Journal of Law and Society Management 9 (1)

© Nabu Research Academy, 2023

The discrepancy in penal protection between men and women

Abstract

All constitutions have unanimously agreed on a basic principle, which is the principle of equality before the law, which was stated in the Iraqi constitution of 2005, and since the constitution is the supreme law in the legal hierarchy, and it is not permissible to violate any constitutional principle. The research in one of the applications of the principle of equality (equality between men and women) and specifically about the constitutionality of the provisions of the Iraqi criminal law in achieving equality between men and women, as the research in that is of great importance because the criminal law is one of the most influential laws in the Arab region in general And Iraq in particular, as the defect in the texts is more likely to reflect serious social problems, in addition to the general rejection of the criminal rule for those addressed.‹ Accordingly, the research revolves around the basis that differentiation in criminal treatment is not accepted unless it is accompanied by objective justifications and linked to principles and rules of constitutional value.

تفاوت الحماية الجزائية بين الرجل والمرأة

م.م رؤى محمد يعكوب

المستخلص

ان كافة الدساتير اجمعت على مبدأ اساس وهو مبدأ المساواة امام القانون وهو ماجاء به الدستور العراقي لسنة 2005 ، وبما ان الدستور هو القانون الاعلى في الهرم القانوني ولا يجوز مخالفة اي مبدأ دستوري .

فأن البحث في احدى تطبيقات مبدأ المساواة وهي (المساواة بين الرجل والمرأة) وتحديدا حول مدى دستورية نصوص القانون الجنائي العراقي في تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة ، اذ ان البحث في ذلك له اهمية كبيرة لكون القانون الجنائي يعد من اكثر القوانين المؤثرة في المنطقة العربية بشكل عام والعراق بشكل خاص اذ ان الخلل الحاصل في النصوص الارجح انه يعكس مشاكل اجتماعية خطيرة الصدد بالاضافة الى الرفض العام الى القاعدة الجنائية بالنسبة للمخاطبين بها ، وعليه فأن البحث يدور حول مرتكز ان التمايز في المعاملة الجنائية لايقبل الا اذا كان مقترنا بتبريرات موضوعية ومرتبطة بمبادئ وقواعد ذات قيمة دستورية ومن خلال البحث وضحنا مدى مراعاة المشرع الجنائي العراقي ذلك

المقدمة

ان كافة الدساتير اجمعت على مبدأ اساس وهو مبدأ المساواة امام القانون وهو ماجاء به الدستور العراقي لسنة 2005 م/14 ، وبما ان الدستور هو القانون الاعلى في الهرم القانوني ولا يجوز مخالفة اي مبدأ دستوري .

فأن البحث في احدى تطبيقات مبدأ المساواة وهي (المساواة بين الرجل والمرأة) وتحديدا حول مدى دستورية نصوص القانون الجنائي العراقي في تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة ، اذ ان البحث في ذلك له اهمية كبيرة لكون القانون الجنائي يعد من اكثر القوانين المؤثرة في المنطقة العربية بشكل عام والعراق بشكل خاص اذ ان الخلل الحاصل في النصوص الارجح انه يعكس مشاكل اجتماعية خطيرة الصدد بالاضافة الى الرفض العام الى القاعدة الجنائية بالنسبة للمخاطبين بها ، فالقانون الجنائي يجب ان يحدد ما لا يجوز التسامح به من منظور سلوك الافراد وان يسيطر عليها في وسائل يكون قبولها الاجتماعي ممكن فأن كان متجاوزا لتلك الحدود عد مخالفا للدستور بمعنى ان التجريم مرده الى الضرورة الاجتماعية والجزاء ايضا يتحدد في اطار اجتماعي.

ولذلك فأن الاشكالية تدور حول مرتكز ان التمايز في المعاملة الجنائية لايقبل الا اذا كان مقترنا بتبريرات موضوعية ومرتبطة بمبادئ وقواعد ذات قيمة دستورية ومن خلال البحث سنوضح مدى مراعاة المشرع الجنائي العراقي ذلك .لذلك ان من المناسب ان تكون الدراسة تحليلية مقارنة بعدد من الدول العربية بأعتبار المنطقة العربية ذات نمط اجتماعي متقارب.

وعليه سنتقسم الدراسة الى ثلاثة مباحث نوضح في المبحث الاول مفهوم مبدأ المساواة والبررات التي تجيز التميز وخرق المبدأ وفي المبحث الثاني وضحنا تفاوت الحماية الجزائية بين المرأة والرجل في مجال التجريم وفي المبحث الثالث وضحنا تباين نطاق الحماية الجزائية في مجال العقوبة .

المبحث الاول
مضمون مبدأ المساواة في القانون الجنائي

يعد مبدأ المساواة هو الاساس الذي تقوم عليه الحقوق والحريات لذلك فهو بحاجة دائمة للحماية من اي انتهاك فقد يصدر تشريع ما يحرم طائفة من حقوقهم الدستورية فلا يكفي تسجيل المبدأ في قلب الدساتير فلا بد من ضمان عدم انتهاكه الا وفق مبررات ، وفي هذا المبحث سنوضح مفوم مبدأ المساواة في المطلب الاول ومن ثم نذكر اهم المبررات التي تبيح هتك المبدأ وذلك ضمن المطلب الثاني .

المطلب الاول

مفهوم مبدأ المساواة في القانون الجنائي

ان مبدأ المساواة هو من اهم المبادئ الانسانية واحدى دعائم الدولة القانونية وعلية وامام هذه الاهمية لابد ان نوضح المقصود بهذا المبدأ ومن ثم الاساس الدستوري له وذلك ضمم فرعين وكما يأتي .

الفرع الاول

تعريف مبدأ المساواة في القانون الجنائي

ان النصوص التي تضمنت مبدأ المساواة في كافة القوانين ومنها القانون الجنائي لم تحتوي على تعريف مبدأ المساواة وانما نصت على الفاظ للاشارة الى المبدأ ودستور العراق لسنة 2005 مثلا استخدم لفظ متساوون في المادة 14 منه التي نصت (العراقيون متساوون امام القانون دون تمييز بسبب الجنس او العرق او القومية او الاصل او اللون او الدين او المذهب او المعتقد او الرأي او الوضع الاقتصادي او الاجتماعي).

عموما فقد اختلف التعريف الفقهي للمساواة بأختلاف المذاهب الفكرية وكما تم الانتهاء اليه ان المساواة امام القانون هي مساواة ليست حسابية (متطابقة ومتماثلة) ولا تتقيد به انما تعني بل ان هذا الامر معناه عدم المساواة وطبعا القانون الجنائي ينطبق عليه هذا المفهوم ، وكما قال ارسطو المساواة هي عدم المساواة بين غير المتساووين بينما عدم المساواة هي المساواة امام غير المتساوين[1]

وعرفت المساواة بشكل عام (هي عدم التمييز بين الافراد بسبب الاصل او اللغة او العقيدة او الجنس لان البشر كلهم متساوون في التكاليف والاعباء العامة والحقوق والحريات العامة) [2].

وبالنسبة لتعريف المساواة في القانون الجنائي (سريان نصوص القانون الجنائي على جميع الافراد دون تمييز بينهم ومنح القضاء سلطة تقديرية في تطبيق القانون بما يقرره من عقوبات لمعالجة الاختلاف بالمراكز القانونية الفردية نتيجة لاختلاف ظروف كل جريمة وعدم التمييز بين المتهمين الذين تتماثل مراكزهم القانونية) [3]

والمعنى اعلاه يشير الى ان مفهوم المساواة يتحقق بتحقق ثلاثة مبادئ

1- تكون المساواة في المعاملة القانونية لاصحاب المراكز القانونية المتماثلة
2- **تختلف المعاملة القانونية لاصحاب المراكز القانونية المختلفة**
3- تتحقق المساواة ولو تتطلب التمييز في المعاملة بين اصحاب المراكز القانونية المتماثلة [4]

وبعبارات اوضح تم تعريفها (مجموعة القواعد القانونية التي يترتب على مراعاتها ضمان المعاملة المتساوية لاصحاب المراكز القانونية المتماثلة ، وتقرير المعاملة المختلفة لاصحاب المراكز القانونية في جميع مراحل التجريم والعقاب) [5]

الفرع الثاني

الاساس الدستوري لمبدأ المساواة

ان وضع المساواة مبدأ اساسي في الدساتير الحديثة (الدساتير المكتوبة يضمن تحقيق اهداف هذا المبدأ والتأكيد من انكار اي تمييز ، والدستور العراقي من الدساتير التي اكدت على هذا للمبدأ في دستور 2005 اذ نصت المادة 14 (العراقيون متساوون امام القانون دون تمييز بسبب الجنس او العرق او القومية او الاصل او اللون او الدين او المذهب او المعتقد او الرأي او الوضع الاقتصادي او الاجتماعي).

ان حركة المشرع الجنائي تخضع لاحكام الدستور اي انه يشرع بناءا على تكليف دستوري [6]، وهو لا يتقيد بالنصوص ال اذا نص عليها الدستور فالدستور يؤدي دورا هاما في توجيه المشرع الجنائي فالاخير عند ممارسته لدوره يجب ان يراعي الحقوق والحريات فيعبر عن القيمة الدستورية للحقوق والحريات عن طريق التجريم

المطلب الثاني

مبررات الاخلال بمبدأ المساواة

يفرض مبدأ المساواة تحقيق التناسب بين الحقوق والحريات فأحيانا من الممكن ان تتناقض الحقوق والحريات مع بعضها ومن الممكن ان يحدث تناقض بين الحقوق والحريات مع القيم الاخرى ويظهر هذا الامر بوضوح في القانون الجنائي لكونه من اهم القوانين التي تحتاج الى الاستقرار القانوني نظرا لجسامة النتائج التي تترتب على انكار ذلك وبالاخص في مجال التجريم والعقاب ولحل هذا التناقض يتم تحقيق التوازن بين كل منهم بمراعاة التناسب [7].

وطبعا ان لم يتحقق التناسب يمكن ان يتم الطعن بالنص وعرضه امام المحكمة الاتحادية العليا لضمان حماية الحقوق والحريات ، بمعنى اذا كان التجريم والعقاب قد فرض بغير ضرورة وتناسب بشكل واضح فهو يحتاج الى اعادة تقدير.

عموما هنالك مبررات تتيح للمشرع الجنائي المجال في مخالفة مبدأ المساواة مع ضرورة مراعاة التناسب وعليه سنوضح هذه المبررات في ثلاثة فروع كما يأتي: -

الفرع الاول

مبررات متعلقة بالمصلحة العامة

قد يتطلب التوازن بين الحقوق والحريات من جهة والمصلة العامة من جهة اخرى اعطاء تفوق للمصلحة العامة ، وعلى ذلك يجب ان تتناسب المعاملة القانونية مع المصلحة العامة ولو ادى ذلك الى التمييز بين المراكز القانونية المتماثلة .

فاحيانا ان ضرورات المصلحة العامة تجيز للمشرع ان يخرق مبدأ المساواة خاصة ان مبدأ المساواة ليس مطلق فأحيانا هناك علاقة ما بين تحقيق المصلحة العامة والتمييز في المعاملة طالما كان هناك اسباب موجبة تسمح للمشرع التمييز في المعاملة[8] ، لكن هذه الاجازة لا تمنح المشرع على الاطلاق اذ وضح المجلس الدستوري الفرنسي (ليس من حق المشرع اللجوء الى اي اسباب تتعلق بالمصلحة العامة لكي يصل من خلالها الى التمييز في المعاملة ، لانه لابد من وجود رابط ضروري وعلاقة منطقية ما بين القاعدة النوعية التي تميز بالمعاملة والمصلحة العامة المحددة التي يهدف لها القانون)[9] .

وبذلك فأن حقوق الانسان وحرياته لايجوز التضحية فيها في غير ضرورة تمليها مصلحة اجتماعية لها اعتبارها[10]، وعليه فأنه طالما هناك مصلحة عامة تبرر الخروج في بعض الاحيان عن مبدأ المساواة فالامر لا يتعارض مع فكرة هذا المبدأ بشرط ان يكون الاختلاف في المعاملة له علاقة مباشرة مع الهدف من القانون الذي اقر هذا الاختلاف ، فالالولوية للمصلحة العامة طالما الخروج عن المبدأ يتفق مع الغاية من التشريع ، فالمصلحة العامة بناءا على ماتقدم لها قيمة دستورية ويجوز ان يأخذ بها المشرع .

الفرع الثاني

اختلاف المراكز القانونية

ان الواقع يفرض علينا التسليم بوجود فوارق بين الاشخاص من الناحية الطبيعية او الاجتماعية وان هذا الامر يوجب علينا ان نتعامل معها بصورة مختلفة وعليه لتحقيق مبدأ المساواة الامر يقتضي حسب ما جاء به القاضي الفرنسي (ان مبدأ المساواة يتطلب فقط تشابه المراكز القانونية وعند تحقق تمايز ما بين تلك المراكز يمكن القبول بتفرقة في التعامل)[11] بمعنى ان الحتمية تقضي ان يتم القبول بلأختلاف المعاملة والاخلال بمبدأ المساواة عند اختلاف المراكز،اي ان يقرر معاملة قانونية مختلفة بقدر الاختلاف .

فالمساواة امام القانون يفرض المساواة في مضمون هذا القانون وتتطلب ان تكون واقعية فمبدأ المساواة لا يتعارض مع اختلاف المعاملة الجنائية طالما اقتضت ذلك الغاية من القانون والمصلحة العامة فأن لم يتوفر ذلك لا يتحقق التناسب .

وعليه ان القانون لكي يوصف بالعدالة يجب ان يقرر المعاملة الواحدة للمراكز القانونية الواحدة والمعاملة المختلفة للمراكز القانونية المختلفة اي ان المساواة تتحقق عندما يضع المشرع قواعد متميزة لكل مجموعة من المواطنين يندرجون تحت مراكز قانونية مختلفة بل ويضع قواعد متميزة بين اصحاب المراكز القانونية المتماثلة اذا اقتضى ذلك سبب موضوعي منطقي [12]

الفرع الثالث

العوائق المستمدة من القيم الاجتماعية

ان للقيم الاجتماعية تأثير مباشر على اقرار النصوص القانونية بشكل عام والنصوص الجنائية بشكل خاص اذ ان القانون مرأة عاكسة للقيم وطبيعة المجتمع بحيث لا يتجرأ القانون على خرق القيم المعبرة عن المجتمع ، وخير مثال على ذلك العوائق المستمدة من مبادئ اجتماعية محافظة ودينية فالقانون احيانا يرفض المساواة بين الرجل والمرأة اذا كان الامر يتعلق بما ينتهك هذه القيم مثلا ليس من الممكن اجازة زواج مثليي الجنس لتحقيق حرية الاختيار بين الرجل والمرأة بنصوص القانون [13] .

فالاحساس بالعدالة في المجتمع يرتبط بالقيم الاجتماعية السائدة فيه فالقانون لا يمكن ان يصطدم بأحساس المجتمع بالعدالة فمهما اختلفت الازمنة والمجتمعات هنالك قيم اخلاقية خالدة في الضمير الانساني ازداد تعمقها بظهور الاديان السماوية ، لذلك فأن المشرع عليه ان يأخذ بالاعتبار هذه القيم عند تدخله لحل التنازع بين المصالح واضفاء حمايته على المصلحة الاجدر بالحماية او تكييف العقوبة بما يناسب ذلك [14]

ومن الضروري ان نفهم ان المجتمعات بتطور سريع فقانون العقوبات عليه ان يواجه هذه الازمة التي تمس مصالح المجتمع وقيمه ويداوم التعايش معها لضمان سيره وفعاليته .

ولا شك ان المحكمة الدستورية العليا يقع عليها عبئ مراقبة مشروعية الضرورة والتناسب في النصوص التي تتحملها القيم التي يقوم عليها النظام الدستوري فأذا اقدم المشرع على احداث عدم تناسب ظاهر لا يتفق مع ما جاء به الدستور من الممكن ان تعرض للقضاء للدعوى بعدم دستورية القاعدة ، فالسلطة التقديرية للمشرع في تحديد الضرورة والتناسب في القاعدة الجنائية ليست مطلقة وانما تحدها الغايات التي استهدفها الدستور فالضرورة والتناسب هنا يكونان معا معيارا دستوريا يجب الالتزام به .[15]

المبحث الثاني

تفاوت نطاق التجريم بين الرجل والمرأة في احكام تأديب الزوجة

ان القانون لكي يوصف بالعدالة لا بد ان يكون على الحياد بين المصالح الاجتماعية المتعددة والمتضاربة احيانا ولا يصل الى ترجيح مصلحة او مجموعة مصالح على اخرى الا بناءا على اسس منطقية قانونية تبرر هذا النهج وعليه سنوضح في هذا المبحث تطبيق يوضح تباين القانون الجنائي في حماية او ترجيح مصلحة على اخرى بين المرأة والرجل في مجال التجريم.

المطلب الاول

شروط اباحة تأديب الزوج زوجته

اقرت الشريعة الاسلامية حق التأديب لكنها لم تطلق هذا الحق وانما احاطته بقيود عديدة لغرض حصره في النطاق الذي يخدم مصلحة الاسرة والمجتمع وهذه الشروط هي :

اولا : من له حق تأديب الزوجة

يعد تأديب الزوجة من الحقوق الاصلية للزوج وحده ولا يجوز الانابة فيه لاي شخص اخر مها كانت صلة قرابته فهو من الحقوق الشخصية التي لا تقبل الانابة لايا كان والا تعرض للمسؤولية الجزائية .[16]

ثانيا :من حيث موضع استعماله

حسب ما جاءت به الشريعة الغراء فأنه يجب ان يصدر من الزوجة سلوك معين لكي يحق للزوج ان يستخدم حقه في الضرب [17] و هذا سلوك يوصف حسب ما جاءت به الشريعة الغراء بالنشوز وهو عصيان الزوجة لزوجها فيما امرت الزوجة ان تطيع فيه زوجها[18]، اي ان التأديب يكون هنا كضمان وجزاء للسلطة الزوجية [19]، ومن المتفق عليه ان الزوجة لا تضرب خوفا من النشوز قبل اضهاره بل تضرب لاضهار النشوز فعلا [20].

ثانيا : وسيلة التأديب

حددت الشريعة الغراء وسيلة التأديب هي الوعظ والهجر في المضجع و الضرب غير المبرح اي الضرب الخفيف وبهذا الترتيب فلا يجوز للزوج ان يلجأ لوسيلة الا اذا ظهر ان ما دونها لم ينتج في اصلاح الزوجة ، والضرب المباح هو الضرب الخفيف الذي لا يكون شديدا ولا شائنا ولا يصيب الوجه مطلقا[21]، واذا غلب على الزوج الظن ان الزوجة لا تترك النشوز الا بالضرب الشديد فالامر غير مباح له و يعد تجاوز لحقه في التأديب [22] وبهذا فأن الضرب المباح للزوج ليس الضرب المطلق وانما الضرب المقيد بحدود .

ثالثا : غاية التأديب

اعطي الزوج حق التأديب لتحقيق غاية وهي لاصلاح النشوز ومحاولة تقويم الزوجة وقيد هذا الحق بحسن النية اي يجب ان يكون قاصدا تحقيق هذه الغاية ولضمان عدم خروجها عن الطاعة فأن قصد بها غرضا اخر كالانتقام كان الزوج هنا سيء النية وعد متجاوز لحدود الاباحة وعوقب على فعله حتى وان التزم من حيث جسامة الفعل في الحدود التي ترخصها الشريعة[23]

المطلب الثاني

موقف التشريعات من حق تأديب الزوجة

تباينت التشريعات العربية في مجال النص على هذا الحق[24] من حيث الصياغة التشريعية وبالتالي حدود الاباحة وذلك ضمن ثلاثة اتجاهات

الاتجاه الاول : تضمن هذا الاتجاه عدة تشريعات نصت صراحة على اباحق حق ضرب الزوجة للتأديب ومنها التشريع العراقي الذي نص في المادة 41 -1 (لاجريمة اذا وقع الفعل استعمالا لحق مقرر بمقتض القانون ويعتبر استعمال لحق 1- تأديب الزوج لزوجته وتأديب الاباء والمعلمين ومن فيحكمهم الاولاد القصر في حدود ما هو مقرر شرعا او قانونا او عرفا)

ومن خلال النص نلاحظ ان المشرع وضح بالنص الصريح حق الزوج في تأديب زوجته ولم يترك الامر لاجتهادات القضاة الا ان مايؤخذ على موقف المشرع العراقي انه توسع في استخدام العبارات الدالة على هذا الحق بالاخص عبارة (وفق ماهة مقرر شرعا وقانونا وعرفا) اذ انه كان من الاجدى به ان يقصر الامر على الشرع والقانون لتحديد شروط ونطاق الحق اذ ان عبارة العرف من الممكن ان تكون واسعة الدلالة و من الممكن ان يتمسك الزوج بما يبيحه له العرف الذي يحكم مجتمعه الذي يعيش فيه بما يتعارض مع حدود اباحة تأديب الزوجة وفقا للفقه والقانون .

الاتجاه الثاني : من التشريعات العربية لم تنص على تأديب الزوج لزوجته كسبب للاباحة وانما اكتفت بنص مطلق للحقوق التي تقررها الشريعة مثل قانون العقوبات المصري وذلك في المادة 60 التي نصت (لا تسري احكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة)

بناءا على هذا النص فالزوج عليه ان يتبع ماتفقت عليه اراء الفقهاء فيما يخص تأديب الزوجه لكن بما ان القانون يعترف بهذا الحق الا انه لا يحدد وسائله يجب ان لا يتم بوسيلة يجرمها القانون وبما ان القانون المصري في قانون العقوبات يعد الضرب جريمة فلا يمكن ان يتم استعمال الضرب وسيلة لاستعمال هذا الحق اذ لا يجوز اباحة ضرب الزوجة وان كان تحت غطاء حق التأديب المقرر شرعا فهو فعل مجرم لا يمكن ان يتم اخراجه من مجال التجريم الا بنص خاص في قانون العقوبات [25].

الاتجاه الثالث : وهو ماجاءت به القوانين اللبنانية والقطرية والعمانية ، اذ نصت انه لا يعد جريمة الفعل الذي يجيزه القانون محددة حالات اباحة تأديب الابناء من قبل اباءهم ومعلميهم واباحة العمليات الجراحية دون ان تذكر تأديب الزوجة .

واغلب الاراء ترى ان عدم النص على فعل تأديب الزوجة فعلا ارادیا للمشرع لكونه اورد صور التأديب دون ذكر تأديب الزوجة ضمنها وبالتالي فأن الزوج يعد مسؤولا جنائيا عن افعاله اتجاه زوجته سواء ذلك في حدود ما يقرر استعمالا للحق او مازاد عليه لان الزوج هنا ليس صاحب حق.[26]

المبحث الثاني

تفاوت حدود العقوبة بين المرأة والرجل في جريمة المفاجأة بالزنا

في المجتمعات العربية الاسلامية يعتبر الزواج الرابط الاخلاقي الوحيد المعترف في تنظيم العلاقة الجنسية بين المرأة والرجل وكل علاقة خارج هذا النطاق تعتبر رذيلة تسمى زنا [27] ، في اطار احكام الشريعة والتقاليد الاجتماعية السليمة ، وفي اطار القوانين فقد اختلف نطاق العقوبة بين المرأة والرجل لفعل الزنا فأغلب التشريعات اخذت بالاستفزاز في جريمة المفاجأة بالزنا لغرض تحديد المسؤولية الجنائية ولتخفيف العقوبة حسب الاثر القانوني الذي يرتبه على القيمة القانونية لحرية الاختيار، وعليه بداية سنتحدث عن شروط ارتكاب فعل الزنا في المطلب الاول اما في المطلب الثاني سنتحدث عن موقف التشريعات العربية من جانب المساواة بين المرأة والرجل بالاخذ بها .

المطلب الاول

شروط العذر المخفف في جريمة التلبس بالزنا

يلجأ القاضي احيانا الى استخدام سلطته التقديرية ومراعاة الظروف المحيطة بالواقعة المعروضة والتي من الممكن ان تكون سببا لارتكاب الجريمة وبالتالي يخفف من العقوبة اذا ارتأى انه من المناسب ذلك وقد حدد المشرع الجنائي هذه الاعذار ، وعليه لا بد من بيان شروط العذر المخفف الواردة في جريمة التلبس بالزنا والمتفق عليها في الشريعة والتشريعات العربية .

الفرع الاول : صفة المستفيد من العذر

اشارت المادة 409 من قانون العقوبات ان المستفيد من العذر هو الزوج او المحرم ، فبالنسبة للزوج يجب ان تكون العلاقة الزوجية قائمة بمعنى ان الخطيب او الخليل لا يستفيد من العذر ، ويستوي ان يكون الزواج موثقا بصورة رسمية او غير رسمية وتبقى العلاقة الزوجية قائمة اذا كانت [28]

1- فترة الطلاق البائن
2- فترة العدة
3- الزواج العرفي

كما وينطبق الحكم نفسه اذا كانت العلاقة القائمة على قرابة محرمية وهو مااخذت به جملة من الشريعات ومنها الشريع العراقي ، والمقصود بقرابة محرمية هي حرمة النسب وهم من قرر الشرع عدم جواز الارتباط بهم بعقد زواج نهائيا مثل الاخ ، الاب ، الابن ، العم ، الخال وغيرهم[29].

الفرع الثاني: مفاجأة الزوجة او احد المحارم في حالة التلبس

حسب ماجاء به المشرع العراقي فقد اشترط عنصر المفاجأة لكي يستفيد الزوج من العذر المخفف لان الزوج يتصرف بناءا على استفزاز او غضب يفقده ازاء هذا الفعل بحيث يفقد الادراك [30]، والمفاجأة تعني بوغت بما لا يتوقعه اي جاءه في وقت لم يكن يتوقعه ومن دون سابق انذار وعلى غير انتظار[31] ، وهي ايضا مباغتتة الزوج او القريب المحرم بمشهد العملية الجنسية او الحالة المريبة التي لا تدع مجالا للشك بأن الزنا قد وقع او على وشك الوقوع[32] .

ومن حيث المجال الذي ينصب عليه عنصر المفاجأة هو كلا من الادراك والارادة الا ان التأثير على الارادة يكون اكبر وليس المقصود ان الغضب هنا لا يؤثر على الدراك لكن المقصود ان المفاجأة لا تؤثر بشكل يعتبر به في المجال العقلي او قوة وعي الشخص بحيث يكون سبب في تخفيف المسؤولية الجزائية ، اما في الجانب الاخر فالغضب يكون تأثيره على الارادة كبير فتكون مندفعة مضطربة وتصبح واقعة تحت ضغط شديد لايمكن ان يتحمله شخص فتدفعه الى الانتقام وبالتالي تكون غير سليمة وتقلل من صلاحية الشخص لتحمل المسؤولية الكاملة .[33]

ويذهب جانب من الفقه الى القول ان المفاجأة تتحقق حتى وان كان الزوج يعلم بأن زوجته ترتكب الزنا لكنه قتلها عندما رأها في حالة التلبس لانه وحسب تفسير النص ان المشرع اقر العذر المخفف وان كان الزوج شك مسبقا بسلوك الزوجة استنادا الى فكرة العلم بالسلوك الشائن غير رؤيته فعلا اي انه لم يكن عالما بسلوك المجنى عليها الفاحش [34] فالمفاجأة هي الاختلاف بين العقيدة والواقع[35] اي انه باغت بما ليس بحسبانه ، اما من يكون عالما فيصمم على القتل ويدبر الامر ويتضاهر بعدم العلم لكشفها بحالة التلبس فلا يستفيد من العذر .[36]

كما اجمع الفقه ان التلبس المقصود في هذا العذر لا يقتصر على المشاهدة للفعل الجنسي وانما يشكل كل وضع لا يدع مجالا للشك ان الزنا قد ارتكب او على وشك ان يرتكب [37]

الفرع الثالث: وجوب القتل والاعتداء في الحال

يشترط لكي يستفيد الجاني من العذر ان يقع الاعتداء او القتل في الحال والسبب في ذلك ان المفاجأة مستحقة لكون ارتكاب الفعل يقع نتيجة لفقد الادراك و الصدمة اي التعاصر الزمنيبين المفاجأة بالزنا وبين ارتكاب فعل الاعتداء [38] حتى لو مضي زمن بين تحقق المفاجأة وبين القتل طالما ان حالة الاضطراب والانعال النفسي مازالت تلازم الشخص [39]، بحيث لو مضت مدة زمنية كافية لازالة الدهشة والاسفزاز فأن الفاعل لايستفيد من العذر ، فيسسقط العذر ويعاقب القاتل طبقا للاحكام العامة لانعدام الشرط الزمني (الحال) وهو امر متروك تقديره للمحكمة والجاني هنا عندما يرتكب القتل يكون بمثابة انتقام .[40]

المطلب الثاني

موقف التشريعات من من التفاوت في العقوبة في جريمة المفاجأة بالزنا

تباين الموقف التشريعي في المنطقة العربية في جريمة المفاجأة بالزنا فمنها من ساوى بين الرجل والمرأة في الاستفادة من العذر المخفف ومنها من ميز بين كل منهما واقر العذر للزوج فقط وهناك جانب اخر من التشريعات توسع واعطى الحق في الاستفادة لاقارب الزوجة ايضا وسنوضح كل من هذه التشريعات فيما يأتي.

اولا : التشريعات التي ساوت بين الرجل والمرأة في الاستفادة من العذر المخفف

وهذه التشريعات هي الاقل انتشار من المنطقة العربية وهي ثلاثة تشريعات وهي :

اولا : التشريع الجزائري : نص التشريع الجزائري في المادة 279 من قانون العقوبات (يستفيد مرتكب القتل والجرح والضرب من الاعذار اذا ارتكب احد الزوجين على الاخر او على شريكه في اللحظة التي يفاجئه فيها في حالة التلبس بالزنا) يعد المشرع الجزائري برأينا من الاكثر توفيقا بصياغة النصوص الخاصة بهذه الجريمة لكونه شمل كل من الزوجين بالعذر المخفف بعبارات صريحة وواضحة لا تترك مجالا للتفسير الواسع .

ثانيا – التشريع البحريني : المادة 334 (يعاقب بالحبس من فاجأ زوجه متلبسا بجريمة الزنا فقتله وشريكه في الحال او اعتدى عليهما اعتداء افضى الى موت او عاهة) ويقصد المشرع البحريني بعبارة (زوجه) بالنص اعلاه شمول كل من الزوج والزوجة والامر لا يثير لبس ولو اراد المشرع خلاف ذلك لاستخدم عبارات دالة على قصر الامر فقط بالزوج .

التشريع المغربي : نصت المادة 418 من قانون العقوبات المغربي (يتوفر عذر مخفض للعقوبة في جرائم القتل او الجرح او الضرب اذا ارتكبها احد الزوجين ضد الزوج الاخر وشريكه عند مفاجئتهما متلبسين بجريمة الخيانة الزوجية) ، ومع ذلك فالمشرع الجزائري كان ادق في صياغته التشريعية كما شمل جرائم الجرح والضرب بالاستفادة من العذر .

ثانيا التشريعات التي لم تساوي بين الرجل والمرأة في الاستفادة من العذر المخفف

وهي التشريعات الاكثر انتشارا في المنطقة العربية ومن خلال عرض النصوص سنلاحظ التمايز الواضح في المعاملة العقابية مع اختلاف الصياغة التشريعية .

التشريع السوري نصت المادة 548 من قانون العقوبات السوري (يستفيد من العذر المحل من فاجأ زوجه او احد اصوله او فروعه او اخته في جرم الزنا المشهود او في صلات جنسية فحشاء مع شخص اخر فأقدم على قتلهما او ايذائهما او على قتل او ايذاء احدهما بغير عمد) [41]

التشريع اللبناني نصت المادة 562 من قانون العقوبات اللبناني (يستفيد من العذر المحل من فاجأ زوجته او احد اصوله او فروعه او اخته في جرم زنا مشهود او حالة جماع غير المشروع او اقدم على قتل احدهما او ايذائه بغير عمد) [42]

التشريع المصري نصت المادة 237 من قانون العقوبات المصري على ان (من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال هي ومن يزني بها بعاقب بالحبس بدلا من العقوبات المقررة في المادتين 234 و236) [43]

التشريع الاردني : نصت المادة 340 من قانون العقوبات الاردني (يستفيد مرتكب القتل او الجرح او الايذاء من العذر المخفف من فوجئ بزوجته او احدى اصوله او فروعه لو اخواته مع اخر في فراش غير مشروع حال تلبسهما بجريمة الزنا او في فراش غير مشروع)[44]

التشريع الاماراتي : نصت المادة 334 من قانون العقوبات الاماراتي (يعاقب بالسجن المؤقت من فوجيء بمشاهدة زوجته حال تلبسها بجريمة الزنا فقتلها في الحال او قتل من يزني بها او قتلهما معا ويعاقب بالسجن المؤقت الزوجة التي فوجئت بمشاهدة زوجها حال تلبسه بجريمة الزنا في مسكن الزوجية فقتلته في الحال)[45]

ثالثا : التشريعات التي اجازت لاقارب المرأة بالحق من الاستفادة من العذر المخفف

من جانب اخر كان هناك تشريعات اباحت لاقارب المرأة من الذكور الحق في الاستفادة من العذر المخفف واخرى لم تعطي للاقارب الحق في الاستفادة منه ، ومن اهم التشريعات التي لم تجيز لاقارب الزوجة الاستفادة من العذر المخفف هي المشرع المصري الذي سار على مبدأ الحرية الجنسية والامر منتقد لكون المشرع المصري لم يساير المجتمعات العربية وطبيعتها الشرقية على الرغم من ان علاقة الاقارب اكثر ديمومة وتعضيد من العلاقة الزوجية التي من الممكن ان تكون مؤقتة وتنتهي بالطلاق لكن على العموم ان المشرع المصري قد ساوي بين الرجل والمرأة في هذا التوجه اذ انه لم يجيز العذر المخفف لاقارب الزاني من الجنسين [46].

ومن جانب اخر فأن اغلب التشريعات العربية قد اعترفت بحق الاقارب بالاستفادة من العذر المخفف في الاستفزاز مع اختلاف الصلة المشمولة بالاستفادة من هذا العذر .

فمثلا المشرع البحريني في نص المادة 334 يشمل الاقارب من الذكور بالعذر المخفف فقد استخدم المشرع نص (اخواته من التلبس بالزنا) والمشرع توسع بشكل كبير اذ شمل الفروع والاصول وهو ما جاء به المشرع العراقي ، بينما بقية التشريعات لجأت الى تضييق نطاق صفة الاقارب مثل التشريع الاماراتي الذي اقر هذا الحق فقط للاب في حال مشاهدة ابنته وكذلك المشرع الكويتي [47]

الخاتمة

1- ووجدنا من خلال البحث ان المشرع العراقي قد راعى وجود قيم وتقاليد اجتماعية كانت بمثابة عوائق امام تطبيق مبدأ المساواة بين المرأة والرجل في نصوص القانون الجنائي سواءا في مجال التجريم او في مجال العقاب .
2- في مجال التجريم ان المشرع عد تأديب الزوج لزوجته سبب للاباحة وهو ما يتنافى مع مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة الا ان طبيعة المجتمع ويوافقه في ذلك الشريعة تضع المرأة في منزلة غير مكافئة للرجل في المعاملة وفق اطار العلاقة الزوجية وطبقا للنمط الاجتماعي الفطري السائد في العراق و اغلب المجتمعات العربية .
3- وبالنسبة لجريمة زنا الزوجية فوجدنا ان المشرع لم يوفق تماما في تمييزه الزوجة الزانية عن الزوج الزاني في المعاملة الجنائية وجعل زنا الزوجة في حال التلبس سبب لتخفيف العقوبة في حالة القتل اذ نصت المادة 409 (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات من فاجأ زوجته او احد محارمه في حالة تلبسها بالزنا او وجودها في فراش واحد مع شريكها فقتلهما في الحال او قتل احدهما او اعتدى عليهما او على احدهما اعتداء افضى الى الموت او الى عاهة مستديمة) فليس هنالك اساس شرعي لعذر تخفيف قتل الزوجة اذا ما فوجئ بها متلبسة في وضع زنا مشهود .
4- أن عذر التخفيف للرجل هو هتك صريح لمبدأ المساواه وعليه من الممكن ان يتم الطعن الدستوري امام المحكمة الاتحادية استنادا الى نص المادة 14 من الدستور ، كذلك فأن ضرب الزوجة هي مادة ليست دستورية حيث نصت المادة 29/ رابعا /ب (تمنع كل اشكال العنف في الاسرة والمدرسة والمجتمع) .
5- نقترح انه من المناسب محاولة خلق تعديل جوهري وبالاخص في جريمة زنا الزوجية ومساواة عقوبة الزوج الزاني بالزوجة الزانية تماشا مع الشريعة الغراء وبعض تشريعات الدول المقارنة وبالاخص ان الحق الشرعي المقرر للرجل بخصوص تعدد الزوجات المفترض وهو غير مقرر للمرأة
6- تعديل النص الخاص بتأديب الزوجة بعبارات اكثر دقة وبالاخص ان التأديب له سند شرعي ومن الممكن التمادي بأستغلال هذا الحق كما ان الزوجة قد تمتنع عن الابلاغ عن الضرب المؤذي من طرف الزوج حفاظا على استمرار العلاقة الزوجية وضنا من كون الضرب فعل مشروع استنادا الى المرأة معرضة للضرب تحت ذريعة الشريعة وفقا للاعتقادات الخاطئة لهذا الحق .

الهوامش

1. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، دار الشروق ، القاهرة ، 2000 ، ص 115
2. صالح احمد ، مبدأ المساواة اما القانون وتطبيقاته في القانون الليبي ، مجلة العلوم القانونية والشرعية ، العدد السادس ،2015،ص231.
3. أ.د اسراء محمد علي ، حسين ياسين طاهر ،ذاتية مبدأ المساواة ،، كلية القانون جامعة بابل ، ذاتية مبدأ المساواة ، مجلة ابحاث ميسان ، مجلد 12 ، عدد24 ، 2016 ، ص 6
4. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، مصدر سابق ، ص116
5. أ.د اسراء محمد علي ، حسين ياسين طاهر ،ذاتية مبدأ المساواة ،مصدر سابق ص6
6. احمد فاضل حسين ، ضمانات مبدأ المساواة في بعض الدساتير العربية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة 1 2013 بيروت ، ص 24
7. قد نص اعلان حقوق الانسان لعام 1989على مبدأ التناسب في المادة (5) التي نصت (لا يجوز تشريع سوى الاعمال الضارة بالمجتمع) والمادة (8) منه التي نصت (ان التشريع لا يمكن ان يفرض سوى عقوبات ضرورية على وجه الدقة واليقين)
8. د.امين عاطف صليبيا ، دور القضاء الدستوري في ارساء دولة القانون ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، 2002 ،ص417
9. 8- د. محمد منير حساني ، الجماية الدستورية لمبدأ المساواة في النظام الجزائري ، دفاتر السياسة والقانون ، العدد الخامس عشر ،2016، ص194 .
10. د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، دار الشروق ، القاهرة ، 2000، ص500
11. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ،مصدر سابق ، ص 107
12. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، مصدر سابق ، ص 370
13. د. امين عاطف صليبيا ، دور القضاء الدستوري في ارساء دولة القانون ، مصدر سابق ، ص 424
14. د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، مصدر سابق ، ص 90
15. د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، مصدر سابق ، ص505.
16. د.صباح سامي داوود ، ص 250
17. د.ماهر عبد شويش ، الاحكام العامة في قانون العقوبات ، لا يوجد طبعة ، 1990، ص 340 .
18. والمقصود بذلك جميع المعاصي التي لا حد فيها كمقابلة غير المحارم والخروج بغير اذن وعصيان اوامر الزوج وترك الفرائض و تثاقلها عن الزوج اذا دعاها ، ينظر في ذلك عماد محمد ربيع ، تأديب الزوجة بين الشريعة الاسلامية وقانون الاحوال الشخصية والقانون الجنائي ، مجلة جامعة دمشق ، مجلد 18 ، العدد الثاني ، مجلد 18 ، 2020 ،ص49 18
19. د. محمود نجيب حسني ، اسباب الاباحة في التشريعات العربية ، جتمعة الدول العربية – معهد الدراسات العربية العالمية ،1962 ،102
20. د.صباح سامي داود ،مجلة العلوم القانونية ، جامعة بغداد ،المجلد 25 ، 2010 ، ص258 .
21. د. عماد محمد ربيع
22. د. فخري عبد الرزاق صلبي الحديثي ، شرح قانون العقوبات – القسم العام ، العاتك لصناعة الكتب ، القاهرة ، بلا طبعة ، ص 132
23. د.محمود نجيب حسني ، اسباب الاباحة في التشريعات العربية ، مصدر سابق ص 105
24.

25. رحاب مصطفى كامل السيد ، داليا فوزي عبد العزيز ، اثر تعسف الزوج في استعمال حقه في تأديب زوجته ، مجلة جامعة العين للاعمال والقانون ، العدد 3 ، المجلد 2 ، 2020 ، ص 80
26. رحاب مصطفى كامل السيد ، داليا فوزي عبد العزيز ، اثر تعسف الزوج في استعمال حقه في تأديب زوجته
27. لجأت معظم التشريعات العربية الى استخدام مصطلح الزنا للدلالة على الخيانة الزوجية ومنها التشريع العراقي لكن التشريع المغربي كان اكثر توفيقا بأختياره مصطلح الخيانة الزوجية والسبب في ذلك ان الاخير اوسع دلالة اذ

انه يشمل افعال ما دون الزنا التي يقصد بها الوطئ الفعلي فأنه يشمل مثلا المفاخذة ولمس العورات . ينظر في ذلك د.ضاري خليل ، تفاوت الحماية الجنائية بين المرأة والرجل ، مطبعة الجاحظ ، بغداد ، 1990، ص16 .، مصدر سابق ، ص 83

28. م.د امل فاضل– م.اثير طه ، مفاجأة الزوج او احدى المحارم في حالة التلبس بالزنا ، مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، مجلد 16 ، العدد2، ص 174 .
29. م.د امل فاضل– م.اثير طه ، مفاجأة الزوج او احدى المحارم في حالة التلبس بالزنا ، مصدر سابق ، ص 175
30. احمد غلاب أ.د عيسى زهيرة ، اثر العلاقة الزوجية على العقوبة في التشريع الجزائري ، مجلة افاق علمية ، مجلد 11،عدد3،سنة 2019، ص 322
31. د.محمد حماد مهرج الهيتي ، الاستفزاز نتيجة التلبس بجريمة الزنا واثاره القانونية ، مجلة الحقوق المجلد 14، العدد 1، ص252.
32. رحمانية بشير ، عذر الاستفزاز عند الفاجأة بالزنا ، مجلة العلوم الانسانية ، عدد16، 2016، مجلد ب ، ص459 .
33. د. محمد حماد مرهج الهيتي ، الاستفزاز نتيجة التلبس بالزنا واثاره القانونية،مصدر سابق ، ص224 .
34. د.فتوح عبدالله الشاذلي ،جرائم الاعتداء على الاشخاص والاموال ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ،2002، ص88 .
35. عبد الوهاب عمر ، جريمة الزنا بين الشريعة والقانون ، مطبعة دار الصفوة ، القاهرة ، 1991،ص455
36. عذر المفاجأة بالزنا في التشريع المقارن والفقه الاسلامي
37. طايل محمود الشياب ، عذر المفاجأة بالزنا في التشريع المقارن والفقه الاسلامي ، المجلة الدولية للقانون ، عدد3 ،2018 ، ص240 .
38. طايل محمود الشايب ، عذر المفاجأة بالزنا في التشريع المقارن والفقه الاسلامي ، مصدر سابق ، ص 241 .
39. رحمانية بشير ، عذر الاستفزاز عند المفاجأة بالزنا ، مجلة العلوم الانسانيى ، عدد ، ، ديسمبر ، مجلد ب ، 455ص
40. عمر عماري ، عذر الاستفزاز في جريمة الخيانة الزوجية ، دراسة مقارنة ،ص 421
41. قانون العقوبات السوري ، رقم 48 ،سنة 1949 ، مادة 548
42. قانون العقوبات اللبناني ، رقم ،340، لسنة ،1943، المادة 562
43. قانون العقوبات المصري ، رقم 58، لسنة 1937، المادة 237
44. قانون العقوبات الاردني ، رقم 16، لسنة 1960، م 334
45. قانون العقوبات الاماراتي ، رقم 3 ، لسنة 1987 ،المادة ، 334
46. د.حماد مرهج الهيتي ، الاستفزاز نتيجة التلبس بالزنا واثاره القانونية ، مصدر سابق ، ص 30
47. د.حماد مرهج الهيتي ، الاستفزاز نتيجة التلبس بالزنا واثاره القانونية ، مصدر سابق ، ص 33