Route Educational & Social Science Journal

Volume 6(5) ; May 2019

Artical History

Received/ Geliş	Accepted/ Kabul	Available Online/yayınlanma
13. 3 .2019	9.5.2019	15.5.2019

الطبيعة القانونية للرضا وانعدامه في جريمة الاغتصاب واللواط

The legal nature of consent and lack thereof in the crime of rape and sodomy

أ.م.د محمد إسماعيل ابراهيم

أ.م.د منى عبد العالي موسى

Assistant Professor Dr: Mohammed Ismail
Assistant Professor Dr: Muna Abdaly Musa

كلية القانون / جامعة بابل

University of Babylon - College of Law

الملخص

تعد الجرائم الاخلاقية من الجرائم الماسة بالعرض فالعرض يعني التزام الشخص سلوكاً جنسياً ينأى به عن العلاقات غير المشروعة ويعد السلوك الجنسي مشروعاً اذا تمت ممارسته في نطاق العلاقة الزوجية فان تمت ممارسته خارج نطاق هذه العلاقة فلا يعد مشروعاً وقد عالج المشرع العراقي هذه الجرائم في الباب التاسع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات تحت عنوان (الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة) اذ تضمن الفصل الاول منه جرائم الاغتصاب واللواط وهتك العرض في المواد من (٣٩٣-٣٩٩) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ لغرض توجيه العلاقة الجنسية لغرضها الاجتماعي كباعث للزواج ووسيلة لتكوين العائلة الشرعية ، وتتدرج هذه الجرائم في جسامتها بالترتيب من الاشد الى الاخف حيث يكون الاغتصاب واللواط اكثرها جسامة ثم هتك العرض ، كما نظم المشرع العراقي الجرائم الماسة بالأخلاق التي ترتكب مع المحارم في المادة (٣٨٥) من قانون العقوبات .

وما يهمنا في هذه الجرائم هو التركيز على عنصر الرضا فيها اذ لاحظنا في الآونة الاخيرة انتشار هذه الجرائم بكثرة في المجتمع العراقي ، ويلعب الرضا دوراً مهماً في هذه الجرائم اذ أحياناً يؤثر على التجريم فيجعل الفعل مباحاً واحياناً يرد على العقوبة فيشدد ويخفف منها. فالمشرع نجده يعتد بالرضا وانعدامه خلافاً للقواعد العامة وهذا الموقف يجد مبرره في ان المشرع يعتبر ذلك اعتداء على حرية خاصة (الحرية الجنسية) فهو ينظر الى ذلك كون المصلحة المحمية هي مصلحة خاصة لذلك يشترط انعدام الرضا لوقوع الجريمة وبذلك نجد المشرع العراقي يخالف الشريعة الاسلامية التي يعتبر الجريمة واقعة سواء كانت برضاء أو بدونه كونه يعتبر اعتداءً على مصلحة عامة.

Summary

Sexual offenses are considered to be crimes that are harmful to supply. The offer means that a person is committed to a sexual behavior that distanced him from unlawful relations. Sexual behavior is lawful if exercised in the context of a marital relationship. It was practiced outside the scope of this relationship. the second book of the Penal Code under the title of (crimes against morality and public morality) as the first chapter included rape, sodomy and indecent assault offenses in articles (393-399) of the Iraqi Penal Law No. 111 of 1969 for the purpose of directing the sexual relationship social purpose As a motivator For marriage and a means to form a legitimate family. These crimes range in severity from the most severe to the mildest, where rape and sodomy are the most serious and then the display is defiled, The Iraqi legislature also organized crimes against morality committed with incest in article 385 of the Penal Code .

What matters to us in these crimes is the focus on the element of satisfaction, as we have recently noticed the spread of these crimes in Iraqi society, and satisfaction plays an important role in these crimes, sometimes affecting the criminalization, making the act permissible and sometimes respond to the punishment and tighten it . This is justified by the fact that the legislator considers this an attack on a particular freedom (sexual freedom). It is seen that the protected interest is a special interest. Therefore, the dissatisfaction of the crime is required. Thus, the Iraqi legislator violates the Islamic law, which is considered The crime is committed whether it is with or without it, because it constitutes an attack on a public interest.

المقدمة

اولا: التعريف بموضوع البحث:

ان المشرع في قانون العقوبات يجرم الفعل غير المشروع سواء أكان ايجابياً أم سلبياً كما انه لا يعتد بالرضا وهذه هي القاعدة العامة الا ان المشرع يقوم استثناءا بالاعتداد بالرضا في حالات وجرائم مختلفة وعلى اساس مبدأ الحرية الشخصية أو لمقتضيات المصلحة العامة فكل تشريع من التشريعات له فلسفته التي يتبناها

والتي تأتي انعكاساً للمجتمع ولذلك فليس كل مساس بالآداب العامة جريمة اذ ان الاصل في الافعال الاباحة الا اذا قام المشرع بالتدخل وتجريمها فمن المعلوم اننا في القانون الجنائي محكومين بقاعدة اساسية وهي مبدأ لا جريمة ولا عقوبة الا بنص.

ثانياً: أهمية البحث

تتمثل اهمية البحث في هذا الموضوع بأنه يعد من المواضيع الحساسة والمهمة ذلك ان جرائم الاعتداء على العرض من الجرائم الخطيرة التي تؤدي الى تقويض بناء المجتمع فهي لاتمس حق فردي وانما تمس المجتمع بأسره فصلاح أو فساد المجتمع خلقياً يرتبط باعتبارات خلقية ودينية بالإضافة الى النصوص القانونية التي تنظم الجرائم ، فارتئينا البحث في هذا الموضوع من اجل ايضاح الاحكام التي تنظم تلك الجرائم والتي كثر ارتكابها في الآونة الاخيرة ولبيان أثر الرضا في المسؤولية الجزائية في فعل الوقاع واللواط .

ثالثاً: مشكلة البحث

تتركز مشكلة البحث في ان جريمة الاغتصاب واللواط تزعزع امن واستقرار الفرد والمجتمع فخطورتها تكمن في ان هذه الجرائم تؤدي الى المساس بكيان الاسرة الا ان المشرع العراقي قد اعتبر في المواد (٣٩٣-٣٩٤) من قانون العقوبات العراقي هذه الجرائم ذات طابع شخصي ولذلك فلم يعاقب عليها في بعض الحالات اذا توفر الرضا مما يؤدي الى تفشي الرذيلة في المجتمع ، فالقيم الاخلاقية التي يتلقاها الفرد من اسرته ومحيطه الذي يعيش فيه قد لا يقوم بالسير على هداها . اذا نسعى من خلال البحث للإجابة على بعض التساؤلات منها هل اعتد المشرع بالرضا في جريمة الاغتصاب واللواط لقيام المسؤولية الجزائية أو نفيها ؟ وهل يعتد بالرضا سببا لتخفيف أو لتشديد العقوبة أو سببا لإباحة فعل المواقعة او اللواط؟ واخيرا ما مدى فاعلية الحماية الجزائية للعرض المقررة في قانون العقوبات العراقي .

رابعاً: منهجية البحث

ان المنهج الذي سنعتمده في البحث هو المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل النصوص التشريعية التي تناولت الموضوع من اجل الحصول على النتائج الذي يهدف البحث الوصول اليها .

خامساً: نطاق البحث

يتحدد نطاق البحث بدراسة اثر الرضا في جريمة الاغتصاب وهتك العرض وهما من الجرائم الماسة بالأخلاق في قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسمة ١٩٦٩ المعدل ، ويقتصر البحث على اثر الرضا في التجريم والعقاب فقط اذ يخرج من نطاقه الاثار الاجرائية الناجمة عن ارتكاب الجريمة.

سادساً: خطة البحث

سيتم تقسيم خطة البحث وفق الآتي: سنتناول في المبحث الاول المبحث الأول: ماهية الرضا وانعدامه في جريمة الاغتصاب وسنخصص المبحث الثاني: التكييف القانوني للرضا أو انعدامه وسننهي بحثنا بخاتمة تتضمن(النتائج والمقترحات).

المبحث الأول

ماهية الرضا وانعدامه في جريمة الاغتصاب أو اللواط

تعد جريمة الاغتصاب واللواط من الجرائم التي تطال بالاعتداء الاخلاق وتمس عرض الانسان الذي يسعى جاهداً للحفاظ عليه وان اغلب الاعتداءات التي تطال النساء او الرجال لا تصل جميعها للقضاء ذلك خوفا من نظرة المجتمع الى المجنى عليها ، ومع ذلك ما يصل للقضاء من هذه الجرائم ليس بالقليل ، فالتطور التكنلوجي وانتشار وسائل التواصل الاجتماعي الحديثة ادى الى سرعة انتشار هذه الجرائم ، ولتحديد معالم هذه الجريمة بدقة وتحديد الاسباب التي دعت المشرع الى تجريمها ذا ستقسم هذا المبحث الى مطلبين سنبحث في المطلب الأول تعريف الرضا أما المطلب الثاني فسيخصص علة التجريم في جريمة الاغتصاب واللواط.

المطلب الأول

تعريف الرضا

للإحاطة بتعريف الرضا من الجانب اللغوي والاصطلاحي سنقوم ببيان كل منهما في فرع مستقل .

الفرع الأول

تعريف الرضا لغة

الرضا : مقصورة ضد السخط ورضيت الشيء وارتضيته فهو مرضى ومرضو ، ورِضا مصدر محض والاسم الرضاء ، وارضاه اعطاه ما يرضى به ، وعيشة راضية أي مرضية لأنه يقال رضيت معيشته على مالم

يسم فاعله ولا يقال رضيت ويقال رضى به صاحباً[١]. وتثنية الرضا رِضَوانِ ورِضَيانِ وفي حديث الدعاء : اللهم اني اعوذ برضاك من سخطك وبمعافاتك من عقوبتك وأعوذ بك منك ، قال ابن الاثير انما ابتدأ بالمعافاة من العقوبة لأنها من صفات الافعال كالإماتة والإحياء والرضا ، والسخط من صفات القلب وصفات الافعال ادنى مرتبة من صفات الذات فبدأ بالأدنى مرتقياً الى الاعلى[٢]. وقال تعالى في كتابه العزيز ﴿ ....وَالَّذِينَ اتَّبَعُوهُمْ بِإِحْسَانٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَرَضُوا عَنْهُ وَأَعَدَّ لَهُمْ جَنَّاتٍ تَجْرِي تَحْتَهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا أَبَدًا ذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ ﴾[٣].

الفرع الثاني

تعريف الرضا اصطلاحاً

لغرض بيان التعريف الاصطلاحي للرضا لابد لنا اولا من ايراد التعريف التشريعي والقضائي والفقهي الا ان المشرع العراقي لم يورد تعريفاً للرضا في قانون العقوبات العراقي ، ولكنه عرف الاغتصاب في المادة (١/٣٩٣) بأنه (من واقع انثى بغير رضاها)[٤] أما اللواط فلم يعرفه المشرع . ولم نعثر في حدود ما اطلعنا عليه من مصادر على تعريف قضائي للرضا.

لكن الفقه عرف الرضا بأنه (حالة ذهنية يعبر عنها بلفظ الرضا)[٥] كما عرف (الاذن المعطى بواسطة شخص من اشخاص القانون الخاص الى فرد أو افراد لتنفيذ عمل معاقب عليه بواسطة القانون الوضعي ويترتب على هذا العمل الاتلاف أو الاضرار بمال او بمصلحة الشخص الذي صدر منه الاذن أو تعريضهما للخطر)[٦] ، والرضا الذي قصده الشارع هو الرضا الذي يكون قبل او اثناء ارتكاب الفعل لا بعده ، ويمكن ان نعرف الرضا بأنه تصرف يصدر من شخص يرتب أثراً قانونياً .

---

[١] محمد بن ابي بكر ين عبدالقادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الكتاب العربي ، بدون سنة طبع ، ص٢٤٦.

[٢] ينظر لسان العرب متوافر على موقع الباحث العربي متوافر على الرابط :

www.baheth.net/all.jsp?term = رضا #5

[٣] سورة التوبة / جزء من الآية ١٠٠.

[٤] عرف الاغتصاب في قانون العقوبات الفرنسي في (الفقرة ١ من المادة ٣٣٢) ان الاغتصاب هو "كل ايلاج جنسي أيا كانت طبيعته يقع على شخص الغير بالقوة أو التهديد أو المباغتة" أما قانون الجرائم الجنسية البريطاني لعام ١٩٧٦ المعدل في المادة ١ الفصل الاول مفهوم الاغتصاب بالقول يعد الرجل مرتكباً لجريمة الاغتصاب إذا" اتصل جنسياً بامرأة بصورة غير شرعية ولم تكن المرأة حين الاتصال بها راضية أشار اليه فاطمة الزهراء جزار ، جريمة اختطاف الاشخاص ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق ، جامعة الحاج لخضر–باتنة ، ٢٠١٣-٢٠١٤ ، ص٦٣.

[٥] محمد نجم محمد صبحي ، رضا المجنى عليه واثره في المسؤولية الجنائية – دراسة مقارنة ، ط١ ، دار الثقافة للنشر ، عمان ، ٢٠٠٠ ، ص٢١.

[٦] أشار اليه محمد أكرم مصمودي ، الرضا كظرف لتخفيف المسؤولية الجنائية في القانون الجنائي المقارن ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق ، جامعة محمد خيضر –بسكرة ، ٢٠١٦-٢٠١٧ ، ص٩.

لقد ذكر المشرع العراقي في جريمتي الاغتصاب واللواط عبارة (دون رضاء) وهي تعني "ان تكون ارادة المجنى عليها غائبة ومعدومة بشكل كلي بحيث تصبح عاجزة عن دفع الاعتداء سبيلاً رغم مقاومتها له"[٧] ، كما استعمل المشرع كلمة (الاغتصاب واللواط وهتك العرض) كعنوان للفصل الاول الذي نظم به هذه الجرائم ويعني الاغتصاب (مواقعة امرأة في غير حالة الزواج وبدون رضاها)[٨] أما معنى اللواط فهو (جماع في دبر شخص ذكر أو انثى)[٩] وعرف ايضاً هو (ايلاج القضيب الذكري في دبر المجنى عليها أو المجنى عليه)[١٠] وتتحقق بإدخال القضيب الذكري سواء أكان الادخال كلياً أو جزئياً ولا يشترط فيه ان يتم قذف المادة المنوية أم لا[١١] .

المطلب الثاني

علة التجريم في جريمة الاغتصاب واللواط

ان النصوص القانونية الواردة في قانون العقوبات او القوانين الجزائية المكملة له يمثل حماية لحق أو مصلحة مشروعة ارتأى المشرع انها جديرة بالحماية ، فكل فعل يجرمه المشرع وفق نص قانوني يشكل حماية لمصلحة مشروعة ، وقد نص المشرع العراقي على جريمة الاغتصاب واللواط في المادة (٣٩٣) من قانون العقوبات

الفرع الأول

علة التجريم في جريمة الاغتصاب

ان علة تجريم فعل الاغتصاب يتجسد في عدة امور نذكر منها :

١. انها تمثل اعتداء على الحرية العامة للمجنى عليها فهو يؤدي الى الاضرار بصحة المرأة الجسمية والنفسية كما يشكل اعتداء على شرف المرأة وقد يؤدي ذلك الى تقليل فرصتها في الزواج ان لم يكن

---

[٧] إيلي قهوجي ، الجرائم الأخلاقية ، ط١ ، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠١٠ ، ص١٣.

[٨] وصفي محمد علي ، الطب العدلي علماً وتطبيقاً ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٦٧ ، ص٢٧١.

[٩] يعقوب يوسف الجدوع ، محمد جابر الدوري ، الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة في التشريع الجنائي العراقي ، مطبعة النعمان ، النجف الاشرف ، ١٩٧٣ ، ص٢٧.

[١٠] د.جمال ابراهيم الحيدري ، شرح احكام القسم الخاص من قانون العقوبات ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٤ ، ص١٣٨.

[١١] د.ماهر عبد شويش الدرة ، ، ص١١٢.

انعدامها وقد ينتج عن هذه المواقعة ان تلد المجنى عليها طفلاً وهذا يؤدي الى تفويت الوظيفة الانسانية واختلاط الانساب[١٢].

٢. ان فعل الاغتصاب يمثل اعتداء على الحرية الجنسية للمرأة عندما يتم اكراهها على فعل جنسي لا ترغب فيه[١٣].

٣. انها تمس الاعتبارات الدينية والاخلاقية للمرأة فالأديان السماوية جميعها قد حرمت المساس بالأعراض حيث تدعو الى التمسك بالفضيلة وضرورة ان يسلك الشخص الطريق المشروع في العلاقات الجنسية ، كما ان القواعد الاخلاقية قد تساهم بدور كبير في صياغة بعض المواد القانونية فقانون العقوبات لا يعنى بمصلحة فردية[١٤] .

الفرع الثاني

علة التجريم في جريمة اللواط

١. ان جريمة اللواط من الجرائم المنافية للأخلاق والمفسدة لها وهي تترك اثراً بالغاً في نفسية المجنى عليها أو عليه ان جريمة اللواط تختلف عن جريمة الاغتصاب في بعض الآثار التي تترتب عليها ومنها وقوع الحمل في الثانية دون الاولى.

٢. يمثل هذا الفعل سلوكاً جنسياً شاذاً يبعث على الاشمئزاز وذلك بسبب نيله من كرامة الانسان[١٥] .

٣. اصابة الجاني والمجنى عليها أو عليه بأمراض نتيجة المواقعة الشاذة في غير المكان المخصص للايلاج .

المطلب الثالث

الاساس القانوني للرضا وانعدامه في جريمة الاغتصاب واللواط

ان الاساس القانوني لأي جريمة يتحدد بالنصوص القانونية التي تحدد ماهيتها وعقوبتها والظروف الخاصة بها حيث يبرز دور المشرع بوضع نصوص التجريم والعقاب ، وقد نظم المشرع العراقي جريمة اللواط والاغتصاب في الباب التاسع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات تحت عنوان (الجرائم المخلة بالأخلاق

[١٢] د.جمال ابراهيم الحيدري ، مرجع سابق ، ص١٢٧.

[١٣] د.سعيد عبداللطيف حسن ، الحماية الجنائية للعرض ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص٢٩٢.

[١٤] سعيد عبداللطيف حسن ، مصدر سابق ، ص١٠٣ وما بعدها.

[١٥] د.عبدالحكيم فودة ، الجرائم الماسة بالآداب والعرض ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٨ ،ص٢٧.

والآداب العامة) اذ تضمن الفصل الاول منه جرائم الاغتصاب واللواط في المواد من (٣٩٣-٣٩٤-٣٩٩[١٦]) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ .

لقد نظم المشرع العراقي جريمة الاغتصاب واللواط في ذات المواد القانونية الا انه نظم جريمة الاغتصاب واللواط الذي يقع بدون رضا في المادة (٣٩٣) من قانون العقوبات حيث على ان "١-يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت كل من واقع أنثى بغير رضاها أو لاط بذكر أو انثى بغير رضاه أو رضاها. ٢-يعتبر ظرفاً مشدداً اذا وقع الفعل في إحدى الحالات التالية: أ. إذا كان من وقعت عليه الجريمة لم يبلغ من العمر ثماني عشرة سنة كاملة . ب. اذا

كان الجاني من اقارب المجنى عليه الى الدرجة الثالثة أو كان من المتولين تربيته أو ملاحظته أو ممن له سلطة عليه أو كان خادماً عنده أو عند أحد ممن تقدم ذكره..... "

في حين ان المادة (٣٩٤) قد نظم المشرع فيها المواقعة بدون رضا اذ نصت على أن "١-يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات أو بالحبس من واقع بغير حالة الزواج أنثى برضاها أو لاط بذكر أو انثى بغير برضاه أو رضاها اذا كان من وقعت عليه الجريمة قد اتم الخامسة عشرة من عمره وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنين اذا كان من وقعت عليه الجريمة دون الخامسة عشرة سمة كاملة من العمر..... ".

ومن خلال النصوص القانونية يتبين لنا ان انعدام الرضا في جريمة الاغتصاب واللواط أما ان يكون بالإكراه أو المباغتة أو عن طريق الحيلة ، والاكراه اما ان يكون اكراهاً مادياً بالقيام بفعل من افعال العنف على جسم المجنى عليها للقضاء على مقاومتها أما اذا سلمت المرأة نفسها دون اكراه فلا تقوم الجريمة لانعدام ركن الاكراه ، أو ان يكون اكراه معنوي وهو باستخدام القوة الادبية ومن ابرز صورها التهديد بإيقاع شر أو فضحية[١٧]. أما المباغتة فهو مباغتة الجاني للمجنى عليها حين غفلة للقيام بالفعل الجرمي ، كما يتحقق انعدام الرضا في حالة الخديعة والمكر[١٨].

[١٦] نظمت المادة (٣٩٩) من قانون العقوبات حالة عقد زواج صحيح بين مرتكب أحدى الجرائم الواقعة في الفصل الأول من الباب التاسع وبين المجنى عليها حيث يتم ايقاف الاجراءات القانونية في هذه الحالة.

[١٧] د.ماهر عبد شويش الدرة ، مصدر سابق ، ص١٠٧. د.فخري عبدالرزاق الحديثي ، شرح قانون العقوبات – القسم العام ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ١٩٩٢ ، ص٣٤٢.

[١٨] د.سعيد عبداللطيف حسن ، مصدر ، ص٣٠٤-٣٠٥.

المطلب الرابع

تمييز الرضا وانعدامه عن الاكراه

هناك اوجه شبه واختلاف بين الرضا والاكراه سنوضحها تباعاً وذلك في فرعيين متتاليين:

الفرع الأول

اوجه الشبه

عرف الاكراه بأنه (اجبار شخص يغير على ان يعمل عملاً دون ضاه)[١٩]والاكراه عده المشرع مانعاً من موانع المسؤولية الجزائية[٢٠]، ومن اوجه الشبه بين الرضا والاكراه هو:

١. ان من شروط صحة الاكراه والرضا هي واحدة وهي ان يصدران عن حرية اختيار وادراك فيجب ان تكون ارادة الشخص (الجاني) سليمة حينما يصدر الاكراه او الرضا ، كذلك يجب ان يكون الشخص كامل الاهلية متمتعاً بالإدراك.

٢. ان يكون الاكراه سابقاً أو معاصراً لارتكاب الجريمة حيث يجب ان يكون الاكراه صادراً قبل لحظة البدء في تنفيذ الجريمة أو اثناء تنفيذها وذات الشيء بالنسبة للرضا لكي يعتد بهما قانوناً[٢١].

الفرع الثاني

اوجه الاختلاف

١. يختلف الرضا عن الاكراه في ان الاول يؤدي الى جعل الفعل مباحاً في حالة وجوده في الجريمة حيث ان المشرع اشترط توافر رضا المجنى عليه ، في حين ان وجود الاكراه في الجريمة يجعل الفعل ظرفاً مشدداً.

٢. ان الرضا قد يكون صريحاً او ضمنياً في حين ان الاكراه لا بد ان يكون صريحاً ويقسم الى نوعين اكراه مادي ومعنوي[٢٢].

---

[١٩] د.واثبة داود السعدي ، قانون العقوبات – القسم الخاص ، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر ، بغداد ، ١٩٨٨-١٩٨٩ ، ص١٩٠-١٩١.

[٢٠] تنظر المادة (٦٢) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

[٢١] د.علي حسين الخلف و د.سلطان الشاوي ، المبادئ العامة في قانون العقوبات ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٦ ، ص٣٧٤. محمد أكرم مصمودي ، مرجع سابق ، ص١٣.

المبحث الثاني

التكييف القانوني للرضا أو انعدامه

يمكن ان يكون للرضا او انعدامه في جريمة الاغتصاب او اللواط اكثر من وصف او تكييف ، لذلك فقد قسمنا هذا المبحث الى مطلبين ، خصص الاول منها الى بحث التكييف القانوني للرضا ، و تناولنا في الثاني بحث التكييف القانوني لانعدام الرضا

المطلب الاول

التكييف القانوني لرضا

ان للرضا في هذه الجريمة اكثر من تكييف لذلك قسمنا هذا المطلب الى ثلاث فروع ، خصصنا الاول لبحث الرضا باعتباره سببا لإباحة فعل المواقعة او اللواط ، و تناولنا في الثاني الرضا باعتباره سببا لتخفيف العقوبة ، وتركنا الاخير لبحث الرضا باعتباره سببا لتشديد العقوبة عند اقترانه بحالات اخرى .

الفرع الاول

سبب لإباحة فعل المواقعة او اللواط

تشترك الجرائم كافة بان لها اركان عامة[٢٣]، وان اختلف الفقه حول هذه الاركان فهناك من يقول انها اثنان (مادي و معنوي)[٢٤] وهناك من يضيف لها ركن ثالث وهو الركن الشرعي[٢٥] والركن الشرعي يتمثل بالصفة غير المشروعة للفعل[٢٦] وان هذه الصفة يضفيها النص القانوني الذي يجرم الفعل لذلك فان عناصر هذا الركن هما عنصرين الاول : هو وجود نص يجرم الفعل ، والعنصر الثاني يتمثل بعدم وجود سبب اباحة للفعل لذلك فلا يكفي وجود احد العنصرين دون الاخر واذا اخذنا بالعنصر الثاني والذي يتمثل بعدم

---

[٢٢] د.واثبة داود السعدي ، مرجع سابق ، ص٦٧.

[٢٣] د٠علي حسين الخلف و د ٠ سلطان الشاوي ، مرجع سابق ، ص١٣٧.

[٢٤] د٠يسر انور علي ، شرح قانون العقوبات ، النظريات العامة ، الكتاب الاول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٧ ، ص ٢٦١.

[٢٥] د٠علي حسين الخلف و د ٠ سلطان الشاوي ، مرجع سابق ، ص ١٣٨.

[٢٦] د٠فخري الحديثي ، الاعذار القانونية المخففة للعقوبة ، مطبعة اوفسيت الحديثي ، بغداد ١٩٨٠، ص٩١.

وجود سبب لإباحة الفعل و هو عدم المشروعية اي انه عنصر سلبي في الجريمة[٢٧] فهذا يعني ان وجود سبب اباحه يجعل من الفعل مباح ومشروع و هذا هو الذي يميز الفعل المباح عن الجريمة[٢٨].

ولكن اذا رجعنا الى قانون العقوبات القسم العام او الكتاب الاول (المبادئ العامة) نجد ان المشرع قد حدد اسباب الاباحة بثلاث اسباب فقط (اداء الواجب ، و استعمال الحق ، والدفاع الشرعي) في المواد (٣٩ – ٤٦) عقوبات وهذه الاسباب واردة على سبيل الحصر ولكن من خلال قراءة واقعية ومنطقية لنصوص قانون العقوبات والتزاما بمبدأ لا جريمة ولا عقوبة الا بنص يمكن القول بأن المشرع عندما يجرم فعل فانه يحدد النموذج القانوني للجريمة وبمعنى اخر فان المشرع يحدد العناصر اللازمة للجريمة وبالتالي فان تخلف هذه العناصر يؤدي الى انتفاء الجريمة لان الجريمة لا تقع ما لم تتطابق الواقعة مع النموذج القانوني للجريمة في متن القانون وفي هذه الحالة يمكن ان تنتفى الجريمة لانتفاء احد عناصرها او اركانها وبذلك يصبح الفعل مباح وغير مجرم لأنه لا يتطابق مع النموذج القانوني للجريمة لان القاضي يتقيد بالنص التشريعي المكتوب كمصدر وحيد يلزم بالحكم طبقا له و الا وجب الحكم ببراءة المتهم[٢٩] واذا طبقنا هذا الكلام على جريمة الاغتصاب او اللواط نجد ان الجريمة من بين عناصر تحققها هو انعدام الرضا[٣٠] فالجريمة تدور وجودا وعدما مع انعدام الرضا فان انعدام الرضا يشكل جوهر هذه الجريمة فاذا تم مواقعة الانثى او اللواط بالمجنى عليه برضاهما فلا جريمة في الامر[٣١] وبالتالي يمكن القول بان وجود الرضا ينفي الجريمة ويبقى الفعل مباحا وفقا للوصف الوارد للجريمة في المادة (٣٩٣) من قانون العقوبات العراقي وبذلك يمكن لنا القول بان انعدام الرضا هو من مقومات او متطلبات الجريمة او من اركانها وعدم تحققه يعني عدم تحقق الجريمة و هذا يعني ان الفعل اصبح مباحا لذلك يمكن القول بان الرضا هو سبب اباحه في هذه الجريمة لان تحققه يرفع الصفة غير المشروعة عن الفعل وهذا نفس الاثر الذي يترتب على اسباب الإباحة[٣٢] اي انه يخرج السلوك من نطاق نص التجريم فيصير مشروعا[٣٣] ولذلك ندعو المشرع الى النص على اضافة سبب رابع لأسباب الاباحة وهو (تخلف احد

[٢٧] د٠علي حسين الخلف و د ٠ سلطان الشاوي ، مرجع سابق ص ١٣٧.

[٢٨] د٠يسر انور علي ، مرجع سابق ص ٢٢٣.

[٢٩] فاضل عواد محيميد الدليمي ، ذاتية القانون الجنائي ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بابل ،كلية القانون ، ٢٠٠٦ ، ص٩١ ٠ وانظر ايضا د٠ماهر عبد شويش ، مرجع سابق ، ص ١٢٧.

[٣٠] د.جمال الحيدري ، شرح احكام القسم الخاص من قانون العقوبات ، الجزء الاول ، مطبعة العاتق ، بغداد ،٢٠٠٨ ، ص١٧٠ و ١٨٣.

[٣١] د.حاتم عبد الرحمن منصور الشحات ، القانون العقابي ، القسم الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص٥٥١.

[٣٢] د.علي حسين الخلف و د ٠ سلطان الشاوي ، مرجع سابق ، ص ٢٤٠.

[٣٣] د٠علي حسين الخلف و د ٠ سلطان الشاوي ، المرجع السابق ، ص ٢٤٦.

المتطلبات او الاركان التي يتطلبها المشرع لإكمال البناء القانوني للجريمة اي في حالة انتفاء احد العناصر اللازمة لقيام الجريمة فانه يجعل من الفعل مباحا) مالم تتوافر متطلبات جريمة اخرى ، و هذا ما يرتبه الرضا في جريمة الاغتصاب او اللواط على اعتبار ان الرضا في هاتين الجريمتين هو احد متطلبات او اركان الجريمة والجريمة لا تكتمل الا بوجوده وعدم اكتمال الوجود القانوني للجريمة يجعل من الفعل خارج نطاق التجريم والفعل الذي يكون خارج نطاق التجريم لايمكن وصفه الا انه فعلا مباحا لذلك فالمواقعة الجنسية سواء كانت قبلا او دبرا تكون مباحة ومشروعة عندما تقترن بالرضا ، فالرضا هنا سبب لإباحة الفعل المجرم (المواقعة او اللواط) ولكن بشروط معينة شأنه شأن اي سبب اخر من اسباب الاباحة التي نص عليها الشارع في المواد (٣٩ -٤٦) من قانون العقوبات العراقي وهذه الشروط هي :

١- ان يكون صادر من انسان يتمتع بالإدراك والاختيار بالغ سن الرشد .
٢- وان يكون الرضا صحيحا.
٣- ان يكون الشخص الذي وقع عليه الفعل غير متزوجا من شخص اخر وليس محرما على الفاعل .

فاذا تحققت المواقعة تحت رضا المجني عليه كان الفعل المباح وبذلك يمكن اضافة سبب اباحة خاص في هذه الجرائم فمثلما اركان الجريمة تقسم الى اركان عامة واخرى خاصة ، فأننا يمكننا القول بان هناك اسباب اباحة عامة وهي (اداء الواجب-استعمال الحق-الدفاع الشرعي) وهناك اسباب اباحة خاصة بكل جريمة او مجموعة من الجرائم ومنها جريمة الاغتصاب او اللواط والتي تتمثل هذه الاسباب بانتفاء احد متطلبات الجريمة ومن هذه المتطلبات هي الرضا ... فالرضا سبب اباحة في جريمة الاغتصاب او اللواط عندما تتوفر شروطه والمذكورة اعلاه ، ويحق لنا ان نستنتج ذلك لأننا في مجال الاباحة غير مقيدين بمبدأ لا جريمة ولا عقوبة الا بنص[٣٤]، ولا يعد ذلك خروجا على حظر التفسير في القانون الجنائي لان الامر يتعلق بتفسير النصوص القانونية الخاصة بأسباب الاباحة التي لا علاقة لها بخلق الجرائم و العقوبات اذ يجوز للقاضي ان يلجا الى جميع وسائل التفسير و طرقه بدون استثناء وكذلك اللجوء الى القياس[٣٥]، حيث يجوز للقاضي ان يلجا الى القياس الذي يتطابق مع قصد المشرع وذلك لكون الاصل العام في الافعال هو الاباحة[٣٦].

[٣٤] د.علي حسين الخلف و د . سلطان الشاوي ، مرجع سابق ، ص ٢٤٤.

[٣٥] د.علي حسين الخلف و د . سلطان الشاوي ، مرجع سابق ، ص ٢٤٥.

[٣٦] فاضل عواد محيميد الدليمي، مرجع سابق ، ص ٩٤.

الفرع الثاني

الرضا سبب لتخفيف العقوبة[٣٧]

الاصل ان الرضا لا يعتد به وبالتالي الجريمة تقع سواء اقترف السلوك الاجرامي برضا المجني عليه من عدمه[٣٨] فالمشرع لا يعتد بالإرادة غير المعتبرة قانونا بسبب صغر السن[٣٩]، حيث ان الرضا لا ينفي الجريمة لان بعض القوانين و منها القانون الانكليزي اعتبر صغر السن المجنى علية قرينة قانونية قاطعة على عدم الرضا بالفعل و لو كان راضيا به من الناحية الواقعية[٤٠] ولكن في حالات معينه نجد ان الرضا يعتد به المشرع سواء باعتباره ركن للجريمة او ظرفا مخففاً او قد يكون سبب لتحفيف العقوبة من دون النص عليه صراحة باعتباره ظرفا مخففا اي بمعنى ان الرضا هنا يتأثر به المشرع هو يقرر العقوبة للجريمة فالرضا يؤثر في السياسة الجنائية التي يتبعها المشرع وبالتحديد في مجال العقاب ، فالمشرع يتأثر بالرضا ضمنا وهو يقرر العقوبة للجريمة التي يتوفر فيها الرضا.

و المشرع يتأثر بكثير من العوامل المحيطة به ويضع لها اعتبارها ويأخذها بنظر الاعتبار سواء وهو يجرم الافعال او هو يقرر العقوبة وفي هذه الجريمة نجد ان المشرع قد تأثر بالرضا رغم ان الاصل هو عدم الاعتداد به ولكن في هذه الجريمة وجدنا اثر للرضا ، ولكن ليس في وجود الجريمة فالجريمة تقع سواء وقعت برضا ام لا و ان السبب الذي دفع المشرع الى عدم الاعتداد بالرضا هنا هو لصدوره من شخص لم تكتمل اهليته القانونية لذلك فلا يعتبر رضاه صحيحا و لا يعتد به القانون[٤١] مما يجعل الرضا غير ذي قيمة قانونية كاملة ويمس بالحرية الجنسية للمجنى عليه[٤٢].

وهذا يبدو واضحا في تحديد مقدار العقوبة للجريمة وفق المادة (٣٩٤) والتي تقع برضا ولكن عمر المجني عليه دون سن ١٨ سنة ، لذلك لو كان المجني عليه بالغا سن الرشد لكانت الواقعة غير مجرمة وهذا ما تناولناه في الفرع الاول حيث ان الرضا هناك يمكن وصفه بأنه سبب اباحه للفعل المجرم فانعدام الرضا هو احد متطلبات الجريمة وفق المادة (٣٩٣) فينبغي وجوده لوجود الجريمة اما في المادة (٣٩٤) فان الرضا هنا موجود لكن المشرع هنا لا يهمل اثره تماما ولا يهمل الرضا ايضا لذلك نجده يراعي ذلك في تحديده لمقدار

---

[٣٧] د.ماهر عبد شويش ، مرجع سابق ، ص ١٣٥.

[٣٨] د . ماهر عبد شويش ، المرجع السابق ، ص ١٣٦.

[٣٩] د . حاتم عبد الرحمن منصور الشحات ، مرجع سابق ، ص ٥٥٤.

[٤٠] اشرف توفيق شمس الدين ، الحماية الجنائية للحق في صيانة العرض في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة القاهرة ، كلية القانون ، ١٩٩٥ ، ص ٣٩٥.

[٤١] د . ماهر عبد شويش ، مرجع سابق ، ص ١٣٥.

[٤٢] اشرف توفيق شمس الدين ، مرجع سابق ، ص ٣٨٠.

العقوبة فيحدد للجريمة عقوبة اخف من عقوبة الجريمة التي تقترن بعدم الرضا فالمشرع هنا يراعي الرضا ولكنه ايضا يحسب حساب ادراك الجاني حيث ان هناك قرينة قانونية تقول بان عدم اكمال سن (١٨) سنة من العمر فان ادراك الشخص لا يكون كاملا ولكن بالمقابل يمكن القول بان الادراك موجود وكذلك الارادة موجودة ولكنه لا يزال ناقصا وغير كامل فالمشرع يراعي النقص في الادراك عند الشخص الذي لم يكمل سنة (١٨) من العمر فيفرض عقوبة اقل من عقوبة الجريمة التي تقترن بعدم الرضا ، و هذا ما اكده القضاء في احكامه ايضا[٤٣].

وبذلك نقول ان الرضا موجودا في جزء منه وهذا الامر واقعي حيث يمكن التأكد من وجوده لدى المجني عليه وايضا يمكن القول بان لا يمكن الاعتداد به اعتدادا كاملا استنادا للقرينة القانونية التي تقول بان الادراك لا يكتمل الا بإكمال سن (١٨) سنة من العمر

وهنا المشرع يسلك لنفسه طريقا وسطا فهو يفرض عقوبة على الجاني رغم وجود الرضا ثم يعود وهو يحدد مقدار العقوبة فيتأثر بوجود الرضا فيقرر النزول بالعقوبة عن حدها المقرر والمحدد للجريمة التي تقترن بعدم الرضا ، فعند ذلك تكون العقوبة اخف من عقوبة الجريمة التي تقترن بعدم رضا ٠فالرضا هنا لم يمنع من وقوع الجريمة لأنه ليس من اركانها ، ولم يمنع من فرض عقوبة على الجاني او يخفف منها لأنه ليس ظرفا مخففا فيها ، و لكن اثره يظهر في رسم السياسية الجنائية التي ينتهجها المشرع و هو يحدد مقدار مدة العقوبة لذلك جاءت العقوبة اخف من عقوبة الجريمة التي اقترن بانعدام الرضا ٠

وبذلك وخلاصة ما تقدم نجد ان المشرع يحدد عقوبة اخف من ما هو مقرر للجريمة التي لا تقترن بالرضا من دون ان يعتبر ذلك ظرفا او عذرا مخففا فالتخفيف هنا كان اثناء كتابة النص وبذلك لا يمكن وصفه قانونا تحت مسمى الاعذار او الظروف المخففة ولكن يمكن وصفه كسبب لتخفيف العقوبة من خلال تأثر المشرع به ومراعاته في رسم سياسته الجنائية على اعتبار ان الفعل الذي يقع برضا المجني عليه هو اقل خطورة وجسامة من غيره من الافعال وهذا الامر يتحسسه المشرع وهو يقرر العقوبة فينزل عنده ويخفف العقوبة لتلك الجريمة وبذلك نصل الى خاتمة القول بان الرضا بوقوع بفعل المواقعة او اللواط هو شيئا يؤثر في

[٤٣] قضت محكمة التمييز في العراق : (لا عبرة برضاء المجني عليه اذا يعاني من تخلف عقلي و لو كان بسيط) القرار رقم ٢٤٩٠/ تمييزية /١٩٧٨ في ١٨/ ١٢ / ١٩٧٨ ، مجلة الاحكام العدلية العدد ٢ ، السنة ٩ ،، ١٩٧٨ ، ص ١٦٨ . والقرار / ٥٣٤ / جنايات / ٧٢في ٦/ ١١/ ١٩٧٣ ، النشرة القضائية ، ع٤ ، س٤ ، ص ٤٢٠.

رسم السياسة الجنائية للمشرع ويظهر هذا التأثير بشكل واضح في تحديد عقوبة مناسبة تتناسب مع خطورة وجسامة الجريمة وبالتأكيد الجريمة المقترنة بالرضا اقل جسامة من غيرها التي تقترن بعدم رضا المجني عليه .

الفرع الثالث

سببا لتشديد العقوبة عند اجتماعه مع غيره

استنادا الى ما قلناه في الفرع السابق من ان التمييز بين الاركان والظروف يبرز اثره بشكل واضح جدا في ان الركن يدخل في البناء القانوني للجريمة وبغيره لا يكتمل وجود الجريمة ، واما الظرف فانه عنصرا اضافيا يلحق بالجريمة ولا يدخل في مكوناتها وان وجوده يبرز في العقوبة واستنادا الى ما تقدم فأننا نجد ان المشرع العراقي قد ميز في العقاب فيما اذا كان من وقعت عليه الجريمة قد اتم الخامسة عشرة من عمره و لم يتم الثامنة عشر سنة ، و بين من وقعت عليه الجريمة وهو دون سن الخامسة عشرة كاملة من العمر ، علما ان المشرع هو الذي يحدد سلفا ما يتطلب التشديد او التحفيف او الاعفاء من العقاب[٤٤]ولان الصغير لا يستطيع ان يفسر ماهية افعاله و لا يقدر نتائجها[٤٥] كون الادراك و التمييز لم يصل الى حد الاكتمال اي ان ملكاته الذهنية لم تصل الى حد النضج الكامل بالإضافة الى تضاؤل الخبرة بالحياة[٤٦]، و الادراك يرتبط بعمر المجنى عليه فالذي يكون عمره ١٧ سنة فان ادراكه يكون اكبر من ادراك الشخص الذي يكون عمره ١٤سنة و هذا ما تنبه اليه المشرع و ميز في العقاب وفقا لعمر المجنى عليه رغم توفر الرضا لدى المجنى عليه فجعل العقوبة السجن مدة لا تزيد على سبع سنوات او بالحبس اذا كان من وقعت عليه الجريمة قد اكمل الخامسة عشرة من عمره و لم يتم الثامنة عشرة سنة و تكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنين اذا كان من وقعت عليه الجريمة دون الخامسة عشر من العمر، و بذلك نجد ان المشرع شدد العقوبة تبعا لعمر المجنى عليه لعدم اعتداده بالرضا اي كلما كان المجنى عليه صغيرا بالعمر فان ذلك دليل على قلة ادراكه و الذي لا ادراك له لا يعتد برضاه و الذي يتوافر لديه ادراك وان لم يكن كاملا فانه يكون له اعتباره في نظر المشرع و هذا ما راعاه المشرع عندما قرر العقوبة في الجريمة الوارد النص عليها في المادة (٣٩٤) من قانون العقوبات العراقي حيث شدد العقوبة على الجاني اذا كان من وقعت عليه الجريمة دون الخامسة عشرة كون الإدراك ضعيف و يضعف معه اثر الرضا في نظر المشرع الى الحد الذي يقترب من تجاهله تقريبا لذلك فرض عقوبة السجن مدة لا تزيد

[٤٤] فهد هادي حبتور – التقرير القضائي للعقوبة – اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة عين الشمس –كلية الحقوق ، ٢٠٠٩ ، ص٤٥.

[٤٥] د . حمدي رجب عطية ، المسؤولية الجنائية للطفل ، مطابع جامعة المنوفية ، ٢٠١٠ ، ص٩١.

[٤٦] د . حمدي رجب عطية ، المرجع السابق ، ص ١٤٧.

على عشر سنوات ، بينما خفف العقوبة على الجاني اذا كان المجني عليه قد اتم ١٥ و لم يتم ١٨ سنة من العمر و بذلك يمكن القول بان المشرع تعامل مع الرضا الصادر من المجنى عليه الذي لم يكمل ١٥ من العمر في هذه الجريمة معاملة اشبه بانعدام الرضا حيث جعله مدعاة لتشديد العقوبة على الجاني من دون ان يعتبره ظرفا مشددا لعقوبة الجريمة بل تأثير ذلك كان في رسم المشرع لسياسته الجنائية و هو يحدد مقدار العقوبة ، قياسا على العقوبة المقررة للجاني اذا كان المجنى عليه قد اتم (١٥) سنة من العمر[٤٧]، و كذلك عند اجتماعه مع الحالات التي بينتها المادة (٣٩٣ / ٢) والتي اعتبرها المشرع ظروفا مشددةً لعقوبة الجريمة الوارد النص عليها في المادة (٣٩٤ / ٢) من قانون العقوبات.

المطلب الثاني

التكييف القانوني لانعدام الرضا

نتناول في هذا المطلب بحث التكييف القانوني لانعدام الرضا من خلال تقسيمه الى فرعيين ، نتناول في الاول بحث انعدام الرضا باعتباره ركنا في الجريمة ، و نتناول في الثاني بحث انعدام الرضا باعتباره سببا لتشديد العقوبة عند اجتماعه مع غيره من الحالات.

الفرع الاول

ركن في الجريمة

ان الجريمة هي في الحقيقة مجموعة من العناصر اللازمة لقيامها وهذه العناصر تقسم الى قسمين فهي اما اركان او ظروف فاذا كانت العناصر يتوقف عليها وجود الجريمة بحيث ان الجريمة لا تتم الا اذا توافرت كل العناصر اللازمة لوجود الجريمة فهي من اركان الجريمة اما اذا كان وجود العنصر مكمل لأركان الجريمة دون ان يدخل ضمن اركان الجريمة اي بمعنى ان الجريمة تتوافر وتقوم سواء وجد ذلك العنصر ام لا وان تأثير وجود هذا العنصر يتوقف على العقوبة فيعد ذلك ظرفا او عذرا وان تأثيره يظهر في العقوبة تخفيفا او تشديدا او اعفاءاً.

وحقيقة ان الفقه قد بحث في هذا الامر محاولين ايجاد معيار للتمييز بين الاركان والظروف حيث انقسم الفقه الى قسمين[٤٨] قسم يرى عدم الجدوى من البحث او التمييز بين الاركان والظروف فان لكل جريمة نموذج مستقل عن غيرها من الجرائم فاذا كان يدخل ضمن متطلبات الجريمة والجريمة لا تتم الا به فانه يعد ركنا ، اما اذا كان وجود الجريمة لا يتوقف على وجود العنصر وان تأثيره يتوقف على العقوبة فقط عدا

[٤٧] ينظر نص المادة ٣٩٤ عقوبات.

[٤٨] د . فخري الحديثي ، مرجع سابق ، ص٩٢١ .

ذلك ظرفا او عذرا ، ونجد ان القضاء قد استقر على ان ركن القوة في جناية المواقعة او اللواط يتوافر كلما كان الفعل المكون لها قد وقع بغير رضاء المجني عليه سواء باستعمال المتهم في سبيل تنفيذ مقصده وسائل القوة او التهديد او الخديعة مما يؤثر في ارادة المجني عليه فيعدمها و للمحكمة ان تستخلص ذلك من ظروف الواقعة بحصول الاكراه او انعدام الرضا[٤٩] و ان هذا الاتجاه يقول ان لكل جريمة نموذج قانوني مستقل بها عن الجرائم الاخرى حتى التي تتشابه معها فاذا توافرت هذه المتطلبات اللازمة لوجودها و التي بينها المشرع في النص الذي يجرم الفعل فتعد الجريمة واقعه و هذه المتطلبات المنصوص عليها هي ضمن اركان تلك الجريمة و لا علاقة لهذه الجريمة التي لها نموذج قانوني مستقل بها عن غيرها من الجرائم الاخرى التي تشترك معها بالاسم القانوني مثلا .

اما الاتجاه الثاني فيرى ضرورة التمييز بين الاركان و الظروف لان اثر كل منهم يختلف عن الاخر فالأركان يتعلق بها وجود الجريمة او عدم وجودها ، اما الظروف فتتعلق بها العقوبة اعفاءاً او تخفيفا او تشديدا و قد طرح الفقه اكثر من معيار للتمييز بينهما[٥٠]، فمنهم من قال بطبيعة العنصر الجديد ومنهم من قال بالأثر الغائي للعنصر الجديد ومنهم من قال بأثره في تغيير الاسم القانوني للجريمة ومنهم من قال بدور العنصر الجديد في حماية مصلحة اخرى من عدمه، و مهما قيل بشان التمييز بين الاركان و الظروف ومهما طرحت من معايير الا ان يبقى الاثر المترتب عليهم محل اتفاق الفقه من ان ما يعد من الاركان ، فان الجريمة لا تتحقق الا بوجوده ، و من لم يكن كذلك فانه يعد من الظروف وتأثيره يقتصر على العقوبة فقط .

و استنادا الى ما تقدم فان جريمة الاغتصاب او اللواط من متطلباتها هو انعدام الرضا حيث ورد النص صراحة على ذلك في المادة ٣٩٣ عقوبات[٥١] اذ نصت : (... بغير رضاه او رضاها ...) و بذلك يعد انعدام الرضا ركنا خاصا في هذه الجريمة حيث انها لا تقع الا به اي بمعنى ان الرضا اذا توافر فان الجريمة تنتفي و يكون الفعل مباحا ، وفعلا و بموجب القانون النافذ و على خلاف الشريعة الاسلامية فان المواقعة الجنسية كجريمة لا تتحقق قانونا اذا وقعت برضا المجني عليه او عليها و كان المجنى عليه كامل الاهلية اي بالغ سن الرشد شرط ان لا يكون محرما على الفاعل او ليس على ذمة رجل استنادا لوجود

[٤٩] انظر الطعن رقم ٢١٧٣٧ لسنة ٦٧ ق جلسة ١٠/ ١١ / ١٩٩٩ اشار اليه محمد فهيم درويش ، الجرائم الجنسية ، طبع بمطابع دار داورد للطباعة ، الطبعة الاولى ، ٢٠٠٨ ، ص ٢٢٣.

[٥٠] د . فخري الحديثي ، مرجع سابق ، ص٩٣.

[٥١] ينظر القانون العقوبات المصري المادة(٢٦٧) ، واللبناني المادة (٥٠٣) ، والاردني المادة(٢٩٢) .

علاقة زوجية قائمة ، اذن فالرضا هنا يأخذ وصف الركن في هذه الجريمة لان وجود الجريمة يتوقف عليه و لا تتحقق الا به ، واثره لا يمتد الى العقوبة لا تخفيفا و لا تشديدا .

الفرع الثاني

سببا لتشديد العقوبة عند اجتماعه مع غيره

استنادا الى ما قلناه في سابقا من ان التمييز بين الاركان والظروف يبرز اثره بشكل واضح جدا في ان الركن يدخل في البناء القانوني للجريمة وبغيره لا يكتمل وجود الجريمة ، واما الظرف فانه عنصرا اضافيا يلحق بالجريمة ولا يدخل في مكوناتها وان وجوده يبرز في العقوبة ، و لكن هناك حالة اخرى تتمثل هذه الحالة في ان العنصر الجديد قد يكون من مكونات الجريمة اي ركن فيها و بدونه لا تقوم الجريمة ولكن يكون دور في تشديد العقوبة من دون ان يكون هو ظرفا مشددا فيها و لكن يكون موجبا للتشديد عند تحقق احدى الحالات التي نص عليها المشرع و اعتبرها ظروفا مشددة للعقوبة في تلك الجريمة ، بحيث ان هذه الحالات لا تعمل مالم تقترن بانعدام الرضا لذلك نستنتج من ذلك ان انعدام الرضا يكون موجبا للتشديد عند اجتماعه مع احدى الحالات من دون ان يكون هو بذاته ظرفا مشددا ، و هذا ما بينته المادة ٣٩٣ / ٢ عقوبات ، حيث شدد المشرع العراقي العقوبة في جريمة الاغتصاب او اللواط التي تقع بغير رضا عندما يقترن انعدام الرضا بصغر سن المجنى عليه اي اذا كان دون سن البلوغ ، او اذا الجاني من اقارب المجنى علية الى الدرجة الثالثة او من المتولين تربيته او ملاحظته اوله سلطه عليه او خادما عنده ، او كان الجاني موظفا او مكلف بخدمة عامة او رجل دين او من الاطباء و استغل مركزه او مهنته او الثقة به او في حالة تعدد الجناة او اذا اصيب المجنى علية بمرض تناسلي او حملت المجنى عليها او زالت بكارتها و كذلك تشدد العقوبة الى السجن المؤبد اذا افضى الفعل الى موت المجني عليه[٥٢].

واستنادا الى ما تقدم فأننا نجد ان المشرع العراقي قد ميز في العقاب فيما اذا كانت الجريمة قد وقعت على شخص بغير رضاه حيث تكون العقوبة في هذه الحالة السجن المؤبد او المؤقت ، بينما اجاز للمحكمة ان تشدد العقوبة في حالة تحقق واحدة من تلك الحالات المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٣٩٣ عقوبات و التي اعتبرها المشرع ظروفا مشددة للعقوبة في تلك الجريمة من دون ان يبن العقوبة في حالة التشديد ، مما يقضي الرجوع الى المبادئ العامة المنصوص عليها في الكتاب الاول من قانون العقوبات المعدل رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ وبالتحديد المادة ١٢٦عقوبات والتي نصت على ان اذا توافر في جريمة ظرف مشدد يجوز للمحكمة ان تحكم بالإعدام اذا كانت العقوبة المقررة للجريمة هي السجن المؤبد واذا كانت

[٥٢] تنظر المادة (٣٩٣ / ٢) من قانون العقوبات العراقي.

العقوبة المقررة للجريمة هي السجن المؤقت او الحبس جاز الحكم بأكثر من الحد الاقصى للعقوبة المقررة بشرط عدم تجاوز ضعف هذا الحد ، و من الملاحظ على النص ان المشرع اجاز للمحكمة بان تتجاوز الحد الاعلى المقرر للعقوبة وكان عليه ان يلزم المحكمة بالتشديد لان ما فائدة هذه الحالات التي استشعر المشرع منها خطورة او جسامة معينة ثم ترك أمر تشديد العقوبة فيها لإرادة المحكمة و لذلك فإننا ندعو المشرع الى اعادة صياغة نص المادة ١٢٦ عقوبات و المجيء بصياغة فيها الزام للمحكمة في تشديد العقوبة لكي يتحقق للمشرع مبتغاه في تشديد العقوبة .

الخاتمة

بعد ان انتهينا من بحثنا هذا لابد لنا نعيد النظر اليه مرة اخرى لنسجل اهم الاستنتاجات والمقترحات التي توصلنا اليها.

اولا: الاستنتاجات:

١- وجدنا لانعدام الرضا اكثر من وصف او اثر، فمرة يكون ركنا خاصا في الجريمة و فقا (للفقرة الاولى من المادة ٣٩٣) من قانون العقوبات العراقي ، و مرة يكون سببا او موجبا للتشديد عند اجتماعه مع غيره من الحالات الاخرى التي بينتها الفقرة الثانية من المادة ٣٩٣ عقوبات ، والتي اعتبرها المشرع ظروفا مشددة للعقوبة في هذه الجريمة.

٢- توصلنا الى ان للرضا اكثر من وصف او اثر، فمرة يمكن وصفه بانه سبب لإباحة الفعل عندما يصدر عن شخص بالغ سن الرشد و كان كامل الادراك او التمييز و الارادة وعند ذلك لا تقع الجريمة و يكون الفعل مشروعا ومباحا قانونا ، و مرة يمكن عده سببا لتخفيف العقوبة المقررة للجريمة من دون ان يعده القانون عذرا او ظرفا مخففا للعقوبة بل وجدناه يؤثر في رسم السياسية الجنائية التي ينتهجها المشرع وهو يحدد مقدار العقوبة كما في نص المادة ٣٩٤/ ١ عقوبات ، و مرة اخرى يمكن ان يكون بالعكس سببا لتشديد العقوبة و لكن عندما يقترب به حالات اخرى نص عليها القانون و اعتبرها ظروفا مشددا للعقوبة كما في المادة ٣٩٤ / ٢عقوبات و هذه الخاصية يشترك بها الرضا مع انعدام الرضا حيث يكونان سببا لتشديد العقوبة من دون اعتبارهم ظرفا مشددا بنص القانون و لكن هذا يتوقف على اقترانهما بحالات اخرى نص القانون عليها باعتبارها ظروفا مشددة للعقوبة .

ثانيا: التوصيات :

١. نوصي المشرع بإضافة مادة قانونية الى الفصل الخامس من الباب الثالث من الكتاب الاول و المخصص لأسباب الاباحة ينص فيها على ان تخلف احد اركان الجريمة يجعل السلوك مباحا مالم تقوم بتخلفه جريمة اخرى و هذا الامر يمكن استنتاجه من المعنى المخالف لمضمون مبدا (لا جريمة و لا عقوبة الا بنص).

٢. ندعو المشرع الى اضافة فقرة ثالثة الى المادة٣٩٣ بين فيها المشرع انتفاء الجريمة في حالة توافر رضا المجنى عليه و كان بالغ سن الرشد و يتمتع بالإرادة والادراك او التمييز مالم تكون الزوجية قائمة او توجد حرمة بين الجاني و المجنى عليه.

٣. ندعو المشرع الى معالجة المواقعة او اللواط مع شخص صغير دون سن المسؤولية الجزائية ، اي الشخص الذي يكون دون التاسعة من العمر و الحاق المواقعة او اللواط معه بالجريمة المنصوص عليها في المادة ٣٩٣ / ١ عقوبات و ان حصلت برضا المجني عليه و عدم الاعتداد برضاه مطلقا ، اي يجب ان يعامل معاملة المواقعة او اللواط بدون رضا ، لان المشرع ووفقا للشطر الاخير من الفقرة الاولى من المادة ٣٩٤ عقوبات قد عاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنين كل من واقع او لاط بشخص دون الخامسة عشرة من العمر و كان ذلك برضاه ، و هذا يعني ان من يواقع او يلوط بصغير بعمر الخمس سنين او اقل او اكثر يعاقب بنفس العقوبة المقررة للجاني الذي يواقع او يلوط بشخص لم يتم الخامسة عشرة من العمر و هذا الامر يجافي العدالة و المنطق ، لانعدام ادراكه بهذا العمر لسهولة اقناع الطفل بهذا الفعل بالإضافة الى ضعف مقاومته و عدم تقديره لخطورة هذا الفعل تقديرا صحيحا خاصة بالسنين الاولى من العمر.

المصادر

-القرآن الكريم.

اولا: الكتب.

١. أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور ، لسان العرب ، ج٣ ، دار صادر ، دمشق ، بلا سنة طبع.
٢. اشرف توفيق شمس الدين ، الحماية الجنائية للحق في صيانة العرض في الشريعة الاسلامية و القانون الوضعي ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة القاهرة ، كلية القانون ، ١٩٩٥.
٣. إيلي قهوجي ، الجرائم الأخلاقية ، ط١ ، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠١٠ .
٤. د.جمال ابراهيم الحيدري ، شرح أحكام القسم الخاص من قانون العقوبات ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٤.
٥. د.حاتم عبد الرحمن منصور الشحات ، القانون العقابي ، القسم الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ .
٦. د . حمدي رجب عطية ، المسؤولية الجنائية للطفل ، مطابع جامعة المنوفية ، ٢٠١٠.

٧. د.سعيد عبداللطيف حسن ، الحماية الجنائية للعرض ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ .
٨. د.عبدالحكيم فودة ، الجرائم الماسة بالآداب والعرض ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٨.
٩. د.علي حسين الخلف ود.سلطان عبدالقادر الشاوي ، المبادئ العامة في قانون العقوبات ، العاتك ، بدون سنة نشر.
١٠. د.فخري عبدالرزاق صلبي الحديثي ، شرح قانون العقوبات – القسم العام ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ١٩٩٢.
١١. د.فخري الحديثي ، الاعذار القانونية المخففة للعقوبة ، مطبعة اوفسيت الحديثي ، بغداد ١٩٨٠.
١٢. د٠ماهر عبد شويش ، شرح قانون العقوبات ن القسم الخاص ، مديرية دار الكتب للطباعة و النشر ، الموصل ، العراق ، ١٩٨٨.
١٣. محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الكتاب العربي ، مؤسسة فؤاد بعينو ، بلا سنة نشر.
١٤. محمد فهيم درويش ، الجرائم الجنسية ، طبع بمطابع دار دارود للطباعة ، الطبعة الاولى ، ٢٠٠٨.
١٥. د.واثبة داود السعدي ، قانون العقوبات–القسم الخاص ، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد ، ١٩٨٨–١٩٨٩.
١٦. وصفي محمد علي ، الطب العدلي علماً وتطبيقاً ، مطلعة المعارف ، بغداد ، ١٩٦٧.
١٧. يعقوب يوسف الجدوع ، محمد جابر الدوري ، الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة في التشريع الجنائي العراقي ، مطبعة النعمان ، النجف الاشرف ، ١٩٧٣.
١٨. د٠يسر انور علي ، شرح قانون العقوبات ، النظريات العامة ، الكتاب الاول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٧.

ثانياً: الأطاريح والرسائل الجامعية:

١– فاضل عواد محيميد الدليمي ، ذاتية القانون الجنائي ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بابل ، كلية القانون ، ٢٠٠٦.
٢– فاطمة الزهراء جزار ، جريمة اختطاف الاشخاص ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق ، جامعة الحاج لخضر–باتنة ، ٢٠١٣–٢٠١٤.
٣– فهد هادي حبتور ، التقرير القضائي للعقوبة ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة عين الشمس ، كلية الحقوق ، ٢٠٠٩.
٤– محمد أكرم مصمودي ، الرضا كظرف لتخفيف المسؤولية الجنائية في القانون الجنائي المقارن ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق ، جامعة محمد خيضر –بسكرة ، ٢٠١٦–٢٠١٧.

ثالثاً: المجلات القضائية:

١. النشرة القضائية ع٤ ، س٤.
٢. مجلة الاحكام العدلية العدد ٢ ، السنة ٩ ، ١٩٧٨.

رابعاً: القوانين:

١. قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

٢. قانون العقوبات الفرنسي لعام ١٩٩٤.

رابعاً: الروابط الالكترونية:

١. ينظر قاموس الباحث العربي متوافر على الموقع:

www.baheth.net/all.jsp?term=رضا#5