن المادي	٦٧-٦٩
الفرع الثاني :الركن المعنوي	٦٩-٧٥
المطلب الثالث : عقوبة جريمة الامتناع عن تسليم طفل لمن له الحق بحضانته أو حفظه	٧٦-٧٨
الفصل الثاني : حقوق الطفل الضحية في الإجراءات الجنائية بالجرائم الماسة بالبنوة ورعاية القاصر	٧٩-١٣٧
المبحث الأول : مفهوم الطفل الضحية وخصائصه وحقوقه في تحريك الدعوى الجزائية بالجرائم الماسة بالبنوة ورعاية القاصر	٧٩-١٠٦
المطلب الأول : تعريف ضحية الجريمة وخصائصه	٧٩-٩١
الفرع الأول :تعريف ضحية الجريمة	٨٠-٨٧
الفرع الثاني : خصائص ضحية الجريمة	٨٧-٩١
المطلب الثاني : حقوق الطفل الضحية بتحريك الدعوى الجزائية في الإجراءات الجنائية بالجرائم الماسة بالبنوة ورعاية القاصر	٩٢-١٠٦
الفرع الأول :معنى تحريك الدعوى الجزائية	٩٢-٩٣
الفرع الثاني : آليات وحقوق الطفل الضحية وفق تحريك الدعوى الجزائية	٩٤-١٠٦
المبحث الثاني : حقوق الطفل الضحية في التحقيق الابتدائي وفي المحاكمة وفي إشكالية العدالة التصالحية والمتوازية بالجرائم الماسة بالبنوة ورعاية القاصر	١٠٧-١٣٧
المطلب الأول : حق الطفل الضحية في إجراءات التحقيق الابتدائي	١٠٧-١٢١

الموضوع	الصفحة
الفرع الأول : مفهوم التحقيق الابتدائي	١٠٧-١٠٩
الفرع الثاني : حقوق الطفل الضحية بالتحقيق الابتدائي	١١٠-١٢١
المطلب الثاني : حقوق الطفل الضحية في المحاكمة وما بعدها في الجرائم الماسة بالبنوة ورعاية القاصر	١٢١-١٣١
الفرع الأول : تعريف المحاكمة	١٢١-١٢٢
الفرع الثاني :حقوق الطفل الضحية في المحاكمة وما بعدها	١٢٢-١٣١
المطلب الثالث: إشكالية نظام العدالة التصالحية والمتوازية	١٣١-١٣٧
الفرع الأول : نظام العدالة التصالحية	١٣١-١٣٥
الفرع الثاني :نظام العدالة المتوازية	١٣٥-١٣٧
الخاتمة :	١٣٨-١٥٠
النتائج :	١٣٨-١٤٦
التوصيات :	١٤٧-١٥٠
المصادر :	١٥١-١٦٨
Abstract	A-B

الملخص

إن الطفولة من أسمى مدلولات الوجود الإنساني، والذي قضت إرادة الباري على أن يكون ثمرة لأسمى وأقدس علاقة إنسانية، ليكون هذا الكائن الضعيف والبريء والعاجز عن الدفاع عن نفسه محطة حماية لجميع الشرائع السماوية والتشريعات الوضعية، ومنها القانون الجنائي الذي عمل على حمايتها إي الطفولة وكانت نصوصه العقابية متضمنة كلَّ أشكال الحماية الجنائية وخصوصا حماية الطفل في حقه أن يحضى بحنان من له حق نسبه الشرع إليه وحضانته،والطفل هو كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشر عاما أي لم تكتمل لديه ملكة الإدراك والاختيار، لقصور عقله عن إدراك حقائق الأشياء، واختيار النافع منها، والنأي بنفسه عن الضار منها، ولا يرجع هذا القصور في الإدراك والاختيار إلى علة أصابت عقله، بل مرد ذلك عدم اكتمال نموه، وضعف في قدرته الذهنية، والبدنية بسبب وجوده في سن مبكرة ليس في استطاعته بعد وزن الأشياء بميزانها الصحيح وتقديرها حق التقدير. الغاية المتوخاة من المصلحة المحمية بتجريم جريمة المساس بالبنوة الواقعة على طفل حديث العهد بالولادة، وكذلك جريمة الامتناع عن تسليم طفل لمن له الحق بحفظه، أو حضانته تتجسد في العدالة، والاستقرار الاجتماعي، والتطور، لذلك عَرَّفتْ المصلحة' بأنها (مصلحة الجميع سواء الأجيال الحاضرة أم المقبلة في المجتمع، وذلك بمقابلة مصلحة الفرد في حَدَّ ذاته بصرف النظر عن غيره، ومادام كل من القانون والدولة مرتبطين بفكرة المجتمع ذاتها، فإن غاية كل من القانون والدولة هي الغاية التي يتوخاها المجتمع والمتمثلة في المصلحة العامة). وعليه أشار قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ في المادة (٣٨١) على أنه (يعاقب بالحبس من أبعد طفلا حديث العهد بالولادة عمن لهم سلطة شرعية عليه، أو أخفاه، أو أبدله بأخر، أو نسبه زورا إلى غير والدته). والمادة (٣٨٢) (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة، أو بغرامة لا تزيد على مئة دينار كل من كان متكفلا بطفل، وطلبه منه من له حق في طلبه بناء على قرار، أو حكم صادر عن جهة القضاء بشأن حضانته، أو حفظه ولم يسلمه إليه) وتعد هذه الجرائم من الجرائم العمدية أي ينبغي أن تتوفر في الجاني القصد الجنائي العام أي العلم، والإرادة، وبانتفائهما ينتفي

القصد الجنائي ، وأن الاهتمام بحقوق المجني عليهم الأطفال (من يمثلهم قانونا) وإتاحة المجال أمامهم للمساهمة في إجراءات الدعوى الجزائية أمراً لا يخلو من الفائدة، إذ يمكن الضحية من أداء وظيفتها في رقابة على أعمال السلطات المختصة بالتحقيق ، والدفاع عن مصالحه التي عرضتها الجريمة للضرر، أو الخطر، فضلا عن ذلك فإنه لا يمكن إغفال أثره في دعم السلطات المختصة في إثبات الجريمة التي وقعت وفي التوصل إلى معرفة مرتكبها.