Route Educational & Social Science Journal

Volume 6(5) ; May 2019

Artical History

Received/ Geliş	Accepted/ Kabul	Available Online/yayınlanma
11. 3 .2019	3.5.2019	15.5.2019

التناسب بين التجريم والعقاب في جرائم زنا الزوجية

(دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي)

The proportion between criminalization and punishment for adulter

أ.م.د. تيسير أحميد عبل

Assistant Professor Dr Taiseer Ahameed Abal

جامعة البصرة كلية القانون

University of Basrah Faculty of Law

ملخص البحث:

وجدت جريمة الزنا منذ أن عرف الزواج منذ القدم باعتبارها خيانة لرابطة الزواج ، وهي تعدّ من أشد أنواع الجرائم في الأنظمة التاريخية القديمة ، وكان الزنا جريمة الزوجة وحدها إما الزوج فإذا زنى لا تقع عليه أية مسؤولية وبظهور الاسلام ساوى بين الزوج والزوجة في إقامة العقوبة على مرتكب الجريمة.

Research Summary :

The crime of adultery has been known since the marriage was known to be a betrayal of the marriage association. It is considered one of the most serious crimes in the ancient historical systems, and adultery was the crime of marriage alone, either the husband or the wife.

المقدمة

وجدت جريمة الزنا منذ أن عرف الزواج منذ القدم باعتبارها خيانة لرابطة الزواج ، وهي تعدّ من أشد أنواع الجرائم في الأنظمة التاريخية القديمة ، وكان الزنا جريمة الزوجة وحدها إما الزوج فإذا زنى لا تقع عليه أية مسؤولية [1] ، وبظهور الإسلام الذي شرع الحدود الإسلامية بشكل تدريجي كانت عقوبة الزنا في البداية للمرأة المتزوجة الحبس في البيت حتى الموت ولغير المتزوجة كانت الأذى والضرب وكذلك الحال بالنسبة للرجال.[2]

١ . جريمة الزنا في القانون المصري المقارن/ د. احمد حافظ نور ، رسالة دكتوراه مقدمة الى جامعة القاهرة ١٩٥٨، ص١٨.

٢ . جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات الاردني/ د. محمد صبحي نجم ، مطبعة بيروت سنة ١٩٥٤. ص٢١٩.وكذلك المفاجأة بالزنى عنصر استفزاز في القتل والايذاء / قاسم تركي عوّاد الجمايي ، رسالة ماجستير في القانون الجنائي ، كلية القانون– جامعة بغداد ، غير منشورة ،٢٠٠٤م، ص١.

إذ تُعد جريمة الزنا من الجرائم الفتاكة في المجتمع لأنها تؤدي إلى القضاء على اللبنة الاساسية للمجتمع وهي الاسرة فالزنا يعدم الأسرة التي يعد وجودها وجود المجتمع وانتفاءها إلى انتفاء المجتمع ، ومن هنا فأنها تعد من الجرائم الخطيرة التي تمس قلب المجتمع وهو شرف الناس ، فتؤدي الى انحلال المجتمع و اختلاط الانساب التي أمر الإسلام بحفظها ، إذ تُعد جريمة الزنا من الجرائم المنبوذة في المجتمع إذ نهى عنها الشارع المقدس في القران الكريم و السنة النبوية الشريفة .

أهمية البحث :

إن النظام القانوني الذي تسير عليه الدولة يقوم على التوازن بين الحقوق والواجبات من جهة وبين المصلحة العامة من جهة أخرى، وهو ما يتحقق بالتناسب بين حماية كل من الاثنين ، فإن المشرع الجنائي في مقام حمايته لحق الزوجين مع مراعات الهوية الإسلامية ، فيجب أن يراعي التوازن بين مقتضيات هذه حماية وبين باقي افراد الاسرة من الابناء من هذا الحق ، وكذلك التوازن بين هذه الحماية وبين المصلحة العامة المتمثلة في النظام العام ، فالنظام العام يقتضي تقييد حرية الأبناء في أقامه الشكوى أو التدخل في جرائم زنا الزوجية في اثبات التجريم والعقاب [٣]، وأن المشرع كثيراً ما يستخدم العقاب في حمايته للمصالح الاجتماعية ، وتكمن أهمية البحث في معالجة موضوع على قدر كبير من الأهمية ، **لأنهُ يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالأسرة العراقية خاصة والمجتمع العراقي عامة** ، فضلاً عن قلة ومحدودية البحوث العلمية والمؤلفات القانونية في هذا المجال ، إذ إنَّ الدراسات توجهت نحو موضوع الجرائم الأخرى بصفة عامة .

مشكلة البحث :

عدم وجود رؤية شاملة وموحدة لتنظيم قانوني جزائي ينظم ويحمي الأسرة وكيانها وسمعة أفرادها ، إذ سعت التشريعات الجزائي النافذة إلى تامين الحماية للعلاقة الزوجية الخاصة واستبعدت بقي إفراد الأسرة ، فضلاً عن تبعثر القوانين الجزائية المتعلقة بالأسرة وعدم التناغم والاتساق فيما بينها من جانب أُسس وضوابط التجريم ، ومن جانب آخر فإن هذا الأسلوب أو هذه الطريقة التي عمل بها المشرع الجزائي في توفير الحماية لهذه الأسرة ، هي قد تتعارض مع الحماية الجنائية الوضعية مع مبادى والحدود الشرعية الإسلامية .

منهجية البحث :

ننطلق في البحث من خلال استقراء وتحليل الجوانب البارزة لبعض القوانين المهمة في قانون العقوبات العراقي المرقم ١١١ لسنة١٩٦٩ بهدف استجلاء الملامح والجوانب المختلفة لموضوع البحث لغرض تحديد مواطن

3.B. BOULOC, R. CARO, R. HASTINGS, Ph. ROBERT, F. SCHIR et J. BORRICAND, Problemesactuels de science criminelle, VI, Presseuniversitaired'Aix-Marseille, ١٩٩٣, p. ١٩.

الاتفاق والخلاف على صعيد الجزاء الوضعي والجزاء الشرعي بين هذه القوانين بغية الوصول إلى رؤية جديدة لتنظيم قانوني جزائي ينظم ويحمي الأسرة وكيانها وجميع افرادها .

هدف البحث : تهدف الدراسة إلى تحقيق الحماية الجنائية للأسرة من خلال العمل على :

أ- تحديث أُسس وقواعد التجريم والعقوبات ، من حيث عناصر التجريم المتعلقة بالفعل ومشروعية الفعل والركن المعنوي والنتيجة وصور التجريم و الجزاءات التي تسهم بمجموعها بوضع تنظيم جزائي يدعم للأسرة ويوفر لها الحماية أللازمة .

ب- هناك بعض القوانين العراقية لم تطابق احكام الشريعة الإسلامية بل نبذت كل حكم شرعي نجده ملائم للواقع الاجتماعي العراقي ، وعلى سبيل المثال لا الحصر نرَ تناقض او بون شاسع في قانون العقوبات العراقي المرقم ١١١ لسنة١٩٦٩ وقانون الأحوال الشخصية المرقم١٨٨ لسنة ١٩٥٩،لأحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بكثير من الاحكام الاسرة في محاولة للوقوف على الجوانب السلبية التي لا تتفق مع يحصل من تطور الأخطار وتزاحمها التي تحيط بالأسرة .

خطة البحث : فتكون دراستنا مقسمه إلى مبحثين مسبوقة بمبحث تمهيدي كالتالي:

المبحث الأول/ جريمة الزنا الزوجية في الشريعة والعقوبة المقررة لها من ولهم حق اقامة الشكوى

المبحث الثاني/ جريمة الزنا الزوجية في قانون العقوبات العراقي المقرره لها من ولهم حق اقامة الشكوى.

الخاتمة والتوصيات .

المبحث التمهيدي

مفهوم التناسب والتجريم والعقاب

حاولنا بهذا المطلب ان نسلط الضوء على مفهومي التناسب والتجريم والعقاب وتعريفها بمطلبين :

المطلب الأول

ماهية التناسب

وفي هذه المطلب تناولنا مفردة التناسب في اللغة والاصطلاح فضم هذه المطلب ثلاثة فروع:

الفرع الأول التناسب في اللغة :

تنَاسُب: (اسم)، تَنَاسُب : مصدر تَناسَبَ، ناسَبَ: (فعل)، تناسبَ يتناسب ، تَنَاسُبًا ، فهو مُتناسِب، تناسب الشَّيئان مُطاوع ناسبَ : تشاكلا ، وتماثلا وتوافقا ، تناسب القومُ : انتسبوا إلى أصولهم، وَناسُب: (اسم) مصدر تَنَاسَبَ ، التَّنَاسُبُ : التَّشابُه ، والتَّنَاسُبُ (في الرياضة) : تَساوي نسبتين مثل أ / ب = جـ / ء ، وحدّ التَّناسب : هو العدد الواقع في كُلٍّ من النسبتين.[٤]

٤ . ينظر موقع المعاني لكل رسم معنى الإلكتروني : https://www.almaany.com

والمعنى اللغوي للتناسب يأتي من أصل كلمة (ن س ب)، والنسب يعني القرابة، وناسبه شاركه في نسبه ، ومن المجاز المناسبة: المشاكلة، يقال بين الشيئين مناسبة وتناسب أي: مشاكلة وتشاكل، وكذا قولهم: لا نسبة بينهما، أي إلى مفهوم الصلة بين الشيئين وبينهما نسبة قريبة)٥، ويمتد موضوع التناسب بمفهومه إلى المعنى المجازي للكلمة أي إلى مفهوم الصلة بين الشيئين والمناسب القريب وبينهما مناسبة وهذا يناسب هذا أي يقاربه شبها،٦ فالتناسب يعني:(علاقة أو صلة تامة بين شيء وآخر. أو علاقة بين الأجزاء بعضها ببعض، وبينها وبين الكل).٧

والتناسب لغة أيضاً هو : التقارب والتناسق والمشاكلة والترابط والتعلّق والانسجام ، وقد ورد هذا اللفظ في القرآن العظيم بصيغ متعددة [٨] في قوله تعالى:(**وَجَعَلُوا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْجِنَّةِ نَسَبًا**) [٩] ، وقوله :(**وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاء بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا**)[١٠] ، وقوله : (**فَإِذَا نُفِخَ فِي الصُّورِ فَلَا أَنسَابَ بَيْنَهُمْ يَوْمَئِذٍ وَلَا يَتَسَاءلُونَ**)[١١] ، والمراد بالتناسب ودراسته هنا هو: تلمس أوجه الترابط والانسجام بين الجريمة والعقوبة في جرائم زنا الزوجية .

الفرع الثاني/ التناسب في اصطلاح فقهاء القانون

اولاً : التناسب في القانون الدولي الإنساني:

التناسب مبدأ أساسي في القانون الدولي يقضي بأن شرعية عمل ما تتحدَّد حسب احترام التوازن بين الهدف والوسيلة والطريقة المستخدمة لبلوغه وكذلك عواقب هذا العمل. ويعني هذا المبدأ ضمنًا الالتزام بتقدير السياق قبل تحديد شرعية عمل ما أو عدم شرعيته. وهذا التقييم هو مسؤولية من يقومون بالعمل. وفي حالة الخلاف أو الشك، تستطيع المحاكم تقييم الوقائع وبالتالي تحديد شرعيته.

والتناسب ذو أهمية كبيرة في تقييم حجة الضرورة العسكرية عند تقييم شرعية استخدام القوة المسلحة. وهو ينطبق على وجه الخصوص في حالات الدفاع الشرعي الفردي أو الجماعي عن النفس، وفي حالات لجوء دولة ما إلى القوة المسلحة لاستعادة النظام والأمن العام في أوقات الاضطرابات الداخلية وفي حالات النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية.[١٢]

---

٥ . جمال الدين أبن منظور، لسان العرب، مادة (نسب)،

٦ . محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس،(مادة نسب) ، المطبعة الخيرية المنشأة بجمالية، مصر

٧ . احمد بن محمد الفيومي المقري، معجم المصباح المنير، دار الحديث، القاهرة.

٨ . ينظر الموقع ملتقى أهل العلم https://vb.tafsir.net

٩ . سورة الصافات : الآية ١٥٨.

١٠ . سورة الفرقان : الآية ٥٤.

١١ . سورة المؤمنون : الآية ١٠١.

١٢ . الموقع الالكتروني القاموس العملي للقانون الإنساني: https://ar.guide-humanitarian-law.org

ثانياً :تناسب الجزاءات:

تستخدم فكرة التناسب كذلك في الإشارة إلى الضمانات القضائية الأساسية، وتنصُّ على ضرورة أن تكون العقوبة متناسبة مع الجريمة، ويتضح ذلك في اتفاقيات جنيف[١٣] التي تؤكد أن على "محاكم [السلطة القائمة بالاحتلال] أن تطبق [...المبدأ الذي يقضي بأن تكون العقوبة متناسبة مع الذنب]".[١٤]

ثالثا: التناسب في التجريم والعقاب:

إن النظام القانوني لا يمكن أن يتماسك إلا بعدم المبالغة في وزن أحد مكونات هذا النظام، ولذا فقد نشأ مبدأ التناسب (principe de proportionnalite) ، لكي يكون معياراً لتحقيق التوازن وضماناً لوحدة النظام القانوني في حماية الحقوق والحريات والمصلحة العامة، ويقتضي هذا التناسب وجود علاقة منطقية ومتماسكة بين مختلف العناصر التي تتكون منها القاعدة القانونية الواحدة، ويتحقق هذا التناسب من خلال مجموعة من الأفكار تمثل المنطق

والتجانس والتوازن وعدم التحكم [١٥]، ويرى بعضهم أن التناسب هو الملاءمة التي يتخذها المشرع بين جسامة الجريمة وألم العقوبة للوصول الى الهدف المطلوب [١٦]، وعرفه بعضهم هو أرضا حاسة العدالة إذ يصير الجزاء الجنائي عادلاً حين يحقق التماثل أو التعادل بين الشر الذي أصاب المجتمع من جراء وقوع الجريمة وبين الشر الذي تقرر إنزاله بالجاني لقاء جرمه[١٧].

وثمة معياران لتحقيق التناسب أولهما موضوعي وثانيهما شخصي، فوفقا للمعيار الموضوعي يتعين أن يكون الألم الذي تنطوي عليه العقوبة متماثلا او بالأقل متناسبا مع جسامة النتيجة الواقعة في الفعل الاجرامي. ويتحقق هذا النوع من التناسب بقيام الصلة بين السلوك والنتيجة الأجرامية التي يحظرها القانون ويعبر هذا المعيار الموضوعي عن فكرة المسؤولية الجنائية المادية .

أما المعيار الشخصي فمؤداه أن تكون العقوبة بما تنطوي عليه من الم متناسبة مع درجة الخطأ أو الإثم الذي يمكن نسبته الى الجاني، فلا يكفي هنا قيام الصلة السببية المادية بين السلوك والنتيجة التي يحظرها القانون، وإنما يتعين توافر صلة نفسية (معنوية) بين السلوك وبين صاحبة والمعيار الشخصي هو(الركن المعنوي للجريمة).

---

١٣ . اتفاقية جنيف ٤ المادة ٦٧

14. Cannizzaro, Enzo. "Contextualizing Proportionality: Jus ad Bellum and Jus in Bello in the Lebanese War." International Review of the Red Cross 864 (December 2006): 779–92.

١٥ . أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية الحقوق والحريات، ط ، دار الشروق القاهرة ، ٢٠٠٧، ص١٣٢.

١٦ . حسن محمد سليمان، مبدأ تناسب العقوبة مع الجريمة ، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الدراسات العليا قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية ، ص٢٣

١٧ . سليمان عبد المنعم، علم الأجرام والجزاء، ط ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص٧٦

وعليه يمكن القول ان التناسب وفقا. للمعيار المادي مبناه جسامة الفعل المادي، بينما التناسب في ظل المعيار الشخصي مبناه خطورة الجاني .[١٨]

وأخذت التشريعات القديمة بالمعيار المادي بينما أخذت التشريعات الحديثة بالمعيار الشخصي للتناسب بين الجريمة والعقوبة ، ومع ذلك لا يوجد ما يمنع من الأخذ في تشريع واحد بالمعيارين معا. بحيث تتناسب العقوبة من جهة مع جسامة الفعل المادي ومن جهة أخرى مع درجة الخطأ الذي يكشف عنه سلوك الفاعل.[١٩]

المطلب الثاني

مفهوم التجريم والعقاب

وبهذا المطلب وضعنا تمهيد عن التجريم والعقاب ومن ثم فروع عدة وكما يلي:

تمهيد : المتتبع للتشريع الاسلامي يجد أن الاسلام لا يحرم شيئا فيه منفعة صرفة للامة أو منفعة تغلب ضرره و تفوته و الناظر في الجرائم يرى أنها مضرة سواء كان هذا الضرر عقديا أو خلقيا، صحيا أو اقتصاديا، فرديا أو جماعيا، أو غير ذلك مما يقتضي حال البشرية أو المجتمع المثالي الحفاظ عليه و صيانته بكل ما يلزم تجاهه و تدارك المفاسد و الاضرار التي تلحق به و عدم التفريط فيه[٢٠]. و الباحث يجد أن الغاية من العقوبات تجمل في أربعة أشياء: وهي

١. **حفظ المصالح**: حفظ الكليات الخمس أو الست

٢. **رحمة للمجتمع**[٢١]: قال تعالى :((**و ما أرسلناك إلا رحمة للعالمين**)) [٢٢]، وقوله تعالى((**و لكم في القصاص حياة يا أولي الألباب**))[٢٣] .

٣. **إقامة العدل**: لا بد من عقوبات تمنع الفوضى و تحفظ الحقوق، حديث: عَنْ عَائِشَةَ، أَنَّ قُرَيْشًا، أَهَمَّهُمْ شَأْنُ الْمَخْزُومِيَّةِ الَّتِي سَرَقَتْ قَالُوا: مَنْ يُكَلِّمُ فِيهَا رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وآله وَسَلَّمَ؟ قَالُوا: وَمَنْ يَجْتَرِئُ عَلَيْهِ إِلَّا أُسَامَةُ بْنُ زَيْدٍ حِبُّ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وآله وَسَلَّمَ؟ فَكَلَّمَهُ أُسَامَةُ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وآله وَسَلَّمَ: «أَتَشْفَعُ فِي حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللهِ؟» ثُمَّ قَامَ فَاخْتَطَبَ فَقَالَ: «إِنَّمَا هَلَكَ الَّذِينَ قَبْلَكُمْ أَنَّهُمْ كَانُوا إِذَا سَرَقَ فِيهِمُ الشَّرِيفُ تَرَكُوهُ وَإِذَا سَرَقَ فِيهِمُ الضَّعِيفُ أَقَامُوا عَلَيْهِ الْحَدَّ، وَايْمُ اللهِ لَوْ أَنَّ فَاطِمَةَ بِنْتَ مُحَمَّدٍ سَرَقَتْ لَقَطَعْتُ يَدَهَا»[٢٤] .

---

١٨ . سليمان عبد المنعم، علم الأجرام والجزاء، مصدر سابق، ص ٧٧.

١٩ . الدكتور تميم طاهر احمد الجادر والباحث سيف صالح مهدي العكيلي ، الضرورة والتناسب في القاعدة الجنائية ، مجلة السياسة الدولية ، الجامعة المستنصرية، ٢٠١٤ ، ص ٥.

٢٠ . أثار تطبيق الشريعة في منع الجريمة، محمد بن عبد الله الزاحم، دار المنار . القاهرة، ط ١، ١٤١٢هـ ، ١٩٩١م، ص ٣١.

٢١ . أثار تطبيق الشريعة في منع الجريمة، محمد بن عبد الله الزاحم، ص ١٠١.

٢٢ . سورة الأنبياء / الآية ١٠٧.

٢٣ . سورة البقرة / ١٧٩.

٢٤ . السنن الكبرى، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي، تح: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة – بيروت، ط ١، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م.ج ٧، ص ١٦، رقم: ٧٣٤٥.

٤. إصلاح الجاني: العقوبات جاءت:

أ.لتجتث عضوا فاسدا في المجتمع لا سبيل إلى إصلاحه، و بقاؤه سيكون مصدرا لشيوع الفاحشة و الفساد في المجتمع (و تصديق هذا القول أن أصحاب السوابق هم أول المتهمين)

ب : لمعالجة و إصلاح العضو المريض الذي يمكن ان يكون صالحا في المجتمع[٢٥].

الفرع الأول/ الجريمة لغة: الذنب، تقول منه جرم وأجرم وأجترم وجرم أيضًا: كسب، وبابهما ضرب ، وجاء في تفسير قوله تعالى: { **وَلا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَى أَلاَّ تَعْدِلُوا** }[٢٦] أي: لا يحملنكم بغض قوم أو لا يكسبنكم ، والإجرام مصدر أجرم، وهو اقتراف السيئة، قال تعالى: { **قُلْ إِنِ افْتَرَيْتُهُ فَعَلَيَّ إِجْرَامِي** }[٢٧] ، أي: عقوبة إجرامي، أو جزاء جرمي وكسبي ، فالجرم يستعمل بمعنى الذنب، ويستعمل بمعنى كسب الآثم ، وكثيراً ما يعبر الفقهاء عن الجريمة بلفظ الجناية

الجَرِيرَةُ: الْجِنَايَةُ وَالذَّنْبُ.[٢٨] أما الجِنَايَةُ: الذَّنْبُ والجُرْم وَمَا يَفْعَلُهُ الإنسان مِمَّا يُوجِبُ عَلَيْهِ الْعِقَابَ أَو الْقِصَّاصَ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ.[٢٩]

الفرع الثاني/ الجريمة في الفقه الإسلامي:

الجرائم في الشرع: هي محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير، ولها عند التهمة حال استبراء تقتضيه السياسة الدينية، ولها عند ثبوتها وصحتها حال استيفاء توجبه الأحكام الشرعية[٣٠].

والمحظورات الشرعية: هي عصيان أوامر الله تعالى ونواهيه، فعصيان النواهي جرائم إيجابية؛ لأنها فعل ما نهى الله تعالى عنه، كالقتل أو الزنا، وعصيان أوامره جرائم سلبية؛ لأنها امتناع عن أداء ما أوجبه الله سبحانه وتعالى، كترك الصلاة، ومنع الزكاة.[٣١]

والحدود زواجر وضعها الله تعالى للردع عن ارتكاب ما حظر، وترك ما أمر به؛ لما في الطبع من مغالبة الشهوات الملهية عن وعيد الآخرة بعاجل اللذة، فجعل الله تعالى من زواجر الحدود ما يردع به ذا الجهالة حذرًا من ألم العقوبة، وخيفة من نكال الفضيحة؛ ليكون ما حظر من محارمه –جل شأنه– ممنوعًا، وما أمر به من فروضه متبوعًا، فتكون المصلحة أعم والتكليف أتم، وتتحقق الرحمة، قال تعالى: { **وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ** }

---

٢٥ . آثار تطبيق الشريعة في منع الجريمة، محمد بن عبد الله الزاحم، دار المنار . القاهرة، ط ١، ١٤١٢هـ ، ١٩٩١م، ص ١٠٣.

٢٦ . سورة المائدة / الآية ٨.

٢٧ . سورة هود / الآية ٣٥.

٢٨ . لسان العرب، ابن منظور، فصل الجيم ، دار صادر – بيروت ، ط: ٣، ١٤١٤ هـ، ج ٤، ص ١٢٩.

٢٩ . لسان العرب ، ابن منظور، فصل الجيم ، ج ١٤، ص ١٥٤.

٣٠ . الأحكام السلطانية، الماوردي أبو الحسن علي، دار الحديث – القاهرة، ص ١٩٢.

٣١ . الجنايات في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون ، حسن علي الشاذلي ، دار الكتاب الجامعي، ط ٢، ص١٢.

أي: في استنقاذهم من الجهالة، وإرشادهم من الضلالة، وكفهم عن المعاصي، وبعثهم على الطاعة، وتحقيق مصالحهم الحقيقية في الدارين [٣٢] .

والجريمة بهذا المعنى إنما تكون إذا شرع الله تعالى للمحظور عقوبة، وما لم يشرع له عقوبة لا يكون جريمة.

وذلك لأن التشريع الإسلامي جاء بأمور ثلاثة: إصلاح العقائد، وإصلاح الأخلاق، وإصلاح علاقات الإنسان بربه –جل شأنه– وبالمجتمع الذي يعيش فيه أفرادًا جماعات، أحياء أو أمواتًا، وبالكائنات الأخرى، وفي كل مجال من هذه المجالات أحكام إما أوامر توجب عملًا من الأعمال أو نواهي توجب تركًا من التروك أو تحظر فعلًا من الأفعال، وهي في كل ذلك تشرع للناس ما يحقق مصالحهم بجلب النفع لهم، ودرء الضر عنهم، حتى يعيش المجتمع آمنًا مطمئنًا مستقرًّا لا يعكر صفوه شاذ أو ناد، أو متهور أو أناني [٣٣] .

و الهدف من تجريم بعض الأفعال ووضع العقوبات لها هو رعاية مصالح المجتمع، فإن الشريعة الإسلامية تتميز باتساع دائرة رعاية هذه المصالح، وربما تهدف إليه من تعميق جذور الصلة بين الإنسان وخالقه –جل شأنه– أولا، وبين الإنسان ومجتمعه ثانيا، وهذا ما تفتقده نظرة المجتمع إلى القوانين الوضعية، مما أدى إلى انتشار الجرائم، واعتياد الإجرام، وأدى هذا بدوره إلى إقلاق الأمن ووأد الطمأنينة في ظل هذه القوانين [٣٤]

الفرع الثالث/ الشرعية الجنائية

التجريم باعتباره أحد أهم العناصر المكونة للسياسة الجنائية، ارتبط ظهوره بتكون الجماعة البشرية الأولى وتزايد أهمية المصالح المشتركة التي تستدعي حمايتها الحفاظ عليها من كل اعتداء قد يطالها من الداخل أو الخارج، وهو بذلك يعتبر من أقدم الوسائل التي تلجأ إليها التشريعات لحفظ كيان الجماعة وتحقيق الأمن والاستقرار لها، ونظرا لخطورة التجريم باعتباره يشكل استثناء على الأصل العام الذي يقتضي بأن الأصل في الأفعال الإباحة فإن كلا من التشريعين الجنائيين قيداه بمبدأ عام، هو مبدأ الشرعية الجنائية، والذي يقتضي بأن المشرع وحده الذي يتولى تحديد الجرائم والعقوبات المقررة لها ، و التجريم والعقاب في الفقه الإسلامي هو من وضع الخالق جل شأنه، فلا تغيير ولا تبديل ولا نقصان، إلا في حدود ما رسمه وقدره، وفي هذا المسلك الثبات والاستقرار لفكرة التجريم والعقاب، وعكس ذلك القانون الوضعي. وكل الأفعال المحظورة شرعًا والمعاقب عليها هي جرائم وهي جنايات، سواء كانت عقوبتها جسيمة أو غير جسيمة؛ لأنها كلها متساوية في أنها انتهاك لحرمات الله تعالى [٣٥] و المتتبع لآيات الذكر الحكيم يستشف مبدأ الشرعية في كثير من المواضع:

٣٢ . الأحكام السلطانية للماوردي، ص ٣٢٥.

٣٣ . الجنايات في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون، حسن علي الشاذلي ، ص١٣

٣٤ . الجنايات في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ، حسن علي الشاذلي، المصدر السابق ، ص ٢٨

٣٥ . الجنايات في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون ، حسن علي الشاذلي، ص ٢٧ . ٢٨

قال تعالى: ((**فَجَعَلْنَاهَا نَكَالًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهَا وَمَا خَلْفَهَا وَمَوْعِظَةً لِلْمُتَّقِينَ**))٣٦ ، قال الشيخ الشعراوي عند تفسيرها:... على أننا لابد أن نلفت الإنتباه إلى أن مبدأ أنه " **لا عقوبة إلا بتجريم ولا تجريم إلا بنص** " هو مبدأ إلهي. . ولذلك قال الله سبحانه وتعالى: ((**وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حتى نَبْعَثَ رَسُولاً**))٣٧ ، أي يأتي الرسول أولا ليجرم هذه الأفعال، فإن ارتكبها أحد من خلق الله حقت عليه العقوبة، ومن هنا فإن كل ما يقال عن قوانين بأثر رجعي مخالف لشريعة الله تبارك وتعالى وعدله، فلا يوجد في عدالة السماء ما يقال عنه أثر رجعي٣٨ ، و في القرآن الكريم آيات كثيرة لو تمعنا فيها وجدناها تقرر هذا المبدأ، و منها قوله تعالى:

١. ((**فَإِنْ زَلَلْتُمْ مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَتْكُمُ الْبَيِّنَاتُ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ**)).[٣٩]

٢. قوله تعالى:((**يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَا تَوَلَّوْا عَنْهُ وَأَنْتُمْ تَسْمَعُونَ**)).[٤٠]

٣. قوله تعالى ((**وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا**)).[٤١]

المبحث الاول

جريمة زنا الزوجية في الشريعة والعقوبة المقررة لها

يتضمن المبحث مفهوم الزنا واركان الجريمة :

المطلب الأول

ماهية مفـهوم الزنا

يتضمن هذا المطلب تعريف الزنا لغة واصطلاحاً:

اولاً / الزنا لغة : (زنى يزني زنا وزناء ، وهو مأخوذ من مادة (ز ن ى) التي تدل على الوطء المحرم، يقال هو زان بين الزنا و الاصل في الزنا الضيق)[٤٢] .

ثانيا / الزنا اصطلاحاً : اختلف الفقهاء المسلمين في وضع تعريف موحد للزنى، واختلاف الفقهاء في تعريف الزنى اختلافاً لفظياً في الأغلب[٤٣]، لأن جميع الفقهاء متفقون على تحريم الزنى وأنما الاختلاف في الجزئيات[٤٤].

---

٣٦ . سورة البقرة / الآية ٦٦.

٣٧ .سورة الإسراء / الآية ١٥.

٣٨ . تفسير الشعراوي، متولي الشعراوي، ج١ ، ص ٣٨٧

٣٩ . سورة البقرة / الآية ٢٠٩.

٤٠ . سورة انفال / الآية٢٠.

٤١ . سورة الإسراء / الآية ١٥.

٤٢. لسان العرب / أبن منظور ، مصدر سابق ، ص١٨٥ – ١٨٧٦ .

٤٣ . المختصر في الفقه الجنائي الإسلامي/ د. أحمد الكبيسي و د. محمد شلال حبيب،ط١، بغداد، ١٩٨٩،ص٨١.

٤٤ . المفاجأة بالزنى عنصر استفزاز في القتل والايذاء / قاسم تركي عوّاد الجنابي ، ص ٥

ومن جملة التعريفات نختار منها تعريف للأمامية والاحناف لسوادهما حيث الاتباع والتقليد وأخيراً اخرنا التعريف المختار :

١. عرفه **الشيعة الامامية** (ايلاج الانسان ذكره في فرج امرأة محرمة ، من غير عقد ولا ملك و لا شبه ، وبتحقق ذلك بغيبوبة الحشفة ، قُبلا او دُبرا)[٤٥] .

٢. **وعرفه الأحناف** بأنه (اسم للوطء الحرام في قبل المرأة الحية في حالة الاختيار من دار العدل ممن التزم أحكام الإسلام)[٤٦].

٣. **التعريف المختار** : نرجح تعريف الشيعة الامامية المذكورة سابقاً إذ إنه تعريف جامع مانع قد بين من خلاله الفقهاء الشيعة معنى الزنا الحقيقي وهو الوطء المحرم من قبل المرأة الحية في حالة الاختيار[٤٧].

يُعد فعل الزنى في الشريعة الإسلامية من جرائم الحدود[٤٨]، وهو عام شامل العلاقة الجنسية غير الشرعية سواء كان الزاني متزوجا أو غير متزوج. فكل اتصال جنسي بين رجل وامرأة بشروط خاصة هو زنى ويعاقب عليه بعقوبة الزنى[٤٩]، أي أن الزواج ليس ركناً في هذا الفعل.

أما بالنسبة للعناق والتقبيل والمفاخدة أي الايلاج بين الفخذين والمباشرة خارج الفرج، كل هذه الأمور لا تُعد زنى يستوجب الحد وإنما هي معاصي تستوجب التعزير[٥٠].

المطلب الثاني

أركان جريمة الزنا في الشريعة

لجريمة الزنا في الشريعة الإسلامية اركان ثلاثة وهي :

الركن الاول / الفعل المادي (الوطء) : وهو ايلاج الانسان ذكره في فرج المرأة محرمة من غير عقد ولا شبه[٥١] ، يتحقق الركن المادي للزنا بوطء رجل لامرأة لا تحل له اتيانها من غير ملك ولا شبه ملك [٥٢] ، واذا كان الزنا المعاقب عليه حداً لا يقع الا بفعل الوطء وكان هذا الفعل الأخير لا يتحقق إلا بإدخال الحشفة أو

٤٥ . شرائع الاسلام / نجم الدين ابو القاسم جعفر ابن الحسن الحلي ، ط ٦ ، مجلد ٢ ، عترة ، ص٣٩٤ ، وسائل الشيعة ، الحر العاملي، ص٣٥٣ .

٤٦ . بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع/ علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني، ط١، ج٧، مطبعة الجمالية، مصر، ١٣٢٨هـ-١٩١٠م، ص٣٣.

٤٧ . ينظر كتابنا / الحدود الشرعية دراسة مقارنة بين التشريع الجنائي الاسلامي ، المصدر السابق ، ٥٦.

٤٨ . التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، القسم العام/ عبد القادر عودة، ط٣، ج١، مكتبة دار العروبة، القاهرة، ١٩٦٣، ص٦٣٤.

٤٩ . الجرائم في الفقه الاسلامي، دراسة فقهية مقارنة/ احمد فتحي بهنسي، ط٢، الشركة العربية للطباعة والنشر، مطابع كوستا تسوماس وشركاؤه، القاهرة، ١٩٦٢، ص٩٢.

٥٠ . جريمة الزنى في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي/ د. عبد الخالق النواوي، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، ١٩٧٣، ص٣١.

٥١ المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية / د.حمد الكبيسي و الاستاذ عبد القادر البكري، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٦ ، ص١٨٥ .

٥٢ . التشريع الجنائي الاسلامي / عبد القادر عودة ، مصدر سابق ، ص٣٥٠ – ٣٥١ .

مثلها في فرج الانثى فإنه لا يكون متصور الوقوع الا كاملا ، فلا شروع في الزنا لأن كل ما يُعد شروع في المفهوم الجنائي الوضعي من أفعال ما تقدم للزنا و تمهد له يُعد في نص الشريعة جريمة تعزيزية تامة.

الركن الثاني / الزاني و الزانية :

يُعد الركن الثاني من اركان جريمة الزنا و يتمثل بالرجل الزاني والمرأة الزانية. ويشترط فيها ما يلي :

اولا : البلوغ / يجب ان يكون كل من الزاني و الزانية بالغ عاقل عند ارتكاب هذه الجريمة (ولا يثبت الاحصان الذي يجب معه الرجم حتى يكون الوطء بالغا حدا ، ويُراعى الاحصان في المرأة كالإحصان في الرجل ولكن يجب فيها كمال العقل اجماعاً ولا حد على المجنونة في حد الزنا وان كان من زنا بها عاقل ولا تخرج المطلقة رجعياً من الاحصان) [٥٣].

ثانيا : الاختيار / يجب ان يكون كل من الزاني و الزانية مختار عند اتيان فعل الزنا وليس مكروها على ذلك[٥٤].

الركن الثالث / القصد الجنائي (العلم بالتحريم)

يشترط في جريمة الزنا أن يتوفر لدى كل من الزاني و الزانية العمد أو القصد الجنائي ، ويُعد القصد الجنائي متوفراً اذا ارتكب الزاني الفعل وهو عالم بالتحريم فإنه يعلم أنه يطأ امرأة محرمة عليه.[٥٥]

المطلب الثالث

اثبات جريمة الزنا

الفرع الأول/ أُثبات جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية :

لقد أجمع الفقهاء على ان الزنا يثبت امام القاضي بالإقرار أو البينة وقد اختلفوا على اثبات الزنا بالقرائن لذلك سوف اقسم هذا الفرع إلى ثلاث فقرات وهي كالتالي:

أولاً: الاقرار : اتفق الفقهاء على ثبوت الزنا بالإقرار ، إلا أنهم اختلفوا في عدد مرات الاقرار، ويشترط في الاقرار شروط عدّة منها : **البلوغ**[٥٦] ، و**الاختيار**[٥٧] ، و **النطق**[٥٨] ، وأخيرا **تكرار الاقرار**[٥٩] .

ثانيا: البينة : تُعد البينة من وسائل اثبات جريمة الزنا وهو شهادة الشهود ، ويشترط فيهم (**البلوغ** ، و**كمال العقل**.[٦٠] **والحرية**.[٦١] **والعدالة**[٦٢] ، **الاصالة** [٦٣] ، **والجنس** [٦٤])[٦٥]

---

٥٣ . كتابنا الحدود الشرعية ، المصدر السابق ص٦٢.

٥٤ . شرائع الاسلام / ابو القاسم نجم الدين جعفر ابن الحسن الحلي ، ص٣٩٥ .

٥٥ . التشريع الجنائي الاسلامي / عبد القادر عودة ، مصدر سابق ، ص٣٧٤ .

٥٦ . فيشترط فيه بلوغ المُقِر وكماله، ينظر شرائع الاسلام / الحلي ، مصدر سابق ، ص٣٩٦ .

٥٧ . فلا يقبل إقرار المُكره في الحدود لأنه فاقد الارادة ، العقوبات في الاسلام ، جمعة براج ، ص٥٨ .

٥٨ . فلا يقبل الاقرار من الاخرس ، ينظر شرائع الاسلام / الحلي مصدر سابق ، ص٣٩٧ .

٥٩ . يجب تكرار الاقرار أربعة في أربعة مجالس ولو أقر دون الأربعة لم يجب الحد و وجب التعزير ، للرجل و المرأة سواء شرائع الاسلام / الحلي مصدر سابق ، ص٣٩٦ .

ثالثاً القرائن : اختلف الفقهاء في ثبوت حد الزنا بالقرائن مثل الحَبَلْ من المرأة غير المتزوجة إذا كانت مقيمة وغير غريبة الى قولين :

القول الأول/ ما إليه ذهب الحنفية و الحنابلة و الشافعية: أنه لا يجوز اثبات الزنا بالقرينة كحبل المرأة غير المتزوجة ، ولقوله (ﷺ)(**أدرءوا الحدود عن المسلمين**)[٦٦] .

القول الثاني للأمامية و المالكية وقول عند الحنابلة : إلى أنه يجوز اثبات حد الزنا بالحَبَلْ من المرأة غير المتزوجة اذا كانت مقيمة وغير متزوجة وليس عليها امأرات الاكراه ، اما القرائن الأخرى بانها غير معترف بها و لا يثبت بها حد الزنا بالاتفاق مثل الصور بأنواعها ، ثابته فوتوغرافية أو متحركة ، وتحليل الدم ، لأن جميع هذه القرائن قابلة لأن تدخلها الشبهة من حيث التركيب و الدبلجة و الدمج للصور و تقليد الاصوات ، ولأن تحليل الدم ينفي و لا يثبت[٦٧] .

المطلب الرابع

عقوبة جريمة زنا الزوجية الشريعة الإسلامية ومن يحق له إقامة الشكوى

الفرع الأول / عقوبة الجريمة

لما كان جريمة الزنا مستقبحة واقعاً ومحرمة شرعاً فقد جعل لها الشارع عقوبة رادعة وزاجرة لها ، فقد قرر الشارع المقدس لجريمة الزنا عقوبة مقدره شرعاً وهي الحد ، وقد كَّيف الفقهاء حد الزنا بأنهُ حق لله تعالى ، و الاصل عندهم ان الحد يُعد حق لله تعالى اذا استوجبت المصلحة العامة[٦٨] ، وتختلف عقوبة الزنا للمحصن (المتزوج) عن غير المحصن (غير المتزوج) ، وعلى هذا تناولت في بحثي عقوبة المحصن تاركاً عقوبة غيره لكونها لا تتعلق بموضوع البحث .

فعقوبة المحصن تشددت الشريعة الإسلامية فيها و جعلتها أشد من عقوبة البكر ، فجعلت عقوبة المحصن الجلد و الرجم (أي القتل رمياً بالحجارة) .

---

٦٠ . فلا تقبل شهادة المجنون لأنه لا يعي ما يقول

٦١ . فلا تقبل شهادة العبيد منفردين او مجتمعين مع غيرهم ، العقوبات في الاسلام / جمعه محمد براج،ص٦١ .

٦٢ . فلا تقبل شهادة الفاسق لأنه لا يتورع عن الكذب.

٦٣ . فلا تقبل شهادة على الشهادة ، بل يجب ان يكون الشاهد هو الذي يحمل الشهادة مباشرة ، ينظر شرح فتح القدير / ابن همام ، مطبعة مصطفى محمد ، القاهرة ، ص٦١ .

٦٤ . فلا يكفي أقل من أربعة رجال ، أو ثلاثة و امرأتين . ولا تقبل شهادة النساء منفردات ، لا شهادة من رجل وست نساء ، وتقبل شهادة رجلين و أربعة نساء ، ويثبت به الجلد و الرجم ، ينظر شرائع الاسلام / ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي ، مصدر سابق ، ٣٩٨ .

٦٥ . كتابنا الحدود الشرعية ، المصدر السابق ،ص٦٧

٦٦. سنن الترمذي / محمد بن عيسى بن سورة الترمذي ، ت:أحمد بن محمد شاكر، دار الكتب العلمية ،بدون سنة الطبع.ج٢ ص٤٣٨،

٦٧ . العقوبات في الاسلام / جمعه محمد براج، مصدر سابق ، ص٦٣ – ٦٤ .

٦٨ . التشريع الجنائي الاسلامي / عبد القادر عودة ، مصدر سابق ، ج٢ ، ص٤٤٢ .

أولا : الرجم / هو قتل الزاني رميا بالحجارة أو ما شابه ، (هذه العقوبة باتفاق جميع الفقهاء عدا طائفه الأزراقة)[٦٩] .

ثانيا : الجلد / نلاحظ اختلاف الفقهاء في الجلد للمحصن وحده أم الجلد و الرجم . (فقالت الحنفية و المالكية و الحنابلة في شبة اجماع و الرأي الراجح من الفقه الظاهري ، أن عقوبة الزاني المحصن رجلا كان أو امرأة الرجم دون زيارة وزاد على الرجم عقوبة الحد بعض المذاهب كالظاهرية و الشيعة اليزيدية)[٧٠]، لكن الفقهاء يختلفون على ما اذا كانت عقوبة المحصن هي الرجم وحده او هي الرجم و الجلد معا[٧١] . فقد فعل الامام علي (عليه السلام) بالجلد و الرجم معا حيث جلد شراحه يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وقال (عليه السلام) جلدتها بكتاب الله و رجمتها بالسنة، وحديث الرسول محمد (صلى الله عليه وسلم) : (**الشيب بالشيب جلد مائة و الرجم بالحجارة)**[٧٢]

المبحث الثاني

جريمة الزنا الزوجية في قانون العقوبات العراقي المقررة لها

المطلب الأول

مفهوم الزنا بالقانون الوضعي

ونتناول فيه التعريف الفقهي والقانوني للزنى ، **فالتعريف الفقهي للزنى:** يعرف الزنى بأنه اتصال شخص متزوج (رجل أو امرأة) اتصالاً جنسياً بغير زوجه [٧٣]، أو أنه ارتكاب الوطء غير المشروع من شخص متزوج مع امرأة او رجل برضاهما حال قيام الزوجية فعلا أو حكماً [٧٤] أي أنه خيانة العلاقة الزوجية[٧٥] ، ويذهب جانب من الفقه القانوني إلى أن الزنى هو الوطء غير الشرعي المتعمد بين امرأة ورجل أحدهما أو كليهما مرتبط بعقد زواج صحيح فعلا أو حكماً وقت ارتكاب الزنى ،[٧٦] وفي تعبير آخر لفقهاء القانون الوضعي جريمة الزنا هي: **(ارتكاب الوطء غير المشروع من شخص متزوج مع امرأة برضاها حال قيام الزوجية فعلا او حكما)**[٧٧]

---

٦٩ . التشريع الجنائي الاسلامي / عبد القادر عودة ، مصدر سابق ، ص٣٨٤ .

٧٠ . المصدر نفسه ، ص٦٠٩ .

٧١ . كتابنا ، الحدود الشرعية ، المصدر السابق ، ص٧٣.

٧٢ . التشريع الجنائي الاسلامي / عبد القادر عودة ، مصدر سابق ، ص٣٨٤ – ٣٨٥ .

٧٣ . شرح قانون العقوبات/ د. محمود نجيب حسني ، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص٤٥٦.

٧٤ . جريمة الزنى في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي/ د. عبد الخالق النواوي، مرجع سابق، ص٧..

٧٥ . جريمة الزنى/ احمد محمود خليل، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٢، ص٨.

٧٦ . جريمة الزنى في قانون العقوبات العراقي/ عبد الحميد احمد شهاب، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٠، ص١٣، وكذلك ينظر العلاقات الجنسية غير الشرعية وعقوبتها في الشريعة والقانون/ د. عبد الملك عبد الرحمن السعدي، القسم الأول، ط٣، دار الأنبار للطباعة والنشر، ١٩٨٩، ص٦١.

٧٧. القسم الخاص في قانون العقوبات/ د. عبد المهيمن بكر، ط٧ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٧ ، ص ٦٧١.

أما التعريف القانوني للزنى: تعريف الزنا من وجهة نظر القانون يختلف عن التشريع الإسلامي ، فهو لا يمثل كل الاحوال التي يطلق عليها هذا الاسم في الشريعة الإسلامية، بل هو قاصر على حالة زنى الشخص المتزوج حال قيام الزوجية فعلاً أو حكماً [٧٨]. ونجد أن قانون العقوبات العراقي النافذ لم يضع تعريفا للزنى، وكذلك الحال في أغلب قوانين العقوبات العربية والأجنبية[٧٩]. الا أن بعض قوانين العقوبات تناولته بالتعريف[٨٠] ، لذا نرى المادة (٣٧٧) عقوبات عراقي تعاقب الزوجة الزانية ومن زنى بها وكذلك الزوج إذا زنى في منزل الزوجية. أي أنها حصرت ارتكاب فعل الزنى بالمتزوجين فقط ، كما هو الحال في قانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧ في المادة (٢٧٤) منه وما بعدها [٨١] ، لهذا كل فعل جنسي لغير المتزوج مباح قانوناً خاصة لمن بلغوا سن الرشد وارتكبوا الفعل باختيارهم، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز في العراق بأن (**لا عقاب على من واقع أنثى تجاوزت الثامنة عشرة سنة برضاها دون أن يعدها بالزواج**)[٨٢]، وقضت ايضاً (**ثبوت مواقعة المتهم للمجنى عليها البالغة عشرين سنة وازالة بكارتها برضاها لا يقع تحت أي نص عقابي ويلزم الحكم ببراءته**)[٨٣] ، **ونجد** أن أغلب التشريعات الوضعية لم تتبنَ المفهوم الاخلاقي للعرض فلم تحرّم كل ممارسة جنسية غير مشرعة ، وبذلك تختلف القوانين الوضعية في نظرها الى الزنا عن نظرة الشريعة الإسلامية [٨٤] .

المطلب الثاني

أركان جريمة الزنا في قانون العقوبات العراقي

تتحقق جريمة زنا الزوجية بتوفر ثلاثة أركان وهي (الركن المادي وقيام الزوجية و الركن المعنوي) .

الفرع الاول : الركن المادي : وهو ففعل الوطء المحرم وهو الاتصال الجنسي التام الذي يتحقق بالمواقعة الطبيعية بإيلاج عضو التذكير فرج امرأة [٨٥] ، وليس من عناصر هذه الجريمة أن تحمل الزوجة نتيجة هذا

٧٨ . موسوعة مصطلحات القانون الجنائي/ د. سعد ابراهيم الأعظمي، ط١، ج٢، دار الشؤون الثقافية العامة بغداد، ٢٠٠٢، ص١٥.

٧٩ . فالمشرع الفرنسي ألغى النصوص التي تعاقب على فعل الزنى عام ١٩٧٥ وهو أخذ بتوصية أصدرها المؤتمر الدولي التاسع لقانون العقوبات الذي عقد في لاهاي سنة ١٩٦٤. وكذلك التشريع الإنكليزي لا يعاقب على الزنى وأن كان فعل لا أخلاقياً الا أنه لا يصل إلى جسامة الجريمة ويكفي فيه الطلاق يباشره المعتدى على حقوقه الزوجية وبهذا ألغت العقاب على ارتكاب فعل الزنى . ينظر شرح قانون العقوبات القسم الخاص/ د. محمود مصطفى، ط٨، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨٤، ص٣٣٧.

٨٠ . عرف الزنى في قانون عقوبات البحرين لسنة ١٩٧٦، في المادة (١٥٠) منه أن (الزنى هو دخول العضو الجنسي للذكر لأقل درجة سواء كان مصحوباً بإفراز المني أم لا) كما عرف قانون العقوبات القطري لسنة ١٩٧١ المواقعة في المادة (١٩٧) منه بأنه (تُعد المواقعة قد تمت حال وقوع أي قدر من الايلاج).

٨١ . نصت المادة (٢٧٤) عقوبات مصري على أنه (المرأة المتزوجة التي ثبت زناها يحكم عليها بالحبس ...).

٨٢ . القرار رقم ٤٧١/تمييزية /٧٩ في ١٩٧٩/٤/٥. مجموعة الأحكام العدلية، ع٢، س١٠، ١٩٧٩، ص٢٠٤، وينظر المفاجأة بالزنى عنصر استفزاز في القتل والايذاء ، ص ٩.

٨٣ . القرار رقم ٢٠٦٥/جنايات /٧٣ في ١٩٧٤/١/١٩ . النشرة القضائية، ع١، س٥، ١٩٧٦، ص٣٩٨.

٨٤ . بحوث في القانون الجنائي المقارن / د. علي عبدالله الصفو ، ط١ ، المكتبة المصرية ، مصر ، ٢٠١٠ ، ص٢٠ .

٨٥ . بحوث في القانون الجنائي المقارن / د. علي عبدالله الصفو ص٣٣ .

الاتصال فالجريمة تقوم وان كان الحمل مستحيلاً ، لان علة التجريم هي صيانة حرمة الزواج لا صيانة الانساب[٨٦] .

الركن الثاني: قيام الزوجية : تحقق جريمة زنا الزوجية لكل من الزوجين في حال قيام الزوجية . فوفقا للمفهوم القانوني لابد من ان تكون الزوجة مرتبطة بعقد زواج صحيح ، وهنا تظهر علة التجريم فلن يكن تجريم الفعل لأنه يشكل اعتداء على الحرية الجنسية.

الركن الثالث / القصد الجنائي[٨٧] : تعد جريمة الزنا في المفهوم القانوني من الجرائم العمدية التي لا تقع خطأ ، لذلك يتطلب توفر القصد الجرمي لدى الزوج الزاني او الزوجة الزانية ، و القصد المتطلب هنا هو القصد العام الذي يقوم على عنصري العلم و الارادة [٨٨].

المطلب الثالث

اثبات جريمة الزنا في القانون

أن اثبات جريمة الزنا فهو اقامة الدليل لدى السلطات المختصة بالإجراءات الجنائية على تحقيق واقعة ارتكاب الزنا[٨٩] ، ونلاحظ عدم وجود نص في قانون العقوبات العراقي يحدد كيفية اثبات جريمة الزنا ، بعكس ما هو عليه الحال من قانون العقوبات المصري الذي حدد كيفية اثبات هذه الجريمة إذ نصت المادة (٣٧٦) على أن (**الادلة التي تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا هي القبض عليه حيث تلبسه بالفعل او اعترافه او وجود مكاتيب او اوراق اخرى بخطة او وجودة في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم**)[٩٠]

من الملاحظ أن القبض على المتهم متلبس هي من اهم طرق الاثبات التي لا تقبل اثبات العكس ، وهي تُعد دليل اثبات في جميع الجرائم ولا تقتص على جريمة معينة ، اما الاعتراف فهو كذلك يُعد دليلاً على المتهم لكنه دليل غير قاطع إذ قد يقوم المتهم بالاعتراف نتيجة مرض نفسي او الرغبة في تخليص اشخاص اخرين

---

٨٦ . نموذج لقانون العقوبات/ د . محمود مصطفى ، القاهرة ، ١٩٧٦ ، ص٣٣٨ .

٨٧ . يختلف الاصطلاح في التسمية وفقاً للمرادفات المختلفة التي تستخدمها تشريعات الدول العربية ، ومن ذلك (القصد الجرمي) أو (سوء النية) أو مجرد (القصد) غير أن الفقه الجنائي يميل إلى إقرار اصطلاح (القصد الجنائي) تعريباً لماتعنيه بالفرنسية (intention criminelle) وبصورة أفضل لما تحتويه من كلمة (Dol) الأكثر شيوعاً في هذا المجال ، ينظر الموسوعة الجنائية / القاضي فريد الزغبي ، مج ٣، ط٣ ، دار صادر ، بيروت ، ١٩٥٩، ص١٣. وهناك من يرى خلاف في مصطلح القصد الجنائي في لغتنا الفصحى ليس دقيقاً كل الدقة ، ويبدو من الافضل استخدام لفظ(العمد) بدلاً منه للدلالة على الصيغة العامة ، ينظر مفهوم الارادة والعمد والخطأ والسببية / د.علي أحمد راشد ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، العدد الأول ، السنة الثامنة ، ١٩٦٦، ص٣١ ، ويحسن التذكرة هنا أن الشريعة الإسلامية الغراء لا تعرف مصطلح القصد الجنائي وإنما عرفت واطلقت كلمة (العمد) ، وكذلك الحال بالنسبة إلى الفقه الأنكليزي ، فكلمة القصد ذات مترادفات متعددة ، وهي مثيرة للأهتمام لأنها لاتزال محلاً للخلاف بين الفقهاء. ينظر استظهار القصد الجنائي / غازي حنون خلف ، رسالة ماجستير تقدم بها إلى مجلس كلية القانون جامعة بغداد ،٢٠٠٤م ، حاشية ص٦.

٨٨ . كتابنا الحدود الشرعية ، المصدر السابق ص٨١.

٨٩ . شرح قانون الاجراءات الجنائية / د . محمود نجيب حسني، ط٢ ، ص٤٠٠ .

٩٠ . قانون العقوبات المصري ، مادة ٢٧٦ .

من التهمه[٩١] ، و نستخلص مما تقدم ان قانون العقوبات العراقي لم يحدد أدلة معينة بذاتها لأثبات جريمة الزنا ، لذلك تثبت هذه الجريمة بطرق لأثبات كافة التي تثبت بها الجرائم الاخرى .

وعند المقارنة في أثبات جريمة الزنا في الشريعة وقانون العقوبات العراقي ، نلاحظ أن المشرع العراقي في قانون العراقي قد استبعد البينة (وهي شهادة الشهود) في جريمة الزنا وحصرها فقط على شهادة وأخبار احد الزوجين ، أي غير طبيعة الجريمة من حق عامة او حفاظ على مصلحة علمة إلى حق خاص وخالص لأحد الزوجين على الآخر ، اي هو حق شخصي ، وهذا استخفاف بالجريمة بحق المجتمع أولاً والأسرة (الأبناء وذوي الزوجين) ثانياً ، وسنحاول بيان ذلك مفصلاً لاحقاً.

المطلب الرابع

عقوبة جريمة زنا الزوجية في القانون الوضعي ومن يحق له إقامة الشكوى

في هذا المطلب تناولنا عقوبة جريمة زنا الزوجية ، وحالات رفضها ومن لهم الحق برفعها

الفرع الأول / عقوبة جريمة زنا الزوجية :

نصت المادة ٣٧٧ عقوبات عراقي على ما يلي :

(١. تعاقب بالحبس الزوجة الزانية ومن زنا بها ويفترض علم الزاني بقيام الزوجية مالم يثبت من جانبه أنه لم يكن في مقدوره بحال العلم بها ٢. و يعاقب بالعقوبة ذاتها الزوج إذا زنى في منزل الزوجية)[٩٢] .

إذا تحققت أركان هذه الجريمة استحق فاعلها العقاب ، (حيث حرر لها المشرع العراقي عقوبة الحبس وفقا لأحكام المادة (٣٧٧) عقوبات عراقي .

ومن أمثلة الأحكام المرتبطة بالمادة ٣٧٧

أولاً / لدى التدقيق والمداولة وجد أن الثابت من وقائع القضية إعتراف المتهمة الحدث (ر) بوجود علاقة غرامية لها مع المتهم (ف) سابقة لعقد زواجها من المدعو (ع) والذي كان قد تقدم لخطبتها من والدها ونظم عقد زواج في محكمة الأحوال الشخصية في العباسية بالعدد ٨٢/حجة زواج /٢٠٠٩في٢٠٠٩/١٠/٢٧ ولم يحصل الدخول الشرعي بينهما وكان ذلك دافع المتهمة للهرب بمحض إرادتها مع المتهم (ف) الى مدينة بغداد وحضورهما أمام رجل الدين الذي عقد زواجهما الشفوي وحصل الإيجاب والقبول بين الطرفين رغم علمهما برابطة الزوجية السابقة ومن ثم الدخول الشرعي ومعاشرتها معاشرة الازواج وقد تأيد ذلك بأقوال والدي المتهمة وأقوال المتهم (ف) المدونة أقواله أمام المحكمة بصفة شاهد وأقوال المشتكي (ع) والذي تنازل عن شكواه ضد زوجته الحدث أعلاه والمتهم (ف) والمصدقة امام المحكمة بتاريخ ٢٠١٠/٣/١٢ ولثبوت رابطة

٩١ . اصول التحقيق الاجرامي / د . سلطان الشاوي، ط١ ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١١ ، ص٤٤ .

٩٢ . بحوث في القانون الجنائي المقارن / د. علي عبدالله الصفو، ص٣٦ .

الزوجية بين المشتكي (ع) و الحدث أعلاه لذا يكون فعلهما منطبقاً وأحكام المادة ١/٣٧٧ من قانون العقوبات بدلاً من ٣٧٦ منه ولتنازله عن شكواه ضدهما واستناداً لأحكام المادة ١/٣٧٩ من قانون العقوبات لذا تكون الدعوى منقضية بحقهما وحيث أن المحكمة سارت خلاف ذلك لذا تكون القرارات كافة الصادرة بالدعوى غير صحيحة ومخالفة للقانون قرر نقضها واعتبار الدعوى منقضية بحق المتهمة وإطلاق سراحها حالاً من الإيداع والإشعار الى مدرسة تأهيل الفتيان بذلك وصدر القرار بالاتفاق في ٥/رجب/١٤٣١هـ الموافق ٢٠١٠/٦/١٧م .[٩٣]

أعتراض

و تُعد هذه العقوبة بسيطة جدا لا تناسب مع جسامة و خطورة الفعل المرتكب والتي لا تختلف عن جريمة الاغتصاب إلا من حيث توفر الرضا ، وهذا مالا يتفق مع الشريعة الإسلامية التي تنص على رادع قوي لمنع ارتكاب هذه الجريمة ومعاقبة فاعليها ان جعلت عقوبة الزاني المحصن الرجم حتى الموت لجسامة هذه الجريمة ، كما لا تتقبل اعرافنا الاجتماعية هذا الفعل لذلك يندفع الزوج المطعون في شرفه تحت تأثير الاستفزاز الى قتل الزوجة ومن ارتكب الفعل معها حماية لشرفه وقد اعترفت بذلك التشريعات الوضعية إذ خفضت عقوبة الزوج الذي يقوم بقتل زوجته ومن معها في حالة ضبطها في حالة التلبس بالزنا . ويظهر تأثير العامل الاجتماعي في نص المادة (٣٧٧) من قانون العقوبات العراقي النافذ التي جرمت الزنا في حدود معينة ، فلو قارنا بين نص المادة في قانون العقوبات العراقي وما نصت المادة (٢٦٣) من قانون العقوبات اليمني النافذ ((**الوطء المعتبر زنا هو الوطء في القبل ويعاقب الزاني والزانية في غير شبهة أو اكراه بالجلد مائة جلدة حداً إن كان غير محصن ويجوز للمحكمة تعزيره بالحبس مدة لا تجاوز سنة واذا كان الزاني أو الزانية مُحصنا يعاقب بالرجم حتى الموت**)).

فعلى الرغم من ان كلا النصين قد جرما وعاقبا على فعل الزنى إلا أن منهج المشرع العراقي قيّد الزنى المعتبر جريمة والموجب للعقاب هو زنى الزوجة ، وأيضا قيد التجريم والعقاب على من يمارس الزنى مع الزوجة أن يكون عالما بقيام الزوجية فإن ثبت أنه لا يعلم أن الزانية هي زوجة لم يعد فعله جريمة ولا عقاب عليه.

كما أنه قيد التجريم وعقاب الزوج بأن يكون قد زنى في منزل الزوجية فان زنى في غير هذا المكان فان فعله لا يعد جريمة ولا عقاب عليه كما يفهم من نص المادة (٣٧٧) المذكورة سابقاً ، أنه إذا حدث الزنى بين امرأة غير متزوجة وبين رجل ما برضاهما لا تعد جريمة الزنى قائمة ولا عقاب على فعلهما .

الفرع الثاني / رفض شكوى جريمة زنا الزوجية

٩٣ . قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ – المادة ٣٧٧، العراق – اتحادي ، تمييز ، رقم الحكم ٧٩٩ ، الصادر من محكمة التمييز الاتحادية في ٢٠١٠/٠٦/١٧

تنص المادة ٣٧٨ من قانون العقوبات العراقي على :

١. لا يجوز تحريك دعوى الزنا ضد أي من الزوجين أو اتخاذ أي اجراء فيها إلا بناء على شكوى من الزوج الآخر، ولا تقبل الشكوى في الاحوال التالية:

أ- إذا قدمت الشكوى بعد انقضاء ثلاثة أشهر على اليوم الذي اتصل فيه علم الشاكي بالجريمة.

ب- إذا رضي الشاكي باستئناف الحياة الزوجية بالرغم من اتصال علمة بالجريمة .

ج- إذا ثبت ان الزنا تم برضاء الشاكي.

٢. يقصد بالزوج في حكم هذه المادة من تتوافر فيه هذه الصفة وقت وقوع الجريمة ولو زالت عنه بعد ذلك . ويبقى حق الزوج في تحريك دعوى الزنا الذي ترتكبه زوجته إلى انتهاء اربعة اشهر بعد طلاقها. [٩٤]

من خلال هذه المادة يفهم أن الشاكي عام وهو لفظ يطلق على الزوج أو الزوجة ،إذ يسقط حق كلاهما في اقامة دعوى الزنا بهذه الحلات الثلاثة المذكورة سابقاً.

اعتراض:

المادة (٣٧٨) اكملت ما رسمته المادة ٣٧٧ من القانون ذاته في الاستهانة بهذه الجريمة بدلالة ما يلي :

١.جعلت أولاً الفقرة أ من المادة (٣٧٨) لهذه الجريمة مدة صلاحية وحصرتها بثلاثة اشهر ، وهذا الامر فيه نظر فلو افترضنا ان المجنى عليه (الشاكي) بعد ان شاهد الجريمة تعرض لصدمة نفسية او مرض عضوي وهذا محتمل وقوعه منطقاً منعه من اقامة الشكوى وبعد انتهاء المدة المحددة في الفقرة (أ) من هذه المادة اعلاه تماثله للشفاء ، بهذه الحالة يسقط الحق في اقامة الشكوى ، وغيرها من الامثلة التي لا حصر لها .

٢. اعتبار أن هذه الجريمة هي من حقوق الزوج حصراً إذا في الفقرة (ب) في حالة رضا الزوج فبالإمكان استئناف الحياة الزوجية وكان هذه الفعل وما يتنج عنه من آثار أو حمل هو أمر بغير المهم وسمعة العائلة لا تعني شيء بقدر ما يعني رضا الزوج ذاته ، وهذا ما تؤكده الفقرة الأخيرة من المادة السابقة الذكر التي نص على انه لا تقبل الشكوى في حالة كون الزنا تم بعمله.

٣. جعلت الفقره ج / اولا من المادة السابقة اصحاب الحق الشخصي او المجنى عليهم في هذه الجريمة الأزواج حصراً بغض النظر عن باقي إفراد الاسرة من الأبناء ، او المحارم ، ولو امعنا النظر لوجدنا ان هذه الجريمة هي جريمة ماسة لكل افراد الاسرة وخاصة أبناء الزوجين الذي يكون احدهما مرتكب جريمة الزنا الزوجية ، أو ابويهم أو الأخوة الاشقاء وغير الاشقاء .

٩٤ . قانون العقوبات العراقي المرقم ١١١ لسنة ١٩٦٩، القاضي نبيل عبد الرحمن حياوي الطبعة الخامسة ، نشر وتوزيع المكتبة القانونية بغداد ٢٠١١م ، ص١٣٢.

فلو ركزنا قليلاً في آثار هذه الجريمة لعرفنا أن الابناء هم من يتحمل العبء الأكبر في هذه وذلك بحسب المبدأ الشرعي **الغنم بالغرم**[٩٥] لانهم من يحلمون عار امهم الزانية ولا يستطيعون التخلي عنها لرابطة الدم بعكس الاب الذي هو الزوج الذي بإمكانه أن ان يتخلى عنها ويفارقها بإيقاع الطلاق هذا من جانب .

ومن جانب آخر أن ميراث الأبناء من الأم في اكثر من ميراث الأب الزوج في حالة وفاتها فالأب يرث (السدس مع الابن أو ابن الابن وإن سفل، مثاله: أن يترك المورث أبا وابنا، فللأب السدس فرضا، وللابن الباقي تعصيبا، وأصل المسألة ستة، للأب السدس وهو واحد من ستة، وللابن الباقي وهو خمسة، للتحقيق: واحد+ خمسة= ستة، ويكون للابن في هذه المسألة خمسة أسداس. وهكذا يكون للأب السدس لو كان معه من الأبناء اثنان أو أكثر، أو ابن ابن واحد أو أكثر) وبما أن نصيب الأبن من غنيمة التركة أكبر من الأب فالمنطق يقتضي أن يكون غرمه أكبر وأعظم في تحمل العار من الأم وهي الزوجية الزانية .

٣. عند التمعن بما نصت مادة ٤٠٩ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل على ماهو آت ((يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات من فاجأ زوجته او احدى محارمه في حالة تلبس بالزنا او وجدها في فراش واحد مع شريكها فقتلها في الحال او قتل احداهما او اعتدى عليهما او على احدهما اعتداء افضي الى الموت او عاهة مستديمة ، ولا يجوز استعمال حق الدفاع الشرعي ضد من يستفيد من هذا العذر ولا تطبق ضده احكام الظروف المشددة))

ان ارتكاب جريمة القتل أو الإيذاء بحال مفاجئة بالزنا حالة الاستفزاز الذي يكون على الزوج من هول المفاجئة بتلبس زوجته أو محارمها بالزنا أو وجود بفراش واحد مع الشريك .

والاستفزاز هنا شخص يتعلق بالفاعل وليس بالجريمة ويستفيد منه الزوج بتخفيف العقاب أن ارتكب الجريمة حال المفاجئة بالزنا بصفته فاعلا" أو شريكا" أنه في الحالة الأخيرة يكون حاضرا" بمسرح الجريمة دائما" وبذلك تنقلب صفته إلى فاعل ، أن القانون العراقي قد وسع في دائرة المستفيدين من العذر المخفف سواء كان الزوج أو قريب المجني عليها ذا قرابة محرمية ، فالقانون العراقي منح العذر لأقارب الزوجة يستفزون بالفعل الشائن أسوة بالزوج ولا يمكن افتراض برودة الدم فيهم ومنعهم من الدفاع عن شرفهم المثلوم ، لذلك يكون القانون العراقي قد تلافى الانتقادات التي وجهت إلى بعض القوانين التي منحت هذا العذر للزوج فقط ولم تمنحه لأقارب الزوج كالأبن والأخ والأب ، ومن الامور الغريبة في تفاوت وعدم انسجام نصوص قانون

---

٩٥ . أن التكاليف والخسارة التي تحصل من الشيء تكون على مَن ينتفع به شرعًا؛ أي: إن مَن ينال نفع شيء يجب أن يتحمل ضررَه. ، والأمثلة على ذلك كثيرة نذكر منها على سبيل المثال على الحصر : منها نفقة العارية على المستعير؛ لأن منفعتها له ، وكذلك الملك المشترك متى احتاج إلى التعمير والترميم يعمره أصحابه باشتراك على مقدار حصصهم؛ لأن منفعة كلٍّ منهم على قدر حصته ، اما فيما تناوله القانون المدني العراقي لهذه القاعدة وامثلتها ، عرفت المادة ١٠٩٨ ق م ع كل من أحرز بقصد التملك منقول مباح لا مالك له ملكه ..أي احراز الشيء من خلال وضع اليد حقيقه على الشيء ، مثل .(استغلال الاشجار الطبيعية في الجبال . استعمال مياه الامطار .استعمال شباك الصيد في البحار والمحيطات والانهار العامة لصيد الاسماك والثروات المائية)كونها مباحه برا وبحرا . ، معنى الغرم من الناحية القانونية عرفت المادة ١١١٢ ق م ع (وفاة المدين الذي بذمته دين للأحد في حالة اثبات حق الدائنين . ينفذ في جميع ماله ويقسم بين الدائنين قسمة الغرماء) ، ينظر شرح مجلة الأحكام: م: ٨٧ ص: ٧٩، الأشباه للسيوطي: ٢٣٥، ابن النجيم: ١٥١، الوجيز: ٣١٣، القواعد للندوي: ٤١١ .

العقوبات والتي لا توجد فيه اي نسبة او تناسب إذ منحت المادة (٤٠٩) العذر المخفف للمحارم بالقيام بجريمة قتل او ايذاء ، لكنها في المادة (٣٧٨) منعتهم من اقامة حق الشكوى في جرائم زنا الزوجية ؟

أن القانون العراقي قد عد العذر المخفف متوفرا" ارتكبت الجريمة ضد الزوج أو احدى المحارم أو ضد شريكها أو ضدها كما سارت على هذا المنهج القوانين الأخرى وأنن العذر المخفف خاص بالزوج الذي يرتبط بعلاقة زواج شرعية بعقد أو زواج عرفي ، وبذلك لا يستفيد منه من كان خطيبا" أو من له علاقة غير مشروعة ، كما أن العذر خاص يرتبط بالمرأة بعلاقة محرمة أن تكون المجني عليها أحدى محارمه كأخته أو أمه أن المادة (٤٠٩) عقوبات قد عدت من العذر المخفف متوفرا" أن ارتكب الزوج جريمته حال مفاجئته بتلبس زوجته أو أحدى محارمه بالزنا ، في حين أن جريمة الزنا لا يرتكب ألا من قبل المرأة المتزوجة (المادة ٣٧٧/أ) عقوبات أو أن تكون أحدى المحارم غير متزوجة وبذلك لايمكن وصف الفعل الذي ترتكبه زنا .

الفرع الثالث / انقضاء وسقوط عقوبة جريمة زنا الزوجية :

نصت المادة ٣٧٩ من قانون العقوبات العراقي على:

١ – تنقضي دعوى الزنا ويسقط الحق المدني بوفاة الزوج الشاكي او تنازله عن محاكمة الزوج الزاني او برضا الشاكي بالعودة الى معاشرة الزوج الزاني قبل صدور حكم نهائي في الدعوى.

ويعتبر تنازل الزوج عن محاكمة زوجته الزانية تنازلا منه عن محاكمة من زنا بها.

٢ – وللزوج كذلك ان يمنع السير في تنفيذ الحكم الصادر على زوجه. واذا توفي الشاكي يكون لكل من اولاده من الزوج المشكو او الوصي عليهم ان يمنع السير في تنفيذ الحكم.

ومن أمثلة الأحكام المرتبطة بالمادة ٣٧٩

لدى التدقيق والمداولة وجد أن الثابت من وقائع القضية إعتراف المتهمة الحدث (ر) بوجود علاقة غرامية لها مع المتهم (ف) سابقة لعقد زواجها من المدعو (ع) والذي كان قد تقدم لخطبتها من والدها ونظم عقد زواج في محكمة الأحوال الشخصية في العباسية بالعدد ٨٢/حجة زواج /٢٠٠٩في٢٠٠٩/١٠/٢٧ ولم يحصل الدخول الشرعي بينهما وكان ذلك دافع المتهمة للهرب بمحض إرادتها مع المتهم (ف) الى مدينة بغداد وحضورهما أمام رجل الدين الذي عقد زواجهما الشفوي وحصل الإيجاب والقبول بين الطرفين رغم علمهما برابطة الزوجية السابقة ومن ثم الدخول الشرعي ومعاشرتها معاشرة الازواج وقد تأيد ذلك بأقوال والدي المتهمة وأقوال المتهم (ف) المدونة أقواله أمام المحكمة بصفة شاهد وأقوال المشتكي (ع) والذي تنازل عن شكواه ضد زوجته الحدث أعلاه والمتهم (ف) والمصدقة امام المحكمة بتاريخ ٢٠١٠/٣/١٢ ولثبوت رابطة الزوجية بين المشتكي (ع) و الحدث أعلاه لذا يكون فعلهما منطبقاً وأحكام المادة ١/٣٧٧ من قانون العقوبات بدلاً من ٣٧٦ منه ولتنازله عن شكواه ضدهما واستناداً لأحكام المادة ١/٣٧٩ من قانون العقوبات لذا تكون الدعوى منقضية بحقهما وحيث أن المحكمة سارت خلاف ذلك لذا تكون القرارات

كافة الصادرة بالدعوى غير صحيحة ومخالفة للقانون قرر نقضها واعتبار الدعوى منقضية بحق المتهمة وإطلاق سراحها حالاً من الإيداع والإشعار الى مدرسة تأهيل الفتيان بذلك وصدر القرار بالاتفاق في ٥/رجب/١٤٣١هـ الموافق ٢٠١٠/٦/١٧م .[٩٦]

أعتراض

في القرار أعلاه أن محكمة التمييز قد بنت قرارها على المادة (٣٧٩) فقرة (١) الذي مضمونه تنازل الشاكي عن محاكمة الزاني (الزوجة) والذي يلحق به تنازله عن محاكمة من زنا بها ،

أي أن هذه الجريمة تنقضي في حالة العفو علن أحد الشريك وهو الزوجة الزانية ، وتكون كالعدم ، اي لا يترتب على احدهما سجل جنائي او يعتبر من اصحاب السوابق .

الخاتمة

ومن خلال دراستنا للتناسب بين التجريم والعقاب في جرائم زنا الزوجية (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي) ظهرت لنا عدة النتائج نذكر أهمها :

١. ان القاعدة الجنائية هي وسيلة لإفصاح المشرع عن ارادته في تحديد ما يُعد جريمة من سلوك الانسان وتعيين الاثار القانونية المترتبة عليها إن المصلحة محل الحماية القانونية هي المعيار الأساس لتحديد الأنموذج القانوني للجرائم التي تنتمي إلى نظام قانوني واحد ومن ثم تحديد السلوك الذي يشكل إهداراً للقيم التي أسبغ القانون عليها حمايته. وهي الأساس الذي يتخذه المشرع في انضواء الجرائم في بناء قانوني معين مستهدفا من ذلك إسباغ الحماية على مصلحة واحدة من جوانبها المختلفة
٢. أن التناسب في الجزاء يتم في العقوبة فقط ولا تخضع التدابير الأحترازية الى مبدأ التناسب مع الجريمة
٣. أن مبدأ التناسب يرتبط بتفريد العقوبة الذي يعد من أهم خصائص التشريعات الجنائية الحديثة، ويعني أن تكون العقوبة متناسبة مع الجريمة، إذ أن هذا التناسب يجعل من الأولى جزاءً عادلاً للثانية، وأن تفريد العقاب هو الذي يجعل العقوبة صالحة لتحقيق الأغراض المراد تحقيقها منها
٤. أما من حيث العقوبة فإن القانون قد جعل لهذه الجريمة عقوبة تُعد بسيطة ولا تتناسب مع جسامة الفعل المرتكب ، بعكس ما هو عليه الحال في الشريعة الإسلامية إذ حددت لجريمة الزنا عقوبة ورادع قوي لمنع ارتكاب هذه الجريمة .
٥. فرق الفقهاء الشريعة الإسلامية في عقوبة الزنا بين الزاني المتزوج وغير المتزوج إذ شدد عقوبة المتزوج أما غير المتزوج فتكون عقوبة اخف ، اما في القانون فلم يميز المشرع بين عقوبة المتزوج و غير المتزوج ، وحصرها فقط من دخل بعصمة الزوجية .

٩٦ . قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ – المادة ٣٧٩ ، العراق – اتحادي ، تمييز ، رقم الحكم : ٧٩٩ ، أصدرته محكمة التمييز الاتحادية في : ٢٠١٠/٠٦/١٧

٦. إن جريمة الزنا هي أخطر من جريمة القتل، وإن كان في القتل إزهاق للروح فإن في جريمة الزنا ضياع الأنساب والأعراض وما يدل على ذلك:-

أ/ أن جريمة الزنا هي حق لله، ولا يجوز التهاون والتنازل عن أقامة الحد فيه.

أما القصاص فيكون فيه حقّان حق لله وحق للعبد وحق العبد هو الغالب ويمكن التنازل عنة بدفع الدية أو العفو عنه لقوله تعالى:

﴿ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاء إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ﴾ [٩٧]

ب/ يقام القصاص على القاتل أما بالإقرار أو بشهادة رجلين، أما في أقامة الحد في جريمة الزنا فيشترط أربعة شهود رجال بالرؤية وذلك لقولة تعالى ﴿ وَاللاَّتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمْ فَاسْتَشْهِدُواْ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعةً مِّنكُمْ فَإِن شَهِدُواْ فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّىَ يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللّهُ لَهُنَّ سَبِيلاً ﴾ [٩٨]

٧. لم تجعل الشريعة الإسلامية حق لزوج الزانية بإسقاط إقامة الحد عن الزوجة الزانية لأنهُ عُدّ من حقوق الله لا يمكن التهاون و التنازل عنه، أما قانون العقوبات العراقي فقد حصر العفو و تحريك الدعوى فقط بيد أحد الزوجين أي انها من الحقوق الشخصية ولا يجوز لأحد أن يحرك هذه الدعوى.

٨. لا تسقط دعوى الزنا في التشريع الإسلامي بالتقادم على عكس القانون العراقي الوضعي فقد نص على جملة من الحالات على سقوط دعوى الزنا في المادة (٣٧٨).

٩. جعل حق تحريك دعوى الزنا فقط بيد احد الزوجين في المادة ٣٧٨، وهذا خلاف المنطق لانها من الجرائم العامة التي لا تقتصر اذاها على شخص الازواج وحدهم .

اما التوصيات

١. يجب العمل على عادة النظر بصياغة بالمواد (٣٧٧ ، ٣٧٨، ٣٧٩) بما يلائم خطوتها على المجتمع

٢. تحديد طرق الأثبات في هذه المواد وخاصة أن القانون العراقي لا يحدد طرق اثبات الجريمة كما كانت الشريعة الإسلامية تتطلب أثبات الجريمة المرتكبة حال المفاجئة بالزنا أربعة شهود ممن يرون المرود المكحلة في حين أن القانون الوضعي يطبق وسائل الإثبات العامة في هذه الحالة يكون القانون الوضعي قد خالف الشريعة الإسلامية نعتقد بضرورة حضور الجريمة المرتكبة حالة المفاجئة بالاستفزاز الخطر الباعث الشريف في المادة ١٢٨ في القانون العراقي .

٣. اعتبار جريمة زنا الزوجية من الجرائم العامة وليست الواقعة على الأشخاص ، اسوة بما سارة عليه التشريع الإسلامية باعتبار هذه الجريمة هي من جرائم الحدود ولا يمكن التهاون والتنازل فيها .

٩٧ . سورة البقرة /الآية ١٧٨.

٩٨ . سورة النساء / الآية ١٥.

٤. مثلما منحت المادة (٤٠٩) من قانون العقوبات العراقي النافذ. العذر المخفف لكل من ارتكب جريمة القتل لأحد محارمه ، تمنحه الحق بإقامة الشكوى وتحريك جريمة زنا الزوجية ولا تقتصر على الزوج وحدة المادة(٣٧٨) من قانون العقوبات العراقي النافذ.

٥. أن لفظة المحارم الواردة في نص المادة عقوبات قد وردت مطلقة ولم يحدد المشرع المقصود بها ، إذ أن الشريعة الإسلامية قد توسعت في المحارم من النساء ومنها ما تقوم الحرمة على أساس الدم ، (المحارم والنسبية) أو بسبب الرضاعة .

المصادر

اولاً : القرآن الكريم

ثانياً : المعاجم اللغوية

١- تاج العروس من جواهر القاموس، محمد مرتضى الزبيدي، المطبعة الخيرية المنشأة بجمالية، مصر.
٢- لسان العرب ، للإمام أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، بيروت ط ٣، ، دار صادر ، ١٩٨٧.
٣- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي/ أحمد بن محمد الفيومي، تحقيق يوسف الشيخ محمد، دار الحديث ، القاهرة.، ط٢، ١٤١٨هـ .

ثالثاً : الكتب الفقهية والقانونية

١- أثار تطبيق الشريعة في منع الجريمة، محمد بن عبد الله الزاحم ، ط١، دار المنار . القاهرة، ١٩٩١.
٢- الأحكام السلطانية، الماوردي أبو الحسن علي، دار الحديث – القاهرة.
٣- اصول التحقيق الاجرامي ، د . سلطان الشاوي، ط١ ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١١.
٤- بحوث في القانون الجنائي المقارن ، د. علي عبدالله الصفو ، ط١ ، المكتبة المصرية ، مصر ، ٢٠١٠ .
٥- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني،ج٧، ط١، مطبعة الجمالية، مصر، ١٣٢٨هـ-١٩١٠.
٦- التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، عبد القادر عودة ، القسم العام،ج١ ، ط٣، مكتبة دار العروبة، القاهرة، ١٩٦٣.
٧- تفسير الشعراوي ، محمد متولي الشعراوي (المتوفى: ١٤١٨هـ) ، طبع ونشر اخبار اليوم ،١٩٩٧م.
٨- جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات الاردني ، د. محمد صبحي نجم / مطبعة بيروت سنة ١٩٥٤.
٩- جريمة الزنى ،احمد محمود خليل، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٢.
١٠ -جريمة الزنى في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، د. عبد الخالق النواوي، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، ١٩٧٣.
١١ -جريمة الزنى في قانون العقوبات العراقي ، عبد الحميد احمد شهاب ،كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٠.

١٢ –الجنايات في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون، حسن علي الشاذلي ط٢، دار الكتاب الجامعي.

١٣ الحدود الشرعية دراسة مقارنة بين التشريع الإسلامي والقانون الوضعي ، د. تيسير أحميد عبل الركابي ،ط١،منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١٦.

١٤ الحماية الدستورية الحقوق والحريات، أحمد فتحي سرور، ط ، دار الشروق القاهرة ، ٢٠٠٧.

١٥ دراسة فقهية مقارنة ، احمد فتحي بهنسي، ط٢، الشركة العربية للطباعة والنشر، مطابع كوستا تسوماس وشركاؤه، القاهرة، ١٩٦٢.

١٦ سنن الترمذي ، محمد بن عيسى بن سورة الترمذي ، ،ت :أحمد بن محمد شاكر، .ج٢ ، دار الكتب العلمية ،بدون سنة الطبع.

١٧ السنن الكبرى،أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني ، النسائي، تح: حسن عبد المنعم شلبي ،ط ١، رقم: ٧٣٤٥، مؤسسة الرسالة – بيروت، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ .

١٨ شرائع الاسلام ، نجم الدين ابو القاسم جعفر ابن الحسن الحلي، ط ٦ ، مجلد٢.

١٩ شرح فتح القدير ، ابن همام ، مطبعة مصطفى محمد ، القاهرة .

٢٠ شرح قانون الاجراءات الجنائية ، د . محمود نجيب حسني، ط٢ .

٢١ شرح قانون العقوبات ، د. محمود نجيب حسني ، دار النهضة العربية ، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨.

٢٢ شرح قانون العقوبات القسم الخاص ، د. محمود مصطفى، ط٨، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨٤.

٢٣ العلاقات الجنسية غير الشرعية وعقوبتها في الشريعة والقانون د. عبد الملك عبد الرحمن السعدي، القسم الأول، ط٣، دار الأنبار للطباعة والنشر، ١٩٨٩.

٢٤ علم الأجرام والجزاء ، سليمان عبد المنعم، ط ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.

٢٥ القسم الخاص في قانون العقوبات ، د. عبد المهيمن بكر ، ط٧ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٧.

٢٦ المختصر في الفقه الجنائي الإسلامي، د. أحمد الكبيسي و د. محمد شلال حبيب، ط١، بغداد، ١٩٨٩.

٢٧ المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية ، د.أحمد الكبيسي و الاستاذ عبد القادر البكري ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٦ .

٢٨ الموسوعة الجنائية، القاضي فريد الزغبي، مج ٣، ط٣ ، دار صادر ، بيروت ، ١٩٥٩.

٢٩ موسوعة مصطلحات القانون الجنائي ، د. سعد ابراهيم الأعظمي، ج٢،ط١ ، دار الشؤون الثقافية العامة بغداد، ٢٠٠٢.

٣٠ نموذج لقانون العقوبات، د . محمود مصطفى ، القاهرة ، ١٩٧٦ .

رابعاً: الرسائل الجامعية

١– استظهار القصد الجنائي ، غازي حنون خلف ، رسالة ماجستير تقدم بها إلى مجلس كلية القانون جامعة بغداد ،٢٠٠٤.

٢– جريمة الزنا في القانون المصري المقارن ، د. احمد حافظ نور ، رسالة دكتوراه مقدمة الى جامعة القاهرة ١٩٥٨.

٣- مبدأ تناسب العقوبة مع الجريمة دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، حسن محمد سليمان، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الدراسات العليا قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية .

٤- المفاجأة بالزنى عنصر استفزاز في القتل والايذاء ، قاسم تركي عوّاد الجنابي ، رسالة ماجستير في القانون الجنائي ، /، كلية القانون- جامعة بغداد ، غير منشورة ،٢٠٠٤.

خامساً: البحوث العلمية

١- الضرورة والتناسب في القاعدة الجنائية ، د. تميم طاهر احمد الجادر و سيف صالح مهدي العكيلي ، ، مجلة السياسة الدولية ، الجامعة المستنصرية ،٢٠١٤ .

٢- مفهوم الارادة والعمد الخطأ والسببية، د. علي أحمد راشد ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، العدد الأول ، السنة الثامنة ، ١٩٦٦.

سادساً :ا لقوانين

١- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ .

٢- قانون العقوبات المصري رقم ٥٨لسنة ١٩٣٧المعدل .

سابعاً: القرارات القضائية

١- قرار رقم ٢٠٦٥/جنايات /٧٣ في ١٩٧٤/١/١٩ . النشرة القضائية، ع١، س٥، ١٩٧٦.

٢- قرار محكمة التمييز / اتحادي ٧٩٩ في ٢٠١٠/٠٦/١٧.

ثامناً: الاتفاقيات الدولية

١- اتفاقية جنيف ١٩٤٩

تاسعاً: المصادر الاجنبية

1. -B. BOULOC, R. CARO, R. HASTINGS, Ph. ROBERT, F. SCHIR et J. BORRICAND, Problemesactuels de science criminelle, VI, Presseuniversitaired'Aix-Marseille ، 1993
2. -Cannizzaro, Enzo. “Contextualizing Proportionality: Jus ad Bellum and Jus in Bello in the Lebanese War.” International Review of the Red Cross 864 (December 2006).

عاشراً: المواقع الالكترونية

1. https://www.almaany.com
2. https://vb.tafsir.net
3. https://ar.guide-humanitarian-law.org