مفهوم وأركان جريمة اغتصاب القاصر في قانون العقوبات العراقي

The Concept and Elements of the Crime of Raping of a Minor in the Iraqi Penal Code

أكرم زاده الكوردي*
محكمة استئناف منطقة دهوك، العراق (إقليم كوردستان)
ahdas2014@yahoo.com

تاريخ الارسال:2024/10/17 تاريخ القبول:2024/11/13 تاريخ النشر: 2024/12/31

ملخص:

يتناول هذا البحث مفهوم وأركان جريمة اغتصاب القاصر في قانون العقوبات العراقي. الغرض منه هو التعرّف على مدى استيعاب المادتين (393، 394) من قانون العقوبات للأحكام المتعلقة بمفهوم وأركان الجريمة المذكورة، وفيما إذا كانتا تعانيان ثغرات تشريعية من عدمه. وفي سبيل تحقيق ذلك، استخدم الباحث المنهج الاستقرائي التحليلي، المقارن، والنقدي. واختتم البحث بنتائج وهي: أن المشرع العراقي، ومن خلال المادتين المذكورتين أعلاه حاول تغطية جميع الأحكام المتعلقة بعنوان هذه الدراسة، وكان موفقاً إلى حدٍّ بعيد، ورغم ذلك شابت المادتان ثغرات تشريعية، ومن أجل سد تلك الثغرات اقترحنا عليه نصوص قانونية بديلة.

كلمات مفتاحية: مفهوم، اغتصاب، قاصر، أركان، قانون العقوبات العراقي.

Abstract:

This research deals with the concept and elements of the crime of raping minor in the Iraqi Penal Code. Its purpose is to identify the extent to which articles (393, 394) of the Penal Code include the provisions related to the concept and elements of the aforementioned crime, and whether they suffer from legislative loopholes or not. In order to achieve this, the researcher used the analytical, comparative, and critical inductive approach. The research concluded with the following results: The Iraqi legislator, through the two articles mentioned above, tried to cover all the provisions related to the title of this study, and was largely successful, despite that, the two articles were marred by legislative loopholes, and in order to fill those loopholes, we proposed alternative legal texts.

Keywords: concept, raping, minor, elements, Iraqi penal code.

*المؤلف المرسل

مقدمة

ورد في منشور أصدره منظمة الأمم المتحدة للطفولة (اليونيسف) عام 2020 أنه ظهر من استعراض شمل (217) دراسة أن (1) من كل (8) أطفال في العالم (12.7%) قد تعرض للإساءة الجنسية قبل أن يبلغ سن (18) عاماً، وتقدر المنظمة أن (1) من كل (20) فتاة تبلغ من العمر (15) إلى (19) عاماً أي نحو (13) مليوناً تعرضت للجنس القسري أثناء حياتها[1].

وبتاريخ 2023/5/16 نشر في موقع (العربي الجديد) أن القضاء العراقي قد أصدر أحكاماً بالإعدام وسجن مشدّد بحق عدد من الجناة مغتصبي الأطفال في مناطق متفرقة من البلاد، وسط أنباء تؤكد عن وجود أكثر من (20) قضية مماثلة ينظر فيها القضاء لجناة متهمين بالاعتداء على الأطفال[2]، وعلّقت أستاذة القانون الجنائي (بشرى العبيدي) إن "ظاهرة اغتصاب الأطفال تعدّت المسائل النفسية وأصبحت جريمة باتت تتفاقم في المحافظات العراقية"[3].

كما أن وضع الدول العربية الشقيقة ليست بأفضل من العراق إذ وردت في منشور لمنظمة العفو الدولية أن منظمة (ندى) الجزائرية غير الحكومية العاملة في مجال حقوق الأطفال تؤكد أن ثمة زيادة ملحوظة في معدلات العنف الجنسي ضد الأطفال بما في ذلك سفاح القربى وأن ضحاياه من البنات والصبيان على حد سواء[4].

تتّضح من الاحصائيات أعلاه بأن نسبة جرائم الاعتداء على عرض القاصر تزداد يوماً بعد يوم وخاصة جريمتي الوقاع واللواط، وهذا يعود لأسباب عدّة، منها: التطور التكنولوجي، والتغيير الديناميكي المستمر في مبادئ وقيم المجتمعات فما كان محظوراً قبل عشر سنوات أصبح مباحاً في وقتنا الحالي، وكذلك عدم اكتمال النمو الجسماني للقاصر ومقدرته في الدفاع عن نفسه، وسهولة خداعه والتدليس عليه لعدم اكتمال نضجه العقلي والتمييز بين الخير والشر، بل وأحياناً هو نفسه يصعب عليه السيطرة على ميوله النفسية ونزواته، وبذلك يصبح فريسة سهلة للإيقاع به[5].

كما قد يكون السبب من وراء ارتفاع نسبة هذه الجرائم وتطاول ضعاف النفوس على عرض القاصر هو الضعف التشريعي، إذ يستغل الهؤلاء الثغرات التشريعية وبذلك يفلتون بأنفسهم من المساءلة والعقوبة. ولهذا انتبه المشرعون الجنائيون للضعف الكامن في القاصر وللخطورة التي من الممكن إلحاقها بعرضه من قبل الجناة مستغلين بذلك ضعفه وهواه، وبذلك أدرجو نصوصاً قانونية ضمن التشريعات الجزائية لحمايته ولردع كل من يجول في خاطره أو في نفسه فكرة الاعتداء على عرضه. فالمشرع الجنائي العراقي وفي المادتين (393) و(394) من قانون العقوبات رقم (111) لسنة 1969، تناول أحكام جريمة اغتصاب القاصر، وبذلك غطّت عرض القاصر بمظلّة قانونية جنائية.

إشكالية البحث: رغم إضفاء الحماية الجنائية لعرض القاصر من قبل المشرع العراقي في المادتين المذكورتين أعلاه، إلى أن نسبة ارتكاب جريمة اغتصاب القاصر في ارتفاع مستمر، وبذلك تتمخّض عن هذه الإشكالية التساؤلات الآتية:

1. هل تستوعب المادتين (393) و(394) كافة الأحكام المتعلقة بمفهوم وأركان بجريمة اغتصاب القاصر أم تعانيان ثغرات تشريعية؟.
2. ما هي تلك الثغرات في حالة وجودها؟ وهل يمكن سدّها من خلال نصوص بديلة؟.

أهميّة البحث: تتبدى أهمية البحث في أنه يكمل سلسلة الجهود العلمية التي انصبّت على أحكام جرية اغتصاب القاصر في القانون العراقي، والكشف عن مكامن الخلل فيه بغية إصلاحه وتحسينه.كما تتبدى أهميته أيضاً في بيان موقف القضاء العراقي إذ من النادر أن تجد دراسة تناولت جريمة الاغتصاب في القانون العراقي وركّزت على موقف القضاء، بينما نرى أن موقف القضاء له أهميته الخاصة لكونه الجهة التي تطبّق القانون عملياً.

منهجية البحث: يعتمد البحث على المنهج الاستقرائي، التحليلي والنقدي للنصوص القانونية وما كتبه المتخصصون في هذا الصدد، ومقارنة بعضها بالبعض لغرض الإجابة على تساؤلات البحث.

نطاق البحث: سنتناول مفهوم وأركان جريمة اغتصاب القاصر في قانون العقوبات العراقي وبالتحديد المواد (393، 394) دون التطرق للظروف المشدّدة والأعذار المخففة لجريمة الاغتصاب وعقوبتها، وذلك لعدم استيعاب نطاق هذه الدراسة لجميع هذه العناصر وسنتطرق إليها في دراسة مستقلة لنا إن شاء الله، ورغم أن دراستنا هذه غير مقارنة لكننا سنشير إلى بعض القوانين العربية وغيرها لغرض الاستفادة دون الدخول في التفاصيل.

خطة البحث: سيتم عرض ومناقشة موضوع البحث من خلال مبحثين. في المبحث الأول، سنتناول مفهوم اغتصاب القاصر من خلال ثلاث مطالب. وفي الثاني، سنتطرق إلى أركان جريمة اغتصاب القاصر من خلال أربعة مطالب. وسنختم بخاتمة ندوّن فيها أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة.

أولا: مفهوم اغتصاب القاصر

لغرض التعرّف على مفهوم اغتصاب القاصر سنحاول بيان المقصود بعدد من المصطلحات لها علاقة وثيقة بعنوان هذه الداسة، إذ تبيّن لنا من خلال قراءة مراجع هذه الدراسة أن الدراسات السابقة إمّا لم تعرّف هذه المصطلحات أصلاً أو عرّفت بعضها لكن بشكل موجز جداً.

1.تعريف القاصر لغةً واصطلاحاً.

ورد في معجم اللغة أن (قاصر) "مفرد وجمعه قاصِرون وقُصَّر، مؤنث قاصِرة، وجمعها قاصِرات وقُصَّر، وهي من لم تبلغ سن الرشد أي فتاة قاصرة، وسنّ القصور بمعنى سنّ ما قبل البلوغ"[6]. وجاء في تكملة المعاجم العربية أن "قصر يعني منع القاصر من التصرف. وقصر الأولاد أي قصورهم الشرعي، كونهم غير راشدين".

وذكر القلعجي في المعجم أن "القاصر هو الشخص العاجز عن التصرف السليم، كما يقصد به الشخص المجنون والصغير دون البلوغ"[7].

أما تعريف تعريف (القاصر) اصطلاحاً فإن المشرع العراقي لم يعرّفه في قانون العقوبات؛ وقد سلك نفس المسلك في قانون رعاية القاصرين رقم (78) لسنة 1980م، إذ جاءت نصوصه خالية من أي تعريف للقاصر؛ كل ما في الأمر أنه ذكر الأشخاص الذين يسري عليهم القانون الأخير في الفقرة الأولى من المادة (3) منه، وفي الفقرة الثانية عدّد الأشخاص الذين يعتبرون قصّر. إذ جاء في المادة (3): "أولاً: يسري هذا القانون على: أ. الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد. ب. الجنين. ج. المحجور الذي تقرر المحكمة أنه ناقص الأهلية أو فاقدها. د. الغائب والمفقود. ثانياً: يقصد بالقاصر لأغراض هذا القانون الصغير والجنين ومن تقرر المحكمة أنه ناقص الأهلية أو فاقدها والغائب والمفقود، إلّا إذا دلّت القرينة على خلاف ذلك".

عند قراءة نص المادة أعلاه بتمعّن يفهم بأن القاصر هو: كل إنسان لم يستكمل أهليته لعارض من عوارض الأهلية أو كان فاقداً للأهلية أصلاً، إذ أن مصطلح القاصر وفق هذه المادة لا يقصد به الصغير فقط كما قد يتبادر للذهن بل يشمل فضلاً عن الصغير الجنين ومن تقّرر المحكمة أنه ناقص الأهلية أو عديمها، من مجنون أو معتوه أو سفيه أو ذي الغفلة، كما أن مصطلح القاصر يشمل كلاً من المفقود والغائب[8]، ليس لوجود قصور في أهليتهما، وإنما مجازاً[9]، ولعجزهم عن الدفاع عن مصالحهم بسبب غيابهم.

لكن لو انتقلنا إلى المادة (63/ثانياً) من قانون رعاية القاصرين التي تنص على: "تحتسب الفائدة للقاصر من تاريخ تسلّم المبالغ العائدة له ولحين بلوغه سن الرشد"، يتّضح لنا بأن النص المذكور يوحي ضمناً بأن المشرع يقصد بالقاصر (الصغير)، أما ما ورد في المادة (3/ثانياً) التي سبق ذكرها والتي تنص على: "يقصد بالقاصر لأغراض هذا القانون الصغير والجنين ومن تقرر المحكمة أنه ناقص الأهلية أو فاقدها والغائب والمفقود"، فنعتقد بوجود إشكالية في صياغتها، إذ كان المشرع ينوي أن ينص على: (يقصد بالقاصر لأغراض هذا القانون الصغير ومن في حكمه.....) لكن خانه التعبير.

أما فقهاً فقد عرّف القاصر بأنه: "الشخص الذي لم يتم الثامنة عشر من العمر والذي يحرم عليه القانون ممارسة حقوقه كاملة في التصرفات المدنية والتجارية ويضعه تحت وصاية وصي عليه"[10].

يستخلص مما تقدّم بأن القاصر فيما يخص موضوع دراستنا هو الشخص العاجز عن إدراك الأمور على حقيقتها لصغر سنه؛ أو هو الشخص الذي وصل مرحلة من عمره ما زالت قاصرة عن مرحلة البلوغ[11]؛ بمعنى القاصر هو شخص صغير السن، وفي الوقت نفسه يشمل أشخاص آخرين ويعتبرون في حكمه كالمجنون والمعتوه وغيره.

2.تعريف الاغتصاب لغةً واصطلاحاً.

الاغتصاب لغةً: غصَبَ يَغصِب، غَصْبًا، فهو غاصِب، والمفعول مَغْصوب. وغَصْب (مفرد): مصدر غصَبَ بالغَصْب/ غَصْبًا عنه: على كُره منه، ضدّ إرادته، دون رضاه، عَنْوة، وغصَب المرأةَ أيّ زنَى بها كرهًا

منها أو عَنْوة. واغتصبَ يغتصب، اغتصابًا، فهو مغتصِب، والمفعول مغتصَب. اغتصاب (مفرد): مصدر اغتصبَ. واغتصب المرأةَ: غصَبها؛ زنَى بها رغمًا عنها. والاغتصاب: فرض المعاشرة الجنسيّة بالقوّة على فتاة أو امرأة[12].

كما ورد في المعجم أيضاً أن الاغتصاب؛ هو "تصرُّف فاحش لرجل تجاه رجل آخر أو امرأة أو طفل أو لامرأة تجاه طفل مصحوبًا بالتهديد أو خطر الإساءة الجسدية أو الإصابة أو التسبّب بالخوف والعار والذلّ والكَرْب العقليّ"[13].

يفهم مما سبق بأن معنى الاغتصاب لغة هو قيام الجاني بممارسة الجنس مع المجنى عليه ذكراً كان أم أنثى رغماً عنه أي دون رضاه، وغالباً ما يستخدم مصطلح الاغتصاب حينما يكون المجنى عليه أنثى، لكن مؤخراً شاع استعماله سواء كان جنس المجنى عليه ذكراً أم أنثى.

أما تعريف الاغتصاب اصطلاحاً، فقد عرّفه الفقهاء بتعريفات عدّة تتفق مع بعضها في المفهوم إلى حد كبير وتختلف في الصياغة، منها: هو: "اتصال رجل بامرأة اتصالاً جنسياً كاملاً دون رضاء صحيح منها بذلك"[14]، وما يعاب على هذا التعريف أنه يجعل من مواقعة الزوج زوجته دون رضاها اغتصاباً.

وعرّف أيضاً بأنه "ممارسة الجنس مع شخص آخر ضد إرادته، ويتحقق عندما يتم التغلب على مقاومة الضحية بالقوة أو التخويف أو بأيّة وسيلة أخرى"[15]. وهنا لم يحدّد صفة جنس الجاني ولا المجنى عليه وبذلك قد يكون يقع الاعتداء من الذكر على الأنثى أو العكس، وقد يقع من قبل الذكر على الذكر أو الأنثى على الأنثى، وهذه مسألة فيها خلاف كثير في الفقه.

أما آخرون فيرون بأن الاغتصاب يقع من الذكر على الأنثى والعكس، دون يقع بين نفس الجنس إذ عرّفوه: "أن يغتصب رجل امرأة بالقوة أو الاستدراج لمزاولة الجنس معها، أو العكس بأن تقوم امرأة بإغراء رجل واستدراجه لمزاولة الجنس معها، وإذا امتنع عن ذلك قد تتهمه بشتى أنواع التهم"[16].

وآخر يرى بأن أفضل تعريف للاغتصاب هو التعريف الذي يجمع أركان جريمة الاغتصاب وهو: "اتصال رجل بأنثى اتصالاً جنسياً طبيعياً غير مشروع بإيلاج عضو تذكيره في فرجها دون رضاء صحيح منها، مع علمه بعدم مشروعية هذا الاتصال الجنسي وبعدم رضائها به، واتجاه إرادته اتجاهاً صحيحاً إلى ذلك"[17]. بموجب هذا التعريف فإن الاغتصاب لا يقع إلاّ من الذكر على الأنثى من خلال إيلاج ذكره في فرج امرأة حرام عليه دون رضاها، وبذلك فالزوجة قد خرجت من نطاق التعريف، كما أن التعريف قد تطرق إلى بيان الركن المعنوي للجريمة.

بعد بيان تعريف الاغتصاب فقهاً وإظهار الخلاف حوله، نود الانتقال إلى بيان موقف المشرع العراقي، حيث أشار البعض بأن المشرع العراقي وفي المادة (393) من قانون العقوبات قد عرّف الاغتصاب بالقول أنه "مواقعة أنثى بغير رضاها"[18]، وهذا ما لا نتفق معهم لأنه قاموا باستقطاع جزء من النص بحيث يوافق رأيهم وإلاّ فإنه قد ورد في نص المادة المذكورة: "من واقع أنثى بغير رضاها أو لاط بذكر أو أنثى بغير رضاه أو رضاها"،

يفهم من النص بأن الاغتصاب لا يقع من الذكر على الأنثى فقط بل يشمل اللواطة أيضاً سواء لاط الذكر بذكر أو أنثى بغير رضاه أو رضاه، وهذا ما ذهب إليه (العبيدي) أيضاً[19].

مما تقدّم يتضّح لنا بأن هناك اتجاهين بخصوص تعريف الاغتصاب في القانون العراقي، اتجاه يرى بأنه مواقعة ذكر لأنثى دون رضاها، أما الأتجاه الآخر فيرى بأنه يشمل إضافة إلى مواقعة الأنثى ملاوطة الذكر للذكر أو الأنثى وهذا ما نؤيده بسبب صياغة النص، وهذا الخلاف يعود إلى عدم تعريف الاغتصاب بشكل صريح من قبل المشرع العراقي مثلما عليه القانون الفرنسي مثلاً الذي جاء باتجاه جديد لتعريف الاغتصاب يختلف عن جميع التعريفات السابقة.

إذ وردت في المادة (222-23) من قانون العقوبات الفرنسي إن الاغتصاب هو: "كل فعل إيلاج جنسي، أياً كانت طبيعته، مرتكب من قبل شخص ضد شخص آخر بالعنف، أو التخويف، أو الإكراه، أو التهديد، أو المفاجأة"، وبذلك لم يشترط إدخال عضو التذكير في فرج المرأة وهكذا يمكن اعتبار الوطء أو الإيلاج في الفرج أو الدبر أو حتى في الفم من قبيل فعل الاغتصاب، وهذا ما تبنّته المحاكم الفرنسية في أحكامها حيث اعتبرت إيلاج اللسان أو المهبل أو الشرج أو حتى إدخال أشياء في جنس الضحية من أفعال الإيلاج الجنسي[20].

وبذلك فحسب القانون الفرنسي لم يعد تعريف الاغتصاب قاصراً على مواقعة الذكر الأنثى بل يشمل أيضاً ما يقع من ذكر على ذكر أو أنثى في أدبارهما (أي جريمة اللواط)، وكذلك السحاق أي الأنثى على الأنثى، ويضيف إلى ما سبق ما تقع من الأنثى على الذكر. وعليه، فإن التعريف الجديد للاغتصاب حسب القانون الفرنسي يشمل (الاغتصاب، اللواط، هتك العرض) المنصوص عليه في القانون العراقي والقوانين المقاربة له[21].

وتجدر الإشارة بأن المشرع الجزائري قد أجرى تعديلاً على نص المادة (336) من قانون العقوبات الجزائري (66-156) لسنة 1966 بموجب القانون رقم (14-01) لعام 2014 حاول من خلاله الاقتراب من القانون الفرنسي إذ أصبح النص بعد التعديل: " كل من ارتكب جناية الاغتصاب يعاقب....وإذا وقع الاغتصاب على قاصر لم يكمل 18 سنة فتكون العقوبة..."، فالضمير (كل) الذي يقصد به الجاني يشمل الجنسين (ذكر وأنثى)، وكذلك الحال بالنسبة لمصطلح (القاصر) فهو الآخر يشمل الجنسين. وقد حسّن البعض موقف المشرع الجزائري لكونه ومن خلال التعديل الجديد استخدم المشرع مصطلح القاصر بدلاً من القاصرة، والاغتصاب بدلاً من هتك العرض[22].

وبدورنا نعتقد إن هذا التعديل لم يكن إلاّ تلبية لنداءات كانت تدعو لتعديل القانون الجزائري بحيث يورد فيه تعريف الإغتصاب على أن يكون محايداً بالنسبة لنوع الجنس، حتى يمكنه حماية جميع ضحايا الاغتصاب، وأن يتجاوز مفهوم إيلاج عضو التذكير في فرج الأنثى ليعكس بصورة أفضل واقع ممارسة الاغتصاب بطرقه المختلفة، وأن يصف الظروف الإكراهية المختلفة لكي لا تقتصر بالضرورة على العنف البدني فقط[23].

وفي ختام هذا المطلب نقول: طالما إن الاغتصاب هو الإكراه على المواقعة واللواط[24] في القانون العراقي حسب رأي البعض، فالتساؤل الذي يطرح نفسه: ماذا يقصد بالمواقعة واللواط؟ هذا ما سنتناوله في المطلب القادم.

3.تعريف (الوقاع، واللواط) لغةً واصطلاحاً.

الوِقاع لغةً جاء من المصدر (واقَعَ)، واقعَ يواقع، مُواقعةً ووِقاعًا، فهو مُواقِع، والمفعول مُواقَع. واقع الرَّجلُ زوجتَه أي جامَعَها. يفهم من ذلك بأن الوقاع يقصد به إتيان الأنثى من الأمام أي في قبلها دون دبرها[25].

أما تعريف الوقاع اصطلاحاً فقد ورد في المادة (393) من قانون العقوبات العراقي: "من واقع أنثى بغير رضاها"، وهذا يعني إن الوقاع يكون في فرج الأنثى دون شرجها.

أما فقهاً فعرّف بأنه "إيلاج عضو التذكير في فرج إمرأة"، وبذلك فإن المواقعة لا تكون إلاّ من ذكر في فرج أنثى، أما الاتيان في دبرها فلا تعتبر مواقعة[26]، وبذلك فإن التعريف الفقهي جاء مطابقاً لموقف المشرع العراقي.

وفيما يخص اللواط لغةً فجاء من: لاطَ، يَلوط، لُطْ، لِواطًا ولِواطةً، فهو لائط. لاطَ فلانٌ: فعل ما كان يفعل قومُ لوطٍ (عليه السلام) من مباشرة الذُّكور. ولُوطيّ: اسم منسوب إلى لُوط (عليه السلام): مَنْ يعمل عمل قوم لوط من مباشرة الذُّكور؛ شاذّ جنسيًّا اللُّوطيَّة: اللِّواط. كما عرّف اللواط بتعبير آخر بأنه شذوذ جنسيّ بين رجلين[27].

يفهم مما تقدّم، بأن اللواط يقصد به اتيان الجاني دبر المجنى عليه الذكر دون الأنثى، كما عرّف بالشذوذ الجنسي أيضاً، لكونه يخالف الطبيعة البشرية التي خلق الله عليها الإنسان، إذ من الطبيعة اتيان الذكر الأنثى للتكاثر والتوالد وخلافة الأرض.

أما تعريف اللواط اصطلاحاً، فقد ورد في المادة (393) من قانون العقوبات العراقي: "كل من...لاط بذكر أو أنثى بغير رضاه أو رضاها"، وهذا يعني بأن اللواط قد يقع من الجاني الذكر على المجنى عليه الذكر أو الأنثى. وموقف المشرع هذا جاء موافقاً لرأي بعض الفقه إذ عرف بأنه: "جماع في دبر شخص ذكراً كان أم أنثى، ويتم اللواط بايلاج القضيب كاملاً أو جزء منه في دبر الشخص الملوط به، ولايشترط الانزال لتمام الفعل"، لكن آخرون يرون اقتصار اللواط بين الذكور فقط بحيث لا يكون المجنى عليه أنثى إذ عرف بأنه "اغتصاب الذكر للذكر بالقوة والتهديد وهتك عرض صبي الذي يصل الى درجة المواقعة وممارسة الفجور بين الرجال"[28]، "الوقاع بين ذكرين أحدهما بالغ والآخر صبي لم يبلغ بعد"[29].

مهما يكن هناك من أشار بأن مصطلح (اللواط) الذي استعمله المشرع العراقي لوصف السلوك محل هذه الجريمة، قد جانب الصواب، لأن النبي (لوط) عليه السلام حينما كان يدعو قومه الابتعاد عن هذا الفعل المشين وصفه بالفاحشة إذ جاء في القرآن الكريم ﴿وَلُوطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِۦٓ أَتَأْتُونَ ٱلْفَٰحِشَةَ مَا سَبَقَكُم بِهَا مِنْ أَحَد مِّنَ ٱلْعَٰلَمِينَ﴾ [الأعراف:80] ولهذا فإن مصطلح الفاحشة أدقّ من (اللواط) [30]، وهذا ما دفع البعض إلى تعريف اللواط بأنه: "فعل الفحشاء الذي يقع من ذكر على ذكر"[31].

ونختم كلامنا في هذا المطلب بما أشار إليه أحد الشرّاح حول تعريف الاغتصاب الذي تناولناه في المطلب الثاني، وتعريف الوقاع الذي تكلمنا عنه في بداية هذا المطلب بالقول: إن مصطلح (اغتصب) أدلّ على المعنى المقصود بجريمة الاغتصاب من مصطلح (وقاع، واقع) لتضمنّه معنى الإكراه يغير حاجة إلى الدلالة عليه بكلمة أو عبارة أخرى، ولهذا فإن المشرعون الذين استخدمو المصطلح الأخير اضطرو إلى إضافة عبارة (بغير رضاها)، لأن انعدام الرضا ركن من أركان الجريمة[32].

ثانيا: أركان جريمة اغتصاب القاصر[33].

ورد في المادة (393): "1. يعاقب...كل من واقع أنثى بغير رضاها أو لاط بذكر أو أنثى بغير رضاه أو رضاها. 2 . يعتبر ظرفاً مشدداً إذا وقع الفعل في إحدى الحالات التالية: أ.إذا كان من وقعت عليه الجريمة لم يبلغ الثامنة عشرة سنة كاملة"، كما جاء في المادة (394): "1. يعاقب...من واقع في غير حالة الزواج أنثى برضاها أو لاط بذكر أو أنثى برضاه أو رضاها إذا كان من وقعت عليه الجريمة قد أتم الخامسة عشرة من عمره ولم يتم الثامنة عشرة سنة. وتكون العقوبة...إذا كان من وقعت عليه الجريمة دون الخامسة عشرة سنة كاملة من العمر. 2.يعتبر ظرفاً مشدداً إذا وقع الفعل في إحدى الحالات المنصوص عليها في الفقرة (2) من المادة 393".

يلاحظ بأن المشرع العراقي قد تناول جريمتي (الوقاع واللواط) في النصوص نفسها، وهذا ما دفع البعض إلى نقد موقفه لأنهم يرون بأنه لا يستوي الجريمة الأولى مع الثانية، فعلى الرغم من أن الجريمتين تترك أثراً في نفسية المجنى عليه لكن النتائج التي تتركها الجريمة الأولى أخطر بكثير مقارنة مع ما يتركها الثانية، فالأولى تؤدي إلى اختلاط الأنساب، بينما الثانية تؤدي إلى إيذاء المجني عليه[34]. وبدورنا نقول إن المعترضين على موقف المشرع لهم بعض الأحقية، لكن موقف المشرع هو الآخر له ما يبرّره، فالقاصر الذكر الذي يتعرض للاغتصاب (اللواط) دون رضاه وخاصة إن كان سنه قد تجاوز 12 سنة قد يفضّل الموت على الحياة، حاله كحال القاصر الأنثى وتوجد شواهد تثبت ذلك[35].

كما انتقد موقفه على نحو آخر إذ قيل إن تناوله لجريمة الاغتصاب واللواط في مادة واحدة حدا ببعض الفقه على اعتبار اللواط اغتصاباً، في حين أن المجنى عليه في جريمة الاغتصاب هي أنثى، بينما في جريمة اللواط فقد يكون أنثى أو ذكر، لذا من الأفضل تناول كل جريمة في مادة مستقلة[36].

مهما يكن، سنتناول جريمتي (الوقاع، واللواط) تحت عنوان جريمة الاغتصاب سالكاً موقف مشرعنا العراقي، وعند استقراءنا للنصوص أعلاه تبيّن لنا بأن لجريمة اغتصاب القاصر في القانون العراقي أربعة أركان (عامة وخاصة) تتمثل في سن المجنى عليه، الإيلاج أي ما يسمى بالاتصال الجنسي، انعدام رضا المجنى عليه، وأخيراً القصد الجنائي. وأدناه تفاصيل كل عنصر.

1.سن المجنى عليه (ركن خاص).

يلاحظ بأن المشرع في الفقرة الأولى من نص المادة (393) قد تناول جريمة الاغتصاب (الوقاع، واللواط) في صورتها البسيطة دون أن يبيّن سن المجنى عليه، لكن حينما تناول الظروف المشدّدة للجريمة في الفقرة الثانية منها اعتبر صفة القصر في المجنى عليه ظرفاً مشدّداً، وحدّد سن المجنى عليه القاصر في هذه الحالة بعدم إتمامه (18) سنة من عمره إذ جاءت فيها: "لم يبلغ الثامنة عشرة سنة كاملة"، وبذلك حتى نكون أمام جريمة اغتصاب القاصر دون رضاه يجب أن لن يتجاوز عمره السن المذكور.

أما لو انتقالنا إلى المادة (394) سنلاحظ بأن المشرع قد أولى اهتماماً خاصاً بسن المجنى عليه القاصر بل يمكننا القول إن هذه المادة أصلاً شرعت لحماية عرض القاصر حيث اعتبرت جريمة الاغتصاب تامة وإن كان رضاه متوافراً، لكن ما يلاحظ عند قراءة النص بأن المشرع العراقي قد اعطى اعتباراً لسن القاصر للفترة ما بين إتمام (15 إلى 18) سنة، حيث عاقب الجاني بعقوبة أخف مقارنة عندما يكون سن القاصر دون تمام (15) من العمر، وهذا إن دلّ على شيء فإنه يدلّ على أنه يولي اهتماماً بالبلوغ الشرعي لأنه إذا لم يكن بالإمكان تحديد البلوغ الشرعي من خلال العلامات يتم الاعتماد على السن وإن سن (15) سنة هو السن المعتبر لدى فقهاء المسلمين.

بناءً على ما تقدم، لكي نكون أمام جريمة اغتصاب القاصر يجب أن لا يكون قد أتم (18) سنة من عمره، سواء كان الفعل الجنسي برضاه أو دون رضاه. علماً، إن موقف المشرع الجزائري هو الآخر مطابق لنظيره العراقي حيث نصّ في المادة (336): " إذا وقع الاغتصاب على قاصر لم يكمل الثامنة عشرة (18) سنة".

ومن التطبيقات القضائية في هذا الصدد جاء في حكم لمحكمة التمييز الاتحادية ذي العدد (1534/جنايات/1972) في 1973/11/6: "إذا لم تكن المجنى عليها قد أتمت الثامنة عشرة سنة من عمرها عند مواقعتها فيكون الفعل منطبقاً على الشطر الأول من المادة 1/394 ق.ع"، كما جاء في حكمها ذي العدد (2060/جنايات/1973) في 1974/1/22: "إذا لاوط المتهم المجنى عليه برضاه وكانت سن المجنى عليه ثلاث عشرة سنة فتنطبق الجملة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة 394 عقوبات القاضية بالسجن لمدة لا تزيد عن عشر سنوات"[37]. يتّضح لنا من هذه التطبيقات بأن لسن القاصر أهميته في تكييف القضية وبالتالي تحديد العقوبة بمقتضاها.

2.الركن المادي (الإيلاج).

لغرض بيان تفاصيل هذا الركن سنتناوله من خلال خمسة محاور، وكما يلي:

1.2. الإيلاج.

يتحقّق الوقاع بإيلاج الجاني الذكر عضوه التناسلي في فرج أنثى أي قبلها، أما إيلاجه في دبرها فلا تتحقّق جريمة الوقاع لكن تتحقق جريمة اللواط، وكذلك الحال لو أولج أصبعه في فرجها لأن الأصبع لا يعتبر عضواً تناسلياً، لكن ذلك يمكن أن يشكّل ركناً مادياً لجريمة هتك العرض[38].

وتتحقّق الجريمة ولو لم يدخل الجاني كامل عضوه الذكري، وسواء نزل سائله المنوي وأتى شهوته من ذلك أم لا[39]، كما لا يشترط استمرار الإيلاج أي العملية الجنسية لفترة محددة إذ بمجرد الإيلاج نكون أمام جريمة الاغتصاب[40]، وهناك من اشترط اختراق الشفرتين الصغيرتين إذ قال: أي اتصال جنسي لم يحدث فيه اختراق العضو الذكري للشفرين الصغيرين يعتبر هتكاً العرض، وكذلك في حالة قيام الجاني بدخول اصبعه أو عصا أو أي شيء آخر في فرج المجنى عليها[41].

أما عن موقف القضاء العراقي فترى محكمة التمييز الاتحادية في حكمها المرقم (2056/جنايات/1973) في 1974/1/15: "إذا حصل االإيلاج تمت الجريمة ولو حصل القذف بين الفخذين"[42]، كما جاءت في حكمها المرقم (903/جنايات/1974) في 1974/5/26: "تتم اللواطة بمجرد غيبة الحشف في الدبر سواء أنزل الفاعل عند الإيلاج أم لم ينزل وسواء أنزل داخل الشرج أم خارجه"[43]، يفهم من هذين الحكمين أن المقياس لدى القضاء العراقي هو (غيبة الحشف) في الفرج أو الدبر، أما قذف السائل المنوي فلا يشترط نزوله وهذا موقف حسن.

ومن الآثار المادية التي ركنت إليها القضاء بوقوع إيلاج في دبر المجنى عليه القاصر جاء في الحكم المرقم (1583/هيئة الأحداث/2024) الصادر من محكمة التمييز الاتحادية في 2023/10/9: "لدى التدقيق والمداولة وجد إن الحدث (ع. ف. م) تولد 1998/10/15 اعترف تحقيقاً بحضور عضو الادعاء العام والمحامي المنتدب بجريمة ملاوطة الطفل المجنى عليه (م. س. خ) تولد 2006/3/5 من خلال إدخال قضيبه في دبره ومشاهدته آثار نزف دموي بعد الاعتداء عليه، تأيدت الوقائع بأقوال المدعي بالحق الشخصي وأقوال المجنى عليه بالذات وبالكشف والمخطط لمحل الحادث، وكشف الدلالة والتقرير الطبي العدلي بالعدد 1815 في 2013/5/28 المتضمن وجود احمرار حول وداخل الشرج محدث بآلة راضة كالقضيب المنتصب من مدة لا تتجاوز ثلاثة أيام"[44].

وما يلاحظ من تطبيقات القضاء بأن ادعاء المجنى عليه غير كافٍ لإدانة الجاني في جرائم الاغتصاب وإنما لابد من أدلة وقرآن تثبت التهمة بحق الجاني، فمحكمة تمييز إقليم كوردستان العراق وفي حكمها المرقم (50/الهيئة الجزائية/2008) في 2008/6/9 قررت ما هو آتٍ: "لدى عطف النظر على القرار المميز الصادر في 2007/12/4 في الدعوى المرقمة 410/ج/2007 من محكمة جنايات دهوك بإلغاء التهمة المسندة إلى المتهم (ش.س.م) وفق المادة 1/393-2/و من قانون العقوبات والإفراج عنه لعدم كفاية الأدلة ضده صحيح وموافق للقانون لأن شهادة المجنى عليها (هـ.س.ح) هي الدليل الوحيد في الدعوى الذي لم يتعزز بأي دليل أو قرينة أخرى وأن جميع الأدلة المتحصلة الأخرى مبنية على الشكوك ولا تصلح أن تكون سبباً للحكم لأن الشك

يفسر لصالح المتهم سيما وأنه أنكر ما أسند إليه في مرحلتي التحقيق والمحاكمة لذا تقرر تصديق القرار الصادر بإلغاء التهمة والإفراج عن المتهم المذكور".

وتجدر الإشارة بأن المحكمة توجه للجاني تهماً بالاغتصاب بعدد المرات التي قامت فيها بفعل المواقعة أو اللواط مع المجنى عليه، فمثلاً إن قام بملاوطة المجنى عليه عشرة مرات خلال شهر واحد وبعدها كشف أمره من قبل ولي المجنى عليه وقام بتسجيل الشكوى ضده، عندها توجه إليه عشرة تهم وليس تهمة واحدة، وهذا ما أكّده محكمة التمييز الاتحادية في حكمها المرقم (27/هيئة الأحداث/2024) في 2024/1/7 إذ وردت فيه: "حيث إن المتهم اعترف بجريمة ملاوطة المجنى عليهما لأكثر من مرة وإن المحكمة أجرت محاكمته عن واحدة دون بقية الجرائم... عليه قرر نقض كافة القرارات الصادرة بالدعوى واعادتها الى محكمتها لاجراء المحاكمة مجدداً".

ومن أهم المسائل التي تثار بخصوص جريمة الاغتصاب هي تمزيق غشاء البكارة أو ما يسمى بفقدان العذرية، يلاحظ بأن القانون لا يشترط أن تكون المجنى عليها بكراً وقد فقدت عذريتها بسبب تمزيق غشاء بكارتها، بل تتحقّق الجريمة سواء كانت باكرة أو متزوجة أو ثيّبة، لأن غرض المشرع من تجريم الاغتصاب هو حماية عرض الأنثى بغض النظر عن حالتها العائلية[45].

وبذلك، فلا يشترط تمزيق غشاء البكارة نتيجة للمواقعة[46]، لأن وجود غشاء البكارة أو عدم وجوده ليس بدليل قطعي على حصول المواقعة، فبعض الإناث يولدن دون غشاء بكارة أو ربما تكون فتحة الغشاء واسعة فلا تتأثر بالمواقعة، وقد يحصل تمزقه نتيجة حادث عادي، أو قد تحتاج المرأة لإجراء عملية لفتح غشاء بكارة مقفل يمنع خروج دم الحيض، ورغم كل ذلك يعدّ قرينة تدل على حصول الواقعة من عدمه[47]، وقد أكّد محكمة النقض المصرية في حكمها المرقم (س 21 ق 95) في 1970/3/16 على ما ذكرناه إذ جاء فيه: "وقد لا تترك المواقعة أثراً، كما إذا كان غشاء بكارة المجنى عليها من النوع الحلقي القابل للتمدد أثناء الجذب"[48].

ومن المفيد الإشارة بأن هناك بعض الفتيات لديهن غشاء البكارة المتشرذم قد تبدوا وكأنها أغشية متمزقة نتيجة لممارستها الجنس ولكنها في الحقيقة ليست كذلك[49].

ونختم كلامنا عن الإيلاج بالقول: ذهب البعض إلى أنه يفترض في جريمة الاغتصاب أن يكون الجاني ذكراً والمجنى عليه أنثى، أما إن كان العكس بحيث حملت الأنثى الذكر على مواقعتها دون رضاء صحيح منه كما لو كان الرجل مجنوناً أو سكرناً فإنها لا تسأل عن جريمة الاغتصاب لعدم وقوع الإيلاج وإنما عن جريمة هتك العرض لأنها مسّت دون رضاء صحيح من الرجل بأعضاء في جسمه تعد عورة[50]، كما لا يعتبر اغتصاباً لو تم تلقيح المجنى عليها اصطناعياً دون إرادتها وإن ترتب على ذلك حملها لعدم تحقّق الإيلاج[51].

2.2. محل غير مشروع.

لكي تتحقّق جريمة الاغتصاب يجب أن تكون المجنى عليها محرمة على الجاني أي غير مشروعة له[52]، وقد انتقد موقف المشرع العراقي لأنه أود كلمة (أنثى) في نصّ المادة (393) بخصوص جريمة الاغتصاب في

حين ربما تكون الأنثى هي زوجة الجاني أو مطلقته طلاقاً رجعياً وله الحق في مواقعتها دون رضاها[53]. لتجنب التكرار سنكتفي بهذا القدر لكوننا سنتكلم عن رضا وانعدام رضا الزوجة المجنى عليها في المطلب القادم.

3.2.أن يكون المجنى عليه حيّاً.

يشترط أن يكون المجنى عليه حيّاً، أما إن كان ميّتاً فلا تتحقّق جريمة الاغتصاب[54]، وبموجب قانون العقوبات العراقي يمكن أن يسأل الجاني عن جريمة انتهاك حرمة الموتى حسب المادة (374) [55]، وكذلك الحال بالنسبة للقانون المصري[56].

وإذا كان عنصر الحياة يعتبر شرطاً في المجنى عليه فإنه لا يشترط أن يكون إنساناً شريفاً من عائلة نبيلة ذو مكانة اجتماعية إذ تتحقّق الجريمة بغض النظر عن ذلك لأن حريته الجنسية قد تعرضت للاعتداء حينما وقعت عليه الجريمة[57].

4.2. الشروع.

قضت محكمة التمييز الاتحادية في حكمها المرقم (2693/جنايات/1973) الصادر في 1973/12/11: "إذا خاب فعل المتهم بسبب لا دخل لإرادته به قبل حصول الإيلاج فتعتبر الجريمة شروعاً في الملاوطة"[58]. وعليه فـ "إذا رفع المتهم ثوب المشتكية وهي نائمة في فراشها بعد أن أزاح الناموسية والعباءة ثم هرب على أثر استيقاضها واستغاثتها فيعتبر شروعاً بالمواقعة وليس إخلالاً بالحياء وهو ينطبق على المادة 31/393 عقوبات لا المادة 400 منه"[59]، كما "إن شعور المشتكية بالمتهم عند مجيئه ليلاً إلى فراشها ومقاومتها له ثم استنجادها يجعل فعل المتهم شروعاً بمواقعة المشتكية دون رضاها وليس اعتداء على عرضها المادة 31/393 عقوبات"[60].

أما إن عدل الجاني أي تراجع عن تنفيذ الجريمة بإرادته الحرة عندها لا يسأل عن جريمة الاغتصاب ولا الشروع فيها، لكن من الممكن مساءلته عن جريمة كهتك العرض مثلاً[61]، لأنه إذا لم يكن ما وقع محلاً للعقاب على الشروع في الاغتصاب فليس هناك مانع من معاقبته على هتك العرض[62]، والعدول الاختياري يقصد به أسباب نفسية خالصة جعلت من الجاني يتخذ قراره في حرية تامة بعدم المضي في إتمام الجريمة[63].

يضيف إلى ما تقدم، لا تقع جريمة الوقاع ما لم يكن الجاني قادراً على اتيان فعل المواقعة والأنثى صالحة لذلك، كما لو كان الجاني يعاني ضعف جنسي شديد غير قادر على اتيان الفعل المادي، أو كان فرج المجنى عليها ضيق خلقياً بحيث يعتبر مواقعتها مستحيلاً، عندها نكون أمام جريمة هتك العرض، لكن هناك خلاف فيما إذا يمكن مساءلة الجاني عن الشروع في جريمة الوقاع، فهناك من يرى بأنه يمكن مساءلته عن الشروع إن كانت استحالة المواقعة راجعة إلى سبب في المجنى عليها والجاني يجهله، وكذلك الحال إن كان السبب راجع إليه ولم يكن يعلمه، وهذا ما أكدّ عليه محكمة النقض المصرية في حكمها المرقم (س 14 ق 13) في 1963/1/29 إذ قضت بأن المعاشرة الجنسية هي التي تفرق الاغتصاب عن هتك العرض ولما كان الاغتصاب من قبل عنين يعتبر مستحيلاً ويقف فعله عند حد الشروع فإنه من الممكن أن يقع منه هتك

العرض[64]. كما يرى القضاء المصري بعدم معاقبة الجاني إذا تبيّن من شهادة الطبيب أنه ليس ممن يشتهون، أو ليس فيه قوة التناسل، ويدخل في هذا الحكم الغلام الذي لم يبلغ سن الحلم[65].

كما يؤكد بعض الأطباء الشرعيين بأن الوقاع لا يمكن أن يقع على طفل صغير لاستحالة الإيلاج بسبب ضيق الفرج، لكن إن كان هذا مانعاً من تحقيق جريمة الاغتصاب يمكن مساءلته عن جريمة الشروع[66].

5.2.المساهمة في الجريمة.

إذا كان ممكناً أن يكون المجنى عليه في جريمة اللواط ذكراً أم أنثى، فإنه يجب أن يكون أنثى في جريمة الوقاع، وفي هذه الحالة فإني الجاني الذكر الذي يقوم بمواقعة الأنثى يعتبر فاعلاً أصلياً، أما من يشل مقاومة المجنى عليها بيده أو يقدم المواد المسكرة لها لجعلها تفقد وعيها إنما يعد شريكاً بالمساعدة، أو مساهماً بالتحريض حين يحرض الجاني على مواقعة المجنى عليها، أو مساهماً بالاتفاق حين يتفق اثنان على اغتصاب المجنى عليها فيقوم أحدهما بمواقعتها[67].

3.رضا وانعدام رضا المجنى عليه (ركن خاص).

بموجب المدلول الأخلاقي للجرائم الأخلاقية فإن جميع الجرائم الجنسية خارج نطاق الزواج محظورة ولا يمكن تجريدها من صفة الإجرام وإن وقعت بغير علانية وبرضا المجنى عليه وإن كان بالغاً، وذلك بعكس المدلول النفعي إذ المعيار عنده هو الرضا فبمجرد توافره يعتبر الصلّة الجنسية مباحة وإن كانت خارج نطاق دائرة الزواج، بل وذهب إلى أبعد من ذلك اعتبر الصلة الجنسية بين الزوجين دون رضا أحدهما جريمة حسب الأحوال[68].

لو رجعنا إلى نص المادة (393) الذي ينصّ على:"كل من واقع أنثى بغير رضاها أو لاط بذكر أو أنثى بغير رضاه أو رضاها"، يفهم أنه حتى نكون أمام جريمة الاغتصاب يجب أن تكون المواقعة أو الملاوطة قد وقعت على المجنى عليها/عليه دون رضاها/رضاه، وبذلك فالمشرع لم يحدّد وسيلة معيّنة تترتب عليها انعدام الرضا وبذلك فهي تشمل أيّ ظرف أو حالة تقع فيها المجنى عليه يفقد فيها رضاه ويكون ضحية لجريمة الوقاع أو اللواط، وهذا ما دفع أحد الشراح أن يحسّن موقف المشرع بالقول: إن تعبير المشرع حينما نص على (بغير رضاها) جاء دقيقاً لأنه يشمل حالة الإكراه بنوعيه وغيرها من الحالات التي تكون فيها رضا المجنى عليه غير صحيح[69]، إذ قد يكون رضا المجنى عليه معيب وغير صحيح رغم عدم استخدام الإكراه بنوعيه المادي والمعنوي ضده كما في حالات المباغتة أو الاستغراف في النوم والتخدير[70].

وعليه يمكننا القول بأن موقف القانون العراقي جاء على نحو أفضل من موقف الكثير من القوانين العربية التي حصرت وسائل انعدام الرضا كقانون العقوبات القطري رقم (11) لسنة 2004 الذي حصر هذه الوسائل في (الاكراه، التهديد، الحيلة) في المادة (279) منه، بينما هو لم يسلك هذا المسلك وإنما ترك مسألة توافر انعدام الرضا الصحيح للمجنى عليه من عدمه للسلطة التقديرية للقاضي يستخلصها من وقائع القضية[71].

ورغم ذلك انتقد موقف المشرع العراقي من جانب آخر لكونه نص في المادة (393) على مواقعة أنثى بدون رضاها دون أن يفرّق بين الزوجة وغيرها وبذلك يفهم من ظاهر النص بأنه يشمل الزوجة أيضاً وهذا ما يؤكده نص المادة (394) إذ وردت فيها "من واقع في غير حالة الزواج أنثى برضاها"، وهنا تساءل (العبيدي) هل هذا إغفال من المشرع أم فعلاً مواقعة الزوجة دون رضاها جريمة لكن لا تطبّق؟[72].

حقيقة، هذا التساؤل في محله ويحتاج إلى تدخل تشريعي لسد الخلاف، خاصة إذا علمنا أن هناك دعوات لتعديل قوانين الدول العربية بحيث يعترف بالاغتصاب الزوجي بصفته جريمة جنائية ذات طبيعة محددة، وأن تكون العقوبة المفروضة على الزوج مساوية للعقوبة التي تفرض على جريمة الاغتصاب بشكل عام[73]، في حين وحسب الفقه الجنائي العربي يجوز للزوج مواقعة زوجته ولو دون رضائها، لكن إن كانت بائنة بينونة كبرى أو انتهت عدتها الرجعية ولم يراجعها عندها يعتبر مرتكباً لجريمة الاغتصاب وكذلك الحال بالنسبة للخطيب الذي يواقع خطيبته قبل إبرام عقد الزواج ولو بوقت قصير[74].

على أيّة حال، العبرة بانعدام الرضا لدى المجنى عليه يكون أثناء المواقعة أو الملاوطة والذي يظهر في انتفاء مساهمته الإرادية في تنفيذ النشاط الذي أتاه الجاني، وليس بالوسائل التي يأتيها الجاني لإعدام رضاه والتي تتعدد بحسب الظروف والأحوال[75]، وعليه ما هي الحالات أو الظروف التي تجعل رضا المجنى عليه منعدمة أو غير صحيحة ومعيبة:

1.3.صغر السن.

يلاحظ بأن التشريعات الوضعية اتفقت على عدم الاعتداد برضا القاصر حاله كحال المجنون، واعتبرت صغر السن قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس على انعدام الرضا، وبذلك فعدم الرضا هنا يعتبر حكمي يفترضه القانون وإن خالف الواقع[76]، والعلّة من تجريم الوقاع واللواط رغم توافر رضا المجنى عليه القاصر هي إن الرضا لا يعتبر كاملاً لصدوره من شخص غير كامل الأهلية، وبذلك فما دام الرضا غير صحيح فلا يبيح الفعل الجرمي[77].

مهما يكن، رضا القاصر موضع خلاف ونقاش في الفقه: فالاتجاه الذي يعتبر الإكراه ركناً في جريمة الاغتصاب يرى بأن رضا المجنى عليه القاصر ينفي الاغتصاب ويمكن اعتباره جريمة هتك عرض دون قوة أو تهديد، في حين نصّ المشرع على (ركن انتفاء الرضاء الصحيح) أيّاً كان مصدره وليس الإكراه حصراً، وبذلك فحتى لو كان رضا القاصر متوافراً فلا قيمة له لكونه لا يعدّ رضاءً صحيحاً خاصة إن كان القاصر صغيراً في السن. وهكذا، يجب التمييز بين القاصر المميز وغير المميّز، فرضا القاصر غير المميز لا قيمة له إطلاقاً لأن إرادته متجردة من القيمة القانونية، أما إن كان القاصر مميزاً فإن رضاه ينفي الاغتصاب وتعتبر الجريمة المتحقّقة هتكاً للعرض دون قوة أة تهديد على اعتبار أن الرضا في هذه الحالة صادر عن وعي بطبيعة الفعل، لكن ردّ على هذا الاتجاه بالقول في الأصل أن المشرع استبعد من نطاق الاغتصاب الحالات التي تكون فيها المجنى عليه قد رضيت بالفعل الجنسي رضاء صحيحاً معتبرة قانوناً، بينما إرادة ورضا القاصر المميز وإن كان

لها بعض القيمة القانونية نظراً لتوافر التمييز فيها، إلا أنه لا يزال قليل الخبرة بالحياة وسهل الإغراء لصغر سنه، وبذلك ليس في وسعه أن يخمّن خطورة الفعل على سمعته ومستقبله، وبذلك فإن رضائه لا ينفي جريمة الاغتصاب. ويضيف إلى ما تقدّم كيف يمكن مساواة الجاني الذي يواقع أو يلاط القاصر برضائه وبين من يرتكب هتك العرض في المسؤولية والعقاب في حين هناك فرق شاسع بين الاثنين، حيث يعتبر الاغتصاب من أبشع وأخطر الجرائم الجنسية. وبناء على ما تقدّم، من المفروض أن ينص المشرع على صورة مخففة للاغتصاب في حالة توافر رضا القاصر بالفعل[78]، وهذا ما ذهب إليه المشرع العراقي في المادة (394) من قانون العقوبات إذ عاقب الجاني بموجب المادة المذكورة رغم توافر رضا المجنى عليه لكنه عاقبه بعقوبة أخف من عقوبة الجاني الذي يرتكب جريمة الاغتصاب دون رضا المجنى عليه المنصوص عليها في المادة (393).

بعد بيان الخلاف الفقهي حول مدى تأثير توافر رضا المجنى عليه من تغيير وصف الجريمة، نود أن نبيّن بأن المشرع العراقي وفي المادة (394) فرّق بين سن القاصر للفترة ما بين (15-18) سنة، ودون سن (15) سنة حيث عاقب الجاني بعقوبة أشد إن كان سن المجنى عليه دون (15) سنة وإن كان برضائه، إذ جاء في نص المادة المذكورة: "يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات أو بالحبس من واقع في غير حالة الزواج أنثى برضاها أو لاط بذكر أو أنثى برضاه أو رضاها إذا كان من وقعت عليه الجريمة قد أتم الخامسة عشرة من عمره ولم يتم الثامنة عشرة سنة. وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنين إذا كان من وقعت عليه الجريمة دون الخامسة عشرة سنة كاملة من العمر".

يفهم من صياغة النص بأن الفقرة الأخيرة منه توحي بأن الفترة الأخيرة تمتد من يوم واحد ولغاية (15) سنة، لكن التطبيقات القضائية توضّح لنا بأن محكمة التمييز الاتحادية قضت بأنه لا يعتد برضا القاصر دون سن السابعة من العمر أي الصغير غير المميز إذ ترى أن وجوده كعدمه حيث وردت في حكمها المرقم (11260/جنايات/1976): "يفترض عدم رضا المجنى عليه بالجريمة إذا كان دون السابعة من عمره)[79]، كما جاء حكمها المرقم (1429/جنيات/1975) في 1976/1/12: "يكون الزوج قد ارتكب جريمة مخلّة بالأخلاق إذا لاط بزوجته وكانت غير راضية أو صغيرة وذلك بصرف النظر عن الآراء الفقهية حول الموضوع"[80]. يلاحظ بأن المجنى عليها وإن كانت زوجة للجاني تقع جريمة اللواط طالما كانت دون رضاها أو كانت صغيرة السن أي دون سبع سنوات.

وفي حكمها المرقم (2578/جنايات/1975) الصادر في 1976/2/21 ألزمت محكمة الموضوع بتوجيه التهمة وفق المادة (393/1/أ) وليست المادة (394) لأن رضا المجنى عليه غير المميز معدوم ولا قيمة له إذ جاء فيه: "إذا كان المجنى عليه في جريمة اللواطة طفلاً غير مميز فيعتبر معدوم الرضا مما يستلزم توجيه التهمة وفق الفقرة (2-أ) من المادة 393 عقوبات"[81].

على ضوء التطبيقات القضائية الآنفة الذكر نرى أن هناك حاجة لتعديل المادة (394) على نحو بحيث يتم تقسيم نطاق الفترة ما دون (15) سنة إلى فترتين، فترة تبدأ من (أتم السابعة ولم يتم الخامسة عشرة) سنة من

العمر، وفترة أخرى تكون ما دون سن السابعة من العمر على أن يبيّن بأن لرضا القاصر في الفترة الأخيرة لا قيمة له وتكون خاضعة للفقرة (393/2/أ).

تجدر الإشارة، بأن موقف القضاء هذا يستند على القانون المدني باعتباره القانون الأم لجميع القوانين الأخرى حيث أن القانون المذكور لا يجيز تصرفات الصغير غير المميّز وإن كان نافعاً إلاّ بأذن الولي، لكننا نتساءل: وهل القانون المدني يجيز تصرفات الصغير المميّز التي فيها ضرر محض بحقه حتى وإن أجازه الولي؟ بالتأكيد الجواب هو النفي، وعليه فهل رضائه بقيام الجاني بفعل الوقاع أو اللواط معه يجيز هذا التصرف وإن كان مميّزاً؟ الجواب: لا. لذا نرى أن موقف المشرع في المادة (394) موقف منتقد فهو في الوقت الذي لم يعطِ قيمة لرضا القاصر واعتبر جريمة الاغتصاب جريمة تامة رغم توافر رضاه جاء وأعطى لرضاه قيمة في المادة نفسها حينما خفّفت من مسؤولية الجاني لمجرد توافر رضاه. عليه نقول: إذا أردنا حماية القاصر من ضعاف النفوس والمستهترين بأعراض الأطفال على المشرع إلغاء المادة (394) والنص في الفقرة (2/أ) من المادة (393) الخاصة بالقاصر بعدم الاعتداد برضا القاصر وإن توافر في الدعوى، أما إن كان هذا الاقتراح غير ممكن فنحيل إلى اقتراحنا المذكور في الفقرة السابقة.

على أيّة حال، هناك من أشار بأن حكم القاصر دون سن التمييز أي دون سن السابعة كحكم المجنون جنوناً مطبقاً، لكن البعض يرون بعدم توفر جريمة الاغتصاب في هذه الحالة لأنه من الصعوبة حصول جريمة تامة مع الصغير، كما أن رضاه ينفي الاغتصاب وبذلك فإن جريمة هتك العرض هي التي تتحقق في هذه الحالة، لكن ردّ على هذا الاتجاه بالقول: إن ركن الجريمة هو انعدام الرضا الصحيح مهما كان مصدره، ولذلك فحتى لو رضي الصغير بالفعل تقع الجريمة لأنه رضاه غير معتبر قانوناً[82]، وهذا ما نرجّحه للأسباب نفسها.

ونختم كلامنا بإحدى التطبيقات القضائية حول مدى توافر وعدم توافر رضا المجنى عليه إذ جاء في حكم لمحكمة تمييز إقليم كوردستان العراق ذي العدد (129/الهيئة الجزائية الثانية/2006) في 2007/4/16: "قرر نقضها واعادة الدعوى الى محكمتها لإعادة إجراء محاكمة المتهمين مجدداً وفق المادة 2,1/394 من قانون العقوبات لثبوت قيام المتهمين بملاوطة المجنى عليه (ف.ف.س) الذي هو دون الخامسة عشرة سنة من عمره وبرضاه حسب إفادته المؤيدة بالتقرير الطبي والوقائع وبإفادات المتهمين المدونة في مرحلتي التحقيق والمحاكمة وفرض التدابير المناسبة عليهما بدلالة المادة 2/393/د عقوبات لتعاقبهما على ارتكاب الفعل".

2.2. الإكراه.

حتى يمكن القول بأن جريمة الاغتصاب متحقّقة يجب أن تكون المجنى عليها غير راضية من قيام الجاني بمواقعتها، وإلاّ سنكون أمام جريمة الزنا وستكون العقوبة أخف، لأن الغرض من تشديد العقوبة في حالة الاغتصاب هو صيانة شرف الأنثى الجنسي[83]، وعليه لا بّد أن يستعمل الجاني العنف مع المجنى عليها/عليه عند مواقعتها أو ملاوطتها/ملاوطته[84]، والعنف هو الإكراه نفسه. إذن ماذا يقصد بالإكراه؟.

الإكراه يقصد به كل عنف يقع على المجنى عليه سواء استعمل الجاني قوته البدنية أو ساعده شخص آخر في سبيل التغلب على قوة المجنى عليه، كل ما في الأمر أن يكون الإكراه هو الذي حمل المجنى عليه على التسليم لرغبة الجاني، ولا يشترط أن يكون الإكراه مستمراً وقت الوقاع أو اللواط وإنما يكفي أن يكون الجاني قد استعمل الإكراه وبصورة كافية بحيث تغلب على مقاومة المجنى عليه، والأخير قد فقد قواه واستسلم[85]، وبتعبير آخر لا يشترط أن يستمر الاكراه طيلة فترة الاتصال الجنسي وإنما يكفي أن يكون الوسيلة إلى ابتدائه، كما لا يشترط أن يترك الإكراه أثراً على جسم المجنى عليه أو الجاني[86].

ويشترط في الإكراه المادي توفر شرطين وهما: أولاً، وقوعه على شخص المجنى عليه، ويسبب انعدام الرضا لديه، وعليه فلو كسر الجاني باب الغرفة فترتّب عليه أن استقبله المجنى عليه بالفعل الجنسي لا يتحقّق الجريمة. ثانياً، أن يكون العنف كافياً لإحباط مقاومته أو إرهابه، وعليه فإن العنف اليسير لا يعدم الرضا[87]. والمعيار الذي يلجأ إليه القاضي لمعرفة فيما إذا كان الإكراه المادي الذي تعرض له المجنى عليه وجعله يستسلم للجاني ورغبته وتمكينه من القيام بالفعل الجنسي معه هو معيار شخصي وليس موضوعي لأن ما يتحمله من عنف وقوة يختلف من شخص لآخر[88].

ومن الأمثلة على الإكراه المادي، كمن يشاهد فتاة في مكان خالٍ من الناس، فيقوم بخلع ملابسها عنوة واغتصابها دون ارادتها، كما قد يكون الإكراه معنوياً كالجاني الذي يهدّد المجنى عليه بالقتل أو حرق أمواله إن لم يمكنه من نفسه فيستجيب لطلبه تحت ضغط التهديد[89]، وعليه ماذا يقصد بالإكراه المعنوي؟.

الإكراه المعنوي يقصد به تهديد الجاني المجنى عليه بإيقاع شرٍّ جسيم وحالٍ به إن لم يسمح له بممارسة الجنس معه، ويجب أن يثبت بأنه لولا هذا التهديد لما استجاب المجنى عليه لطلب الجاني، ويتم تقيم مدى تأثير التهديد على إرادة المجنى عليه من خلال الظروف التي صدرت فيها التهديد، وهذا خاضع للسلطة التقديرية للقاضي، فالجاني قد يهدّد المجنى عليه في نفسه أو قتل شخص عزيز عليه كابنه، أو تهديده بابلاغ السلطات بارتكابه جريمة ارتكبه فعلاً وغير ذلك[90].

ويلاحظ بأن الإكراه المعنوي أوسع نطاقاً من الإكراه المادي، لكون الضرر قد لا يقع على نفس المجنى عليه وإنما قد يلحق بأهله وأقاربه وأحبائه وسمعته، وربما يتحمل المجنى عليه الضرر والأذى لكن لا صبر له أن يلحق الضرر بأحد من أفراد أسرته، وفي الوقت الذي يترك الإكراه المعنوي للمجنى عليه فرصة للتفكير لاتخاذ قراره في مدى استجابته لرغبة الجاني الإكراه المادي لا يمنح هذه الفرصة للمجنى عليه وبذلك يعتبر أخطر[91].

ومن التطبيقات القضائية بخصوص الإكراه، فقد جاء في حكم لمحكمة التمييز الاتحادية تخت العدد (30/هـ.م.ج/2020) الصادر في 2020/2/23: "ترى أكثرية أعضاء الهيئة الموسعة الجزائية بعدم وجود ظروف تستدعي الرأفة بالمتهم لاعتدائه على براءة طفلة ذهبت لشراء لعبة اطفال والمتهم استغل عنفوانه وقوته بالامساك بها واغتصب شرفها عنوة".

2.3. حالات وظروف أخرى تنعدم فيها الرضا.

حقيقة المشرع العراقي كان موقفاً حينما لم يحصر وسائل انعدام الرضا، وإنما تركها لتقدير القاضي يستخلصها من ظروف كل قضية، وفي هذا المحور سنتناول الحالات والظروف التي تناولتها الفقه الجنائي والتي تجعل من رضا المجنى عليه منعدمة أو معيبة.

1. **الخلل العقلي،** كالجنون والعته، والصرع وغيره. فوقاع المجنونة يعتبر اغتصاباً وإن لم تبد اعتراضاً لكن يجب أن يكون الجنون قد أفقدها القدرة على حقيقة الفعل وقت اتيانه[92]، وبعكسه فإن لرضائها قيمة وتنتفي الجريمة، كما لو كان المجنى عليها مصاباً بالصرع وأتاها الجاني حينما كانت في فترة الإفاقة، أو كانت جنونها يسيراً بحيث لم تفقد القدرة على إدراك ماهية الفعل[93]. ولهذا نجد بأن القانون الانكليزي اعتبر الجنون مانعاً من الرضا الصحيح بقدر ما، وبذلك عدّ الجريمة في هذه الحالة جنحة وليس جناية[94].

2. **السكر البيّن،** سواء كان ناتجاً عن تناول الكحول أو المخدرات أو أي مسكر آخر، وسواء تعاطى المسكرات أو المخدرات من تلقاء نفسه أو من خلال الجاني أو شخص آخر، كل ما في الأمر أن يصل إلى حالة بحيث يفقد التمييز[95]، لكن آخرون يشترطون أن لا يكون المجنى عليه قد تعاطى المسكرات من تلقاء نفسه وهذا ما لا نتفق معهم، لأن ذلك قد يساعد الكثير من الجناة الإفلات من العقوبة بهذه الحجة.

3. التنويم المغناطيسي، والنوم الطبيعي.

4. **الإغماء، والإعياء** .ويشترط لهذه الحالة وكذلك لحالة التنويم المغناطيسي والنوم الطبيعي أن تصل لدرجة تعطيل الإرادة[96].

5. **المباغتة.** كما لو قامت المجنى عليها بالكشف عن فرجها ليمكّن الطبيب من فحصها فيقوم الطبيب فجأة بإيلاج عضوه الذكري في فرجها.

6. **الحيلة والخدعة،** كما لو قام الجاني بالتستر في فراش نوم شخص آخر حتى إذا دخلت زوجة الأخير الفراش وبملابسها الليلية ومكّنت الجاني من نفسها ظنّاً منها أنه زوجها فتبيّن بأنه شخص آخر، عندها تتحقّق جريمة الاغتصاب لأن المجنى عليها وقعت في غلط[97].

ومن التطبيقات القضائية في هذا الصدد جاء في الحكم المرقم (3828/جنايات/1972) الصادر من محكمة التمييز الاتحادية في 1972/8/7 إن : "إقرار المتهم أمام ضابط الشرطة يصلح أن يكون قرينة ضده تؤيده الأدلة الأخرى وهي إفادة المجنى عليها بحصول الملاوطة وإفادة اختيها الصغيرتين بتحايل المتهم لإخراجها من الدار وبقائه فيها وقت وقوع الفعل"[98]

وأخيراً، في الوقت الذي لم يبيّن القانون العراقي موقفه من رضا المجنى عليه إن كان مجنوناً أو مصاب بأمراض نفسية أو عاهة عقلية، تناولها نظيره السوري في المادة (490) والأردني في المادة (297) والليبي في المادة (407)[99].

4: الركن المعنوي.

هناك خلاف في الفقه بصدد القصد الجنائي الذي يجب توافره لدى الجاني لكي يسأل عن جريمة الاغتصاب، فاتجاه يرى ضرورة توافر القصد الجنائي الخاص لديه وهو اتجاه نيّته إلى مواقعة المجنى عليها دون أن ينوي ارتكاب أي فعل آخر منافٍ للأخلاق، أما الاتجاه الآخر فيذهب إلى القول بأن توافر القصد العام يعتبر كافياً لمساءلته والذي يتمثل في العلم والإرادة[100]، وبدورنا نضيف إلى ما سبق ونقول: نظراً لكون دراستنا خاصة بجريمة اغتصاب القاصر يجب أن يكون الجاني على علم بأنه يقوم بمواقعة أو ملاوطة مجنى عليه قاصر أي غير بالغ واتجاه إرادته لتحقيق الجريمة، لأنه ربما يظّن أن المجنى عليه ذكراً كان أم أنثى شخص بالغ لضخامة بنيته الجسدية أو يبرز له المجنى عليه وثيقة مزيّفة يثبت بأنه شخص بالغ لكنه في الواقع شخص قاصر.

وعليه يتحقّق القصد الجنائي لدى الجاني إن واقع أنثى في فرجها وهو على علم بأنها غير راضية، وأنها ليست بزوجته أو بتعبير آخر ليس له الحق فيه، لأن الجاني له الحق في اتيان زوجته رضيت بذلك أم كرهت، أما الاتيان في دبرها يعتبر هتكاً للعرض إن لم تكن راضية وأكرهت على ذلك[101]، لكن وكما سبق وأن تكلمنا عن رضا المجنى عليه القاصر في المطلب الثالث، فإن الجريمة تتحقّق وإن كان رضاه متوافراً، ولهذا من الضروري إثبات فيما إذا كان الجاني على علم بأن القاصر كان راضياً عن الفعل من عدمه لأن ذلك سيغيّر من تكييف الجريمة وبالتالي من شدّة العقوبة المفروضة على الجاني.

ونظراً لشدة عقوبة جريمة الاغتصاب عادة ما يدعي الجاني بأنه قام بمواقعة أو ملاوطة المجنى عليها/عليه برضاها أو برضاه، وقد يصعب على الأخير إثبات كذب الجاني، لكن هناك قرائن يمكن للمحكمة الاستدلال بها بأن الفعل الجنسي قد حصل عنوة دون رضا المجنى عليه، منها كالصراخ والاستنجاد بالغير والاشهاد على ذلك من قبل الجيران أو المارة، أو إلقاء القبض على الجاني وهو متلبس بالجريمة والمجنى عليه تحت تأثير منوم أو مخدر، أو علامات مقاومة على جسم الجاني، أو علامات العنف على جسم المجنى عليه، ورغم ذلك يعتبر ذلك قرائن بسيطة يمكن إثبات عكسها من قبل الجاني[102].

وإذا كان القصد الجنائي يعد متلازماً في جريمة الاغتصاب مع نفس الفعل، لكن ربما يتصور انتفاء القصد مع استعمال القوة كما لو ظنّ الجاني بأن ما يبديه المجنى عليه من رفض أو مقاومة هو في حقيقته ليس إلاّ تمنع أو حياء طبيعي، أو أنه كان مدفوعاً إلى ذلك بعامل آخر غير الرضا عن الفعل ذاته، عندها لا يتوافر القصد الجنائي لديه وإن كان اعتقاده مستنداً إلى تقدير خاطئ، أما إذا قاومه بعنف فهذا قرينة واضحة على عدم الرضا ورغم ذلك هي قرينة قابلة لإثبات عكسها[103].

علماً، إن القصد الجنائي لدى الجاني وانتفائه يعتبر من المسائل التي تستخلصها القاضي من وقائع القضية، وصعب الأمر في حالة الشروع بين ما إذا كانت الواقعة تعد هتكاً للعرض أو شروعاً في الوقاع[104]، كما لو رفع الجاني ملابس المجنى عليها عنوة ففي هذه الحالة قد يكون قصده هتك عرضها فقط، أو ربما مواقعتها[105]، وفي هذا الصدد حكمت محكمة النقض المصرية بأنه والحالة هذه يجب النظر بنوع خاص إلى نية

الجاني خاصة حينما تكون الوقائع المادية مبهمة وقابلة لتأويل مزدوج، ولهذا عدّت طلب الفحشاء من امرأة وجذبها من يدها وملابسها ليدخلها في زراعة القطن غير كافية لمعاقبة الجاني على الشروع في جريمة الاغتصاب، بينما عدّ جذب الجاني المجنى عليها من يدها ووضع يده على ملابسها ليفكها بقصد مواقعتها بغير رضاها شروعاً في ارتكاب الجريمة[106].

وتجدر الإشارة بأنه ينتفي القصد الجنائي ولا نكون أمام جريمة الاغتصاب إن اغتصب الجاني المجنى عليه تحت تأثير مادة مسكرة أو مخدرة أعطيت له قسراً أو خديعة[107]، وكذلك الحال لو أتى امرأة من باب الغلط كما لو كان الجاني نائماً في فراشه ليلاً ثم دخلت إحدى النسوة من ضيوفه فراشه فظنّ أنها زوجته فواقعها ثم تبيّن له أنها ليست زوجته، والحكم هو نفسه إن كان مكرهاً على ذلك من قبل المجنى عليها نفسها أو طرف ثالث كما لو كان مهدداً بالقتل من قبلهما إن لم يقدم عليه[108].

وفيما يخص الغلط فإن الجاني قد يقع في غلط بالوقائع كما لو تزوج أخته من الرضاعة وهو جاهل بذلك أو بالقانون كما لو كان عالماً بذلك لكنه يجهل قانون الأحوال الشخصية الذي يحرم هذا الزواج[109]، وفي كلتا الحالتين ينتفي القصد الجنائي.

وأخيراً نقول: لا أثر للباعث على قيام القصد الجاني من عدمه، إذ يتحقّق القصد سواء كان غرض الجاني قضاء وطره أو بدافع الانتقام أو غيرهما لكن لا شكّ سيكون له أثر عند فرض العقوبة عليه[110].

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة توصلنا إلى النتائج والتوصيات أدناه، وهي كما يلي:

أولاً: النتائج:

من خلال هذه الدراسة تبيّن لنا بأن المشرع العراقي ومن خلال المادتين (393، 394) من قانون العقوبات حاول تغطية جميع الأحكام المتعلقة بمفهوم وأركان جريمة اغتصاب القاصر، ولقد كان موفقاً إلى حدٍّ بعيد عند تناوله لتلك الأركان، فمثلاً لم ينحصر وسائل انعدام الرضا في (الاكراه، التهديد، العنف، الحيلة، الخداع) كما فعله بعض المشرعين، وإنما ترك مسألة توافر انعدام الرضا الصحيح للمجنى عليه من عدمه للسلطة التقديرية للقاضي يستخلصها من وقائع القضية. كما اعتبر جريمة الاغتصاب تامة وإن كان الفعل الجنسي برضا القاصر، وهذا موقف حسن منه لأنه يزيد من اتساع نطاق الحماية الجنائية للقاصر من الجرائم الجنسية، ورغم ذلك سجّلنا ملاحظات على نصوص المادتين أعلاه ونرى أنه يشوبهما ثغرات تشريعية تحتاج لتدخل تشريعي، وهي كما يلي:

1. ترّتب على عدم قيام المشرع بتعريف الاغتصاب في المادة (393) وتناوله لجريمتي المواقعة واللواط في المادة نفسها خلافاً فقهياً بخصوص المقصود بمفهوم الاغتصاب في القانون العراقي، فاتجاه يرى بأنه يقصد به مواقعة الأنثى، والآخر يرى بأنه يشمل المواقعة واللواط، وهذا ما رجحناه بسبب صياغة النص.

2. نصّ المشرع العراقي في المادة (394) على: "من واقع في غير حالة الزواج أنثى برضاها"، لكن في المادة (393) نصّ على (مواقعة أنثى بدون رضاها) دون أن يفرّق بين الزوجة وغيرها وبذلك يفهم من ظاهر النص بأنه يشمل الزوجة أيضاً وهذا يعتبر ثغرة تشريعية لأنه من حق الزوج اتيان زوجته وحتى مطلقته رجعياً دون رضاها شرعاً، وبموجب الدستور العراقي لا يجوز تشريع قانون يخالف الشريعة الإسلامية.
3. قسّمت المادة (394) المرحلة العمرية للقاصر إلى فترتين، فترة تبدأ من (15–18) سنة، والأخرى تكون ما دون (15) سنة، ومن خلال التطبيقات القضائية تبيّن لنا بأن القضاء لا يعطي قيمة لرضا القاصر لما دون سن التمييز ولهذا نرى ضرورة تعديل الفترة ما دون سن (15) سنة وحصرها بالفترة من إتمام السابعة ولغاية ما دون الخامسة عشرة سنة.
4. وقع المشرع العراقي في تناقض بخصوص توافر رضا المجنى عليه في جريمة الاغتصاب المنصوص عليها في المادة (394)، ففي الوقت الذي لم يعتد برضاه واعتبر الجريمة تامة، جاء وأعطى قيمة لرضاه في المادة نفسها حينما خفّف من مسؤولية الجاني، بمجرد توافر الرضا.
5. وأخيراً، في الوقت الذي لم يبيّن المشرع العراقي موقفه من رضا المجنى عليه إن كان مجنوناً أو مصاب بأمراض نفسية أو عاهة عقلية، تناولها نظرائه من المشرعين العرب كقانون العقوبات السوري في المادة (490) منه.

ثانياً: توصيات.

نوصي المشرع العراقي بضرورة التدخل التشريعي من أجل سد الثغرات التشريعية التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة، ولتجنب الانتقادات والمآخذ الموجهة لنصوص المادتين (393، 394) نقترح عليه النصوص أدناه:

أولاً: إلغاء المادة (394) أو إيقاف العمل بها، وهذا ما نفضلّه ونقترح عليه النص أدناه بخصوص المادة (393).

1. يعاقب بالحبس المؤبد أو المؤقت كل من واقع أنثى في غير حالة زواج بغير رضاها أو لاط بذكر أو أنثى بغير رضاه أو رضاها.
2. يعتبر ظرفاً مشدداً إذا وقع الفعل في إحدى الحالات التالية:

أ. إذا كان من وقعت عليه الجريمة لم يتم الثامنة عشرة سنة، ولا يعتد برضاه ولا يمكن اعتباره عذراً أو ظرفاً مخففاً.

ثانياً: في حالة عدم إلغاء المادة (394) فنقترح عليه النصوص الآتية.

المادة (393)

1. يعاقب بالحبس المؤبد أو المؤقت كل من واقع أنثى في غير حالة زواج بغير رضاها أو لاط بذكر أو أنثى بغير رضاه أو رضاها.

المادة (394)

1. يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات أو بالحبس من واقع في غير حالة الزواج أنثى برضاها أو لاط بذكر أو أنثى برضاه أو رضاها إذا كان من وقعت عليه الجريمة قد أتم الخامسة عشرة من عمره ولم يتم الثامنة عشرة سنة.

وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنين إذا كان من وقعت عليه الجريمة قد أتم السابعة ولم يتم الخامسة عشرة سنة كاملة من العمر.

أما إذا كان من وقعت عليه الجريمة لم يتم السابعة من العمر فلا يعتد برضاه وتطبق في هذه الحالة المادة (أ/2/393)

الهوامش

[1] منظمة الأمم المتحدة للطفولة، العمل من أجل إنهاء الإساءة والاستغلال الجنسيين للأطفال، اليونيسف، نيويورك، 2020، ص5.

[2] محمد علي، أحكام إعدام وسجن بحق مغتصبي أطفال في العراق، نشر بتاريخ: 2023/5/16، تاريخ الزيارة: 2024/7/6: HTTPS://2U.PW/L1GSLDVH

[3] أسامة مهدي، اتساع الجرائم ضد الأطفال وقتلهم يرّوع المجتمع: القضاء العراقي يقتص بأحكام مغلظة من مدانين باغتصاب أطفال، نشر بتاريخ: 2023/5/16، تاريخ الزيارة: 2024/7/7:

HTTPS://ELAPH.COM/WEB/NEWS/2023/05/1508042.HTML

[4] منظمة العفو الدولية، الجزائر: لا بد من إصلاحات شاملة لوضع حد للعنف ضد النساء والفتيات على أساس نوع جنسهن، الوثيقة: MDE 28/010/2014، مطبوعات منظمة العفو الدولية، لندن، 2014، ص7.

[5] مقدم عبدالرحيم، الحماية الجنائية للأحداث، رسالة دكتوراه مقدمة لقسم الاقنون الخاص بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة قسطنطينية (1)، جزائر، 2011، ص295.

[6] أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج3، عالم الكتب، القاهرة، ط1، 2008، ص1821-1822.

[7] رينهارت بيتر آن دُوزِي، تكملة المعاجم العربية، ترجمة وتعليق: محمَّد سَليم النعَيمي، ج 8، وزارة الثقافة والإعلام العراقية، ط1، 2000م، ص 292. ومحمد رواس قلعجي، وحامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، بيروت: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، ط 2، 1988م، ص 354.

[8] ضحى محمد سعيد النعمان، عمر رياض أحمد، حفظ أموال القاصر وفقاً لأحكام القانون العراقي والفقه الإسلامي، المجلة العلمية لجامعة جيهان- السليمانية، المجلد 1، العدد 1، 2017م، ص 78-100. وضحى محمد سعيد النعمان، عمر رياض احمد، استثمار أموال القاصر، مجلة كلية القانون-جامعة النهرين، المجلد 17، العدد 2، 2015م، ص 1-28.

[9] ساهرة حسين كاظم آل ربيعة، الأولياء في القانون العراقي، موقع المرجع الألكتروني للمعلوماتية، تاريخ الزيارة 2019/6/10 : 11:22 م

https://almerja.net/reading.php?idm=36838

[10] حوراء أحمد شاكر محمود، الحماية الجنائية لأموال القاصرين : دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية القانون قسم القانون العام بجامعة بابل، 2018، ص16.

[11] بن يحيى أم كلثوم، القاصر مفهومه وأهليته في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة دراسات، المجلد 1، العدد 1، 2012م، ص 25-41.

[12] أحمد مختار عبد الحميد، مرجع سابق، ج2، ص1622.

[13] المرجع نفسه، ج2، ص1472.

[14] محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات: قسم الخاص (جرائم الاعتداء على الأشخاص)، دار النهضة العربية، القاهرة، دون تاريخ النشر، ص215.

[15] علاء عبدالحسن السيلاوي، ومحمد حميد عبد، أزمة الحماية الجنائية للقاصر من الاغتصاب في القانون العراقي، مجلة كلية الحقوق-جامعة النهرين، مجلد 25، عدد 1، 2023، ص154.

[16] علي الحوات، الجرائم الجنسية، منشورات أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ط1، 1997، ص84.

[17] عادل يوسف الشكري، جريمة الاغتصاب في ضوء سياسة التجريم والعقاب المعاصرة: دراسة تحليلة مقارنة، مجلة الكوفة، عدد 4، 2010، ص149.

[18] المرجع نفسه، ص144.

[19] فيصل العبيدي، الاغتصاب في القانون العراقي، تاريخ النشر: 2022/5/10، تاريخ الزيارة: 2024/7/9
HTTPS://WWW.AHEWAR.ORG/DEBAT/SHOW.ART.ASP?AID=755611

[20] علاء عبدالحسن السيلاوي، وآخر، مرجع سابق، ص156.

[21] محمود أحمد طه، الحماية الجنائية للطفل المجنى عليه، منشورات أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ط1، 1999، ص122.

[22] حمو بن ابراهيم فخار، الجماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه مقدمة لقسم الحقوق بكلية الحقوق والعولم السياسية بجامعة محمد خيضر، سكرة، 2015، ص227.

[23] منظمة العفو الدولية، مرجع سابق ص13.

[24] هاني بن عبدالله الجبير، الاغتصاب أحكام وآثار، دون مكان وتاريخ النشر، ص2.

[25] أحمد مختار عبد الحميد، مرجع سابق، ج3، ص2481.

[26] حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون العقوبات الخاص، منشأة المعارف، الأسكندرية، دون طبعة، 1978، ص 611.

[27] أحمد مختار عبد الحميد، مرجع سابق، ج3، ص2047-2048.

[28] نوزاد أحمد الشواني، جرائم العنف الجنسي ضد الأطفال: دراسة مقارنة، مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية، مجلد 1، عدد 1، 2018، ص170.

[29] علي الحوات، مرجع سابق، ص83.

[30] عباس إبراهيم المالكي، المثلية الجنسية بين التجريم والإباحة في قانون العقوبات العراقي النافذ، مجلة الفنون والأدب وعلوم الإنسانيات والاجتماع، عدد 79، 2022، ص13.

[31] حسن صادق المرصفاوي، مرجع سابق، ص 611.

[32] أحمد أمين بك، شرح قانون العقوبات الأهلي: القسم الخاص، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2، 1924، 441.

[33] ملاحظة: سنتاول جريمة الاغتصاب في هذه الدراسة باعتبارها تشمل جريمتي (الوقاع، واللواط)، وفق الاتجاه الذي يتبنى هذا الرأي في الفقه العراقي وغيره.

[34] حواء علي الأسدي، وهدى هاتف الزبيدي، عقوبة جريمة الاغتصاب واللواط الواقعة بين المحارم في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي: دراسة مقارنة، وقائع المؤتمر السنوي الثالث: رؤى معاصرة في العلوم الانسانية والاجتماعية 2023، برعاية دائرة البحوث والدراسات في ديوان الوقف الشيعي، مجلة الذكوات البيض، مجلد وقائع المؤتمر العلمي، عدد 2، 2024، ص297.

[35] بحكم عمل الباحث في قضاء الأحداث منذ عقدين، سأذكر لكم قصة حقيقية: تم توقيف قاصر ذكر سنّه حوالي (12) سنة في إصلاحية الأحداث على ذمة قضية سرقة، وداخل الإصلاحية تعرض للإغتصاب من قبل نزيل قاصر أكبر منه سناً، وحينما حاول الجاني اغتصابه مرّة أخرى قام بسكب نفط المدفأة على جسمه وحرّق نفسه، وفارق الحياة نتيجة لذلك.

[36] سلوى أحمد ميدان، وعائدة عبدالكريم صالح، وسليمان كريم محمود، جريمة الاغتصاب وسبل الوقاية منها، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، مجلد 4، عدد 14، 2015، ، ص131.

[37] إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز : القسم الجنائي، مطبعة الجاحظ، بغداد، 1990، ص 140، 231.

[38] عبدالواحد العلمي، شرح القانون الجنائي المغربي: القسم الخاص، مطبعة النجاح الجديدة، دار البيضاء، ط6، 2013، ص202. وعادل يوسف الشكري، مرجع سابق، ص157.

[39] محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص216. وعبدالواحد العلمي، مرجع سابق، ص203.

[40] حسن صادق المرصفاوي، مرجع سابق، ص 612.

[41] هشام عبدالحميد فرج، الاغتصاب الجنسي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ط1، 2011، ص15.

[42] إبراهيم المشاهدي، مرجع سابق، ص 141.

[43] المرجع نفسه، ص 231.

[44] ملاحظة: جميع التطبيقات القضائية التي وردت في هذه الدراسة والتي لم يشر الباحث إلى مصدرها في الهامش مأخودة من موقع (قاعدة التشريعات العراقية) وبالتحديد من الرابطين أدناه، ولتجنب الحشو والتكرار أكتفينا بهذا الهامش فقط، وكان زيارة الموقع بتاريخ: 2024/7/15

HTTPS://IRAQLD.E-SJC-SERVICES.IQ/VERDICTSLSTRESULTS.ASPX?AID=181218

[45] عبدالواحد العلمي، مرجع سابق، ص202.

[46] محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص216.

[47] هاني بن عبدالله الجبير، مرجع سابق، ص9. وحكمت سفيان، الجرائم الجنسية ضد الأطفال والطب الشرعي، دون مكان وتاريخ النشر، ص15-16.

[48] حسن صادق المرصفاوي، مرجع سابق، ص 611.

[49] حكمت سفيان، الجرائم الجنسية ضد الأطفال والطب الشرعي، مرجع سابق، ص13.

[50] دراج صباح، وعلواش فاطمة الزهراء، جريمة الاغتصاب، رسالة ماستر مقدمة لقسم القانون العام بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أكلي محند اولحاج، البويرة، 2016، ص23. ومحمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص217. وعادل يوسف الشكري، مرجع سابق، ص157. ونهى القاطرجي، جريمة الاغتصاب في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 2003، ص176.

[51] محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص217.

[52] علي محمد الجنابي، الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة، محاضرات ألقيت على طلاب المرحلة الثالثة قسم القانون بكلية المستقبل الجامعة للسنة الدراسية 2023، ص1.

[53] سلوى أحمد ميدان، وآخرين، ص130.

[54] محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص218.

[55] عادل يوسف الشكري، مرجع سابق، ص158.

[56] هشام عبدالحميد فرج، مرجع سابق، ص16.

[57] نوزاد أحمد الشواني، مرجع سابق، ص172. وسلوى أحمد ميدان، وآخرين، ص136.

[58] إبراهيم المشاهدي، مرجع سابق، ص 231.

[59] محكمة التمييز الاتحادية (1738/جنايات/1975) في 1976/1/14 نقلاً عن: إبراهيم المشاهدي، مرجع سابق، ص 141.

[60] محكمة التمييز الاتحادية (247/جنايات/1976) في 1976/4/28 نقلاً عن: المرجع نفسه.

[61] عبدالواحد العلمي، مرجع سابق، ص203. وعادل يوسف الشكري، مرجع سابق، ص159.

[62] أحمد أمين بك، مرجع سابق، ص446.

[63] نهى القاطرجي، مرجع سابق، ص204.

[64] حسن صادق المرصفاوي، مرجع سابق، ص 613.

[65] أحمد أمين بك، مرجع سابق، ص442.

[66] المرجع نفسه، ونفس الصفحة.

[67] عادل يوسف الشكري، مرجع سابق، ص159-160.

[68] هاشم محمد الجحيشي، السياسة الجنائية في جرائم الأخلاق، مجلة بحوث مستقبلية، عدد 47، 2019، ص74-75.

[69] محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص221.

[70] دراج صباح، وأخرى، مرجع سابق، ص25.

[71] سلوى أحمد ميدان، وآخرين، ص139.

[72] فيصل العبيدي، مرجع سابق (ألكتروني).

[73] منظمة العفو الدولية، مرجع سابق ص16.

[74] أحمد أمين بك، مرجع سابق، ص443. ومحمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص219. وعادل يوسف الشكري، مرجع سابق، ص157.

[75] عبدالواحد العلمي، مرجع سابق، ص204.

[76] محمود أحمد طه، مرجع سابق،، ص129.

[77] زهير عنيد غافل، الجرائم الماسة باستغلال الطفل، مجلة الجامعة العراقية، عدد 55، ج 3، 2022، ص415. وعلي الحوات، مرجع سابق، ص74.

[78] محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص224-225.

[79] منى محمد الحمداني، ورنا عبدالمنعم يحيى، الحماية الجزائري لعرض الطفل في قانون العقوبات العراقي: دراسة مقارنة، محلة البحوث المستقبلية، عدد 33، 34، 2011، ص181.

[80] إبراهيم المشاهدي، مرجع سابق، ص 141.

[81] المرجع نفسه، ص 232.

[82] نهى القاطرجي، مرجع سابق، ص183.

[83] عبدالواحد العلمي، مرجع سابق، ص204.

[84] حجاج رضا بن الهادي، محاضرات القانون الجزائي العام والخاص، السنة الدراسية 2019، ص25.

[85] حسن صادق المرصفاوي، مرجع سابق، ص 616.

[86] محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص223.

[87] أحمد أمين بك، مرجع سابق، ص443-444. ومحمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص222. وعادل يوسف الشكري، مرجع سابق، ص163. وسلوى أحمد ميدان، وآخرين، ص137.

[88] نهى القاطرجي، مرجع سابق، ص180.

[89] عبدالواحد العلمي، مرجع سابق، ص205. وسلوى أحمد ميدان، وآخرين، ص138.

[90] محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص223. وحسن صادق المرصفاوي، مرجع سابق، ص 617.

[91] نهى القاطرجي، مرجع سابق، ص182.

[92] عادل يوسف الشكري، مرجع سابق، ص166.

[93] محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص224.

[94] أحمد أمين بك، مرجع سابق، ص444.

[95] محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص224.

[96] المرجع نفسه، ص227.

[97] عبدالواحد العلمي، مرجع سابق، ص205. وسلوى أحمد ميدان، وآخرين، ص138. وحسن صادق المرصفاوي، مرجع سابق، ص 616. وأحمد أمين بك، مرجع سابق، ص444.

[98] إبراهيم المشاهدي، مرجع سابق، ص 231.

[99] عادل يوسف الشكري، مرجع سابق، ص167.

[100] سلوى أحمد ميدان، وآخرين، ص141.

[101] حسن صادق المرصفاوي، مرجع سابق، ص 614.

[102] عبدالواحد العلمي، مرجع سابق، ص206.

[103] سلوى أحمد ميدان، وآخرين، ص140. وأحمد أمين بك، مرجع سابق، ص445. ومحمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص229.

[104] مقدم عبدالرحيم، مرجع سابق، ص295.

[105] حسن صادق المرصفاوي، مرجع سابق، ص 614.

[106] هشام عبدالحميد فرج، مرجع سابق، ص24. وأحمد أمين بك، مرجع سابق، ص447.

[107] علي محمد الجنابي، مرجع سابق، ص2.

[108] عبدالواحد العلمي، مرجع سابق، ص206.

[109] محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص228. وعادل يوسف الشكري، مرجع سابق، ص169. وسلوى أحمد ميدان، وآخرين، ص140.

[110] حسن صادق المرصفاوي، مرجع سابق، ص 615. و أحمد أمين بك، مرجع سابق، ص446. ومحمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص228.