(ازمة الحماية الجنائية للقاصر من الاغتصاب في القانون العراقي)

La crise de la protection pénale des mineurs contre le viol dans le droit irakie

أ.م.د. علاء عبد الحسن السيلاوي
جامعة الكوفة

أ.م.د محمد حمید عبد
الجامعة العراقية

المستخلص

لا شك في ان القاصر يتمتع بحماية قانونية كبيرة، هذه الحماية تتأتى من حقيقة ان القاصر لازال في المراحل الاولى لمسيرته العمرية. و بالتالي توجد صعوبة في قيام القاصر من ادارة شؤونه بنفسه لاسيما البنت التي لا يسمح لها القانون .

في الحقيقة ان المشرع نظر الى مصلحة الاسرة "من وجهة نظره" الاعتبارات الاجتماعية والعادات و التقاليد التي تنبذ المرأة المغتصبة دون اكتراث الى مصلحة القاصر. وبالتالي ان هذه الدراسة تهدف الى فتح باب المناقشة البحثية لهذه الاشكالية من خلال عرض الموضوع و مقارنته بالقانون الفرنسي و المصري اللذان لم يقعا في ذات المشكلة و لكن تم اختيار هذه النظامين لقربها من النظام القانوني العراقي .

حيث كان لابد من عرض موقف الاتفاقيات الدولية و بعض القوانين المقارنة من تجريم الاغتصاب (المبحث الاول) وكذلك بيان ازمة السياسة الجنائية لحماية القاصر من جريمة الاغتصاب (المبحث الثاني)

Sommaire

Il ne fait aucun doute que le mineur bénéficie d'une grande protection juridique, qui découle du fait que le mineur est encore au début de son parcours de vie. Par conséquent, il est difficile pour un mineur de gérer ses propres affaires, surtout une fille qui n'est pas autorisée par la loi.

En effet, le législateur a considéré l'intérêt de la famille « de son point de vue » les considérations sociales, coutumes et traditions qui rejettent la femme violée sans égard aux intérêts du mineur. Ainsi, cette étude vise à ouvrir la porte à une discussion de recherche sur cette problématique en présentant le sujet et en le comparant avec les lois française et égyptienne, qui ne tombaient pas dans la même problématique, mais ces deux systèmes ont été choisis pour leur proximité avec la Système judiciaire irakien.

Où il était nécessaire de présenter la position des conventions internationales et de certaines lois comparées concernant la criminalisation du viol (le premier chapitre), ainsi que l'énoncé de la crise de la politique pénale pour protéger le mineur contre le crime de viol (le deuxième shapitre).

المقدمة

لا مراء في ان المشرع الجنائي يهدف الى حماية المجتمع، من خلال السعي لصون حقوقه، و لكي ينجح في هذه المهمة الكبيرة، لا بد من ان يكون نشاطه انعكاسا لحالة المجتمع الثقافية و التاريخية و السياسية متأثرا في متغيراته، فهو لا يتبنى قاعدة جنائية تنطلق من ميوله الشخصية او عقيدته الذاتية. حيث ان المشرع عندما يصوغ القاعدة القانونية الجنائية، يهدف الى احكام خصائص هذه القاعدة وابراز شقي التكليف و الجزاء من اجل الوصول الى الغاية المنشودة المتمثلة بتحقيق الحماية للمصلحة.

اضافة الى انه من المؤكد في ان الانسان يتمتع بمجموعة من الحقوق و لا سيما تلك الحقوق المرتبطة بالفئة العمرية للشخص و لا سيما حقوق الطفل، حيث ان الانسان يحتاج فيها الى حماية خاصة ،فمرحلة الطفولة لها متطلبات خاصة كونها في مرحلة النمو. فالطفل كائن ضعيف لا يملك اتخاذ القرار الراشد لإدارة شؤونه و بالتالي انه يحتاج الى رعاية خاصة لهذه الاسباب و لضمان المستقبل الذي يبنيه هذا الجيل. و بفعل ذلك تم تبني العديد من الاتفاقيات الدولية التي تحث الدول على وجوب ضمان حقوق الاطفال و وجوب حمايتهم من كل انتهاك او افتئات لحق الطفولة .

وبفعل ذلك اهتمت الدول بحقوق الطفل و تمثل ذلك بإبرام اتفاقية حقوق الطفل و البروتوكولان الاختياريان ،كما اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة إعلان الأمم المتحدة لحقوق الطفل (١٩٥٩)، الذي أعلن عشرة مبادئ لحماية حقوق الطفل، بما في ذلك عالمية الحقوق، والحق في الحماية الخاصة، والحق في الحماية من التمييز.

ان الحماية القانونية المضافة للأطفال تنبثق من كون الطفل يعد اشد تأثرا بالانتهاكات التي يتعرض لها فهو لا يملك ذات القدرة التي يملكها البالغون في التعامل مع تلك الانتهاكات او التقليل من اثارها ،و لعل ابرز تلك الانتهاكات التي يتعرض لها هل تلك التي بجرائم الاغتصاب او العلاقة الجنسية بصورة عامة. ففي الوقت الذي لا يعتبر المشرع العراقي "على سبيل المثال" وقوع العلاقة الجنسية بين شخصين جريمة ان كانت تلك العلاقة برضا الطرفين و لا تمس بحقوق الاخرين كالزوج و الزوجة "كما في زنا الزوجية "، يعتد بتجريم تلك العلاقة بين شخص بالغ مع بنت قاصر دون الثامنة عشر من العمر حتى

وان كان برضاها. ان السبب في ذلك هو ان المشرع لم يعتد باردة البنت التي تقل عن الثامنة عشر باعتبارها قاصر و لا تملك قرارها بمفردها.
و لكن، لاعتبارات قد تكون صحيحة في حقبة زمنية معينة، لم يحافظ المشرع العراقي على ذات التوجه في توفير الحماية للقاصر الانثى[1] عندما سمح للجاني المغتصب بالزواج من الضحية و في نفس الوقت يستفيد من تخفيف العقوبة عليه مع ايقاف تنفيذها في حال ابرام زواج صحيح لمدة ثلاث سنوات غير حاصل فيه الطلاق بسبب الزوج " المغتصب ".
ان السياسة التشريعية المعتمدة من قبل المشرع العراقي اثارت اشكالية لازالت قائمة و هي كيف يمكن مكافأة المغتصب بالزواج من الضحية و تكوين عائلة ؟ و ما هي الفائدة او المصلحة التي يرمي المشرع الى تحقيقها بحق الضحية ؟
في الحقيقة ان المشرع قد رجح الاعتبارات الاجتماعية و العادات و التقاليد التي تنبذ المرأة المغتصبة دون اكتراث الى مصلحة القاصر. و بالتالي ان هذه الدراسة تهدف الى فتح باب المناقشة البحثية لهذه الاشكالية من خلال عرض الموضوع و مقارنته بالقانون الفرنسي و المصري اللذان لم يقعا في ذات المشكلة و لكن تم اختيار هذه النظامين لقربها من النظام القانوني العراقي .
حيث كان لابد من عرض موقف الاتفاقيات الدولية و بعض القوانين المقارنة من تجريم الاغتصاب (المبحث الاول) و كذلك بيان ازمة السياسة الجنائية لحماية القاصر من جريمة الاغتصاب (المبحث الثاني)
المبحث الاول: الاحكام الموضوعية لجريمة اغتصاب القاصر و موقف الاتفاقيات الدولية من تجريمها.
المطلب الاول : تعريف جريمة اغتصاب القاصر.
المطلب الثاني: اركان جريمة الاغتصاب .
المبحث الثاني: ازمة السياسة الجنائية المعتمدة في جريمة اغتصاب القاصر
المطلب الاول: فلسفة العقوبة
المطلب الثاني : تقييم سياسة المشرع العراقي تجريم اغتصاب القاصر

المبحث الاول : ماهية جريمة اغتصاب القاصر

رغم اهمية وضع تعريف محدد لجريمة اغتصاب القاصر، الا اننا لم نجد تعريفا اصطلاحيا موحدا معتمدا لهذه الجريمة في القانون الدولي و لا حتى في القوانين الداخلية، حيث اكتفت هذه الاخيرة بتعريف جريمة الاغتصاب بصورة عامة دونما تخصيص تعريف للقاصرات ،كما ان القانون الدولي لم يخصص اي جهد في ايراده لتعريف بالرغم من انه تطرق للحماية من الاغتصاب في مناسبات عديدة (المطلب الاول).
اضافة الى انه كان من الضروري جدا دراسة اركان هذه الجريمة من اجل ابرازها و تسليط الضوء على الركن الخاص الذي يميزها عن جريمة

الاغتصاب "بصورتها التقليدية" من اجل ابرزها كجريمة اشد خطورة (المطلب الثاني).

المطلب الاول : تعريف اغتصاب القاصر : (فجوة في تعريف اغتصاب الأطفال)

يعرف الاغتصاب بصورة عامة على انه (ممارسة الجنس مع شخص اخر ضد ارادته، و يتحقق عندما يتم التغلب على مقاومة الضحية بالقوة او التخويف او بأية وسيلة اخرى).[٢]

الفرع الاول: تعريف اغتصاب القاصر في القانون الدولي

من جانب القانون الدولي، يمكن القول بان منظومة القانون الدولي لازالت فقيرة عن ايراد تعريف واضح و محدد للاغتصاب و لا سيما الموجه ضد الاطفال بالرغم من تبني اتفاقية حقوق الطفل عام ١٩٨٩، حيث يمكن وصفها بانها الاساسية في مجال حقوق الطفل.[٣]

ان السبب في عدم ايجاد تعريف لاغتصاب الاطفال يعود ربما الى عدم وجود اتفاقية متخصصة لمكافحة هذه الجريمة على الصعيد الدولي. الا ان القانون الدولي لم يخلُ من نصوص قد وفرت الحماية القانونية من الاغتصاب الجنسي بل و عدته شكلا من اشكال التعذيب و اوضحت مفاهيم متعددة له، اي انه اعتبر احدى الوسائل التي ترمي الى الوصول الى غايات اخرى.

حيث ذكرت المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة في حكمها في قضية فيرينـدزيا في ١٩٩٨ الاغتصاب بانه يستلزم " إكراهاً أو قوة أو تهديداً بالقوة ضد المعتدى عليه أو شخص ثالث "[٤] وفي سابقتها القانونية الأخرى في قضية كوناراتش في ٢٠٠١، اعتبرت المحكمة ان إمكانية وجود عوامل أخرى تجعل من فعل الإيلاج الجنسي عملاً من دون رضا المعتدى عليه أو عملاً غير طوعي، فهو اذن تعدّ جسدي له طبيعة جنسية، يُرتكب ضد شخص تحت إكراه[٥]. والملاحظ في هذه المفاهيم السابقة انها واسعة جدا و ربما لا تتفق مع توجهات العديد من القوانين الداخلية للدول حيث ان الاغتصاب ينبغي ان يعرَّف بدقة كبيرة لتمكين القاضي من الوصول الى عناصره من اجل النطق بالحكم الصحيح .

الفرع الثاني: تعريف جريمة الاغتصاب في بعض القوانين الداخلية:

في بعض القوانين العقابية الداخلية، عرفت ٢٢٢-٢٣ من قانون العقوبات الفرنسي على ان الاغتصاب هو (أي فعل من أفعال الإيلاج الجنسي من أي نوع يرتكب ضد شخص آخر عن طريق العنف أو الإكراه أو التهديد أو المفاجأة هو اغتصاب). كما افرد هذا القانون القسم الخامس منه في توفير الحماية للقاصرين في المواد (٢٢٧-١٥ الى ٢٢٧-٢٨-٣) وبعنوان (تعريض القاصر للخطر)، الا ان هذا القسم لم يتطرق صراحة الى تعريف اغتصاب القاصر و ربما كان يعتمد على تعريف الاغتصاب بصيغته العامة في المادة

(٢٣-٢٢٢)، الا اننا نرى ضرورة ايراد تعريف واضح و محدد لان الضحية هنا تختلف، و هذا الاختلاف يكمن في ارادة المجنى عليه و اهليته، ففي الوقت الذي يمكن تصور تحقق الاغتصاب ضد الضحية (البالغ) عندما يتم الضغط على ارادته بالإكراه، فان نوع الضغط الموجه الى القاصر ربما يختلف، عندما يتم التلاعب بإرادته او اغراءه او اغواءه . وفي كل الاحوال، اي عملية اتصال جنسي مع القاصر تعد اغتصاب لعدم توفر الارادة الواعية من قبله ولذلك على القانون الفرنسي و العراقي ايراد تعريف واضح و محدد لاغتصاب الاطفال او القاصرين.

اما قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ فلم يعرف اطلاقا جريمة الاغتصاب و انما اكتفى بمعاقبة فعل (المواقعة) بدون رضا المجنى عليه بقوله ان الاغتصاب هو (مواقعة انثى دون رضاها) او اذا كان دون الثامنة عشر من العمر فيعتبر حينئذ ظرفا مشددا ان كان دون رضاه في احكام المادة ٣٩٣ . و كذلك اتجه قانون العقوبات المصري بنصه في المادة ٢٦٧ على ان الاغتصاب (مواقعة انثى من غير رضا).

و يلاحظ هنا الفجوة الواضحة في ايراد تعريف محدد لاغتصاب الاطفال لما دون الثامنة عشر، حيث ينبغي على المجتمع الدولي ان يمنح الاهتمام الواضح في تعريف اغتصاب القاصرين و كذلك القوانين الداخلية و يركزون فيها على الفئة العمرية لهم مع تحديد اوجه السلوك المادي و موضوع الارادة التي يمكن ان تتعرض للإكراه او للتضليل او حتى تلك الارادة التي لا تتعرض الى اي ضغط لأنها اصلا غير مكتملة او ناضجة بسبب طبيعة عمر الضحية. مع قيام تلك القوانين بتحديد العقوبات المناسبة لهذا النوع من الجرائم.

المطلب الثاني : اركان (عناصر) جريمة اغتصاب القاصر

لا تختلف اركان جريمة اغتصاب الاطفال عن سائر اركان الجرائم الاخرى باعتبارها تتطلب ركن مادي و ركن معنوي و ركن اخر يتعلق بالمجنى عليه و هو ان يكون دون سن الرشد القانوني.

الفرع الاول: الركن المادي :-

يعرف الركن المادي للجريمة عموما بانه (كل فعل انساني اما ان يكون ايجابي يتمثل بأفعال او ايماءات او اقوال او كلمات او فعل سلبي يتثمل بالامتناع او الاغفال)[٦]. او هي (الفعل أو الامتناع الذي يشكل أساس أي جريمة والذي، بشكل عام يرتبط بالعناصر المكونة الأخرى، هو في حد ذاته كافٍ لتكوين جريمة فيما يسمى الجرائم المادية)[٧]. و يتحقق الركن المادي في جريمة الاغتصاب في انعدام مشروعية المواقعة و كذلك حالة عدم رضا المجنى عليها.

اولا: المواقعة غير المشروعة

تكون المواقعة غير مشروعة عندما ينص القانون على عدم مشروعيتها لأسباب محددة بوضوح في متن النص لكنها بالعموم تعني ان المواقعة لم تتحقق برضى المجنى عليها و هذا ما نص عليه صراحة القانون الفرنسي في المادة ٢٢٢-٢٣ من قانون العقوبات الفرنسي التي حددت عناصر الاغتصاب بشكل واضح بقولها (الاغتصاب كل فعل ايلاج جنسي، أيا كانت طبيعته، مرتكب من قبل شخص ضد شخص اخر بالعنف، او التخويف، او الاكراه او التهديد او المفاجأة). وهنا عند التمعن بالتعريف يمكن ملاحظة ان المشرع الفرنسي لم يفرق بين الاغتصاب و بين المواقعة بالإكراه عندما انتقل مباشرة في تعريفه للاغتصاب الى فعل (الايلاج). ومن جانبنا نرى بانه هذا الاتجاه محمود و يمكن ان يكون انموذجا تشريعيا يحتذى به من قبل المشرعين المصري و العراقي. حيث كان على القانونين ان يدخلا مباشرة الى وصف الاغتصاب بالمواقعة و من ثم الانتقال مباشرة الى وصف التعريف لما له اهمية كبيرة بين بيان عناصر الركن المادي للجريمة.

الا ان المادة ٢٦٧ من قانون العقوبات المصري لم تعرف مصطلح المواقعة وانما اكتفت بالنص عليه فقط معتمدة ربما في ذلك على الفقه والقضاء. ولم يبتعد قانون العقوبات العراقي عن توجه القانون المصري في انه اقتصر على ايراد المصطلح فقط دون تفصيل في كلمة المواقعة او الخوض في اوجه مصطلح الاكراه المذكور في احكام هذه المادة و بفعل ذلك ترك للقاضي سلطة كبيرة جدا في تحديد مفهوم (الايلاج).

من الواضح جدا ان المشرع الفرنسي قد اخذ بالتفسير الواسع لفعل (الايلاج) مستغلا نص المادة المذكورة التي ذكرت صراحة (أيا كانت طبيعته) و بالتالي لم يشترط المشرع الفرنسي فعل ادخال القضيب في القبل و انما يمكن ايضا اعتبار الوطء او الايلاج في القبل او الدبر او حتى في الفم من قبيل فعل الاغتصاب.

هذا ما ذهبت اليه فعلا احكام المحاكم الفرنسية التي اعتبرت على سبيل المثال ايلاج اللسان او المهبل او الشرج او حتى ادخال اشياء في جنس الضحية من افعال الايلاج الجنسي[٨] و بالتالي نكون امام احدى الافعال المكونة لجريمة الاغتصاب.

اضافة الى ما تقدم ،حسنا فعل المشرع الفرنسي في ايراده تفسيرا واسعا لتعريف الايلاج المكون للركن المادي لجريمة الاغتصاب و ربما كان الهدف من ذلك هو لأحكام قبضة النص التجريمي على جريمة الاغتصاب و عدم افلات مرتكبي هذه الجرائم من العقوبة المناسبة بسبب التفسير الضيق لفعل المواقعة او الايلاج المكونان لجريمة الاغتصاب .

ان السبب من ترجيح التفسير الواسع لمصطلح الايلاج و بالتالي تعريف الاغتصاب انما يكمن في ان المشرع يهدف بالدرجة الاساس ليس لحماية جزء محدد من جسد المرأة المتمثل بالفرج فقط و انما كان يهدف الى توفير الحماية الجزائية للاعتبار الجنسي و الى انصاف الضحية بدرجة كبيرة كون الاثر النفسي على الضحية التي تم اغتصابها عن طريق الفم على سبيل المثال هو ذاته الذي يحدث على الضحية التي يتم اغتصابها من فرجها. و اما موضوع حماية النسل او الوقاية من اثر الحمل فلا يعدو الامر الى كونه نتيجة مضافة تكون سببا لتشديد العقوبة .

ثانيا: انعدام رضا المجنى عليها:

من حيث المبدأ، لابد لتحقق الركن المادي للجريمة، هو عدم رضا المجنى عليها لفعل الاعتداء الجنسي الموجه ضدها، و بالرغم من ان القانون الجنائي قد ارسى دعائم الحماية للضحية، الا ان الضحية او المجنى عليها هي المكلفة بإثبات حالة عدم رضاها من فعل الاعتداء الجنسي وبخلاف ذلك سيكون الفعل مباحا لتحقق رضا الطرفين، من الناحية القانونية وليس الواقعية ان لم يقع الفعل تحت طائلة نص عقابي اخر كجريمة المواقعة تحت تأثير الوعد بالزواج[٩] او زنا الزوجية.[١٠]

غير ان المشرع الجنائي لا يكلف المجني عليها بضرورة الاثبات اذا كانت دون الثامنة عشر من العمر[١١]،حيث ان الارادة تتحقق في اتمام الثامنة عشر[١٢]. وبالتالي ان المشرع الجنائي العراقي و المصري و حتى الفرنسي لم يشترط عدم موافقة المجنى عليه في جريمة الاغتصاب، و حيث ان الارادة غير متحققة قانونا فبالتالي ان مجرد عدم تمام الثامنة عشر من العمر يعد عنصرا حاكما في تحقق عنصر عدم الرضا. وهذا يعني ان مواقعة القاصر يعد اغتصابا حتى وان كان مع الرضا، و لكن اذا كان هذا المبدأ مستقرا في ثنايا نصوص القانون الجنائي فانه واجه ازمة حقيقية بصدد تطبيقه عندما سمح للجاني باستغلال بعض النصوص الجزائية من اجل الافلات من العقاب بل والتمتع بالضحية و بموجب القانون في بعض التشريعات.

المبحث الثاني: ازمة السياسة الجنائية المعتمدة في جريمة اغتصاب القاصر

ادت السياسة الجنائية المتبناة من قبل المشرع العراقي بصدد حماية القاصر الى اثارة حفيظة الكثير من المدافعين عن حقوق الانسان و بالذات حقوق الاطفال ،حيث ان المشرع في فترة من الفترات قد تأثر بالعادات و التقاليد التي تنبذ المرأة المغتصبة و بالتالي لم يقدم حلا واقعيا و صحيحا لحماية القاصر من الضحية (المطلب الاول) و انما اقدم على حماية القاصر و عائلتها من رد فعل المجتمع و بالتالي لم يكن موقفه موفقا و لم يقدم الحماية الجنائية لحقوق

القاصر المعرضة للاغتصاب و هذا ما دفعنا الى ضرورة تقييم موقف المشرع العراقي من الحماية الجنائية لقاصر من الاغتصاب (المطلب الثاني).

المطلب الاول: فلسفة العقوبة

من حيث الاصل، عاقب المشرعون الفرنسي و المصري و العراقي جريمة الاغتصاب وذكروا صراحة ظرف التشديد المتعلق بسن الضحية او المجني عليها و الذي من شأنه تشديد العقوبة الى مستويات مرتفعة قد تصل الى الاعدام في بعض تلك التشريعات.

حيث نص المشرع الفرنسي في المادة ٢٢٢-٢٤ على (يعاقب على الاغتصاب المحدد في المادة ٢٢٢ - ٢٣ بالسجن لمدة عشرين سنة : ٢ - عندما يرتكب على قاصر يبلغ من العمر خمسة عشر عامًا)[١٣]

اما المشرع المصري فقد نص في قانون العقوبات رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ في المادة ٢٦٧ من واقع أنثى بغير رضاها يُعاقب بالإعدام أو السجن المؤبد. ويُعاقب الفاعل بالإعدام إذا كانت المجني عليها لم يبلغ سنها ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة أو كان الفاعل من أصول المجني عليها أو من المتولين تربيتها أو ملاحظتها أو ممن لهم سلطة عليها أو كان خادماً بالأجر عندها أو عند من تقدم ذكرهم، أو تعدد الفاعلون للجريمة).

ان المشرع العراقي لم يخرج عن مسار تشديد عقوبة مرتكب فعل الاغتصاب على القاصر، حيث نص في المادة ٣٩٣ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل (١ – يعاقب بالسجن المؤبد او المؤقت كل من واقع انثى بغير رضاها او لاط بذكر او انثى بغير رضاه او رضاها.٢ – يعتبر ظرفا مشددا اذا وقع الفعل في احدى الحالات التالية: ا – اذا كان من وقعت عليه الجريمة لم يبلغ الثامنة عشرة سنة كاملة).

و يلاحظ، للوهلة الاولى، مدى حرص المشرع على حماية عرض المجنى عليها بشكل عام و القاصر بشكل خاص. حيث كان الهدف من ذلك توفير اقصى درجات الحماية عن طريق تغليظ العقوبات الواقعة عليها.

اما المشرع المصري ،كان قد الغى المواد ٢٩٠-٢٩١ المتعلقة بالإعفاء من العقوبة إذا تزوج الجاني المعتدى عليها، منذ عام ١٩٩٩، ولكن على الرغم من إلغاء هذه المواد، فما زال العرف الاجتماعي هو المهيمن ،حيث ان المجتمع يتخوف من (الفضيحة) و رد الفعل الاجتماعي و بالتالي تعطي المادة ١٧ من قانون العقوبات القاضي سلطة استعمال الرأفة في أقصى درجاتها، إذا اقتضت أحوال الجريمة المقامة من أجلها الدعوى العمومية رأفة القضاة و في كل الاحوال لا يعفى الفاعل من العقاب و انما ممكن ان يستفيد نسبيا من هذه المادة ولا يشترط كذلك تزويج الضحية من الجاني لكي تتم تلك الاستفادة.[١٤]

لكن المشرع العراقي لم يوفر الحماية الكاملة للضحية و لم يستقر على موقفه في تجريم فعل الاغتصاب حيث رجع في المادة ٣٩٨ من قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ على تخفيف عقوبة الجاني المغتصب من العقاب في حال زواجه من الضحية المغتصبة و هذا ما نصت عليه المادة ٣٩٨[١٥]. اشترط المشرع بموجب المادة المذكورة ان يكون عقد الزواج صحيحا و ينبغي ان يتم الطلاق بغير سبب مشروع و لمدة ثلاث سنوات.

بالرغم من ان الامر قد اثار الكثير من الجدل الفقهي و كذلك الاجتماعي بشأن موقف المشرع العراقي و مدى وقوفه مع الضحية[١٦]، الا ان القضاء العراقي قد تبنى بوضوح موضوع تخفيف العقوبة على الجاني مع وقف تنفيذها في حالة انعقاد الزواج بين الجاني المغتصب والضحية. فعلى سبيل المثال لا الحصر، ذهبت محكمة التمييز العراقية الى ضرورة تخفيف العقوبة على المدان لوجود عقد زواج صحيح بين الجاني والمجنى عليها .[١٧]

المطلب الثاني: تقييم موقف المشرع العراقي (تزاحم الضرورات)

من المسلم به، ان المشرع في اي بلد، لكي يوفر اقصى درجات الحماية الجنائية لمصلحة ما، فانه يأخذ في الحسبان ما يسود في المجتمع من عادات وتقاليد وقيم، او ما يسمى في علم الاجتماع القانوني[١٨] بظاهرة الضبط الاجتماعي المتمثلة بذلك النمط من الضغط الذي يمارسه المجتمع على جميع الافراد للمحافظة على النظام ومراعاة القواعد المتعارف عليها او الموضوعة.[١٩]

اي بعبارة اخرى، ان المشرع الجنائي المكلف بصياغة نص عقابي معين، فانه لا يتبع هواه الشخصي او نزعاته الذاتية ،وانما يتبع فكرا قانونيا ينطلق من خبرته بأحداث الماضي و يستفد من الحاضر و يستشرف المستقبل. حيث ان قواعد التجريم و العقاب تكون متأثرة الى حد كبير بمتغيرات المجتمع ،فهي بالنهاية قواعد اجتماعية .[٢٠]

الا انه يمكن القول بان هذه المتغيرات الاجتماعية ،او بتعبير اكثر دقة، ظاهرة الضبط الاجتماعي، في العراق لازالت ضبابية و غير واضحة المعالم ،فلا زالت لدينا تحديات كبيرة تتعلق بتعدد "مصادر" الضبط الاجتماعي ،فهي تتأثر بالديانات "متعددة المذاهب" و الاعراف العشائرية و قواعد القانون الوضعي المتأثر "الى حد ما " بالغرب ،الامر الذي يجعل المشوار صعبا جدا امام المشرع في التوصل الى صياغة تشريعية سليمة و موحدة تحقق الهدف المنشود المتمثلة بتحقيق اكبر قد من الحماية. لذا نحتاج اولا الى "عقلنة الضبط الاجتماعي في العراق " قبل التفكير في الوصول الى نص قانوني عقابي يمتاز بالجودة.

اذا ما سلطنا الضوء على موضوع الدراسة وفق ما ذهبنا اليه هنا ،فيمكن القول ان مدى توفير الحماية للقاصر من الاغتصاب يعد من اكثر الموضوعات التي اثارت جدلا واسعا بين من يؤيد السماح بزواج القاصر "ضابط ديني" و بين من يرفض تزويج القاصر من حيث المبدأ اذا كانت لم تتم الثامنة عشر من العمر "ضابط مدني".[٢١]

ان هذا يقودنا الى طرح سؤال في غاية الاهمية، ما هو السبب الذي دفع المشرع الى شمول الجاني المغتصب بأحكام المادة ٣٩٨ التي تمنح الجاني عذرا قانونيا مخففا ان قام بالزواج من قاصر ،في الوقت الذي وضع عقوبة كبيرة بحقه في حال ممارسة الجنس معها حتى و ان كان برضاها، بعبارة اخرى، انه لم يعتد برضاها في حال ممارسة فعل الزنا بينها و بين الجاني وعاقب الجاني بعقوبة شديدة و في ذات الوقت قد اعتد برضاها ،بعد موافقاتها و موافقة الولي او الوصي، في عقد الزواج في الحقيقة ،عند اطلاعنا على السياسة العقابية التي لجأ اليها المشرع ،نرى انه قد تبنى سياسة تشريعية قد تكون متأثرة بضوابط اجتماعية متعددة المصادر و ربما غير متفقة فيما بينها.

حيث انه في نص المادة ٣٩٣ قد وفر الحماية الجزائية للقاصر من فعل الزنا وجعله اغتصابا حتى و ان كان برضاها. و لكن ربما كان السبب من السماح بتزويجها من الجاني المغتصب "بنظر القانون" انما لم يكن يريد التعاطف مع الجاني بقدر ارادته الى حماية الضحية من العقاب الاجتماعي !

حيث ان الضحية في المجتمع العراقي سوف لن تفلت من ردة فعل سلبية يتمثل بتحقيرها و عزلها عنه ،ليس وحدها بل و يمتد ربما الى جميع افراد عائلتها [٢٢]،و بالتالي كان من الافضل في نظر المشرع ان يتم حمايتها و حماية افراد عائلتها بالسماح بتزويجها من قبل المغتصب بغية غلق الموضوع "اجتماعيا " قبل غلقه قانونا.

و اذا كان المشرع العراقي قد وفر "حماية" للضحية وعائلتها وفق هذا المنظور، سيطرأ تساؤل اخر مفاده: ما هو مصير الضحية و موقفها بعد الزواج ،كيف ستتقبل العيش مع الجاني الذي ارتكب جريمة كبيرة بحقها ؟ ربما هي تقبل الزواج به بفعل ضغط اهلها و هربا من المجتمع ،و لكن ،هل من المنطقي ان تهرب الى الجاني الذي الحق الضرر الكبير بها ؟ اضافة الى ما هو مستقبل الاسرة التي تنشأ بهذا الشكل ؟ كيف يمكن الوثوق بان من كان يستحق العقاب سيكون زوجا جيدا و ابا جيدا ؟ هل يمكن تنشأ اسرة منسجمة تكون نواة ايجابية داخل المجتمع ؟ لماذا تم " التغاضي" عن تطبيق عقوبة مناسبة تضمن اصلاح الجاني و اعادة تأهيله؟

جدير بالملاحظة هنا ان المشرع الجزائي كان قد استورد الفلسفة التي بنيت عليها احكام الزواج في قانون الاحوال الشخصية، حيث ان المادة الثامنة من

قانون الاحوال الشخصية ذي الرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ لم تمنع زواج غير مكتملة الارادة اذا اقترن ذلك الزواج بموافقة الولي او الوصي، اذ اجاز زواج من اكمل الخامسة عشرة من العمر وثبت قابليته البدنية على ذلك بعد موافقة وليه اوحتى بدونها اذا لم تكن عدم موافقة الولي مؤسسة على اسباب معقولة، ومن ذلك اكثر، اجاز البند ثانيا من ذات المادة زواج من بلغت الخامسة عشرة اذا كانت هنالك اسباباً ضرورية تدعوا لذلك، وفي توجه متناغم وتلك الأحكام اعتبر قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ في المادة (٣/ أولاً/ أ) من اكمل الخامسة عشرة من العمر وتزوج بإذن من المحكمة كامل الأهلية (..ويعتبر من أكمل الخامسة عشرة وتزوج بإذن من المحكمة كامل الأهلية..).

يتضح مما تقدم ان المشرع الجزائي كان قد اقتبس من التشريع المختص اصالة بتنظيم احكام الزواج ما يتعلق بالسن القانونية اللازمة للزواج وهو توجه منطقي من قبل المشرع الجزائي وذلك اعتدادا بالفلسفة التشريعية التي تختلف موضوعاتها وتتباين حيثياتها من تشريع لآخر، فلم يرد المشرع الجزائي مصادرة فلسفة المشرع في قانون الأحوال الشخصية وانما جاء معتبراً لها ومؤمنا بصلاحها، اذ انه اشترط ان يكون عقد الزواج صحيحا (اذا عقد زواج صحيح.....المادة ٣٩٨/عقوبات) حيث ان واقعة الاغتصاب شيء والزواج الصحيح شيء آخر، وهو امر يترك لتقدير الجاني المجنى عليها وذويها ، وعديدة هي جرائم الاغتصاب التي انتهت بزواج صحيح كتبت له الديمومة والنجاح، ان التفات المشرع الى هذه المعالجة لم يكن منشأه الهوى، وانما كان لزاما على المشرع الجنائي ان يسير الى جوار عقائد الدين والمجتمع وان يوفق بينها ما استطاع الى ذلك سبيلا. من جانب آخر يسعى المشرع الجزائي جاهداً الى ايجاد بدائل متعددة يبغي من ورائها التخفيف من غلواء اللجوء الى العقوبات الجزائية ، إلان ان ما ذكر لا يحقق بالضرورة نجاعة تشريعية جزائية قادرة على ضبط احكام الحماية المتطلبة للقاصر ، حيث ان الوصول الى مثل هذا القدر من الحماية يبقى مشروطاً بالمراجعة التشريعية المستمرة لأحكام القضاء في هذا الشأن واجراء الدراسات اللازمة (قانونية - اجتماعية – شرعية – سياسية) للوقوف على طبيعة العلاقة بين آليات الحماية المتبناة من قبل المشرع وعدد الجرائم المرتكبة بهذا الصدد ، وما اذا كان اجراء عقد الزواج قد حقق مبتغاه في انشاء اسرة متماسكة ؟ ام انها ستؤول الى التشتت والضياع لأسباب واهية ترجع الى عدم حكمة المشرع في تبني سياسة جزائية محكمة في جميع اجزائها.

ان التعمق في هذا الموضوع يطرح اكثر من تساؤل لتوفر ما يسمى بتزاحم الضرورات او المصالح ،مصلحة الضحية ،مصلحة ضرورة عقاب الجاني

المغتصب، مصلحة حماية الضحية و اهلها من رد الفعل الاجتماعي، مصلحة ضرورة بناء الاسرة بناء صحيحا، و مصلحة عدم تزويج القاصر.؟؟

الخاتمة

نرى بالنهاية ان مصلحة الضحية يجب ان ترجح على كافة المصالح و اذا كان النص صالحا في وقت تبني هذا القانون عام ١٩٦٩ فانه ليس من الصحيح الابقاء على هذا النص بعد مضي ما يقارب الخمسين سنة بسبب تغير تقاليد المجتمع و عاداته .

ايضا ينبغي ان ترجح مصلحة تكوين عائلة مستقبلية ،اي ليس من المعقول حماية عائلة الضحية و ذويها و ذلك عن طريق تكوين عائلة اخرى غير متجانسة مكونة من الضحية و الجاني و ما هو الاطفال الذي سيولدون في وسط هذه الاجواء !

ان اغتصاب القاصر يعد انتهاكا واضحا لحقوق الطفل و البراءة و سماح المشرع يؤدي الى انتهاك لحقوق الطفل و البراءة كذلك فهي بالنهاية ستتعرض الى "اغتصاب مضاعف " و ربما يقود ذلك الى اقدام الضحية الى الانتحار و هذا ما حصل فعلا في المغرب عندما اقدمت الضحية امينة على الانتحار بعد تزويجها من مغتصبها و تعرضها لأشد انواع الاهانة و الضرب طيلة ستة اشهر قبل اقدامها على الانتحار .[٢٣]

بالتالي يمكن القول الى ان المشرع العراقي مدعو الى تعديل احكام القانون و ذلك لحماية حقوق القاصر باعتبارها طفلة دون الثامنة عشر من العمر و ان لا يسمح بتزويجها من المغتصب انسجاما مع التوجه العالمي و الاتفاقيات الدولية التي تحمي حقوق الطفولة.

الهوامش

[١]- سيعنى بحثنا المتواضع هذا باغتصاب القاصر الانثى فقط ، لذا فان المراد بالقاصر أينما ورد في البحث يقصد به الانثى القاصر، اما اذا تطلب البحث التعرض للقاصر الذكر، فسيصار التنويه عن ذلك في كل مرة يقصد بها.

[2] - Sexual Violence against Refugees - Guidelines on Prevention and Response،General Legal Advice Section (HQPR02) UNHCR Headquarters،Switzerland،p 14.

[3] Sharon Detrick،A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child،Martinus Nijhoff Publishers،holland,1997,p43.

[4]RÉSUMÉ DU JUGEMENT،https://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/fr/981210.pdf consulted at : 28/9/2021

[5] International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991،https://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf consulted at : 28/9/2021

[6] ARRÊT DU 27 FÉVRIER 1951،BRANLY،
https://mafr.fr/fr/article/cour-de-cassation-premiere-chambre-civile-25/
تاريخ الزيارة (28/5/2021)

[7] "acte ou abstention qui forme la base de toute infraction et qui‹en général associé aux autres éléments constitutifs‹suffit à lui seul à constituer l'infraction dans les infractions dites matérielles

[٨] محكمة النقض الفرنسية ،غرفة الجنايات ، ١٨ مارس ٢٠٠٨ ، ٠٧-٦٨٣.٨٨.

https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007063150/

[٩] المادة ٣٩٥ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.

[١٠] المادة ٣٧٧ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩. والمادة ٢٧٧ من قانون العقوبات المصري قانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧.

[11] Delors Germain‹Le consentement des mineurs victimes d'infractions sexuelles‹Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 2011/4 (N° 4)‹pages 817 à 824,

[١٢] المادة ١٠٦ من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١. المادة ٢ من قانون الطفل رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦.

[13] (Le viol défini à l'article 222-23 est puni de vingt ans de réclusion criminelle : 2° Lorsqu'il est commis sur un mineur de quinze ans)

[١٤] المادة ١٧ من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧:

يجوز في مواد الجنايات إذا اقتضت أحوال الجريمة المقامة من أجلها الدعوى العمومية رأفة القضاة تبديل العقوبة على الوجه الآتي:

عقوبة الإعدام بعقوبة السجن المؤبد أو المشدد.

عقوبة السجن المؤبد بعقوبة السجن المشدد أو السجن.

عقوبة السجن المشدد بعقوبة السجن أو الحبس الذي لا يجوز أن ينقص عن ستة شهور.

عقوبة السجن بعقوبة الحبس التي لا يجوز أن تنقص عن ثلاثة شهور.

[١٥] اذا عقد زواج صحيح بين مرتكب احدى الجرائم الواردة في هذا الفصل وبين المجنى عليها عد ذلك عذرا قانونيا مخففا لغرض تطبيق احكام المادتين ١٣٠ و١٣١ من قانون العقوبات. واذا انتهى عقد الزواج بطلاق صادر من الزوج بغير سبب مشروع او بطلاق حكمت به المحكمة لأسباب تتعلق بخطأ الزوج او سوء تصرفه وذلك قبل انقضاء ثلاث سنوات على الحكم في الدعوى يعاد النظر بالعقوبة لتشديدها بطلب من الادعاء العام او من المجنى عليها او من كل ذى مصلحة

[١٦] ينظر للمزيد من التفصيل: عنان الشيخ حيدر،دار الجندى للطباعة والتوزيع،٢٠٠٠،القدس،١٩٩٧. ص ٣٤. عبدلي سفيان،الاغتصاب الزوجي على ضوء القوانين الوطنية (الجزائري والفرنسي) والاتفاقيات ،مجلة الجنان لحقوق الانسان ، عدد ٨ لسنة ٢٠١٥،جامعة الجنان ،لبنان،ص ١١٢. برجس خليل الشوابكة،الحماية الجزائية للمجني عليه في جريمة الاغتصاب وفقا للتشريع الاردني و التشريعات المقارنة،الاردن. ٤٥.

[١٧]قرار محكمة التمييز في الدعوى المرقمة ٣٤٢/ج/٢٠٠٧ :- لدى التدقيق والمداولة وجد بان الثابت من الادلة المتحصلة في الدعوى قيام المتهم ابراهيم رسول محمد شريف بمواقعة المجنى عليها جارية كريم محمد التي هي دون الثامنة عشرة من عمرها (لمجهولية تأريخ ارتكاب الجريمة) وازالت بكارتها كما حملت منه لذا فان الفعل المرتكب ينطبق واحكام المادة ٣٩٣/١-٢ / أ – و من قانون العقوبات وحيث ان محكمة الجنايات في دهوك جرمته وفق المادة المذكورة يكون قرارها الصادر في الدعوى بتأريخ ٢٠٠٧/٨/١٤ بالتجريم صحيحاً وموافقاً للقانون فقرر تصديقه بإضافة الجملة أ الى مادة ٣٩٣ المذكورة من قرار التجريم أما بالنسبة لقرار الحكم بالعقوبة فقد وجد بأنه واثناء التدقيقات التمييزية ارسلت محكمة جنايات دهوك طي كتابها المرقم ٣٤٣ /ج/٢٠٠٧ المؤرخ ٢٠٠٧/٩/١٢ عقد الزواج الجاري بين الزوجين كل من المتهم والمجنى عليها المذكورين اعلاه والصادر من محكمة الاحوال الشخصية في دهوك تحت عدد ٢٠٠٧/٢١ بتأريخ ٢٠٠٧/٩/١١ لذا فأن مقدار العقوبة المفروضة بعد حصول الزواج تكون شديدة لذا تقرر نقض قرار الحكم بالعقوبة وإعادة الدعوى الى محكمتها لإعادة النظر في العقوبة لغرضها مجدداً استدلالاً بالمادة ٣٩٨و١٣٠عقوبات بالنظر لتوفر العذر القانوني المخفف المتمثل بجريان عقد الزواج الصحيح بين الطرفين والمنصوص عليه في المادة ٣٩٨ المذكورة وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠٠٧/١١/١١. منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية :

http://iraqld.hjc.iq/VerdictsTextResults.aspx تاريخ اخر زيارة 23/9/2021

[١٨] حسن الساعاتي ،علم الاجتماع القانوني ،الطبعة الثالثة،دار المعرفة ،القاهرة، ١٩٦٨،ص ٩ .

[19] La question du contrôle social n'est pas spécifique à notre époque actuelle. Depuis le XIXe siècle‹il a été analysé dans ses formes internes et externes‹formelles et informelles. On lui donnait pour objectif de favoriser le respect des normes communes‹permettant l'union des hommes dans la société. Analyse critique du concept de contrôle social Intérêts‹limites et risques Brigitte Bouquet ‹Vie sociale 2012/1 (N° 1)‹pages 15 à 28.

[20] Olivier Chassaing‹La portée normative des interdictions pénales ,Rue Descartes 2018/1 (N° 93)‹pages 28 à 43

[٢١] يقصد بالمدني هنا، بناء نظام قانوني يعتمد على القانون الوضعي فقط و تبني مفهوم دولة بعيدة عن الدين ،و ليس القصد ابعاد الدين عن المجتمع و انما عن ادارة الدولة .

[٢٢] فربما تحدث مشاكل اجتماعية لها و لوالديها و اخوتها و ربما يمتد الامر الى مراكزهم الوظيفية و الاجتماعية داخل البيئة التي يعيشون بها.

[٢٣] في مارس عام ٢٠١٢ صرحت عائلة أمينة الفيلالي في القنوات المغربية والأجنبية أن ابنتهما استدرجت من أمام مدرستها تحت تهديد السلاح الأبيض من طرف المسمى مصطفى وهو شاب في العشرينيات من عمره يقطن في نفس المنطقة التي تقطن بها أمينة الفيلالي واقتادها إلى الغابة حيث احتجزها لمدة ١٠ أيام حتى تعبت العائلة من البحث، وفي اليوم العاشر التقت الأم أحد أصدقاء مصطفى ويدعى زهير حيث أكد لها أن أمينة توجد في الغابة مع مصطفى. عندها ذهبت عائلة أمينة عند أسرة مصطفى وبعد ١٠ ايام من الاختفاء رجعت أمينة إلى منزل والديها. وعند رجوعها عرضت أمينة على الخبرة الطبية التي أكدت أنها تعرضت للاغتصاب وبعدها أقامت عائلة أمينة دعوة على مصطفى فتم الحكم بتزويج أمينة من مغتصبها بمباركة قاضي الأسرة.

فبموجب مادة القانون رقم ٤٧٥ تتم سقوط العقوبة عن المغتصب في حالة قبوله الزواج من ضحيته. بموجب هذا القانون أجبرت أمينة على الزواج من مغتصبها فمثل هدا يسمى)اتفاق جبر الضرر(بين أسرة الفتاة وأسرة الجاني وبمباركة السلطات المعنية ودلك من أجل إنقاذ شرف عائلة المغتصبة.

قضت أمينة قرابة ٦ أشهر مع مصطفى بعد ما كانت تتعرض للضرب والجوع والإهانة من طرف زوجها المغتصب مما أدى بها لوضع حد لحياتها البائسة. انتحرت أمينة الفيلالي عبر تناول سم الفئران بعد أن عاشت مجبرة كزوجة لمغتصبها ،فترة تمتد لستة أشهر،وحسب ما صرحت عائلة الضنينة في وسائل الإعلام أن أمينة قبل أن تموت قالت لوالديها أنها لم تكن تنوي الانتحار،وإنما فقط كانت تريد التنبيه إلى ما تتعرض له من ضرب وإساءة على يد زوجها.

للمزيد من التفاصيل ،ينظر: https://www.opendemocracy.net/ar/---4/ تاريخ اخر زيارة ٢٠٢١/٩/٢٥