مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية

ISSN

٢٠٧٠٩٨٣٨ (مطبوع) ٣٠٠٦٧٦٧٧ (إلكتروني)

العدد الرابع/ المجلد السابع عشر

تاريخ النشر

٢٠ / ١٢ / ٢٠٢٥

حماية الاخلاص الزوجي بين النقص التشريعي وضرورة التجريم الوقائي

"دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"

Protecting marital fidelity: between legislative shortcomings and the necessity of preventive criminalization – a comparative study between Islamic law and positive laws.

م. علي عبد الله جبر

alia.alnumany@uokufa.edu.iq

كرم الله محمد نايف

عقد الزواج ,الاخلاص الزوجي ,جرائم الاسرة ,الجرائم الزوجية.

Marriage contract, marital fidelity, family crimes, marital crimes.

Abstract

Marriage was legalized for noble purposes, including the realization of psychological housing, the immunization of husbands, the regulation of the biological relationship between the human race, the fulfillment of filiation as an adornment of worldly life ... etc. and to deter violations and to preserve these ends. Punishments are defined in the divine laws and man-made laws The marriage contract imposes a mutual obligation on the spouses to maintain honor and display each other, which backslashes on the marital relationship itself and the psychological stability of the family, as well as protecting society from all moral decomposition it touches as a result of immoral crimes, and for .this we embarked on researching the criminal protection of marital fidelity

الملخص

شرع الزواج لغايات جليلة منها تحقيق السكن النفسي وإحصان الزوجين وتنظيم العلاقة البيولوجية بين جنس البشر وتحصيل البنوة باعتبارها زينة الحياة الدنيا ...الخ ,ومنعاً لكل أخلال وحفظاً لهذه الغايات شرعت العقوبات في الشرائع السماوية والقوانين الوضعية، فيفرض عقد الزواج التزام متبادل على الزوجين بصيانة شرف وعرض بعضهما الآخر، يرتد بأثره على علاقة الزوجية ذاتها واستقرار الاسرة النفسي، فضلاً عن صيانة المجتمع من كل ما يمسه من تحلل خلقي جراء الجرائم المنافية للأخلاق، ولهذا شرعنا في البحث في الحماية الجنائية للإخلاص الزوجي، فالإخلاص الزوجي من اولويات عقد الزواج المنعقد بين الذكر والانثى والذي بموجبه يلتزم كل زوج بحفظ زوجه الاخر من ممارسة فعل الاتصال الجنسي المباشر المتمثل بفعل الزنا وافعال ما دون الزنا من احتضان وتقبيل ولمس موضع العورة من الجسم واجراء المكالمات الهاتفية الغرامية مع الاخرين.

المقدمة

موضوع البحث : شرع الزواج لغايات جليلة منها تحقيق السكن النفسي وإحصان الزوجين وتنظيم العلاقة البيولوجية بين جنس البشر وتحصيل البنوة باعتبارها زينة الحياة الدنيا ...الخ، ومنعاً لكل أخلال وحفظاً لهذه الغايات شرعت العقوبات في الشرائع السماوية والقوانين الوضعية. فالإخلاص الزوجي هو القيمة التي يبنى عليها وعد الامانة والوفاء الزوجي وبخلافها الخيانة التي هي أحدى علامات المنافق "...إذا وعد اخلف وإذا أوتمن خان"، فهذا الالتزام المتبادل بصيانة شرف وعرض بعضهما الآخر وحماية شعور وكرامة كل منهما، يرتد بأثره على علاقة الزوجية ذاتها واستقرار الاسرة النفسي ,فضلاً عن صيانة المجتمع من كل ما يمسه من تحلل خلقي جراء الجرائم المنافية للأخلاق، وما يصيبه أفراده من ضرر جسدي ونفسي، إذ تشير دراسة أجريت في الولايات المتحدة الامريكية الى ان هنالك علاقة وطيدة بين تصدع

الأسرة والاضطرابات النفسية وأن ٨٠٪ من الذين يرتادون المصحات النفسية هم من المراهقين الذين أسرهم متصدعة لعدم الاخلاص الزوجي[١]. وإذا كان بعض الفقه -تسايره غالبية التشريعات الجنائية- يرى أن الاعتداء على الحرية الجنسية هو مناط التجريم والعقاب فيقتصر بحمايته للإخلاص الزوجي على تجريم فعل الزنا دون غيره من الاعتداء الماس بالعلاقة الزوجية, فإن ذلك محل نظر لأنه ليس من المنطق أن نجرم الفعل بعد تمامه دون تجريم مقدماته والعقاب عليها ,فهل يعالج المريض بعد موته ؟!

وهذه النظرة الوقائية في التجريم لم تكن وليدة اللحظة ولا فكرة الباحثين، بل ترتد بأساسها الى الشريعة الإسلامية السمحاء صاحبة السبق في حفظ علائق الانسان كافة، ومنها علاقة الزوج بزوجه وبذلك يصف القرآن الكريم رباط الزوجية ووعد الوفاء والاخلاص بقوله عز وجل " وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا"[٢] .

أهمية البحث : تنبع أهمية البحث من أهمية الحفاظ على صفاء العلاقة الزوجية ونقاءها وصيانة الأسرة والمجتمع من التحلل الاخلاقي وشيوع الافعال المشينة، التي تهدد بذاتها كيان الاسرة والمجتمع، فلا تهديد افظع من تهديد نواة المجتمع وهي الأسرة.

اشكالية البحث : تكمن اشكالية البحث في غياب التنظيم القانوني للمسؤولية الجزائية عن الاخلال بالإخلاص الزوجي نظراً لاتباع المشرع العراقي النظرية الاجتماعية في التجريم والعقاب دون النظرية الأخلاقية، وهذا النقص التشريعي يهدد العلاقة الزوجية بذاتها ويؤثر على ديمومة الاسرة بالصفاء والسكينة، فضلاً عن كونه يجانب المنطق في حمايته للإخلاص الزوجي من خلال اقتصاره على تجريم فعل الزنا دون غيره من العلاقات الماسة بالعلاقة الزوجية إذ إنه يعاقب على فعل الزنا دون ان يكون له جانب الوقاية الذي يمنع مقدماً الوصول الى ارتكاب فعل الزنا (تجريم مقدمات الزنا ومثال ذلك فعل التقبيل والملامسة لمناطقة العورة من الجسم) من خلال تجريم الاخلال بالإخلاص الزوجي .

منهج البحث : اتبعنا خلال بحثنا المنهج التأصيلي الاستنباطي ,للتأصيل لفكرة الاخلاص الزوجي والتأسيس الفكري لهذا الواجب الزوجي في ضوء الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، فضلاً عن استنباط الاحكام المتعلقة بالإخلال بالإخلاص الزوجي ووضع الجزاءات المناسبة لها . منهجية البحث أو خطة الدراسة : أنتظم بحثنا على شاكلة مبحثين تطرقنا في المبحث الأول الى التأصيل الفكري للإخلاص الزوجي وبينا في المبحث الثاني تجريم الاخلال بالإخلاص الزوجي، ثم ختمنا بخاتمة تضمنت جملة من النتائج والتوصيات علها تأخذ طريقها الى التطبيق مستقبلاً.

المبحث الأول : التأصيل الفكري لحماية الاخلاص الزوجي : لا ريب في ان التأصيل الفكري للإخلاص الزوجي سواء في مدلوله اللغوي أو الاصطلاحي أو في اساسه القانوني او الشرعي، مهمة معقدة لكنها ذات اهمية قصوى تلقي بظلالها على التنظيم القانوني والشرعي لحماية الاخلاص الزوجي، وهو ما سوف نبينه في هذا المبحث .

المطلب الأول : مدلول الاخلاص الزوجي : من أجل الوقوف على مدلول الاخلاص الزوجي لابد من بحثه في اللغة ومن ثم التطرق له في الجانب الاصطلاحي، وهذا ما سنوضحه في هذا المطلب، إذ سنخصص

الفرع الاول: لتحديد المدلول اللغوي للإخلاص الزوجي، ونبين في الفرع الثاني، المدلول الاصطلاحي للإخلاص الزوجي، وعلى النحو الاتي :

الفرع الأول : المدلول اللغوي للإخلاص الزوجي : الإخلاص لغةً : مشتق من خَلَص وإخلاص مفرده، مصدره اخَلَص ,بفتح الخاء واللام خلص يخلص خلوصاً وإخلاصاً فهو خالص[٣]، بمعنى صفا وزال عنه شوبه[٤]، إذا كان في الماء أو اللبن أو أي شيء فيه شوب يعني تغير لونه بشيء يشيبه أي يغيره فقمت وصفيتَه أخرجت هذه الشوائب التي لوثته فيقال: إنك أخلصته يعني صفيته ونقيته، ومنه قوله تعالى (نُّسْقِيكُم مِّمَّا فِي بُطُونِهِ مِن بَيْنِ فَرْثٍ وَدَمٍ لَّبَنًا خَالِصًا سَائِغًا لِّلشَّارِبِينَ)[٥]، ومفعوله مخلص واخلص فلانا أي اختصه واختاره ومنها قوله تعالى(إِنَّا أَخْلَصْنَاهُم بِخَالِصَةٍ ذِكْرَى الدَّارِ)[٦]، فخَلَص الشيء صار خالصاً، والاخلاص في الطاعة وترك الرياء، وخالصه في العشرة أي صافاه، واستخلصه لنفسه أي استخص به[٧]، خلص الشيء بالفتح يخلص خلوصا وخلاصا اذا كان قد نشب ثم نجا وسلم واخلص الشيء اختاره، والخالصة : الاخلاص، وخالصه في العشرة أي صافاه واخلصه النصيحة والحب[٨]. ويمكننا جمع هذه المعاني للإخلاص وايجازه لغة هو المصافاة والنقاوة أي عدم التكدير أو التلوث، فالإخلاص الزوجي لغة هو المصافاة بين الزوجين في الحب والعشرة .

الفرع الثاني : المدلول الاصطلاحي للإخلاص الزوجي : الإخلاص اصطلاحاً عند الفقهاء المسلمين بأنه تجريد النية من الشوائب والمفاسد [٩]،بحيث يكون الهدف في دائرة الفكر والسلوك هو الله تعالى فقط [١٠]،وبمعنى آخر: هو صفاء الأعمال من شوائب الرياء، وجعلها خالصة لله تعالى[١١]. ويشير فقهاء الشريعة الاسلامية إلى إن الإخلاص هو احد الحقوق الزوجية المشتركة بين الزوجين والتي يجدر رعايتها وتبادلها بينهما[١٢]، فيدخل الاخلاص الزوجي ضمن حقوق الزوج على زوجته والمتمثل بواجب الصيانة ومؤداه صيانة شرف الزوج وسمعته من كل ما من شأنه المساس بهما [١٣]، وهو كذلك واجب مفروض على الزوج اتجاه زوجته بأن يصونها من كل ما يضرها مادياً و معنوياً ويعيب سمعتها [١٤]. وعند البحث في فقه القانون فأنه لا وجود لمصطلح الإخلاص الزوجي، غير أن بعض القوانين قد أشارت له بصورة عرضية، فمثلاً نصت المادة (٢١٢) من القانون المدني الفرنسي على انه يجب على الزوجين تبادل الاخلاص الزوجي ,في حين اشارت بعض القوانين الى الاحصان بعده غاية من غايات الزواج [١٥]. ولم يرد في قانون العقوبات العراقي ذكر أو تعريف لمصطلح الاخلاص الزوجي، غير أن هذا القانون اوجد وسائل حماية هذا الاخلاص من خلال تجريم بعض الأفعال التي تشكل اخلال أو انتهاك صريح للإخلاص الزوجي ـ على النحو الذي سنورد تفصيله في المطلب القادم. ويمكننا تعريف الاخلاص الزوجي بأنه الاستئثار بالعلاقة الجنسية الزوجية للزوجين، بمعنى أخر هو حق كل من الزوجين في الاختصاص والاستئثار بزوجه الآخر، وعليه فالحماية الجنائية للإخلاص الزوجي هي مجموع القواعد القانونية الجنائية التي يتوسل بها المشرع وقاية الوفاء الزوجي من المساس المادي والمعنوي وفرض جزاء جنائي على المخالفين بما يحفظ صفاء العلاقة الزوجية.

المطلب الثاني : اساس فكرة الاخلاص الزوجي : سنبحث في هذه المطلب اساس وجود فكرة الحماية للإخلاص الزوجي وذلك بتحديد الاساس الشرعي لهذه الفكرة، ومن ثم الاساس القانوني:

الفرع الأول : الاساس الشرعي لفكرة الاخلاص الزوجي : لم تضع الشريعة الإسلامية أحكامها جزافاً وإنما جاءت لتحقيق مقاصد معينة، ومقاصد الشريعة الإسلامية هي الغاية منها أو الأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامه[١٦]، فالمقاصد هي علل غائية يراد من تشريع الأحكام الوصول إليها سواء بتحقيقها أن كانت مصلحة، أو اجتنابها أن كانت مفسدة[١٧]، و مقاصد الشريعة الإسلامية تنقسم على : ضرورات، وحاجيات، وتحسينات[١٨] . ويعد الحفاظ على النسل والعرض من الضرورات التي قصدها الشارع المقدس ,إذ أوجبت الشريعة الإسلامية المحافظة على النسل، حفاظاً على صحة النسب، إذ إن الشريعة الإسلامية ترى في النسل الصحيح هو النسل الذي يوجد من خلال مباشرة الرجل للمرأة بالطريق المشروع، المتمثل بـ(الزواج)، وأن أي طريق آخر لإلتقاء الرجل بالمرأة سواه هو طريق غير مشروع، وبهذا فأي علاقة بين الرجل والمرأة خارج اطار الزواج لا يكون فيها حفظاً للنسب والنسل والعرض[١٩]. فالشريعة تحمي العرض وتصونه بتحريم الزنا[٢٠]،إذ أن الاعتداء على العرض وسيلة للإعتداء على النسل، ويكون في فعل الزنا المساس في شرف الأسرة وكرامتها، ولا يخفى أثر الزنا من جانب الأمراض سواء كانت الأمراض البدنية أوالأمراض الاجتماعية، المتمثلة بانتشار الرذيلة والفساد وغيرها كثير[٢١]، وكذلك التحريم لجميع العلاقات الجنسية التي تقع خارج نطاق الرابطة الشرعية المتمثلة بالزواج، وتحرم الشريعة الاسلامية أيضاً صيانة للعرض مقدمات الزنا، كالخلوة بالمرأة أو النظر إليها أو لمسها او التبرج وغيرها من الأفعال المؤدية للزنا، فهي وإن لم تعدها ضمن الحدود، إلا إنها تعدها جرائم قائمة بذاتها وتندرج ضمن الجرائم التعزيرية[٢٢]. وتظهر فكرة حماية الاخلاص الزوجي في الشريعة الاسلامية في مجال الضرورات اي المقاصد الضرورية وبالتحديد في جانب حفظ النسل وصيانة العرض وحماية الوفاء الزوجي وهو ما يعبر عنه فقهاً بواجب الصيانة والذي أشرنا له سابقاً ،اذ توجب الشريعة الغراء الحفاظ على النسل من خلال تجريم الزنا[٢٣]، كما توجب الحفاظ على الوفاء والاخلاص الزوجي من خلال تجريم مقدمات الزنا، ومقصده في ذلك حفظ الاسرة والعلاقة الزوجية من كل ما من شأنه المساس بها ,والتزام الزوجين برعاية كل منهما للأخر . فواجب الزوج في الاخلاص لزوجته يعني إلا يأتي الزوج اي فعل او امتناع يمس كرامة وشرف الزوجة وشعورها (كعلاقته بأمرة أخرى غير مرتبط بها بعقد زواج شرعي وقانوني)، بما يدنس جو الصفاء العائلي ويعكر صفو الحياة بينهما، ويصون الاسرة من كل ما يؤذيها في نقاءها ويهدد كيانها الأخلاقي، وهو ما مفروض ايضاً على الزوجة بذات المعنى (وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيهِنَّ بِالمَعرُوفِ)[٢٤].

ولعله يتساءل البعض فيما اذا كان هذا الاخلاص مفروض لشخصية الزوجة ام للعلاقة الزوجية بذاتها ؟ فإننا نقول إن هذا الاخلاص واجب مفروض للعلاقة الزوجية بذاتها وليس لشخص الزوجة لان القول بذلك يعني تعطيل حق التعدد الزوجي للرجل طبقاً لقوله تعالى (فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ)[٢٥]،ولا يخل ذلك بالإخلاص الزوجي للعلاقة الزوجية، كما يمكن للمرأة إذا ما انقطعت عن زوجها بوفاة او طلاق أن تتزوج من آخر، وهذا كذلك لا يخل بواجب الاخلاص الزوجي منها. وحماية الشريعة

الاسلامية للإخلاص الزوجي لا يقتصر على تحريم الزنا وانما يشمل بتحريمه كل فعل يؤدي الى الاخلال بحق الزوجين في الاختصاص بالآخر ويعارض فكرة استئثار احدهما بالآخر، وهو ما يسمى بمقدمات الزنا من افعال الاحتضان والتقبيل واظهار موضع العورة من الجسم وما شاكل ذلك، وهذه الافعال تحرمها الشريعة الاسلامية وتدرجها ضمن جرائم القصاص المعاقب عليها تعزيراً[٢٦]، بل أن الشريعة الاسلامية دأبت على تحريم كل ما من شأنه ان يكون ذريعة ومدخلاً لارتكب المفسدة كالخلوة بالأجنبية، درءً للمفاسد وفقاً لقاعدة سد الذرائع والتي توجب تحريم كل المقدمات المؤدية لارتكاب الجرائم بصورة وقائية سابقة على ارتكاب الفعل، و درء المفاسد كما هو معلوم مقدم على جلب المصالح. وتأسيساً على ذلك فان المقصد الشرعي من حماية الاخلاص الزوجي يكمن في ضمان حق الزوجين بالاستئثار بالعلاقة الجنسية والحميمية بينهما، فلا يستطيل أجنبي ليشاركهم هذا الحق أو يمس به سواء برضا او بدون رضا فلا يعتد بالرضا وإن كان للزوجين في هذه الأفعال. وللرضا الاثر الواضح في اختلاف المقصد الشرعي للتحريم، فإذا كان الرضا منعدماً عد اغتصاباً ومقصده حفظ النسل او انتهاكاً للعرض ومقصده حفظ العرض، وإذا كان الرضا موجوداً لاحدهما دون الآخر عد انتهاكاً للإخلاص الزوجي ومقصده صيانة العلاقة الزوجية، واذا كان الرضا متوفراً للطرفين (الزوجين)عد فعل دياثة واشاعة الفاحشة والاعانة عليها ومقصده حماية الاخلاق والآداب العامة والغيرة الزوجية.

الفرع الثاني : الاساس القانوني لفكرة الاخلاص الزوجي : تحديد الاساس القانوني لحماية الاخلاص الزوجي في التشريعات الجنائية مناطه معرفة المصلحة محل الحماية في تجريم الافعال الجنسية، وهذه المصلحة مختلفة في مجمل التشريعات العقابية تبعاً لموقفها من النظرية الأخلاقية والنظرية الاجتماعية. فتتجه النظرية الأخلاقية بخطابها للفرد، فتحثه على التمسك بالأخلاق والفضيلة وتجنب كل تصرف أو فعل يعارض مقتضيات الحفاظ على الاخلاق، وإلا كان فعل الشخص محلاً للوم الاخلاقي، وهذه النظرية تقوم على أن الزواج هو الشكل الوحيد الذي تكون فيه الصلات الجنسية مباحة،أي أن الزواج فقط الذي يبيح الممارسات الجنسية بين الأفراد، وبذلك يكون التحريم شاملاً لكل الصلات الجنسية التي تقع خارج نطاق عقد الزواج الشرعي والقانوني[٢٧]. وتهدف في ذلك نقاء العرض بذاته وحمايته وصيانته من التصرفات الجنسية غير المشروعة[٢٨]، وبناء على ذلك يتسع نطاق الحماية الجنائية للإخلاص الزوجي، ليشمل العلاقات التي تحدث بين الرجل والمرأة وحتى لو كانوا بالغين وكان ذلك برضاهم، والعلاقات غير الطبيعية التي تحدث بين الأفراد ومن ذلك ((اللواط، والسحاق، وممارسة الجنس مع البهائم، واتيان الموتى، ووطء المحارم، وكذلك زنا الزوجية))[٢٩]. وتذهب طائفة من التشريعات العقابية الى اعتناق النظرية الاخلاقية في تحريم سائر الممارسات الجنسية التي تقع خارج أطار الزواج، إذ تذهب هذه التشريعات إلى حماية العرض بذاته، وتحرص على نقاء العرض وطهارته، وترى بأن الفرد يجب أن يلتزم بالفضيلة والطهارة ويحرص على نقاء عرضه من سائر الممارسات الجنسية غير المشروعة[٣٠]، ومن التشريعات التي تبنت وجهة النظر الأخلاقية، التشريعات المصرية القديمة والإغريقية والرومانية[٣١]، ومن التشريعات الحديثة التي تبنت النظرية الأخلاقية هو قانون العقوبات اليمني، الذي جرم جميع الصلات

الجنسية التي تقع بين الأفراد إذا كانت هذه الصلات خارج اطار الزواج[٣٢]. أما النظرية الاجتماعية فتمتد بجذورها إلى بداية الثورة الفرنسية وسيطرة النظرة العلمانية على مختلف المفاهيم الاجتماعية، ومن ثم على مختلف التشريعات التي توفر لها الحماية، وأنفصلت بمقتضى ذلك نظرة المضامين الاجتماعية للقيم عن المضامين الدينية والأخلاقية، وعلى أساس ذلك لم يعد التصرف الذي يشكل خطيئة بنظر الدين أو عيباً بنظر الاخلاق عملاً غير مشروع وفقاً للقانون، و كان لظهور النظرية الاجتماعية النفعية أثر كبير في اندثار النظرية الأخلاقية ورؤيتها اتجاه العرض، إذ لم يعد الفعل الجنسي غير المشروع هو الفعل الذي يشكل مساس بالعرض، وإنما اصبح الفعل الذي يشكل خرق للإرادة هو الفعل الذي يكون فيه مساس بالعرض، وبهذا اصبح نطاق المشروعية وفقاً لهذه النظرية هو الإرادة، فالإرادة يكون لها الاثر الحازم في تحديد مشروعية أو عدم مشروعية التصرفات[٣٣].

وقد اتجهت اغلب التشريعات العقابية الحديثة إلى الاعتراف للأفراد بالحرية الجنسية، وعلى أساس هذا الاعتراف تعد أي ممارسة جنسية رضائية مشروعة من وجهة نظر هذه التشريعات، فمتى كانت هنالك إرادة صحيحة كانت هذه الافعال مشروعة، بصرف النظر عن كونها مشروعة بنظر الدين أو الاخلاق أو لم تكن كذلك، أي أن هذه التشريعات ضيقت من نطاق الجرائم الماسة بالعرض وحصرتها في مجال ضيق هو الاعتداء على الحرية الجنسية [٣٤]. ومن التشريعات التي تبنت وجهة النظر الاجتماعية التشريع الفرنسي[٣٥]، فبعد قيام الثورة الفرنسية التي نادت بالحرية الشخصية،أتجه المشرع الفرنسي إلى الإقرار للأفراد بالحرية الشخصية، وقد شملت الحرية الشخصية نطاق ممارسة الجنس، فأصبحت ممارسة الجنس ضمن الحرية الشخصية للأفراد، وقد تجلى هذا الأمر بشكل واضح بنصوص قوانين العقوبات التي صدرت بعد الثورة الفرنسية، وكان اخرها النافذ إلى اليوم وهو قانون العقوبات الصادر سنة ١٩٩٢م والذي دخل حيز النفاذ سنة ١٩٩٤[٣٦]. وفيما يتعلق بالمفاضلة بين النظريتين، نميل مع الفقه إلى ترجيح النظرية الأخلاقية على النظرية الاجتماعية، إذ يرى الفقه أنه من غير المنطق والعدالة أن نجعل اسمى مرتكزات المجتمع وتوابعه، رهن إرادة الأفراد ورغباتهم التي قد تنعكس أثارها السلبية على جميع افراد المجتمع، إذ أن الاعتراف بالإرادة للأفراد في الممارسات الجنسية غير المشروعة ، قد يشجعهم على عدم مراعاة الرضا في هذه الممارسات غير المشروعة، ويجعلهم يميلون إلى إشباع تلك الرغبات بغض النظر عن توفر الرضا للطرف الاخر أو عدم توفره[٣٧]، كما ان النظرية الأخلاقية أسمى من النظرية الاجتماعية، لأنها ترى في العرض فكرة مزدوجة الطبيعة اجتماعية فردية في آن واحد، وهي بهذا التوجه تحمي الفرد والمجتمع، فنطاق حمايتها للفرد يظهر من أنها تجعل الفرد ينشأ بصورة صحيحة، من خلال تمسكه بالأخلاق والتعاليم الدينية ،وتبعده عن الممارسات الجنسية غير المشروعة، وبذلك تصون وتحمي عرض الفرد وتفرض عليه واجب الحفاظ على نقاء عرضه، فضلاً عن ذلك فهي تحمي جسمه من الأمراض التي قد تصيبه. وعند البحث بانعكاس تلكم النظريتين على الحماية الجنائية للإخلاص الزوجي نجد ان التشريعات التي اعتنقت النظرية الاخلاقية قد اطرت هذا الاخلاص بالحماية فيما هذا الاطار الحامي غير موجود بالنسبة للتشريعات التي اتبعت النظرية الاجتماعية ,وبالتطبيق على التشريع

العراقي فإننا نجد انه اعتنق النظرية الاجتماعية وقد اخذ بالحرية الجنسية واعتد بالرضا في ارتكاب الافعال المنافية والمخلة بالإخلاص الزوجي الا في حالة الزنا وفق المادة (٣٧٧)من ق.ع.ع[٣٨]، وبهذا يظهر أن حكمة المشرع من تجريم الزنا هو حماية الأسرة من التفكك وحفظ النسل دون الاخلاص الزوجي. وإذا ما سلمنا بأن المشرع العقابي العراقي اوجد المادة (٣٧٧) لحماية الاخلاص الزوجي ,فإن هذه المادة لا توفر الحماية الكافية والفعالة لصون الاخلاص الزوجي لأن هناك الكثير من الافعال التي تشكل مساساً وانتهاكاً للإخلاص الزوجي إلا انها لا تكون جريمة ومنها : افعال الاحتضان، والتقبيل، ولمس الاعضاء التناسلية، والمواعدة، وتبادل الرسائل الجنسية والعروض الاباحية في صورة الفيديو أو الصور...الخ، وفي حالة وقوعها من زوج على انثى تجاوزت الثامنة عشر سنة ، أو من ذكر على انثى متزوجة، فان هذه الافعال لا تدخل ضمن المادة (٣٧٧) لعدم تحقق الركن المادي لجريمة الزنا، ولا يمكن عد هذه الافعال جريمة هتك عرض بالقوة أو التهديد وفق المادة (٣٩٦) لأنها ارتكبت برضا الزوجة من شخص غير مرتبط بها بعقد زواج ، ولا تعد جريمة هتك عرض بغير القوة أو التهديد وفق المادة (٣٩٧) مع افتراض أن الزوجة اتمت الثامنة عشر سنة ,بل أكثر من ذلك إذا ما شاهد احد الزوجين هذا الفعل بعينه المجردة او بوسيلة تقنية كالفيديو مثلاً فلا يستطيع هذا الزوج تقديم شكوى بذلك بسبب الاخلال بالإخلاص الزوجي وخيانة الوفاء وإنما يقدم شكواه كأي شخص بعيد عن هذه العلاقة ويكون هو والاجنبي -الغير من الافراد- سواء، بل اكثر من ذلك ان المشرع العراقي في قانون العقوبات لم يعر أهمية للعلاقة الزوجية والاخلاص الزوجي بحيث يجعلها ظرفاً مشدداً للعقاب في الجرائم الماسة بالعرض كالفعل الفاضح وهتك العرض ,وحتى جريمة الاغتصاب اذا ما ارتكبت على متزوجة مثلاً ,فلا تشديد في العقاب ,اما اذا ارتكبت على غير المتزوجة فانه يمكن للجاني الاستفادة من العذر المخفف في حال الزواج بالمجنى عليها[٣٩]. وهذا ما حدا بالمشرع في قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ لان ينص بالمادة (٤٠)منه على امكانية التفريق للخيانة الزوجية ,ومصطلح الخيانة الزوجية كما يشير اليه الفقه والقضاء اوسع مفهوماً من مصطلح الزنا[٤٠]، ويشمل مقدمات الزنا وما تعتبره المحكمة داخلاً في مفهوم الخيانة من أحد الزوجين للآخر وهذا ما ذهبت اليه محكمة التمييز في قرار لها (ان الخيانة الزوجية لا تعني بالضرورة اتمام العمل الجنسي)[٤١]،وهذا الاساس الذي نبتغيه في التجريم والعقاب. وهذا ما يؤشر النقص الواضح والقصور اللامح في قانون العقوبات العراقي، وبالتالي فان القول ان المشرع العراقي قد تغيا من تشريعاته الجنائية المتعلقة بحماية الأسرة وبالأخص الجنسية منها حفظ الاخلاص الزوجي فانه كلام ينقصه الدقة ولا يخلو من اشكال ,كون الاخلاص الزوجي لا يتحقق بحفظ النسب فقط وانما كل ما يمس حق الزوجين بالاستئثار بالأخر والاختصاص به، ناهيك عن كون هذه الأفعال تؤدي إلى انهيار الأسرة وتفككها، كما يؤدي الزنا إلى هذا الانهيار. وبالإضافة إلى ذلك، فإن عدم تجريم المشرع لهذه الأفعال هو بذاته تشجيعاً لارتكاب الفعل المكون لجريمة الزنا، فالزوج أو الزوجة عندما يرتكبان هذه الأفعال مع شخص آخر غير مرتبطين معه بعقد زواج، ويجدان أن هذه الأفعال لا تشكل أية جريمة، فإن هذا الأمر يعد تشجيعاً لهم لارتكاب فعل أكثر جسامة، وهو الفعل الذي تقوم به جريمة الزنا، مما يجعل القانون بصورة أو بأخرى

يشجع على ارتكاب هذه الجريمة، فهو من باب يجرم زنا الزوجية، ومن باب آخر يشجع على ارتكاب هذه الجريمة، وذلك من خلال عدم تجريم الأفعال المؤدية إليها.

المبحث الثاني : تجريم الاخلال بالإخلاص الزوجي : بعد اجتهادنا في تأصيل فكرة الاخلاص الزوجي وتحديد معالمها، فقد انتهينا الى ضرورة توفير الحماية الجنائية للإخلاص الزوجي من خلال تجريم الافعال الماسة بهذا الإخلاص، وهو ما سنتطرق له في هذا المبحث .

المطلب الأول : أركان جريمة الاخلال بالإخلاص الزوجي : كما نعلم جميعاً أن لكل جريمة ركنان تظهر بهما إلى حيز الوجود، يتميز الأول بسلوك الشخص تجاه الآخر وهو ما يطلق عليه بالركن المادي، ويحقق الثاني باتجاه الإرادة لارتكاب السلوك المجرم قانوناً والمبني على علم صاحب السلوك وهو ما يعبر عنه بالقصد الجنائي أي الركن المعنوي للجريمة، وهما ما سنتطرق لهما في هذا المطلب.

الفرع الأول : الركن المادي للجريمة : الركن المادي للجريمة هو السلوك المادي الخارجي المؤثم قانوناً، وهو ما يطلق عليه ماديات الجريمة [٤٢]، وعلى وفق تعبير المشرع العراقي هو (سلوك اجرامي بارتكاب فعل جرمه القانون أو الامتناع عن فعل امر به القانون)[٤٣]، وهذا الركن من الجريمة يتحلل الى عناصر ثلاث [٤٤]وهي:

أولاً : السلوك الاجرامي : السلوك الاجرامي هو النشاط المادي المكون للجريمة[٤٥]، والسلوك الإجرامي إما أن يكون إيجابياً أي ارتكاباً بمعنى القيام بفعل، ويتمثّل في حركة عضوية إرادية، أو سلبياً أي ترك بمعنى الامتناع عن القيام بفعل[٤٦]، فلا جريمة دون سلوك إجرامي، لان القانون لا يعاقب على مجرد النوايا والرغبات، ما لم تظهر الى حيز الوجود[٤٧].

ويتحقق السلوك الاجرامي المخل بالإخلاص الزوجي في عدة صور منها :

١ـ صورة الفعل الفاضح غير العلني : الفعل الفاضح غير العلني سلوك عمدي يخل بحياء من تلمسه حواسه[٤٨]، ويتحقق هذا السلوك في حالتين، الاولى تتمثل بالفعل الذي يأتيه الجاني على جسمه ويخل بحياء من يشاهده، ومثال هذه الحالة قيام شخص بإظهار موضع العورة من جسمه في مكان خاص في حضرة انثى[٤٩]، والحالة الثانية تتمثل بالفعل المخل بالحياء الذي يأتيه الشخص على جسم شخص أخر ومثال هذه الحالة قيام الشخص بالإمساك بذراع انثى او التربيت على شعرها[٥٠]، ويشترط في الفعل الفاضح غير العلني ارتكابه في مكان خاص، وعدم رضا المجنى عليه بالفعل المرتكب لأنه في حالة الرضا لا يكون الفعل جريمة. ويتحقق في الفعل الفاضح المساس بالإخلاص الزوجي إذا ارتكب من الزوج أو الزوجة، ويكون جريمة في حالة عدم توفر الرضا وفق المادة (٤٠٠) من قانون العقوبات العراقي، وفي حال توفر الرضا من الشخص الاخر فلا يعد الفعل جريمة ومثال ذلك اظهار الزوجة موضع العورة من جسمها في حضرة شخص غريب في مكان خاص وبرضاه بهذا الفعل، أو قيامها ببعض الحركات التي تحمل دلالة جنسية واضحة، أو صدور هذه الحركات الجنسية من شخص غريب بحق الزوجة ورضاها بهذه الحركات. فهذه الافعال لا تشكل جريمة وفق المادة (٤٠٠) لتوفر الرضا ولارتكابها في مكان خاص، رغم ان هذه الافعال تشكل

مساس واضح بحق الزوج بالاستئثار بزوجه الاخر، ويكون فيها انتهاكاً صارخاً لفكرة الاخلاص الزوجي . ولا يمكن تجريم هذه الافعال وفق المادة (٣٧٧) التي جرمت زنا الزوجية لأنها لم تصل الى حد الزنا أي لم يتحقق بها الاتصال الجنسي المباشر الذي تقوم به جريمة الزنا ، مما يعني أن الزوج لا يستطيع اقامة الدعوى على الزوجة ولا شريكها في الفعل الفاضح وفق نص المادة (٤٠٠) والمادة (٣٧٧) ولا اي نص عقابي اخر لان هذه الافعال في الصورة التي اشرنا اليها غير مجرمة رغم تعارضها مع فكرة الاخلاص الزوجي[٥١]،مما يؤشر هذا القول على وجود نقص واضح في حماية الاخلاص الزوجي في قانون العقوبات العراقي، ومما يؤكد ذلك ما قضت به محكمة استئناف اربيل بتصديق قرار محكمة جنح دهشتي هولير القاضي بتغيير الوصف القانوني للجريمة من المادة ٣٧٧ الى المادة ٢/٤٢٨ لعدم ثبوت ارتكاب الزوجة وشريكها فعل الزنا على الرغم من القاء القبض على الشريك في خزانة ملابس غرفة نوم المشتكي بعد منتصف الليل وكان الزوج غائباً عن الدار ليلتها، حيث ان المحكمة ادانت المتهم الشريك عن جريمة انتهاك حرمة المساكن وفق المادة ٢/٤٢٨ من قانون العقوبات وقررت الافراج عن الزوجة المتهمة لعدم كفاية الأدلة[٥٢].

٢ـ صورة الافعال التي تتحقق بها جريمة هتك العرض : هتك العرض هو الاخلال الجسيم بحياء المجني عليه بفعل يرتكب على جسمه ويمس في الغالب ما يعد فيه عور[٥٣]،ويتحقق بهتك العرض المساس الجسيم بحياء المجني عليه ويظهر ذلك بأفعال التقبيل والاحتضان ومس عورة المجنى عليه -الذكر او الانثى- دون رضاه الحقيقي أو الحكمي(اي حالة السكر والتخدير والجنون او العاهة في العقل وفقد التمييز او الارادة او استعمال اساليب احتيالية في ارتكاب الفعل)[٥٤].

ويظهر في هذه الافعال السلوك المكون للركن المادي الماس بالإخلاص الزوجي حالة ارتكابها من شخص متزوج على اخر اتم الثامنة عشر من عمره مع توفر الرضا، فلا يمكن عد هذه الافعال جريمة هتك عرض بالقوة أو التهديد وفق المادة (٣٩٦) لأنها ارتكبت برضا الزوج من شخص غير مرتبط بالشخص المتزوج بعقد زواج، ولا تعد جريمة هتك عرض بغير القوة أو التهديد وفق المادة (٣٩٧) مع افتراض أن الزوج اتم الثامنة عشر سنة، ولا تعد هذه الافعال جريمة زنا وفق المادة (٣٧٧) نظراً لعدم تحقق الاتصال الجنسي المكون لجريمة الزنا. وفي هذه الحال لا يمكن للشخص المتزوج اقامة الدعوى على الزوج الآخر لان الفعل لا يشكل جريمة، مما يعني وجود قصور تشريعي واضح بسبب عدم تجريم هذه الافعال رغم مساسها بفكرة الاخلاص الزوجي.

٣ـ صورة المكالمات الهاتفية الغرامية : تعد المكالمات الغرامية التي يجريها أحد الزوجين مع شخص غريب أحد صور الاخلال بالإخلاص الزوجي، ويظهر السلوك بهذه الصورة بقيام الشخص المتزوج بالاتصال الهاتفي مع شخص اخر وتبادل الحديث الجنسي معه، ويدخل ضمن هذه الصورة ايضاً استخدام مواقع التواصل الاجتماعي في اجراء المكالمات الجنسية أو استخدام كاميرات الهواتف الحديثة لعرض اجزاء من الجسم للشخص الاخر. وتعد هذه المكالمات صورة من صور السلوك المكون للركن المادي للمساس بالإخلاص الزوجي، ولا يوجد نص في قانون العقوبات لتجريم هذه الصورة بالرغم من انها تحمل طابع

الخيانة والانتهاك للإخلاص الزوجي وهو ما اشرته محكمة التمييز الاتحادية بقولها (أن الصور الفوتوغرافية المنسوبة للمميز عليها والمكالمات الهاتفية المربوط صور منها ايدت ادعاء المميز بوجود علاقة للمذكورة مع الغير ويشكل ضرراً جسيماً ويخل بالحياة الزوجية وحيث ان محكمة الموضوع لم تراع ما تقدم مما اخل بصحة حكمها ,لذا قرر نقضه واعادة الدعوى الى محكمتها لاتباع ما تقدم)[٥٥]، إلا إن القضاء مضى لعدم اعتبار هذه الافعال تمثل جريمة جنائية إذ جاء في قضاء محكمة جنح اربيل أن (قائمة الاتصالات الهاتفية بين المتهمة وشريكيها تثبت وجود اكثر من (٦٠٠)مكالمة ورسائل نصية خلال سنة واحدة بين الزوجة المتهمة وشريكها (ر)واكثر من (٢٠٠)مكالمة ورسالة بينها وبين شريكها(م) ...كذلك تم ضبط المتهم(ر)في دار المتهمة من قبل احد الشهود واكد شهود آخرون تردد المتهمين على دار المشتكي (الزوج)في غيابه ...)إلا أن قرار محكمة استئناف اربيل نقضت قرار الادانة والعقوبة وابدلت الوصف القانوني للجريمة من المادة ٣٧٧ الى المادة ٢/٤٢٨ لعدم الاقرار أو التلبس بالزنا [٥٦].

ثانياً : النتيجة الجرمية : هي الاعتداء على المصلحة التي يحميها القانون، سواء أدى هذا الاعتداء إلى الإضرار بالمصلحة المعتدى عليها أو تعريضها للخطر[٥٧]، وعند التطبيق على الافعال المؤدية الى جريمة الاخلال بالإخلاص الزوجي نجد أن حالة اللامبالاة في حدوث النتيجة لا يشترط تواجدها الفعلي، مما ينهض بضرورة التجريم الوقائي و الهدف منه هو التدخل على سبيل المنع من أجل تجريم هذه الأفعال الخطيرة[٥٨]، ولهذا يعد الخطر الناتج عن السلوك هو النتيجة الخطرة، والذي يكفي لتكوين الركن المادي لجريمة الاخلال بالإخلاص الزوجي، بشرطين هما :-

١ـ وجود الخطر : يُشترط في الخطر الناتج عن السلوك محل التجريم أن يكون له وجود فعلي على ارض الواقع، لأنه يجب في هذا الخطر أن يكون فعلياً وليس نظرياً أو تصوّرياً ,فالخطر لا ينبغي افتراض وجوده بصورة مجردة بل يلزم إثبات وجوده الواقعي وان يكون مؤكداً وحالاً وليس افتراضياً، فعلى سبيل المثال ليس للزوج الذي يشكك بوجود علاقات غرامية لزوجته أن يتهمها بذلك دون دليل لمجرد التقاط صورة مع بعض الزملاء في العمل، كما ليس للزوجة أن تتهم الزوج بأن زميلته التي يوصلها بسيارته للمنزل ترتبط معه بذات العلاقة ما لم يقم الدليل لديها على خلاف ذلك، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه (لا يكفي رؤية الزوجة جالسة إلى جوار رجل داخل سيارته اذا لم يبدر منها ما يريب تلك الزوجة، أو وجود صوراً مع آخرين في أوضاع طبيعية في عدها خيانة زوجية)[٥٩].

٢ـ درجة الخطر : لا يكفي وجود خطر فعلي مؤكد لكي يُطبّق نص التجريم، بل يجب أن يكون هذا الخطر الفعلي مؤثراً من شأنه أن يؤدي إلى عده اخلالاً بالإخلاص الزوجي ,لا يستطاع معه دوام العشرة بين الزوجين، وفي ذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية في العراق (إن الثابت من الاوراق التحقيقية المربوطة في الدعوى ان المميز قد اقام الشكوى في شرطة السلام على زوجته المميزة متهماً اياها بالخيانة الزوجية مع الشخص (ج) وايد المميز هذا الاتهام امام قاضي التحقيق ,وان هذا الاتهام بالخيانة الزوجية للمميزة والذي يمس عرضها وشرفها يعتبر ضرراً لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما)[٦٠].

ثالثاً: العلاقة السببية : ويُقصد بها تلك الصلة التي تربط بين السلوك والنتيجة، وتثبت أن ارتكاب السلوك هو الذي أدى إلى حدوث النتيجة[٦١]، فهي السبيل لإسناد النتيجة الى السلوك الإجرامي فتقرر بذلك شرط أساسي لمسؤولية مرتكب السلوك عن هذه النتيجة[٦٢]، كما إنّ تقدير الفاعلية السببية للسلوك يتم بناءً على احتمال سابق بتحقق النتيجة، بحيث أن السلوك إذا كان يملك مقومات إحداث النتيجة فهنا تكتمل العناصر المكونة للركن المادي للتجريم لأنه عندئذ يحقق حالة الخطر التي تخضع لهذا التجريم والتي تتمثّل في إمكانية تحقيق النتيجة الضارة وان لم تتحقق فعلاً [٦٣]، واثبات العلاقة السببية يعد من المسائل الموضوعية التي ينفرد بتقديرها قاضي الموضوع [٦٤]،وعلى سبيل المثال فسقوط الزوجة من على مكان مرتفع الى جسد رجل اخر لا يمكن معه عده مساس بالإخلاص الزوجي كون سلوك كل منهما لم يكن متجهاً لإحداث هذه النتيجة او توقعها، غير أنه يمكن ان تشكل بعض الافعال علاقة سببية وان شاركتها اسباب اخرى ما دامت النتيجة للأفعال متوقعة كقيام الزوجة باحتضان شخص اخر ثم يهب الهواء ليسقط عنهم ملابسهم أو يتعثرون بحجر فيقع أحدهما على الاخر.

الفرع الثاني: الركن المعنوي: لا يكفي توفر الركن المادي لتحقق الاخلال بالإخلاص الزوجي وانما لابد من وجود الركن المعنوي، أي توفر القصد الجرمي القائم على العلم والارادة[٦٥]، وفق التفصيل الاتي:-

أولاً : العلم : العلم هو استعداد الشخص او قدرته على فهم ماهية افعاله وتقدير نتائجها [٦٦]،إذ يجب أن يتوفر العلم لدى الجاني (الزوج أو الزوجة) بأن الزوجية قائمة وصحيحة، ويعلم بأنه يمارس الفعل المخل بالإخلاص الزوجي مع شخص غير مرتبط معه بعقد زواج شرعي، وعلى هذا الاساس اذا انتفى علم الجاني بهذه الامور فلا يتحقق الاخلال بالإخلاص الزوجي، كإن يقوم زوج بملامسة عورة انثى اخرى معتقداً انها زوجته، أو اظهار عورته لامرأة اخرى مرتبط معها بعقد زواج باطل دون علمه بهذا البطلان. فعقد الزواج وقيامه واستمراره هو الذي يلزم الزوجين بالأمانة والاخلاص للزوج الآخر[٦٧]، فارتكاب اي فعل خارج اطار الزواج لا يعد انتهاكاً لواجب الاخلاص الزوجي ,فالمخطوبة مثلاً غير ملتزمة باي من التزامات الاخلاص التي يرتبها عقد الزواج، كذلك المطلقة التي تزول عنها صفة الزوجية فأنه يرفع عن كاهلها واجب الاخلاص في حفظ عرض وشرف زوجها[٦٨].

ثانياً : الارادة : وتعرف الارادة على انها قدرة الانسان على توجيه نفسه الى عمل معين او الامتناع عنه، وهذه القدرة لا تتوفر لدى الشخص إلا إذا انعدمت المؤثرات التي تعمل في ارادته وتفرض عليه اتباعه وجهة خاصة[٦٩]، و وجود العلم وحده غير كافي لتحقق الاخلال بالإخلاص الزوجي وانما لابد من توفر العنصر الثاني في القصد الجرمي وهو الإرادة، أي اتجاه ارادة الجاني الى القيام بماديات الاخلال بالإخلاص الزوجي، فيجب أن يريد الجاني (الزوج أو الزوجة) الأفعال التي يكون فيها مساس أو انتهاك للإخلاص الزوجي، ومثال ذلك اتجاه إرادة الزوجة إلى اجراء المكالمات الهاتفية الغرامية مع شخص اخر، واذا انعدمت الارادة في اجراء الفعل لا يتحقق الاخلال بالإخلاص الزوجي كأن تكره الزوجة على المساس بعورتها من شخص غريب، أو تقوم الزوجة بإرسال صورها إلى زوجها عن طريق مواقع التواصل الاجتماعي فتذهب

بالخطأ إلى شخص اخر، فهنا لا يتحقق الاخلال بالإخلاص الزوجي لأن ارادة الزوجة لم تتجه إلى هذا الأفعال.

والجدير بالذكر أن القصد العام القائم على (العلم والارادة) يكفي لتحقق الاخلال بالإخلاص الزوجي ولا يشترط توفر القصد الخاص، أي لا يشترط وجود نية خاصة لدى الزوجة أو الزوج ـ نية الاخلال بالإخلاص الزوجي ـ لتحقق هذا الاخلال، وانما بمجرد ارتكاب هذه الافعال يتحقق الاخلال لأنها بحد ذاتها تشكل مساساً وانتهاك لعقد الزواج وحق الزوج في الاستئثار بزوجه الاخر[٧٠]، فلا يقبل من الزوج ادعائه أنه مارس هذه الافعال استجابة لنداء الغريزة الجنسية، أو ادعاء الزوجة بانها تمارس الافعال على سبيل المزاح والتسلية. ولا يعتد بالباعث الدافع على ارتكاب افعال المساس بالإخلاص الزوجي، لان الباعث ليس عنصراً في القصد الجرمي[٧١]، فقد يكون الباعث على ارتكاب هذه الأفعال هو الانتقام فمثلاً قد تجري الزوجة المكالمات الهاتفية الغرامية بدافع الانتقام من الزوج لسوء معاملته لها فان الاخلال بالإخلاص الزوجي متحقق في هذه الحالة بغض النظر عن الباعث واختلافه.

المطلب الثاني: جزاء الاخلال بالإخلاص الزوجي: الجزاء هو الاثر المترتب على المخالفة للقواعد القانونية، تلحق بمرتكب الفعل لقاء اخلاله بهذه القواعد، وتختلف الجزاءات من قاعدة إلى أخرى، وسنتعرف في هذا المطلب على جزاء الاخلال بالإخلاص الزوجي.

الفرع الأول: الجزاء في الشريعة الإسلامية: شرعت العقوبات في الشريعة الإسلامية لزجر الجاني حتى لا يعود إلى ارتكاب الجريمة، كما شرعت وردع غير الجاني، أي لردع أفراد المجتمع، حتى لا يقتدوا بالجاني الذي ارتكب الجريمة ويميلون إلى ارتكاب الفعل ذاته، وبهذا فأن العقوبات في الشريعة الإسلامية موانع قبل ارتكاب المعاصي و زواجر بعد ارتكابها[٧٢].

وهناك ثلاث تقسيمات للعقوبات في الشريعة الإسلامية وهي: عقوبة الحدود، وعقوبة القصاص والديات، وعقوبة التعزير، ولكل نوع من هذه الأنواع نطاق تطبق فيه وشروط أساسية لإيقاعها، وأهم ما يميز كل عقوبة من هذه العقوبات النص المقررة فيه، فإذا كانت هذه العقوبة محدد بموجب نص ومقدرة مسبقاً، كنا بصدد عقوبة حدود أو قصاص، وإذا لم تكن هذه العقوبة محددة مسبقاً، كنا بصدد عقوبة تعزيرية[٧٣]. وبما أن الأفعال التي تشكل مساساً بالإخلاص الزوجي لا تدخل في موجبات الحدود او القصاص والديات، فإنها حكماً تكون ضمن نطاق جرائم التعزير على النحو الذي حددناه سابقاً، لذا فإن عقوبتها تكون عقوبة تعزيرية، والتعزير هو التأديب بما يراه الحاكم زاجراً لمن يفعل فعلاً محرماً عن العودة إلى هذا الفعل، فكل من أتى فعلاً محرماً لا حد فيه، ولا قصاص، ولا كفارة، فإن على الحاكم أن يعزره بما يراه زاجراً له عن العودة لهذا الفعل[٧٤]،فولي الأمر مفوض شرعاً بمعاقبة المذنب في جميع أنواع الجرائم والأعمال الممنوعة من غير موجبات الحدود والقصاص بأي نوع من أنواع العقوبات وبأي مقدار لا يقيد في ذلك إلا بقيد العدالة ومراعاة المصلحة المعتبرة[٧٥]. وعليه فأن الشروع في ارتكاب فعل الزنا كمباشرة العناق والتقبيل والخلوة المريبة ...الخ لا حد فيها وانما يوجب التعزير [٧٦]، وإلى ذلك يشير الفقه الاسلامي الى أن كل فعل يباشر مع المرأة الاجنبية ولم يبلغ الوطء بالفرج ففيه التعزير ,ويستوي في

ذلك الشخص المتزوج مع غيره، ومن قبيل هذه الأفعال القبلة والمعانقة ونظر الشخص الى الاخر وهو عاري[٧٧]، ومقدار عقوبة التعزيز يدخل ضمن سلطة القاضي التقديرية وفقاً لظروف القضية المعروضة امامه[٧٨]، فللقاضي الحق في اختيار العقوبة التي يجدها مناسبة لشخصية وظروف المجرم[٧٩]. وهذا الحكم الشرعي قد قننه المشرع السوداني واليمني، إذ جاء نص المادة (١٥١)من القانون الجنائي السوداني لسنة١٩٩١ المعدل لينتظم وفق الآتي (١- يعد مرتكباً جريمة الأفعال الفاحشة من يأتي فعلاً مخلاً بالحياء لدى شخص آخر أو يأتي ممارسة جنسية مع شخص آخر ، لا تبلغ درجة الزنا أو اللواط ، ويعاقب بالجلد بما لا يجاوز أربعين جلدة كما تجوز معاقبته بالسجن مدة لا تجاوز سنة أو بالغرامة). ونص على هذا الجزاء المشرع اليمني بقانون الجرائم والعقوبات رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤المعدل بالمادة (٢٧٦) بقوله (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة كل شخص متزوج رجلاً كان أو انثى اتى افعالاً تتنافى مع الامانة والحرص الواجبين في الزواج). وقد جاء مشروع قانون العقوبات الاسلامي المصري بالمادة (١٣٠)منه لتنص على (من هتك عرض انسان برضاه يعاقب كل منهما بالحبس ,وفي حالة الاحصان تكون العقوبة السجن المؤقت)[٨٠]. وهنا ينبغي الاشارة الى أن القانون اليمني ومشروع قانون العقوبات الاسلامي المصري كانا اكثر حرصاً على تحقيق الحماية الجنائية للإخلاص الزوجي بعكس القانون السوداني الذي لم يعر أي أهمية لصفة الزوجية، ونود أن نشير ايضاً أن إلى أن نص القانون اليمني أبلغ في تحقيق هذه الحماية من مشروع القانون المصري بلحاظ عمومية النص والتي اقتصرها مشروع القانون المصري على هتك العرض فقط، في حين يشار بالبنان الى العقوبة الرادعة التي جاء بها مشروع القانون المصري بعكس القانونين السوداني واليمني.

الفرع الثاني: الجزاء في القانون الوضعي: الجزاء هو العقوبة التي يقررها القانون الجنائي لمصلحة المجتمع تنفيذاً لحكم قضائي صادر من محكمة مختصة على المتهم الذي تثبت مسؤوليته عن الفعل الجرمي المرتكب وذلك لمنعه عن العودة الى ارتكاب الفعل ولمنع غيره من الاشخاص لارتكاب هذا الفعل أو غيره[٨١]. فالعقوبة من حيث الجزاء تنطوي على الايلام الذي يلحق بالمجرم من خلال تقييد أو انتقاص حقوقه ومصالحه وذلك لارتكابه فعلاً مخالف للقانون، ولا يتم فرض العقوبة إلا على الشخص الذي ثبتت مسؤوليته عن ارتكاب الجريمة ولا يمكن فرض عقوبة دون وجود فعل جرمي سابق لها [٨٢]. والغاية المبتغاة من فرض الجزاء هي منع المجرم من ارتكاب هذا الفعل الجرمي أو أي فعل جرمي أخر، وأيضاً لزجر غيره من المواطنين من ارتكاب هذه الجريمة أو أي جريمة أخرى وإلا سيكون مصيرهم كمصير مرتكب هذه الجريمة [٨٣]. والعقوبة لا تفرض إلا من خلال دعوى جزائية تتأخذ فيها جميع الاجراءات القانونية، ويتم الالتزام أيضاً في سبيل اصدار العقوبة وتنفيذها جميع الضمانات الدستورية والقانونية فيها، سواء كان ذلك في مرحلة جمع الادلة واجراء التحقيق أو المحاكمة والنطق في الحكم والطعن فيه ومن ثم تنفيذه بعد اكتساب درجة البتات[٨٤]. وأفعال المساس بالإخلاص الزوجي لزجر مرتكبها عن العودة لها وايضاً من اجل منع بقية افراد المجتمع من ارتكابها لابد من فرض جزاء يتناسب وطبيعة هذه الافعال، لأن عدم وجود جزاء لهذه الافعال يجعلها متروكة للقواعد الاخلاقية أي تكون ممنوعة بموجب قواعد الاخلاق وهذه

القواعد بطبيعتها غير ملزمة للأشخاص لاستنادها لضمير الفرد ذاته وافتقادها للجزاء، فما هو وجه الالتزام بها لمن تحرر من ضمير الانسانية جمعاء وعقر ناقة الاخلاق ليرتكب هذه الافعال وغيرها التي اغفل المشرع عن تجريمها، مما يعني ضرر كاسح يصيب الفرد والمجتمع على حدً سواء. وفي ذلك يقول الدكتور ماهر عبد شويش "إن جرائم الاعتداء على العرض لم تشكل مساساً بحق فردي فقط ومن ثم يملك الانسان أن يتنازل عن شرفه وعرضه ,إذ يعتبر هذا الحق من حقوق المجتمع الخالصة بل في نظري من أهم الحقوق العامة التي ينبغي حمايتها جنائياً بأقسى العقوبات"[٨٥]. وكما لاحظنا سابقاً فأننا نقف على حالات لا تشكل جريمة وفقاً لقانون العقوبات العراقي ,كمن يضبط زوجه الآخر في خلوة مع شخص اجنبي بوضع مريب او ان يراه يباشر فعل التقبيل او الافعال التي لا تصل الى حد الزنا، وهذه الافعال لا تخول هذا الزوج الا طلب التفريق على وفق نص المادة (٤٠)من قانون الاحوال الشخصية العراقي، ولما كانت هذه الافعال تمثل جريمة وفقاً للشريعة الاسلامية بعدها انتهاكاً لحرمة الزوج الآخر ومخالفة لواجب الصيانة المفروض بعقد الزواج، كما يعد انتهاكاً ليس للرابطة الزوجية فقط وانما للأسرة بشكل كامل وللمجتمع عامة، بالإضافة إلى كونها تخالف فطرة الانسان السليم في الحفاظ على الحياء والعفة والطهر والمجبولة على صيانة الانسان في كل ما يعتدي عليه ويؤذيه ويسيئه في عرضه وشرفه وسمعته، وتطهيراً للمجتمع من قالة السوء وبهتان المغرضين وحفظ الاخلاق في المجتمع، فأننا نرى تأسيساً على كل ذلك فرض جزاء على الافعال المخلة بالإخلاص الزوجي وفقاً للآتي :-

أولاً : عقوبة الفعل في صورته البسيطة : تتمثل هذه الصورة في حالة ارتكاب الفعل دون اقترانه بظرف مشدد يستدعي تشديد العقوبة (أي حالة تحقق الركن المادي والمعنوي) فنرى ضرورة فرض عقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنتين وبالغرامة على مرتكب افعال المساس بالإخلاص الزوجي (الزوج او الزوجة) وشريكه، مع منح قاضي الموضوع سلطة تقدير هذه العقوبة وفقاً لملابسات القضية المطروحة أمامه، ونقترح في ذلك النص الآتي (يعاقب بالحبس لمدة لا تزيد على سنتين والغرامة كل زوج ارتكب فعلاً مخلاً بالإخلاص الزوجي).

ثانياً : عقوبة الفعل في صورته المشددة : قد تظهر في بعض الوقائع والتصرفات المنطوية على الاخلال بالإخلاص الزوجي ظروفاً تستدعي تشديد العقاب على هذه الأفعال، وهذه الظروف مختلفة في طبيعتها، ومن جانبناً لا نرى افضل من ظرف العود ليكون سبب في تشديد العقوبة على الجاني، فإذا عاد الجاني إلى ارتكاب هذه الافعال خلال مدة سنة من تاريخ استنفاذ العقوبة الاولى بحقه فهذا يعني أن العقوبة لم تكن رادعة له مما يحتاج الامر لتشديدها لتحقق وظيفتها في ردع الجاني وزجره من تكرار هذا الفعل، كما لا نغفل ظرف القرابة في تشديد العقاب إذا كانت تربط الشريك بالشخص المتزوج رابطة أسرية كأن يكون من محارمه أو قريبه الى الدرجة الثالثة، لما تمثله هذه القرابة من سبيل يستسهل معه ارتكاب الجريمة، فضلاً عن كون مرتكب الجريمة قد فصم بيديه عرى القرابة الوثيقة، فتفرض عليه عقوبة اشد من سابقتها لتكون هذه العقوبة متمثلة بالحبس من ٣ سنوات فأكثر وبالغرامة. ونقترح في ذلك النص الآتي (يعاقب الزوج الجاني بالحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على خمس سنوات

والغرامة في حالة العود أو كان المجنى عليه من أقاربه إلى الدرجة الثالثة) كما نرى ان لا تكون هذه العقوبة خاضعة للإفراج الشرطي، حتى تحقق غايتها في ردع المجرم وزجر الكافة. وإن تكون هذه الجريمة تدخل في نطاق المادة ٣ من قانون اصول المحاكمات الجزائية بحيث لا يجوز تحريكها الى من قبل الزوج الآخر، واستثناءً يجوز تحريكها من قبل اصوله أو فروعه في حالة غيابه خارج البلاد ,حفاظاً على الروابط الأسرية قدر الامكان. وعليه يكون النص المقترح هو مادة بأربعة فقرات وفق الآتي (١- يعاقب بالحبس لمدة لا تزيد على سنتين والغرامة كل زوج ارتكب فعلاً مخلاً بالإخلاص الزوجي .

٢- يعاقب الزوج الجاني بالحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات والغرامة في حالة العود أو كان المجنى عليه من أقاربه إلى الدرجة الثالثة

٣-لاتخضع الجريمة المرتكبة وفق الفقرتين(١و٢) للإفراج الشرطي .

٤-تحرك الشكوى وفق الشروط المبينة بالمادة(٣)اصولية ,ويجوز لاصول وفروع المجنى عليه تحريكها في حالة غياب المجنى عليه خارج البلاد).

الخاتمة

حقيق بنا بعد أن انتهينا من الخوض في بحثنا الموسوم(الاخلاص الزوجي بين النقص التشريعي وضرورة التجريم الوقائي ـ دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية ـ) أن نستخلص نتائجه ونستخرج منه ما هدفنا للوصول اليه من خلال هذا البحث وعلى النحو الاتي:

أولاً : النتائج

١- إن مدلول الاخلاص الزوجي في اللغة والاصطلاح الشرعي قريبان من الاتفاق ,إذ يدل هذا المدلول على النقاء والصفاء والاستئثار في العلاقة الجنسية بين الزوجين إذ يعده الفقه الاسلامي واجب على الشخص المتزوج ويسميه بواجب الصيانة ,في حين لم نجد لهذا المصطلح مدلول عند الفقه القانوني ,وبناءً عليه اجتهدنا في وضع تعريف لهذا المصطلح وعرفناه بأنه (الاستئثار بالعلاقة الجنسية للزوجين ,بمعنى أخر هو حق كل من الزوجين في الاختصاص والاستئثار بزوجه الآخر، وعليه فالحماية الجنائية للإخلاص الزوجي هي مجموع القواعد القانونية الجنائية التي يتوسل بها المشرع وقاية الوفاء الزوجي من المساس المادي والمعنوي وفرض جزاء جنائي على المخالفين بما يحفظ صفاء العلاقة الزوجية ونقائها).

٢- إن الاساس المعتبر لحماية الاخلاص الزوجي في الشريعة الاسلامية يرتد الى الواجبات الزوجية وضرورة حماية العرض والشرف والاعتبار الزوجي من خلال واجب الصيانة المفروض على الزوجين، ومقصد الشريعة الاسلامية في ذلك حفظ العلاقة الزوجية ونقاؤها وحفظ الاعراض وحفظ شرف واعتبار الزوج الآخر، من خلال تحريم مقدمات الزنا وحماية حق الزوج في الاستئثار والاختصاص بزوجه الآخر، تأسيساً

على قاعدة سد الذرائع، بما يمثله ذلك من حماية وقائية للعلاقة الزوجية والاسرة والمجتمع في آن واحد .

٣- إن غالبية التشريعات الجنائية العربية ومنها قانون العقوبات العراقي قد حذت حذو التشريعات الجنائية الغربية في تبنيها للنظرية الاجتماعية في دراستها للمصالح واجبة الحماية من خلال التجريم والعقاب، دون أن تساير النظرية الاخلاقية في ذلك، مما حدا بها إلى الاعتداد بالحرية الجنسية للأفراد ومدى توفر رضاهم في ارتكاب الجرائم الأخلاقية، فهي لا تفرض حمايتها الجنائية للأفراد الا عند المساس بهذه الحرية، فالأفعال الجنسية الرضائية لا مسؤولية جزائية عنها ما لم يكن هذا الرضا مشوب بالإكراه أو التهديد أو صغر السن أو كانت الجريمة مرتكبة بشكل علني وتمس الحياء العام .

٤- إن التشريعات الجنائية العربية ومنها التشريع العراقي لا يفرض حمايته للإخلاص الزوجي الا في وصورة واحد هي صورة جريمة الزنا بتمام الفعل وكماله فلا عقوبة على الشروع فيه ولا هم يحزنون، ولعل حكمة المشرع في هذه الحماية ليست المساءلة عن عدم الاخلاص الزوجي وانما حماية الأسرة من التفكك والانهيار وحفظ النسل بدليل أنه قيد متابعة هذه الجريمة بقيد الشكوى من الزوج الآخر، كما تجدر الاشارة الى عدم المساواة في نطاق هذه الحماية على أساس الجنس بين الزوجين.

٥- وجدنا من خلال البحث أن هنالك جملة من الافعال التي تمثل مساساً بالغاً وكبيراً للإخلاص الزوجي ولا تخضع للمسؤولية الجنائية ,وسبب ذلك يرتد –كما أشرنا ذلك سابقاً-الى اعتناق المشرع العراقي للنظرية الاجتماعية دون النظرية الأخلاقية، ومن هذه الافعال التي أشرناها وقد أشرها القضاء في بعض الأحيان، على سبيل المثال هي :-

أ- الفعل الفاضح غير العلني المرتكب من الشخص المتزوج .

ب- هتك العرض المرتكب من الشخص المتزوج .

ت- المكالمات الهاتفية الغرامية والعروض الصورية والفيديوية .

٦- بان لنا من خلال البحث أن الجزاء على ارتكاب هذه الافعال متوفر في الشريعة الإسلامية، ويأخذ صورة التعزير، كون هذه الافعال لا تدخل ضمن جرائم الحدود ولا جرائم القصاص والديات، وقد تلقفت بعض التشريعات التي اخذت بالشريعة الاسلامية وتبنت النظرية الاخلاقية هذه الحماية واسبغتها على الاخلاص الزوجي، ومنها التشريع الجنائي السوداني واليمني، وتبناه كذلك مشروع قانون العقوبات الاسلامي المصري.

٧- أننا لاحظنا خلو قانون العقوبات العراقي من أية حماية جنائية للإخلاص الزوجي وهو ما يمثل نقصاً تشريعياً ينبغي تداركه، تأسيساً على الفطرة الانسانية السليمة المجبولة على العفة والطهارة والتي

تأبي مثل هذه الافعال ويشمئز لها ضمير الإنسانية، فضلاً عما تمثله من آفة تنخر كيان الأسرة والمجتمع، بالإضافة الى كونها تجعل العلاقة الزوجية تقف على شفا جرف هار ,كما أنه ليس من المنطق أن يرتكب الشخص المتزوج هذه الأفعال ولا يكون لقرينه الآخر وشريكه في الحياة الزوجية سوى ما نصت عليه المادة (٤٠)من قانون الاحوال الشخصية، والتي لا تخول هذا الأخير سوى طلب التفريق للضرر، متناسياً ما أصابه من مساس بعرضه وشرفه وسمعته واعتباره ,فضلاً عن إهمال الجانب الوقائي في التجريم والعقاب، إذ إن ذلك يمنح أفراد المجتمع عديمي الاخلاق استسهال هذه الأفعال واتيانها وتكرارها نظراً لانعدام المسؤولية الجزائية عنها، وما قد تؤديه هذه الافعال من الذهاب بعيداً وارتكاب الجريمة الكبرى وهي الزنا، وعليه فأن كل ذلك يجب أن يكون محل اعتبار لدى المشرع العقابي بلحاظ هذه المصالح واجبة الحماية والتي تستوجب التدخل التشريعي للتنصيص العقابي الوقائي.

ثانياً : التوصيات

١- نوصي المشرع العراقي بالسير خلف الشريعة الاسلامية في منهجها الاخلاقي القويم وأتباع النظرية الاخلاقية في التجريم والعقاب، لما تمثله من أساس كافي يمكن الارتكاز عليه في توفير الحماية الجنائية اللازمة للأخلاق وتوفير الجزاء الرادع لمرتكبي الجرائم الاخلاقية ومنها افعال المساس بالإخلاص الزوجي، والتي تهدد الاسرة والمجتمع بالصميم.

٢- نهيب بالمشرع العراقي واتباعاً للمنطق وتأسيساً على المصالح المعتبرة آنفة الذكر أن ينص على تجريم الافعال الماسة بالإخلاص الزوجي، لأنه ليس من المنطق ولا الحكمة إنتظار اشاعة الفاحشة لإعمال نصوص التجريم والعقاب سواء على ممارسة البغاء أو عند ارتكاب الزنا، فلا جدوى من الذهاب إلى الطبيب بعد تفشي المرض وانعدام الحيلة، كما ان ذلك يعزز الجانب الوقائي للنص العقابي والذي يهدف بدوره الى منع ارتكاب الجرائم قبل وقوعها.

٣- نقترح لمشرعنا العراقي إضفاء الحماية الجنائية للإخلاص الزوجي وفقاً للنص الآتي (١- يعاقب بالحبس لمدة لا تزيد على سنتين والغرامة كل زوج ارتكب فعلاً مخلاً بالإخلاص الزوجي ٢- يعاقب الزوج الجاني بالحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات والغرامة في حالة العود أو كان المجنى عليه من أقاربه إلى الدرجة الثالثة ٣-لاتخضع الجريمة المرتكبة وفق الفقرتين(١و٢) للإفراج الشرطي ٤-تحرك الشكوى وفق الشروط المبينة بالمادة(٣)أصولية، ويجوز لأصول وفروع المجنى عليه تحريكها في حالة غياب المجنى عليه خارج البلاد) وفي هذا النص المقترح العلاج الشافي لهذا الداء، والكي المناسب لهذه الآفة، فلا يضيع حق الزوج المضرور في نفسه وشرفه واعتباره ,ولا يفلت من فصم عقد الزواج الغليظ من العقاب لإخلاله بواجب الاخلاص للزوج الأخر و وفقاً للأسباب التي بيناها آنفاً.

٤- نوصي بضرورة اثارة هذا الموضوع في الندوات والمحافل القانونية وتوضيح مخاطره الكبيرة على المجتمع والاسرة التي هي نواة المجتمع، فان طرح هذا الموضوع على طاولة النقاش له الدور الكبير في تعزيز قناعة المشرع في التصدي لهذه الافعال وتجريمها لضررها المتزايد على المجتمع خصوصاً بعد التطور التكنولوجي الهائل في وسائل الاتصال.

قائمة الصادر

- بعد القران الكريم

أولاً- كتب اللغة والاخلاق

١- ابن منظور الافريقي، لسان العرب، المجلد السابع، دار صادر، بيروت، بدون ذكر سنة طبع.

٢- احمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، المجلد الأول،ط١،عالم الكتب ,القاهرة،٢٠٠٨.

٣- الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت،١٩٨٦.

٤- عبد الله شبر، الاخلاق، ج ١، تحقيق السيد علي القصير، ط١، قسم الشؤون الفكرية والثقافية في العتبة الحسينية المقدسة، كربلاء ,٢٠٠٨ .

٥- محمد مهدي الصدر، اخلاق اهل البيت، ط ٤، مؤسسة دار الكتاب الإسلامي، قم، ٢٠٠٨ .

٦- المعجم الوسيط، ط ٤، مجمع اللغة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

٧- ناصر مكارم الشيرازي، الاخلاق في القران، ج ١، ط ٢، مدرسة الامام علي بن ابي طالب(ع) ,قم ,١٤٢٦ هـ .

ثانياً - كتب الفقه الاسلامي

١- ابن قدامة عبد الله المقدسي، المغني على الشرح الكبير، ج ١٠ ,ط ١، دار الفكر، بيروت،١٩٩٥.

٢- أبو إسحاق إبراهيم موسى اللخمي الغرناطي المالكي الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، تخريج السيد أحمد علي، تعليق محمد عبد الله وراز، ج٢، مكتبة الاسرة، القاهرة ، ٢٠٠٦.

٣- أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق ماجد الحموي، ج١، ط١، دار ابن حزم، بيروت، ١٩٩٥.

٤- ابو بكر محمد بن احمد بن ابي سهلي السرخسي، المبسوط، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت،١٩٩٤.

٥- احمد سامي جميل فياض الكبيسي: الاشتراك في الجريمة في الفقه الإسلامي، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧.

٦- حسين المحمداوي، القتل بسبب الزنا بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديد للنشر،مصر،٢٠٠٦.

٧- خالد مصطفى هاشم، الجريمة (دراسة مقارنة بين الشريعة اليهودية والإسلامية)، المعهد العالي للفكر الإسلامي، الولايات المتحدة الأمريكية، ٢٠٠٧.

٨- سيد سابق و سيد محمد الغروي، فقه السنة و فقه الشيعة، ج٢، ط١، دار الهادي، ٢٠٠٣.

٩- السيد محمد تقي الحكيم، الفتاوي الميسرة وفقاً لفتاوي سماحة آية الله العظمى السيد علي السيستاني، دار المؤرخ العربي، لبنان، ١٤١٦هـ.

١٠- الشيخ علي حب الله، دراسات في فلسفة أصول الفقه والشريعة ونظرية المقاصد، ج١، ط١، دار الهادي، لبنان، بدون ذكر سنة الطبع.

١١- الشيخ محمد جعفر شمس الدين: نظام العقوبات في الإسلام مباحث الحدود دراسة مقارنة على المذاهب الستة، ط١، دار الهادي، لبنان، ٢٠٠٨.

١٢- طه جابر العلواني، قضايا إسلامية معاصرة في مقاصد الشريعة الإسلامية،ط٣،دار الهادي للطباعة والنشر، لبنان، ٢٠٠٥.

١٣- عبد الخالق النواوي، التشريع الجنائي الإسلامي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، منشورات المكتبة العصرية، لبنان، بدون ذكر سنة الطبع.

١٤- عبد الرحمن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المجلد الخامس، ط١، دار التراث، القاهرة، مصر، ٢٠٠٢.

١٥- عبد القادر عودة ,الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الاسلامي ,ج٤ ,المجلد ١ ,مركز السنهوري ودار الشروق ,القاهرة ,٢٠٠١ .

١٦- عبد الملك عبد الرحمن السعدي، العلاقات الجنسية غير الشرعية وعقوبتها في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، القسم الأول، مطبعة الارشاد، العراق، بدون ذكر سنة الطبع.

١٧- علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، تحقيق إسماعيل الحسيني، دار السلام، القاهرة، مصر،٢٠١١.

١٨- عيسى العمري ود. محمد شلال العاني، فقه العقوبات في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، ط٣، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، ٢٠٠٣.

١٩- مالك مصطفى وهبي العاملي، مقاصد الشريعة بين الإفراط والتفريط ،دار الهادي، لبنان، بدون ذكر سنة الطبع.

٢٠- محمد جواد مغنية: فقه الإمام جعفر الصادق عرض واستدلال، ج٣، ط١، دار الجواد، لبنان، ١٩٦٥.

٢١- محمد رواس قلعجي: موسوعة فقه الحسن البصري، ط١، دار النفائس، لبنان، ١٩٨٩.

٢٢- محمد رواس قلعجي، موسوعة فقه الإمام علي بن أبي طالب، ، ط١، دار النفائس، لبنان، ١٩٩٦.

٢٣- محمد سليم العوا: النظام الجنائي الإسلامي دراسة مقارنة، نهضة مصر، مصر، ٢٠٠٧.

٢٤- محمد علي سالم عياد الحلبي، أسس التشريع الجنائي في الإسلام، دار وائل، الأردن، ٢٠٠٩.

٢٥- مصطفى عبد المحسن و د. هاني مصطفى عبد المحسن: عقوبات جرائم الحدود في النظام الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠١٤.

٢٦- يحيى بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق زهير الجاويش، ج ٧ ,ط ٣ ,المكتبة الاسلامية، ١٩٩٢.

ثالثاً - الكتب القانونية العامة والمتخصصة

١- د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، جرائم التعريض للخطر العام / دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٩.

٢- د. أدوار غالي الذهبي، الجرائم الجنسية، ط١، مكتبة غريب، مصر، ١٩٨٨.

٣- د. أشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للحق في صيانة العرض في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٤.

٤- د. أكمل يوسف السعيد يوسف، الحماية الجنائية للأطفال من الاستغلال الجنسي، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٤.

٥- د. إيهاب عبد المطلب، الموسوعة الجنائية في شرح قانون العقوبات، المجلد الثالث، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠١٠.

٦- د. سعيد عبد اللطيف، الحماية الجنائية للعرض في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٤.

٧- د. سليمان عبد المنعم ، علم الإجرام والجزاء، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥.

٨- د. ضاري خليل محمود، البسيط في شرح قانون العقوبات / القسم العام ، ط١، بلا ناشر، بغداد، ٢٠٠٢ .

٩- د. ضاري خليل محمود، الوجيز في شرح قانون العقوبات القسم العام، دار القادسية للطباعة، بغداد، بدون ذكر سنة الطبع.

١٠- د. طارق سرور، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠١٠.

١١- د. عبد الحكم فوده ، أحكام رابطة السببية في الجرائم العمدية وغير العمدية، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ٢٠٠٦ .

١٢- د. عبد العزيز محمد محسن، الحماية الجنائية للعرض في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٣.

١٣- د. علي ابو حجيلة : الحماية الجزائية للعرض في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، ط١، دار وائل، الأردن، ٢٠١٣.

١٤- د. علي حسين الخلف ود. سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات ,المكتبة القانونية، العراق، بدون ذكر سنة.

١٥- د. علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٢.

١٦- د. فادي أسبر نصر، العلاقة الشهوانية بين المرأة والرجل في القانون، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت، لبنان ،بدون ذكر سنة الطبع.

١٧- د. فاطمة سليمان جسام : الحماية الجنائية للحياء العام (دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠١١.

١٨- د. فتوح عبدالله الشاذلي: شرح قانون العقوبات القسم الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بدون ذكر سنة الطبع .

١٩- د. لين صلاح مطر، موسوعة قانون العقوبات العام والخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٣.

٢٠- د. ماهر عبد شويش، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، المكتبة القانونية، بغداد، بدون ذكر سنة الطبع.

٢١- د. ماهر عبد شويش، الأحكام العامة في قانون العقوبات، مطبعة الجامعة، الموصل، ١٩٩٠.

٢٢- د. محمد عطية راغب، الجرائم الجنسية في التشريع المصري،ط١، مطبعة النهضة المصرية، مصر، ١٩٥٧.

٢٣- د. محمد فتحي محمد أبو عزت، تفتيش شبكة الأنترنت لضبط جرائم الاعتداء على الآداب العامة والشرف والاعتبار (دراسة مقارنة)، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، بدون ذكر سنة الطبع.

٢٤- د. محمد نور الدين سيد عبد المجيد، اثر العلاقة الزوجية في احكام التجريم والعقاب، دار النهضة العربية، مصر،٢٠١٢.

٢٥- د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، مصر ,بدون ذكر سنة الطبع.

٢٦- د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٧٧.

٢٧- د. مصطفى الشاذلي، الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار والآداب، ط١، دار الكتب العربي الحديث ,الاسكندرية، ١٩٩٣.

٢٨- د. معوض عبد التواب، الموسوعة الشاملة في الجرائم المخلة بالآداب وجرائم هتك العرض، دار المطبوعات الجامعة، الإسكندرية، مصر، ١٩٨٣.

٢٩- د. موفق حميد البياتي: الموجز في شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ، ط١، زين الحقوقية ،بيروت، لبنان، ٢٠١٨.

٣٠- د. يعقوب يوسف الجدوع و محمد جابر الدوري، الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة في التشريع الجنائي العراقي، مطبعة النعمان، النجف، العراق، ١٩٧٢.

رابعاً - الأطاريح والرسائل الجامعية

١- د. بندر بن حمود محمد الاسلمي الشمري، جهود هيئة الامر بالمعروف والنهي عن المنكر في جرائم العرض المعلوماتية، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، ٢٠١٣.

٢- خالد بن محمد الحميزاوي، الحماية الجنائية للعرض (دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية)، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية، الرياض، السعودية، ٢٠٠٨.
٣- خالد مجيد عبد الحميد ,السياسة الجنائية الموضوعية الوقائية ,اطروحة دكتوراه، بابل،٢٠١٦.
٤- رنا جاسم صديق زين العابدين، مقاصد الشريعة عند إمام الحرمين الجويني، رسالة ماجستير جامعة بغداد، كلية العلوم الإسلامية، العراق، ٢٠١٣.
٥- طارق حمد الحويان، أحكام الخيانة في الفقه الاسلامي –المعاملات المالية والاحوال الشخصية انموذجاً، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الدراسات العليا-قسم الفقه واصوله، جامعة العلوم الاسلامية –الاردن ,٢٠١٢.
٦- فلاح سعد الدلو : الاعتداءات القولية على عرض المسلم، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية غزة كلية الشريعة والقانون، فلسطين،٢٠٠٠.
٧- فوزي فريح ياسين العيساوي، أنواع العقوبات وطرق استيفائها في الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، العراق، ٢٠٠٥.
٨- متعب بن عبد الله الخماش، الجرائم القولية الموجبة للتعزير، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية، الرياض، السعودية، ٢٠٠٢.
٩- محمد مردان علي البياتي، المصلحة المعتبرة في التجريم، أطروحة دكتوراه، جامعة الموصل، العراق، ٢٠٠٢.
١٠- محمود لنكار ,الحماية الجنائية للاسرة ,اطروحة دكتوراه، جامعة منتوري –الجزائر، ٢٠١٠.
١١- هدى عبد الواحد جاسم حميدي، الجرائم الماسة بالأخلاق والآداب العامة عبر الوسائل الالكترونية الحديثة، رسالة ماجستير، جامعة النهرين، العراق ،٢٠١٥.

خامساً - البحوث والدراسات

١- د. محمد عبدو، الفكر المقاصدي عند ابن خلدون، بحث منشور في مجلة المحجة، بيروت، لبنان، العدد السابع عشر، ٢٠٠٨.
٢- عبد العليم شداد: التعزير بين الفقه الإسلامي والفقه القانوني، بحث منشور مجلة الأزهر، مصر، الجزء السابع، السنة الثانية والخمسون، ١٩٨٠.
٣- عماد فاضل ركاب: حماية القرابة في قانون العقوبات العراقي، مجلة جامعة ذي قار، العدد الرابع، المجلد الخامس،٢٠١٢.
٤- محمد صبحي نجم: الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة في قانون العقوبات الأردني، بحث منشور في مجلة الحقوق، الكويت، السنة الثانية عشر، العدد الأول، ١٩٨٨.

سادساً – القوانين ومشروعات القوانين

١- قانون الاسرة البحريني رقم ١٩ لسنة ٢٠١٧النافذ.
٢- قانون الاسرة الجزائري بالرقم ٨٤-١١ لسنة ١٩٨٤ النافذ.

٣- قانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١النافذ.

٤- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩النافذ والمعدل.

٥- قانون العقوبات المصري رقم ٨٥ لسنة ١٩٣٧النافذ والمعدل.

٦- قانون العقوبات اليمني رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤النافذ والمعدل.

٧- مشروع قانون العقوبات الاسلامي المصري ومذكرته الايضاحية لعام ١٩٨٢.

الهوامش

[١] محمود لنكار ,الحماية الجنائية للاسرة ,اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق- جامعة منتوري –الجزائر ,٢٠١٠ ,ص ١٤٧.

[٢] سورة النساء –أية ٢١.

[٣] د. احمد مختار عمر ,معجم اللغة العربية المعاصرة ,المجلد الاول ,ط ١ ,عالم الكتب ,القاهرة ,٢٠٠٨ ,ص ٦٧٨.

[٤] المعجم الوسيط ,ط ٤ ,مجمع اللغة العربية ,القاهرة ,٢٠٠٤ ,ص ٢٤٩.

[٥] سورة النحل –أية (٦٦).

[٦] سورة ص –أية(٤٦) .

[٧] الرازي ,مختار الصحاح ,مكتبة لبنان ,بيروت ,١٩٨٦,ص ٧٧ .

[٨] ابن منظور الافريقي ,لسان العرب ,المجلد السابع ,دار صادر ,بيروت , ,ص ٢٦-٢٨ .

[٩] عبد الله شبر ,الاخلاق ,ج ١ ,تحقيق السيد علي القصير ,ط١ ,قسم الشؤون الفكرية والثقافية في العتبة الحسينية المقدسة ,كربلاء ,٢٠٠٨ ,ص ٧٣.

[١٠] ناصر مكارم الشيرازي ,الاخلاق في القران ,ج ١ ,ط ٢ ,مدرسة الامام علي بن ابي طالب(ع) ,قم ,١٤٢٦ هـ ,ص ٢٣١ .

[١١] محمد مهدي الصدر ,اخلاق اهل البيت ,ط ٤ ,مؤسسة دار الكتاب الاسلامي ,قم ,٢٠٠٨ ,ص ٨٥.

[١٢] محمد مهدي الصدر ,المصدر السابق ,ص ٢٥٥-٢٥٦ .

[١٣] [١٣] محمد مهدي الصدر ,المصدر السابق ,ص ٢٥٩ .

[١٤] محمد مهدي الصدر ,المصدر السابق ,ص ٢٦٢ .

[١٥] قانون الاسرة البحريني رقم ١٩ لسنة ٢٠١٧ بالمادة الخامسة , وقانون الاسرة الجزائري بالرقم ٨٤-١١ لسنة ١٩٨٤ بالمادة الرابعة.

[١٦]- ينظر: علال الفاسي: مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، تحقيق إسماعيل الحسيني، دار السلام، القاهرة، مصر،٢٠١١، ص١١١.

[١٧]- ينظر: مالك مصطفى وهبي العاملي: مقاصد الشريعة بين الإفراط والتفريط ،دار الهادي، بيروت، لبنان ،بدون ذكر سنة الطبع، ص٢٠.

[١٨]- ينظر: طه جابر العلواني: قضايا إسلامية معاصرة في مقاصد الشريعة الإسلامية ،الطبعة الثالثة ،دار الهادي للطباعة والنشر ،بيروت، لبنان، ٢٠٠٥، ص٦.

[١٩] - محمد جواد مغنية: فقه الإمام جعفر الصادق عرض واستدلال، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار الجواد، بيروت، لبنان، ١٩٦٥، ص١٥٤.

[٢٠] والجدير بالذكر أن هناك من يضيف إلى هذه الضرورات الخمسة ضرورة حفظ العرض ، ويعد العرض مستقل عن النسب والنسل، ويجعل المقاصد الضرورية ستة مقاصد، بإضافة حفظ العرض لها، وهناك نقاش بين الفقهاء حول التعبير عن بعض الضرورات ومسمياتها، ولكن سارت هذه الدراسة وفق المشهور من الآراء بما يتناسب ومقتضيات هذه الدراسة ولذلك تجنبنا الدخول في هذه النقاشات الفقهية . ينظر بشأن التفصيل بهذا الموضوع أبو إسحاق الشاطبي، مصدر سابق، ص١٣ وما بعدها؛ و الشيخ علي حب الله، مصدر سابق، ص٧٦ وما بعدها؛ و طه جابر العلواني، مصدر سابق، ص٦ ؛ ٧ و علال الفاسي، مصدر سابق، ص١١١ وما بعدها؛ و الشيخ مصطفى وهبي العاملي، مصدر سابق، ص٢٠وما بعدها .

[٢١]- ينظر: عيسى العمري ود. محمد شلال العاني: فقه العقوبات في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة ،الطبعة الثانية ،دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، ٢٠٠٣،ص٥٠؛ وحسين المحمداوي: القتل بسبب الزنا بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديد للنشر،مصر،٢٠٠٦،ص١٢١؛ و د. مصطفى عبد المحسن و د. هاني مصطفى عبد المحسن، مصدر سابق،ص٣٤؛ و د. عبد العزيز محمد محسن، مصدر سابق،ص٣٣.

[٢٢]- ينظر: فلاح سعد الدلو : الاعتداءات القولية على عرض المسلم، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية غزة كلية الشريعة والقانون، فلسطين،٢٠٠٠،ص٥-٦؛ و محمد عبدو، مصدر سابق، ص١٨٩-١٩٠؛ ورنا جاسم صديق زين العابدين، مصدر سابق، ص٥٥-٥٦.

[٢٣] أن مفهوم الزنا في الشريعة الإسلامية يختلف عن مفهومه في القوانين الوضعية، فالشريعة الإسلامية لا تقصر الزنا على الشخص المتزوج كما هو الحال في القوانين الوضعية، وإنما تشمل المتزوج المحصن وغير المتزوج، إلا أن اختلاف كون الشخص محصن أو غير محصن لا يجد أساسه في مجال التحريم، أي لا يؤثر على صفة الفعل، فالفعل يكون محرماً في كلتا الحالتين، سواء كان الشخص محصناً أو غير محصن، إلا أن الأثر يكون في مجال العقوبة، فالعقوبة لغير المحصن تكون بالجلد، وأما بالنسبة للمحصن تكون الرجم , وفي ذلك يقول سبحانه تعالى (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة).للمزيد أنظر: ينظر: د. عبد الخالق النواوي: التشريع الجنائي الإسلامي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، لبنان ،بدون ذكر سنة الطبع، ص٢٣؛ و عبد الرحمن عبد الملك السعدي، مصدر سابق،ص٧٠-٧١.

[٢٤] سورة البقرة- أية ٢٢٨ .

[٢٥] سورة النساء – أية ٣ .

[٢٦]- ينظر: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق ماجد الحموي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ١٩٩٥، ص٩٣٨؛ و سيد سابق و سيد محمد الغروي: فقه السنة و فقه الشيعة، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الهادي، ٢٠٠٣، ص٢٨؛ و السيد محمد تقي الحكيم: الفتاوي الميسرة وفقاً لفتاوي سماحة آية الله العظمى السيد علي السيستاني، دار المؤرخ العربي، بيروت، لبنان، ١٤١٦هـ، ص٢٢٥.

[٢٧]- ينظر: د. فاطمة سليمان جاسم، مصدر سابق، ص٦؛ و د. فتوح عبد لله الشاذلي، مصدر سابق، ص٧٤٣ .

[٢٨]- ينظر: د. محمد فتحي محمد أنور عزت، مصدر سابق، ص٨٤-٨٥.

[٢٩]- ينظر: بندر بن حمود محمد الاسلمي الشمري : جهود هيئة الامر بالمعروف والنهي عن المنكر في جرائم العرض المعلوماتية، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، ٢٠١٣،ص٢٤؛ و د. عبد العزيز محسن، مصدر سابق، ص٢١؛ و د. اكمل يوسف السعيد يوسف، مصدر سابق، ص٤٣-٤٤.

[٣٠]- ينظر: د. على أبو حجيلة ، مصدر سابق،ص١٨؛و د. معوض عبد التواب، مصدر سابق، ص٢٩٢.

[٣١]- ينظر: هدى عبد الواحد جاسم حميدي: الجرائم الماسة بالأخلاق والاداب العامة عبر الوسائل الالكترونية الحديثة، رسالة ماجستير، جامعة النهرين، العراق ،٢٠١٥،ص٦؛ و د. عبد العزيز محمد محسن، مصدر سابق ص٢١ و د. محمد عطية راغب، مصدر سابق، ص٣٠٢.

[٣٢]- قانون العقوبات اليمني رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤ المنشور بالجريدة الرسمية اليمنية بالعدد ١٩بتاريخ ١٩٩٤النافذ والمعدل .

[٣٣]- ينظر: د. محمود نجيب حسني : شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، مصر ،بدون ذكر سنة الطبع،ص٢١٤؛و خالد ابن محمد الحميزاوي، مصدر سابق،ص٣٩.

[٣٤]- ينظر: د. علي عبدالقادر القهوجي ،مصدر سابق،ص٤٦٤-٤٦٥؛ود.معوض عبدالتواب ،مصدر سابق، ص٢٩٣-٢٩٤.

[٣٥]- لم يكن تأثير الثورة الفرنسية فيما يتعلق بالحرية الشخصية الجنسية على التشريعات الفرنسية فقط، وإنما امتد أثر هذه الثورة إلى أغلب أن لم نقل جميع التشريعات الغربية، ومنها التشريعات الايطالية، والالمانية، والامريكية، وغيرها من التشريعات التي تبنت الحرية الجنسية. لمزيد من التفصيل ينظر: د. اشرف توفيق شمس الدين، مصدر سابق،ص١٢٠ وما بعدها.

[٣٦]- وقد تبنى المشرع الفرنسي الحرية الشخصية الجنسية في المواد (٢٢٢/٢٢-٢٢٢/٣٣) راجع بشان التعليق على هذه المواد ووجهة نظر المشرع الفرنسي الحديث اتجاه الحرية الشخصية. د. لين صلاح مطر، مصدر سابق، ص١٢٤؛و د. عبد العزيز محمد محسن، مصدر سابق، ص٢٢.

[٣٧]- ينظر: فادي أسبر نصر: العلاقة الشهوانية بين المرأة والرجل في القانون، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت، لبنان ،بدون ذكر سنة الطبع،ص١٤-١٥؛ و د. اشرف توفيق شمس الدين توفيق ،مصدر سابق،ص١١٥-١١٦؛ و د. سعيد عبد اللطيف حسن، مصدر سابق،ص١١٥.

[٣٨] ومما تجدر الاشارة اليه ان المشرع العرقي قد قيد من سريان جريمة الزنا بالنسبة للزوج الا في حالة ارتكابها في منزل الزوجية ,وهذا محل نظر خصوصاً إذا ما نظرنا له من جانب المساواة في الفعل المرتكب واثره على الاخلاص الزوجي ,ثم منع بتحريك دعوى الزنا ضد أي من الزوجين أو اتخاذ أي إجراء فيها لا يكون إلا بشكوى من الزوج الآخر وفقاً للمادة(٣٧٨)من قانون العقوبات العراقي ,ثم اجاز كذلك لأي من الزوجين أن يمنع السير في تنفيذ الحكم الصادر على زوجه الآخر طبقاً للمادة (٢/٣٧٩) من قانون العقوبات العراقي.

[٣٩] تنص المادة (٣٩٨)من قانون العقوبات على ان اذا عقد زواج صحيح بين مرتكب احدى الجرائم الواردة في هذا الفصل وبين المجنى عليها عد ذلك عذرا قانونيا مخففا لغرض تطبيق احكام المادتين ١٣٠ و١٣١ من قانون العقوبات.

[٤٠] وفي ذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم ٤٣٢٣/الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٧ في ٢٠١٧/٧/٣١. أن (لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا" ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون لان محكمة الموضوع اصدرت حكمها قبل استكمال تحقيقاتها لمفاتحة الهيئة الفنية المختصة ببيان فيما اذا كانت الصورة المنسوبة للمميز عليها مصطنعة مفبركة من عدمها هذا من جهة ومن جهة ثانيه فان من حق الزوج طلب التفريق طبقا" لما نصت عليه المادتين الاربعون والثالثة والاربعون من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل رغم ان له حق الطلاق الا ان من حقه طلب التفريق كما ان مفهوم الخيانة الزوجية اوسع من زنا الزوجية وحيث ان عدم مراعاة ذلك قد اخل ب بصحة الحكم المطعون فيه لذا قرر نقضه واعادة الدعوى الى محكمتها لاتباع ما تقدم) .

[٤١] القرار التمييزي رقم ١٠٣٣/ شخصية/ ٨١ في ٢٦/ ١٢/ ١٩٨١ .

[٤٢] د. علي حسين الخلف ود. سلطان عبد القادر الشاوي ,المبادئ العامة في قانون العقوبات ,المكتبة القانونية ,بغداد ,ص ١٣٨ -١٣٩.

[٤٣] المادة (٢٨)من قانون العقوبات العراقي .

[٤٤] د. سليمان عبد المنعم ، علم الإجرام والجزاء ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٥ ، ص٧١ .

[٤٥] د. ماهر عبد شويش ، الأحكام العامة في قانون العقوبات ، مطبعة الجامعة، الموصل، ١٩٩٠، ص١٨٨.

[٤٦] د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، جرائم التعريض للخطر العام / دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ص ٣٩.

[٤٧] د. ضاري خليل محمود ، الوجيز في شرح قانون العقوبات القسم العام ، دار القادسية للطباعة، بغداد، بدون ذكر سنة الطبع، ص٦٦.

[٤٨] - ينظر: د. محمد عبد العزيز محسن، مصدر سابق، ص٣٥٥.

[٤٩] - ينظر: محمد مردان علي البياتي: المصلحة المعتبرة في التجريم، أطروحة دكتوراه، جامعة الموصل، العراق، ٢٠٠٢، ص١٨٤؛ و د. احمد امين، مصدر سابق، ص٤٨٧.

[٥٠] - ينظر: د. محمد أنور عزت، مصدر سابق، ص١٤٠؛ و د. ماهر عبد شويش الدرة، مصدر سابق، ص١٢٣؛ و د. معوض عبد التواب، مصدر سابق، ص٣٠٤.

[٥١] وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بـ(أنه شاهد المتهم الثاني يتردد على مسكن المتهمة الاولى لمرات عديدة وفي بعض الاحيان يبيت عندها ...,وانه عن ضبط المتهم الثاني بشرفة المسكن في وضع غير طبيعي فلا ينبئ بالضرورة وغير كاف في الدلالة على وقوع فعل الزنا ,ثم انتهى الى القضاء بالبراءة للمتهمين) الطعن رقم ٥٢٣٠لسنة ٦٧ قضائية في ٢٠٠٤/٢/١٧.

[٥٢] قرار محكمة استئناف اربيل المرقم ٢٩٢/ت ج/٢٠١٥ في ٢٠١٥/١٢/٣ .

[٥٣] - ينظر: د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مصدر سابق، ص٢٣٣.

[٥٤] - ينظر: يعقوب يوسف الجدوع و محمد جابر الدوري : الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة في التشريع الجنائي العراقي، مطبعة النعمان، النجف، العراق، ١٩٧٢، ص٢٩٩-٣٠٠؛ و د. علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مصدر سابق، ص٥٠٩؛ ينظر: د. طارق سرور: شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠١٠، ص٢٦٣؛ و د. أدوار غالي الذهبي، مصدر سابق، ص١٥٦؛ و د. إيهاب عبد المطلب جرائم العرض، مصدر سابق، ص٨٠. د. فتوح عبد الله الشاذلي، مصدر سابق، ص٧٨٧؛ و د. محمد صبحي نجم، مصدر سابق، ص١٤١؛ و د. علي أبو حجيلة، مصدر سابق، ص٢٢٣.

[٥٥] قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٥١٢٦ /هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٧ في ٢٠١٧/٩/١١ . ومما تجدر الاشارة اليه ان محكمة التمييز الاتحادية لديها اجتهاد سابق مخالف لهذا القرار جاء فيه (وجد ان الحكم المميز غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون ذلك ان المكالمات الهاتفية لا ترقى الى مستوى الخيانة الزوجية التي اشارت اليها المادة ٤٠ فقره ٢ من قانون الاحوال الشخصية التي تتطلب صدور حكم قضائي مكتسب الدرجة القطعية كما ان التحقيقات التي اجرتها محكمة الموضوع لم تثبت تحقق الخيانة الزوجية عليه تكون دعوى المدعي فاقده لسندها القانوني وحيث ان المحكمة خالفت ما تقدم مما اخل بصحة حكمها المميز لذا قرر نقضه)القرار ٥١٤٨/هيئة الاحوال والمواد الشخصية/٢٠١٤ في ٢٠١٤/٨/٢٥.

[٥٦] قرار محكمة استئناف اربيل بالعدد ٧٣/ت ج/٢٠١٥ في ٢٤ /٢٠١٥/٣.

[٥٧] وعلى هذا الأساس قسّم الفقه الجرائم على وفق المعنى القانوني للنتيجة إلى جرائم ضرر وجرائم خطر , فالنتيجة في جرائم الضرر تتمثّل في الاعتداء الفعلي على الحق أو المصلحة المحمية , في حين أن النتيجة في جرائم الخطر تتمثّل في مجرد الاعتداء المحتمل على هذا الحق أو المصلحة , أي تعريضهما للخطر من دون استلزام الإضرار الفعلي بها .انظر : د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، مصدر سابق ، ص ٤٢ .

[٥٨] خالد مجيد عبد الحميد ,السياسة الجنائية الموضوعية الوقائية ,اطروحة دكتوراه ,بابل ,٢٠١٦ ,ص ٥٢ .

[٥٩] الطعن رقم ٤٢لسن ٤٩ قضائية في ١٩٨٩/٢/٢٤ .أشار له :د. ضياء عبدالله عبود الجابر ود. حيدر حسين كاظم الشمري ,ص ٤٩.

[٦٠] قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٧٥٥/شخصية/١٩٨١ في ١٩٨١/٥/١٣.

[٦١] د. ضاري خليل محمود ، البسيط في شرح قانون العقوبات / القسم العام ، الطبعة الأولى ، بلا ناشر ، بغداد ، ٢٠٠٢ ، ص ٦٢ .

[٦٢] د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات القسم العام، مصدر سابق ، ص٣٨٨ وما بعدها.

[٦٣] د. عبد الحكم فوده ، أحكام رابطة السببية في الجرائم العمدية وغير العمدية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ص ٨٩ .

[٦٤] وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن (وكان من المقرر ان اثبات علاقة السببية في المواد الجنائية علاقة مادية تبدأ بالفعل الضار الذي قارفه الجاني وترتبط من الناحية المعنوية بما يجب ان يتوقعه من النتائج المألوفة لفعله إذا ما أتاه عمداً ,وثبوت قيام هذه العلاقة من المسائل الموضوعية التي ينفرد قاضي الموضوع بتقديرها) .الطعن رقم ١٠٠٥٥ لسنة ٨٣ قضائية في ١٢/يناير/٢٠١٤.

[٦٥] ويعرف قانون العقوبات العراقي القصد الجرمي في المادة (١/٣٣) بانه (... توجيه الفاعل ارادته الى ارتكاب الفعل المكون للجريمة هادفاً الى النتيجة الجرمية التي وقعت أو اية نتيجة جرمية أخرى)

[٦٦] ـ ينظر د. علي حسين خلف و د. سلطان عبد القادر الشاوي، مصدر سابق، ص١٤٩.

[٦٧] مصطفى الشاذلي ,الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار والآداب ,ط١ ,دار الكتب العربي الحديث ,الاسكندرية ,١٩٩٣, ص ١٠٦.

[٦٨] محمد نور الدين سيد عبد المجيد ,اثر العلاقة الزوجية في احكام التجريم والعقاب ,دار النهضة العربية ,القاهرة ,٢٠١٢, ص ١١-١٤.

[٦٩] ـ وتعرف الارادة على انها قدرة الانسان على توجيه نفسه الى عمل معين او الامتناع عنه، وهذه القدرة لا تتوفر لدى الشخص الا اذا انعدمت المؤثرات التي تعمل في ارادته وتفرض عليه اتباعه وجهة خاصة. ـ ينظر د. علي حسين خلف و د. سلطان عبد القادر الشاوي، مصدر سابق، ص١٤٩.

[٧٠] عماد فاضل ركاب ,حماية القرابة في قانون العقوبات العراقي ,مجلة جامعة ذي قار ,العدد ٤ ,المجلد ٥ ,٢٠١٠, ص ١٠٤.

[٧١] ـ و في هذا الشأن ينص المشرع العراقي في قانون العقوبات في المادة (٣٨) على (لا يعتد بالباعث على ارتكاب الجريمة مالم ينص القانون على خلاف ذلك).

[٧٢] ـ ينظر: أحمد سامي جميل فياض الكبيسي، مصدر سابق، ص٣٠٤.

[٧٣] ـ ينظر: د. محمد سليم العوا، مصدر سابق، ص٣٦٥؛ و الشيخ محمد جعفر شمس الدين، مصدر سابق، ص١٤٤.

[٧٤] ـ ينظر: عبد الرحمن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مصدر سابق، ص٢٩٤.

[٧٥] ـ ينظر: عبد العليم شداد: التعزير بين الفقه الإسلامي والفقه القانوني، بحث منشور مجلة الأزهر، مصر، الجزء السابع، السنة الثانية والخمسون، ١٩٨٠، ص١٣٥٤.

[٧٦] عبد القادر عودة ,الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الاسلامي ,ج٤ ,المجلد ١ ,مركز السنهوري ودار الشروق ,القاهرة ,٢٠٠١, ص ٦٣.

[٧٧] ابو بكر محمد بن احمد بن ابي سهلي السرخسي ,المبسوط ,ط ١ ,دار الكتب العلمية ,بيروت ,١٩٩٤, ص ٢٤-٣٩ ؛يحيى بن شرف النووي الدمشقي ,روضة الطالبين وعمدة المفتين ,تحقيق زهير الجاويش , ج ٧ ,ط ٣ ,المكتبة الاسلامية ,بيروت ,١٩٩٢, ص ٣٨٠ ؛ابن قدامة عبد الله المقدسي ,المغني على الشرح الكبير ,ج ١٠ ,ط ١ ,دار الفكر ,بيروت ,١٩٩٥,ص ٣٤٢ .

[٧٨] طارق حمد الحويان ,أحكام الخيانة في الفقه الاسلامي –المعاملات المالية والاحوال الشخصية انموذجاً ,أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الدراسات العليا-قسم الفقه واصوله ,جامعة العلوم الاسلامية –الاردن ,٢٠١٢, ص ٣١١.

[٧٩] ـ ينظر: د. محمد علي سالم عياد الحلبي، مصدر سابق، ص٢٦٠.

[٨٠] مشروع قانون العقوبات الاسلامي المصري ومذكرته الايضاحية ,مراجعة احمد محمد عبد العظيم الجمل ,٢٠١٨, ص ٤٦.

[٨١] ـ ينظر د. علي حسين الخلف و د. سلطان الشاوي، مصدر سابق، ص٤٠٥.

[٨٢] ـ المصدر السابق،ص٤٠٥.

[٨٣] ـ ينظر د. علي حسين الخلف و د. سلطان الشاوي، مصدر سابق، ص٤٠٥.

[٨٤] ـ ينظر موفق حميد البياتي: الموجز في شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ، ط١، زين الحقوقية ،بيروت، لبنان، ٢٠١٨،ص٧.

[٨٥] د. ماهر عبد شويش ,شرح قانون العقوبات القسم الخاص ,المكتبة القانونية ,بغداد ,ص ١١٣-١١٤.